

**YABANCI UNSURLU BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI VE
UYGULAMADAKİ HUKUKİ SORUNLAR**

Başak ÖZBEK

NİSAN, 2022

**YABANCI UNSURLU BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI VE
UYGULAMADAKİ HUKUKİ SORUNLAR**

**BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

BAŞAK ÖZBEK

**SERMAYE PİYASASI VE TİCARE HUKUKU DALINDA
YÜKSEK LİSANS DERECEİ İÇİN GEREKLİ ÇALIŞMALAR YERİNE
GETİRİLMİŞTİR**

NİSAN, 2022

BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

...../...../.....

YÜKSEK LİSANS TEZ ONAY FORMU

Program Adı:	SERMAYE PİYASASI VE TİCARET HUKUKU
Öğrencinin Adı Soyadı:	BAŞAK ÖZBEK
Tezin Adı:	YABANCI UNSURLU BANKA TEMİNA MEKTUPLARI VE UYGULAMADAKİ HUKUKİ SORUNLAR
Tez Savunma Tarihi:	

Bu tezin Yüksek Lisans tezi olarak gerekli şartları yerine getirmiş olduğu
Lisansüstü Eğitim Enstitüsü tarafından onaylanmıştır.

Prof. Dr. Ahmet ÖNCÜ
Enstitü Müdürü

Bu Tez tarafımızca okunmuş, nitelik ve içerik açısından bir Yüksek Lisans tezi
olarak yeterli görülmüş ve kabul edilmiştir.

	Ünvanı, Adı Soyadı	İmza
Tez Danışmanı:	Yard. Doç. Dr. Burak HUYSAL	
2. Üye :	Dr. Öğr. Üyesi Candan YASAN	
3. Üye :	Dr. Öğr. Üyesi Ahu AYANOĞLU	

Bu tezdeki tüm bilgilerin akademik kurallara ve etik ilkelere uygun olarak elde edildiğini ve sunulduğunu; ayrıca bu kuralların ve ilkelerin gerektirdiği şekilde, bu çalışmadan kaynaklanmayan bütün atıfları yaptığımı beyan ederim.

Ad, Soyad :

İmz

ÖZET

YABANCI UNSURLU BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI VE UYGULAMADAKİ HUKUKİ SORUNLAR

Özbek, Başak

Sermaye Piyasası ve Ticaret Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Tez Danışmanı: Yard. Doç. Dr. Burak Huysal

Nisan 2022, 128 sayfa

Globalleşmenin günden güne arttığı günümüz ticaret hayatında milli veya milletlerarası unsurları taşıyan ve genel itibari ile borç ilişkisi doğuran sözleşmeler kurulmaktadır. Taraflar arasındaki güven bunalımının bertaraf edilmesi amacıyla teminat müessesesi ortaya çıkmıştır. Diğer bir anlatımla; herhangi bir ticari akdın taraflarının sözleşmenin getirdiği asli yükümlülükleri yerine getirmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi ihtimali teminat sözleşmelerinin kurulması ile güvence altına alınmıştır.

Günümüz ticaret hayatında şahsi teminat vermeye en yetkili kişilerin ekonomik gücü yadsınamaz bankalar veya çeşitli finans kurumları olarak karşımıza çıkması şaşırtıcı değildir. Banka veya finans kurumlarınca ticaret hayatında oldukça yoğun olarak kullanılan banka teminat mektupları; şahsi teminatlardan olup, özellikle ülke dışı ticari ilişkilerde kullanımı bakımından büyük öneme sahiptir.

Bankacılık uygulamasında çok önemli yere sahip yabancı banka teminat mektuplarının yapısı, hukuki niteliğine ve çeşitleri açıklanarak diğer müesseslerden farkı ortaya konulması gerekliliği ile yabancılık unsur olması halinde uygulanacak hukukun belirlenmesi konusu bu konuyu araştırmaya değer kılmaktadır. Öte yandan banka teminat mektuplarının sağladığı güvenceye aksi şekilde ihtiyati tedbir

uygulamasının da etkisi ile konu doktrinde olduğu kadar bankacılık uygulamasında pek çok tartışmaya sebep olmaktadır.

Çalışmamızda yabancı unsurlu mektuplara uygulanacak hukuk konusu özellikle ICC kuralları da dahil edilerek incelenmiş, ihtiyati tedbirin etkisi de Yargıtay'ın bu konu hakkındaki kararları da ele alınarak değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler: Banka Teminat Mektubu, Uygulanacak Hukuk, İhtiyati Tedbir



ABSTRACT

BANK GUARANTEE LETTERS WITH FOREIGN ELEMENTS AND PROBLEMS IN LEGAL PRACTICE

Özbek, Başak

Department Of Capital Markets and Commercial Law

Thesis Advisor: Yard. Doç. Dr. Burak Huysal

APRIL 2022, 128 pages

In today's commercial life, where globalization is increasing the dominance day by day, contracts are established that bear national or international elements have a debt relationship with its overall reputation. The guarantee establishment has been emerged in order to eliminate the crisis of trust between the parties. In other words, the possibility that any commercial party may not fulfill the original obligations of the contract or not be fulfilled as necessary is assured by the establishment of guarantee agreements.

It is not surprising that in today's trade life, those who are most authorized to provide personal guarantee are faced with economic power as insurable banks or various financial institutions. Bank guarantee letters used by banks or financial institutions in the trade life are of great importance, especially in terms of use in non-country trade relations, as well as personal guarantees.

The structure, legal nature, and variety of foreign bank guarantee letters with a very important subjects in banking practice, and the need to differentiate from other businesses, and the determination of law to be applied if it is a foreign element, makes it worth for researching and analyze. On the other hand, the reassurance provided by bank guarantee letters is otherwise caused by the use of precautionary measures, which is as much a cause for discussion in banking practice as in the doctrine.

In our thesis, the legal issue to be applied to foreign-element letters has been reviewed, especially by including ICC rules, and the impact of the precautionary measure has been evaluated by the Court of Cassation's decisions on this issue.

Key Words: Bank Letter of Guarantees, Applicable Law, Injunction



İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	iii
KISALTMA CETVELİ	v
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM: BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI	6
I. KAVRAM OLARAK	6
II. HUKUKİ NİTELİĞİ	8
1. Temel İlişki	9
2. Karşılık İlişkisi.....	10
3. Teminat İlişkisi.....	12
a. Kefalet Sözleşmesi Görüşü	12
b. Garanti Sözleşmesi Görüşü	13
c. Karma Sözleşme Görüşü.....	16
d. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü	16
4. Hukuki Niteliğe İlişkin Görüşümüz	16
III. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ TARAFLARI	18
1. Lehtar	19
2. Muhatap.....	19
3. Banka.....	19
4. Kontrgarantör	20
IV. UNSURLARI	21
1. Belli Bir Hareket Tarzına Yönelmek	22
2. Riskin Üstlenilmesi	22
3. Bağımsız Yükümlülük Altına Girme	24
4. İvazlılık	24
V. BENZER HUKUKİ KAVRAM VE KURUMLARDAN FARKI	25
1. Kefalet – Banka Teminat Mektupları.....	25
2. Aval – Teminat Mektubu	27
3. Akreditif – Teminat Mektubu	28
VI. BANKA TEMİNAT MEKTUBU TÜRLERİ	29
1. Konusuna Göre Teminat Mektupları	29
a. Geçici Teminat Mektupları	29
b. Kesin Teminat Mektupları	30
c. Avans Teminat Mektupları	30
2. Geçerlilik Süresine Göre Teminat Mektupları	31

a.	Vadeli Banka Teminat Mektupları.....	31
b.	Vadesiz Banka Teminat Mektupları.....	32
3.	Ödeme Talebinin Şekline Göre Teminat Mektupları.....	32
a.	İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektupları.....	32
b.	Şarta Bağlı Banka Teminat Mektupları.....	33
4.	İkinci Bir Bankanın Teminat İlişkisinde Yer Alıp Almamasına Göre Banka Teminat Mektupları	34
a.	Doğrudan Teminat Mektupları.....	34
b.	Dolaylı Banka Teminat Mektupları	34
VII.	BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA SÖZLEŞMENİN KURULMASI	35
1.	Banka ile Lehtar Arasındaki İlişki	35
2.	Banka ile Muhatap Arasındaki İlişki.....	37
a.	Uygulamada Karşılaşılan Problemler	40
İKİNCİ BÖLÜM: YABANCI UNSURLU BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINA UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN İNCELEMELER	43	
I. TÜRK HUKUKUNA GÖRE MİLLETLERARASI NİTELİKLİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ	43	
1.	Kanunlar İhtilafları Kuralları	43
2.	Taraf İradelerine Göre Yetkili Hukukun Tespiti (Sübjektif Bağlama)	46
a.	Hukuk Seçiminin Açık ve Zımni İrade Beyanı Yapılışı	47
b.	Hukuk Seçiminin Meydana Gelmesi ve Geçerliliği.....	49
c.	Hukuk Seçiminin Kapsamı ve Sınırları.....	49
aa.	Milli Hukuk Düzenlerinin Seçimi.....	50
ba.	Milli Karaktere Sahip Olmayan Sistem ya da İlkelerin Seçimi	50
d.	Kısmi Hukuk Seçimi	53
e.	Hukuk Seçiminin Zamanı	54
3.	Objektif Bağlama Kuralına Göre Yetkili Hukukun Tespiti	55
II. YABANCI UNSURLU BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNDE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ	58	
1.	Teminat İlişkisi Bakımından MÖHUK m. 24 (Banka – Muhatap).....	59
a.	Hukuk Seçimi Yoluyla Yetkili Hukukun Tespiti.....	59
b.	Objektif Esaslara Göre Yetkili Hukukun Tespiti	62
2.	Banka Teminat Mektubundan Doğan Diğer İlişkilere Uygulanacak Hukukun Tespiti	64
a.	Lehtar ile Muhatap Arasındaki Temel İlişkiye Uygulanacak Hukuk	64
b.	Lehtar ile Banka Arasındaki Karşılıklı İlişkisine Uygulanacak Hukuk ...	65

aa. Doğrudan Teminat Mektubu Sebebiyle Lehtar ile Banka Arasındaki İlişki	66
ba. Dolaylı Teminat Mektubu Sebebiyle Bankalar Arasındaki İlişki ve Kontrgaranti	67
3. Banka Teminat Mektubu Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Kefalet Sözleşmesi Olarak Kabul Edilmesi Durumu	68
4. Yetkili Hukukun Uygulama Alanının Sınırlandırılması	69
a. Tarafların Ehliyeti	69
b. Sözleşmenin Şekli	71
c. Zamanaşımı	72
III. DOĞRUDAN UYGULANAN NORMLAR KAPSAMINDA DÖVİZ KONTROL KURALLARININ BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA UYGULANMASI	73
1. Genel Olarak	73
a. Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Normları	75
b. Yabancı Hukukun Doğrudan Uygulanan Normları	76
2. Döviz Kontrol Kurallarının Banka Teminat Mektuplarında Nazara Alınması	78
a. Türk Lirası ve Yabancı Para Üzerinden Banka Teminat Mektubu Düzenlenmesi	79
b. Dışarıda Yerleşik Bankaların Türkiye’de Yerleşik Kişilere Temin Mektubu Vermesi	80
3. 32 Sayılı Kanun’a Aykırılığın Sonuçları	81
IV. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YER ALAN HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERLİLİĞİ	82
1. TBK m. 21/1 düzenlemesi çerçevesinde Genel İşlem Şartı Olarak Hukuk Seçiminin Geçerliliği	84
2. TBK m. 21/2 Düzenlemesi Çerçevesinde Genel İşlem Şartı Olarak Hukuk Seçiminin Geçerliliği	86
3. TBK m. 25’e Göre İçerik Denetimi	87
V. GARANTİLERE İLİŞKİN BİRÖRNEK KURALLAR’A GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ	89
1. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) ve Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar’ın Amacı	89
2. URDG’nin Hukuki Niteliği (Lex Mercatoria)	91
3. URDG 758’e Göre Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkemenin Tespiti Çerçevesinde Incorporation ve Lex Causa	93
4. URDG 758’in Kapsamı	95
a. Uygulanacak Hukuk	97
b. Yetkili Mahkeme	98

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM YABANCI BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA İHTİYATİ TEDBİR UYGULAMASI..... 100

A. HMK ÇERÇEVESİNDE İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ..... 100

1. Talep Sahibi- Muhatap..... 101
2. Görevli ve Yetkili Mahkeme..... 102
3. İhtiyati Tedbir Talebinin Şartları 103
 - a. İhtiyati Tedbire Esas Olan Bir Hakkın Bulunması 104
 - b. İhtiyati Tedbir Sebebi ve Yaklaşık Olarak İspatı..... 104
4. Teminat Gösterilmesi 104
5. Talebin İncelenmesi ve Karar 105
6. İhtiyati Tedbir Kararının Uygulanması..... 107
7. İhtiyati Tedbir Kararına İtiraz 107
 - a. Yokluğunda İhtiyati Tedbir Kararı Verilen Tarafın Karara İtirazı 107
 - b. Durum ve Şartların Değişmesi Sebebiyle İhtiyati Tedbire İtiraz..... 108
 - c. Teminat Karşılığı Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması Talebi .. 109
8. Tedbirin Kaldırılması..... 109
9. İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası 110

B. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA İHTİYATİ TEDBİR TALEBİNİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ..... 111

1. Genel Olarak 111
2. Doğrudan Banka Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir 115
3. Dolaylı Banka Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir 117
 - a. Garantör Bankaya Karşı İhtiyati Tedbir Kararı Alınması..... 119
 - aa. Yabancı Ülkede Bulunan Bankanın Garantör Olması 119
 - ba. Türk Bankasının Garantör Olması 120
 - b. Garantör Bankanın Ödeme Yapmasının Engellenmesi..... 120
4. Muhataba Karşı İhtiyati Tedbir Talebi..... 121
5. İhtiyati Tedbir Kararlarına Uygulanacak Hukukun Tespiti 122
6. İhtiyati Tedbir Kararının Hüküm ve Sonuçları 123

SONUÇ 125

KAYNAKÇA..... 129

KISALTMA CETVELİ

a.g.e	: Adı Geçen Eser
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bası
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICC	: International Chamber of Commerce
İBGK	: İctihadı Birleştirme Genel Kurulu
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
K.	: Karar
m.	: Madde
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında
Kanun	
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
RG	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TGİBK	: Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar
TMK	: Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl

GİRİŞ

Ticari hayatta bir malı satma, belirli bir şeyi imal etme ya da hizmet verme borcu altına giren taraf, bu edimlerin karşılığı olan bedeli diğer taraftan nakden ve peşin olarak alabileceği gibi, bedelin ödenmesi vadeye de bağlanılabilir. Bu halde taraflardan birinin aralarındaki sözleşme konusu edimi hiç ya da taraflar arasındaki anlaşmaya uygun olarak yerine getirilmemesi risk doğmaktadır. Özellikle alacaklının borçluyu yeterince tanımadığı ve onun ödeme gücü hakkında yeterli bilgiye sahip olmadığı durumlarda, alacaklı diğer taraftan kendisine birtakım teminatlar verilmesini talep edebilmektedir.

Önceleri sözleşme konusu edimin ifa edilmemesi riskine karşılık bireysel teminatlar yeterli görülüyorken, zamanla ülke içi ve uluslararası ticari faaliyetlerin artması ile bireysel teminatlar yetersiz kalmıştır. Bu sebeple uygulamada, sözleşmenin borçlu tarafının yanı sıra üçüncü bir kişi ya da bir kurumun, sözleşmenin hiç ya da gereği ifa edilmemesinden doğabilecek zararları karşılayacağı yönünde güvence vermesine ihtiyaç duyulmuştur. Bunun neticesinde banka teminat mektupları ortaya çıkmış ve alacaklı taraf açısından, garanti verenin bir banka olması teminatın güvenilirliğini arttırdığından uygulamada hızla yaygınlık kazanmıştır. Diğer bir anlatımla; herhangi bir ticari akdın taraflarının sözleşmenin getirdiği asli yükümlülükleri yerine getirmemesi veya gereği gibi yerine getirilmemesi ihtimali teminat sözleşmelerinin kurulması ile güvence altına alınmıştır¹. Teminat mektuplarının geniş bir uygulama alanına sahip olmasının sebebi banka teminat mektuplarının likit değeri; bir başka anlatımla lehine teminat mektubu verilen kişi tarafından bankada teminat mektubunu karşılayacak kadar nakit para depo edilmiş gibi kabul edilerek muhataba güvence vermesidir².

¹ DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk (Milletlerarası Özel Hukuk), Savaş Yayınları, 2013, s. 633; DOĞAN, Vahit, Banka Teminat Mektupları (Teminat Mektupları), 6. Bası, Ankara 2020, s. 7;

² DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 200; YENER COŞKUN, Hilal, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012, s. 10-11.

Teminat mektubu genel olarak banka tarafından müşterisi (lehtar) lehine, lehtarın yüklediği edimin yerine getirilmesini garanti etmek amacıyla muhataba (alıcıya) güven vermeyi amaçlayan ve söz konusu edimin lehtar tarafından yerine getirilememesi durumunda mektup tutarının kayıtsız şartsız ödenmesi taahhüdünü içeren belgelerdir. Genellikle teminat mektuplarında mahkeme kararı ya da borçlu (lehtarın) rızası aranmaksızın muhatabın ilk yazılı ödeme talebi ile derhal ve gecikmeksizin ödeme taahhüdüne yer veriliyor olması sebebi ile uygulamada diğer teminatlara nazaran daha çok tercih edildiği görülmektedir.

Hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta banka teminat mektuplarına dair pozitif bir düzenleme bulunmaması ve mektup içeriğinin somut olaya göre değişebilmesi sebebi ile teminat mektuplarının hukuki niteliği doktrinin ve uygulamada tartışma konusu olmuştur. Bunun neticesinde, özellikle bankacılık alanında, her ne kadar ağırlıklı görüş teminat mektuplarının üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti³ sözleşmesi olduğu yönünde ise de taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde amaçlarına uygun düşecek dilediği şekil ve türde teminat mektubu ilişkisi kurabileceklerdir.

Bu çerçevede, Türkiye’de banka teminat mektuplarının ilk yasal dayanağı 1025 sayılı ve 12.03.1927 tarihli Kanun’un 1. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu’nca yürürlüğe giren 08.01.1928 tarih ve 6048 sayılı Kararname ile Devlet ve Kamu kuruluşlarınca yapılan arttırma, eksiltme ve ihalelerinde kullanılan kesin (kat’i), geçici (muavakkat) ve avans teminat mektupları şeklinde yer aldığı görülecektir. 6048 sayılı Kararnamede; Bankaların, Kamu Kuruluşlarına hitaben düzenlenecek mektup metninde işi yüklenen ile Kamu Kuruluşu arasında bir uyuşmazlık çıkması durumunda, Kamu Kuruluşu’nun (Muhatabın) ilk yazılı talebinde, mektup üzerinde belirtilen miktarın, derhal ve kayıtsız olarak muhataba ödeneceğini garanti eder biçimde oluşturulmuştur⁴.

³ Karşılaştırmalı hukukta üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olduğuna dair detaylı bilgi için bkz. **GEWOLB**, Roger J. "The Law Applicable to International Letters of Credit", Villanova Law Review, C. 11, S. 4, 1966, ss. 742-770, s. 744, www.heinonline.org, E.T. 06.04.2022.

⁴ **BARLAS**, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Kazancı Hukuk Yayınları, S. 52, İstanbul, 1986, s. 10; **DOĞAN**, Elif, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2010, <http://acikerisim.bahcesehir.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/906/084576C1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, E.T. 12.08.2021, s. 9-10.

1928 yılında düzenlenmiş teminat mektubu metinleri incelendiğinde, içeriğinde bulunan “kefil” ibaresi nedeniyle teminat mektupları uzun süre kefalet sözleşmesi sayılmış ve bankacılık uygulamasında bu mektuplara “kefalet mektupları” da denilmiştir. Teminat mektuplarında bulunan bu tür şahsi teminatın sebebini ise, 1926 yılında yürürlüğe giren Borçlar Kanunu’nun kefalete ilişkin hükümleri oluşturmaktadır.

Her ne kadar başlangıçta kefalet mektupları denilse de iki sözleşme tipinin bazı farklılıklar arz etmesi sebebiyle bu husus Yargıtay’ın kararlarında da çokça ele alınmıştır. Atipik bir sözleşme olan banka teminat mektuplarının hukuki niteliğine ilişkin doktrin ve uygulamada çokça tartışılmaktaysa da Yargıtay’ın 1967 ve 1969 tarihli İçtihatı Birleştirme Kararlarından sonra günümüzde çoğunlukla üçüncü kişinin fiilini taahhüt yani bir tür garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁵. Dolayısıyla, uygulama ve düzenlemeler belirtilen şekilde gerçekleşirken yargı ve doktrinde de buna paralel gelişmeler yaşanmıştır.

Bu gelişmelerin yanı sıra, teminat mektuplarına ilişkin pozitif düzenleme olmayışının yarattığı olumsuzlukların önüne geçebilmesi amacıyla 01.11.2005 tarihli Mükerrer Resmî Gazete’de yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 48⁶ inci maddesince teminat mektupları kredi olarak nitelendirilmiştir. 12.02.2011 tarih ve 27844 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmış olan Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar için Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 7. Maddesine göre banka teminat

⁵ **BARLAS**, s. 12; **REİSOĞLU**, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara, 1983, s. 5-6-7-8; **AKYOL**, Şener, Banka Sözleşmeleri – Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsene’ye Armağan, İstanbul, 2001, s. 162-163; **ÖNAL**, Esin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 4, S. 13, 2015, https://proxy.bau.edu.tr:2092/Book/5rHRVVWb_0OB2LqCrdPmnA/56975f914b69401d4fe58da3f2d3b418?s=banka+teminat+mektubu, E. T. 23.12.2021, s.237; **ÇETİN**, Abdurrahman, **DİNÇ**, Yusuf, Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C.5, S. 9, 2013, https://dergipark.org.tr/tr/pub/marufacd/issue/501/4559#article_cite, E. T. 20.01.2022, s. 70; **YENER COŞKUN**, s. 2; **SUNGURTEKİN**, Meral, “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflarda Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme”, TBB Dergisi, S.4, Y. 1990, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1990-19904-1021>, E.T. 24.08.2021, s.543.

⁶ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, m. 48: “Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayri nakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayri nakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.”

mektuplarının gayri nakdi kredi olduğu anlaşılmaktadır⁷. Bu itibarla, Bankacılık Kanununda ve ilgili mevzuatta gayri nakdi kredi tanımına yer verilemeyerek gayri nakdi krediler tek tek sayılmış, banka teminat mektuplarına da burada yer verilmiştir⁸.

Gayri nakdi kredilerin yapısı gereği banka tarafından müşterisine yahut müşterisi lehine nakdi bir ödeme yapılmayıp, banka bir nevi itibarını sunmaktadır⁹. Bu durumda, banka tarafından garanti altına alınan risk gerçekleştiğinde ve muhatabın ödeme talebinde bulunmasıyla gayri nakdi kredi artık nakden tahsili mümkün bir alacağa dönüşecektir¹⁰.

Üçlü ilişki ihtiva eden banka teminat mektuplarına uygulamada sıkça karşılaşılmmasının en önemli sebeplerinden bir diğeri; lehtar yani bankanın kredili müşterisi için Bankanın itibarından yararlanma ve nakdi teminat gösterme külfetinden kurtulması, muhatabın ise ilk ödeme talebinde derhal ve gecikme olmadan ödeme taahhüdü taşıdığından muhatap da masrafsız ve hızlı bir şekilde mektubu paraya çevirme imkânına kavuşmuş olmasıdır. Buna karşılık banka da teminat mektubu karşılığında lehtardan komisyon alınabilecektir¹¹.

Tüm bunların yanı sıra, günümüzde milletlerarası ilişkilerin ilerlemesi ile ülkelerin dış ticaret hacmi de artmaktadır. Bu durumda, farklı ülke vatandaşlarının birbirleriyle olan ticari faaliyetlerine devam etmesi ve kendilerini güvence altına alabilmesi için temin ettikleri banka teminat mektuplarının önemi gün geçtikçe artmaktadır. Nitekim hem Türk bankalarının yabancı ülkelerde faaliyet gösteren Türk firmaları lehine hem de yabancı bankaların Türkiye’de faaliyet gösteren firmalar

⁷ Krediler; nakdi ve gayri nakdi kredileri olmak üzere ikiye ayrılır. Nakdi krediler; faiz ve / veya komisyon karşılığında bir miktar ödünç paranın verilmesi şeklinde söz konusu olabileceken, gayri nakdi kredi türlerinden birinin banka tarafından müşterisine tahsis etmesi halinde, ödünç olarak verilen bir miktar para değil, bankanın itibarıdır.

⁸ **YENER COŞKUN**, s. 11.

⁹ **EKŞİ**, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku (Ticaret), 2. Bası, İstanbul 2015, s. 297; **TAŞPOLAT**, Ali, Banka Garantileri, İstanbul 1989, s. 21.

¹⁰ **KAHYAOĞLU**, s. 25; **TAŞPOLAT TUĞSAVUL**, Melis, Banka Teminat Mektupları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, sayı 1, İstanbul 2009/1, s. 323; **DOĞAN**, Elif, s. 15; **YENER COŞKUN**, s. 11; **EKİNCİ**, Akın / **DURUKANOĞLU**, Nihayet, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler), İstanbul, 2016, s. 13; **KAYA**, Arslan, İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İÜHFY, 1995, s. 216.

¹¹ **ÇETİN / DİNÇ**, s. 70; **AKYAZAN**, Sıtkı, Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, BATİDER, C. 7, S. 3, 1974, ss. 567-579, s. 567, <https://jurix.com.tr/article/6396>, E.T. 12.01.2022.

lehine teminat mektubu vermeleri yabancı nitelikli teminat mektuplarını önem kazanmasında etkili olmaktadır¹².

Milletlerarası unsur taşıyan banka teminat mektupları ile birden fazla ülkeyle bağlantılı sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi oluşturacaktır. Bu nedenle doğacak uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti önem arz etmektedir. Bu durumu nazara alan ICC tarafından 758 sayılı yayını ile Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kuralları 01.07.2010 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Fakat bu kuralların uygulanması zorunlu olmadığı da göz önüne alındığında taraflar arasında uyuşmazlık çıkması halinde teminat mektubunun hukuki niteliği, buna bağlı olarak tarafların hak ve yükümlülükleri, ödeme ve rücu ilişkisi gibi pek çok hukuki problemin çözümünde hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiğinin tespiti ayrıca önem arz etmektedir.

Çalışmamızda ilk olarak ülke içi ticari ilişkilerde karşılaşılan banka teminat mektuplarına yer verilecek olup, banka teminat mektuplarının hukuki niteliği, çeşitleri, benzer kurumlardan farkı ve sözleşmenin kurulma anıyla ilgili incelemelerde bulunulacaktır.

Devamında, milletlerarası unsur taşıyan banka teminat mektuplarına uygulanacak hukuk ve bununla bağlantılı problemler daha çok dar ve teknik anlamda banka teminat mektupları açısından incelenmeye çalışılacaktır. Konu ile ilgili ayrıca döviz kontrol kuralları, genel işlem şartı ve ICC'nin hazırlamış olduğu birörnek kurallarda kapsamında hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk konuları da çalışmamız kapsamında ele alınacaktır.

Son olarak çalışmamızda banka teminat mektubuna yönelik geçici koruma tedbirlerinden olan ihtiyati tedbir kararının alınması ve bu durumun uygulamada yarattığı problemler incelenecektir.

¹² **KAYA**, Arslan, İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Reha Poray'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, 1995, s. 211-212; **GÜLER**, Muhammet Ali, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, AÜSBE, Ankara, 2011, s. 1-2.

BİRİNCİ BÖLÜM: BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

I. KAVRAM OLARAK

Ticari hayatın gelişmesiyle birlikte teminat mektuplarının önemi de günden güne artmıştır. Özellikle günümüzde tarafların çoğu zaman aynı şehirde olmaması, farklı ülkeler hatta kıtalar arası ticaretin gelişimiyle birlikte taraflar arasında borç doğuran hukuki bir ilişkide, bir tarafın edimini yerine getirememesi riskine karşılık diğer taraftan bir güvence ihtiyacı artmıştır¹³. Bu doğrultuda teminat mektupları irade serbestisinin bir sonucu olarak uygulamada ortaya çıkmıştır¹⁴.

Banka teminat mektubu ile temel ilişkinin borçlusunun (lehtar) edimini ifa edememesi halinde temel ilişkinin alacaklısına (muhatap) mektupta belirlenen meblağın ödeneceği Banka tarafından taahhüt edilmektedir. Bu itibarla, muhatap banka gibi güvenilir bir kurum tarafından zararının garanti altına alındığı bilinciyle güven içerisinde ticari ilişkiyi devam ettirebilmektedir. Bir başka deyişle, muhatapın ekonomik olarak faydalı olan ve beklediği bir olayın meydana gelmemesi ihtimali ya da vuku bulması kesin olmayan, istenilmeyen bir durumun meydana gelmesi halinde zarar doğacak olması ihtimali dahilinde bir riskin bulunması gereklidir¹⁵.

Günümüzde oldukça yaygın bir şekilde kullanılan teminat mektuplarına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁶. Keza, Bankacılık Kanunu'nda gayri nakdi

¹³ BAĞCI, Ömer, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Uygulama Sorunları, Legal Hukuk Dergisi, C.2, S.15, Y. 2004, <https://proxy.bau.edu.tr:2092/Book/ebsco/6c0dc9943a624df8870c1c3c11669680?pn=43#>, E.T. 22.02.2022, s. 697; YENER COŞKUN, s. 1.

¹⁴ TEKİNALP, Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s.377; ŞAFAK, Elvan, Teminat Mektubu ve Teminat Akreditiflerinin Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2010, s. 4; YALÇINKAYA, Merve, Banka Teminat Mektuplarının Tanımı Niteliği Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler ve Geçerlilik Şartları, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt: 5, Sayı:18, 2016, s: 645-666, https://proxy.bau.edu.tr:2092/Book/5rHRVVWb_00B2LqCrdPmnA/5365181afc8c48aa9d9d638df04df4b4?s=banka+teminat+mektubu, E.T. 20.09.2021.

¹⁵ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 18.

¹⁶ BAĞCI, s. 698; YENER COŞKUN, s. 5; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 7. REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 2003. s. 35; BARLAS, s. 7; BAŞARA, İzzet, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, S. 83, 2009, s. 302.

kredi olarak gösterilen teminat mektuplarının tanımı yine ilgili kanunda da yapılmamıştır¹⁷.

1928 yılında ilk teminat mektubu metni düzenlemesinde kefil ibaresinin bulunması sebebiyle uzun süre verilen ödeme taahhüdünün kefalet olduğu inancıyla hareket edilse de Yargıtay'ın konu hakkında 1967 ve 1969 tarihli kararlarında teminat mektubu metnini içerisinde yer alan "... *protesto keşidesine, hüküm istihsaline, borçlunun rızasını almaya gerek olmaksızın ilk yazılı talepte derhal ödeme ...*" taahhüdünün bulunması sebebiyle 3. kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir¹⁸. Bu çerçevede, her ne kadar teminat mektuplarının TBK m. 128 kapsamında garanti sözleşmesi olduğu konusunda ağırlıklı görüş birliği sağlanmışsa da teminat mektuplarının genel olarak aynı özellikleri taşıyan hukuki ilişkiyi doğurmamasından dolayı içerik farklılıkları olduğundan bir ortak bir tanımı bulunmamaktadır¹⁹.

Akyazan tarafından verilen tanıma göre; borçlunun alacaklıya karşı yükümlü olduğu bir edimi ifa edebilmesini garanti etmek için banka tarafından alacaklıya verilen bir mektuptur²⁰.

¹⁷ Gayri nakdi krediler banka yönünden sorumluluk kredileridir. Bu tür krediler, banka müşterilerine ne nakit ne de mal şeklinde kredi verir; banka müşteri adına bir taahhüt altına girer ve bir garanti yüklenir. Banka tarafından düzenlenen teminat mektupları ve kontrgarantiler başta olmak üzere garanti sözleşmesinden doğan tüm yüklenimler ile bankanın verdiği kefaletten, avalden, cirodan, kabulden, akreditif teyidinden ve bu niteliği haiz yükümlülüklerden doğan krediler gayri nakdi krediler şeklinde kabul edilmektedir. Günümüzde bankacılık uygulamasında teminat mektupları, kamu tüzel kişilerine hitaben devlet ihalelerinde kullanılmak üzere hazırlanabileceği gibi özel hukuk kişilerini de muhatap alabilmektedir.

¹⁸ **ELVAN**, s. 5; İlk teminat mektubu uygulamasına dair detaylı bilgi için bkz. s. 2-3-4. Ayrıca, karşılaştırmalı hukukta da üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve saf garanti arasındaki ayrımında yapılması gerektiğine değinilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. **HUGO**, Charl, "Letters of Credit and Demand Guarantees: A Tale of Two Sets of Rules of the International Chamber of Commerce.", Journal of South African Law, C. 2017, S. 1, 2017, ss. 1-20, s. 14, www.heinonline.org, E.T. 10.04.2022.

¹⁹ **ÖNDER**, Bengisu, Türk Hukuku'nda Banka Teminat Mektupları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi, Ankara, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=t4CGn8fk6dwIUhuYVH-CFg&no=HD0Mm-l9QLz82X6GL7FEXw>, E.T. 13.02.2022, s. 7; **ÖNAL**, Esin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 4, S. 13, 2015, https://proxy.bau.edu.tr:2092/Book/5rHRVVWb_0OB2LqCrdPmnA/56975f914b69401d4fe58da3f2d3b418?s=banka+teminat+mektubu, E. T. 23.12.2021, s. 235; **DOĞAN**, Elif, s. 18; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 16; **ÖZDEMİR**, Hatice, Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları, İstanbul Barosu Dergisi, C. LXXXIII, Say. 7-8-9, İstanbul 1999, s. 753.

²⁰ **AKYAZAN**, Makale, s. 567.

Tekinalp'e göre; *“Banka teminat mektupları ile banka, müşterisinin istemi üzerine müşterisiyle herhangi bir hukuki ilişkiye girme durumunda bulunan üçüncü kişiye, müşterisinin bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi veya herhangi bir edimin ifa edilmemesi ile alakası olmadan, sadece korkulan bir olayın vukuu halinde belirli bir meblağa kadar demede bulunmayı garanti ettiği sözleşmedir.”*²¹.

Kahyaoğlu ise; *“Banka garantisi, banka ile garanti alan arasında akdedilen, bankanın genellikle müşterisinin talebi üzerine ve onun garanti alana, edimin ifa etmemesi veya başka rizikonun gerçekleşmesi durumunda belli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı taahhüt ettiği, bankaya bağımsız bir borç yükleyen sözleşmedir”* ifadeleriyle tanımlamıştır²².

Teminat mektuplarına ilişkin tam bir tanım yapılabilmesi için öncelikle hukuki niteliğine karar verilmelidir. Uygulamaya bakıldığında, banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olarak kabul görmesinden mütevellit çeşitli tanımlar yapılmaktadır. Öte yandan, Milletlerarası Ticaret Odası konu hakkında düzenlemeler yapmıştır. Fakat bu düzenlemelerde de teminat mektuplarının hukuki niteliğine açıklık getirilememiştir²³. Bizim de katıldığımız görüşe göre, teminat mektuplarının tanımının yapılabilmesi için taşınması gereken unsurların belirlenmesi ve buna göre de hukuki niteliğine karar verilmelidir.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Banka teminat mektupları esas itibariyle banka ile garanti alan (muhatap) arasında akdediliyor olsa da aslında 3 köşeli hukuki bir hukuki ilişki mevcuttur. Bunlar; teminat mektubunun doğumuna sebep olan borçlu (lehtar-müşteri) ile alacaklı (muhatap-garanti alan) arasındaki temel ilişki, banka ile garanti alan (muhatap-alacaklı) arasındaki teminat ilişkisi ve banka ile müşterisi (lehtar) arasındaki karşılıklı ilişkisidir²⁴. Çalışmamızın ana konusu garanti veren banka ile muhatap

²¹ TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, C.1, İstanbul, 1988, s. 372.

²² KAHYAOĞLU, Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul, 1996, s. 2.

²³ KOÇ, s. 571; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 7.

²⁴ KAHYAOĞLU, s. 24 vd; KOÇ, s. 574; TÜRKCÜ, Ayşe Nilüfer, Banka Teminat Mektuplarının Tazmininin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması, Düzeltilmiş Tez, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 2005,

(alacaklı-garanti alan) arasındaki teminat ilişkisi olsa da taraflar arasındaki temel ilişki ve karşılıklılık ilişkisinin hukuki niteliğine de kısaca değinmenin faydalı olacağı düşüncesindeyiz.

1. Temel İlişki

Temel ilişkinin borçlusu ve alacaklısı arasındaki ilişki aslında teminat mektubu sözleşmesinin doğumuna sebep olan ilişkidir²⁵. Söz konusu ilişki özel hukuk ilişkisi (kira, eser, satım vb.) olabileceği gibi kamusal nitelikte bir ilişki de olabilecektir²⁶.

Temel ilişkinin ne sebeple kurulduğundan ve kaynağından ziyade alacaklının borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesinde doğacak zararının teminat altına alması önem taşımaktadır. Dolayısıyla, ifa borçlusu banka değil yine asıl borçludur²⁷. Ayrıca, temel ilişki teminat ilişkisinden bağımsızdır²⁸. Genellikle temel ilişkinin kurulma şartı olarak alacaklıya güven tesis açısından teminat mektubu sağlanması ön koşulu ya da asli edimi olabilmektedir. Bu itibarla, temel ilişkinin alacaklısı banka ile kurulan teminat ilişkisinin muhatabı konumuna sahip olmaktadır. Bir diğer ifadeyle; temel ilişkinin teminat mektubu temin etme borcu doğuran bir sözleşme olduğu açıktır. Doktrinde, borçlunun bu borcunun asli bir edim yükümlülüğü olduğu kabul edildiğinden; temel ilişkide öngörülen şartlar ve sürede teminat mektubu sunulmamasından dolayı borçlunun sorumluluğuna gidilebilecektir²⁹.

Temel ilişki, teminat ilişkisinden bağımsız olduğundan tamamen geçersiz olsa da bu durum banka teminat mektubu sözleşmesinin geçerliliğine etki etmeyecektir. Nitekim İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi'nin 14. Hukuk Dairesi avans teminat mektubunun haksız olarak muhatap tarafından nakde çevrildiği iddiasıyla önüne gelen

<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=Ugn1qeMQEEv61hGhxPeWeQ&no=iU9zK7wS7rL4kSoYdXavlQ>, E.T. 09.03.2022.

²⁵ **ARAL**, Fahrettin, Teminat Mektuplarında Lehtar ile Muhatap ve Lehtar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki, Ankara, 2007, BATİDER, s. 189 (Hukuki İlişki); **KAHYAOĞLU**, s. 24; **DOĞRU**, Ecem, Banka Teminat Mektuplarının Ödenme Süreci, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi, Adana, 2020, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s. 48, E.T. 14.03.2022. **TEKİNALP**, s. 511; **TAŞPOLAT TUGSAVUL**, “Banka Teminat Mektupları”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, S. 1, 2009, s. 322; **CANBOLAT**, s. 64; **DOĞAN**, (Teminat Mektupları), s.94; **ARAL**, (Armağan), s. 89.

²⁶ **DOĞRU**, s. 48; **TÜRKÇÜ**, s. 16; **KAHYAOĞLU**, s. 24.

²⁷ **KAHYAOĞLU**, s. 24; **KOÇ**, s. 577.

²⁸ **ARAL**, Hukuki İlişki, s. 89; **DOĞRU**, s. 63.

²⁹ **ARAL**, Hukuki İlişki, s. 191; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 97.

dosyada davacı bankanın, temel ilişkiden kaynaklı herhangi bir borç bulunmadığı halde teminat mektubunun bedelsiz kaldığı bilinerek nakde çevrilmesi sebebiyle açtığı davaya ilişkin 05.03.2020 tarihli bir kararında; *“Eğer lehtar, garanti edilen alacağın her hangi bir nedenle sona erdiğini iddia ediyorsa, muhatap aleyhine açacağı bir davada, örneğin menfi tespit davasında, teminat senedinin nakde çevrilmesinin önlenmesi yönünde bir ihtiyati tedbir kararı almak suretiyle paraya çevirmeyi engelleyebilir. Yoksa, bankanın kendiliğinden lehtarın ileri sürebileceği defî ve itirazları araştırması ve bu nedenle muhataba ödeme yapmaktan kaçınması mümkün değildir. Çünkü bankanın garanti sözleşmesinden doğan borcu, lehtar ile muhatap arasındaki borç ilişkisinden bağımsız, ayrı bir borçtur. Somut olayda davacı, davalı muhatabın, herhangi bir alacağı bulunmadığı halde teminat mektubunu haksız olarak nakde çevirdiğini, lehtarın beyanlarına göre teminat mektubunun bedelsiz kalmasına rağmen nakde çevrildiğini iddia etmekte ise de bu tür defî ve itirazları ileri sürme hakkı dava dışı lehtara aittir... Sözleşmelerin nispileği prensibi gereğince, davacı banka, tarafı olmadığı sözleşmedeki defîleri ileri süremez.”*³⁰ ifadelerine yer vererek açıklamalarımızı desteklemektedir.

2. Karşılık İlişkisi

Temel ilişkinin borçlusu olan lehtar, bankadan temel ilişki ile üstlendiği teminat mektubu temin etme borcu yerine getirmemek üzere temel ilişkinin alacaklısı muhatap ile teminat sözleşmesi yapılması talebinde bulunmasına müteakiben bankanın bu talebi kabul etmesi ile taraflar arasında karşılık ilişkisi kurulmuş olur³¹. Diğer bir deyişle; lehtar bankaya karşı icapta bulunmuş olup, bankanın temel ilişkinin alacaklısına yönelik teminat mektubu tanzim etmeyi kabul etmesi halinde icabı kabul ederek lehtarla arasında teminat mektubu temin etme sözleşmesi kurulmuş olur³². Öte

³⁰ İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 14. HD, 05.03.2020 T., 2019/2430 E., 2020/282 K., www.legalbank.net, E.T. 01.03.2022. Ayrıca bkz. Yargıtay 15. HD 2012/6732 E. 2013/5356 K. 02.10.2013 T.; Yargıtay 11. HD, 2014/7115 E., 2014/16916 K., 05.11.2014 T.; Yargıtay 11. HD, 20.02.1990 T., E. 1988, 9411K.; Yargıtay 19. HD, 23/03/2017 T., 2016/14309 E., 2017/2401 K.; Yargıtay 11. HD, 20.10.2014 T., 2014/9027 E- 2014/15973 K., Kazancı İçtihat Programı (E.T: 09.03.2022).

³¹ YALÇINKAYA, s. 657; DURMAZ, s. 130; COŞKUN YENER, s. 12; TEKİNALP, s. 511; DOĞAN, Teminat Mektubu, s. 96; DOĞRU, s. 64; DEVELİOĞLU, s. 69.

³² TEKİNALP, s. 511; COŞKUN, s. 95; KAHYAOĞLU, s. 25; DOĞRU, s. 49.

yandan, banka bu talebi kabule mecbur değildir. Ancak, bu iradesini derhal ortaya koymazsa belirtilen şartlarla sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir³³.

Genellikle bankalar, müşterileri olan lehtardan düzenleyeceği teminat mektubu karşılığında bir komisyon ücreti almaktadırlar³⁴. Gayri nakdi kredi türlerinden olan teminat mektuplarının en önemli özelliği bankanın risk gerçekleştiğinde ve muhatabın ödeme talebinde bulunmasıyla nakdi olarak ödeme yapma zorunluluğudur. Bu durumda, bankanın edimi bir para edimi olmayıp, teminat edimi olduğundan lehtara verilen nakdi kredi değil sorumluluk kredisidir³⁵.

Lehtar ile banka arasındaki karşılık ilişkisinin hukuki niteliği de doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazar³⁶, bu ilişkiyi vekalet³⁷ olarak nitelendirirken, diğer görüşü savunan yazarlara³⁸ göre atipik bir sözleşmedir³⁹. Bu görüşe göre, vekalet sözleşmesinin doğası gereği vekilin müvekkilin hesabına işlerini yapması garanti sözleşmesinin bağımsızlığını bertaraf edeceğinden kabul edilmemektedir. Nitekim, Kahyaoğlu karşılık ilişkisini iş görme sözleşmesine benzetmiş olsa da vekalet sözleşmesi olarak kabulünün mümkün olmadığını savunmaktadır⁴⁰. Öte yandan, hukukumuzda baskın görüş karşılık ilişkisinin vekalet sözleşmesi olduğu yönündedir⁴¹. Bu itibarla, banka müşterisi olan lehtardan aldığı talimatlar çerçevesinde

³³ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 109.

³⁴ Taraflar kendi aralarında belli bir komisyon bedeli belirtmemişlerse dahi bankanın yaptığı masrafları ve komisyon talep etme hakkı mevcuttur. Şöyle ki; bankaların tacir sıfatını haiz olması ve ticari işletmesiyle alakalı bir iş görmeleri sebebiyle TTK m. 20/1 gereğince komisyon talep edebilir. Hatta bankanın kusuru olmaksızın muhatap ile teminat sözleşmesi kurulmamış dahi olsa yaptığı masrafları lehtardan talep edebilecektir. Nitekim Yargıtay'ın da yerleşik içtihadı bu yöndedir (Yargıtay 15. HD, 2012/6732 E., 2013/5356 K., 2.10.2013 T., Yargıtay 11. HD 28.10.1993 T., 1992/5623 E, 1993/6866 K. vb.). Detaylı bilgi için bkz. ARAL, s. 195; COŞKUN YENER, s. 210; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 258; TEKİNALP, s. 528; KAHYAOĞLU, s. 28.

³⁵ KAHYAOĞLU, s. 25, ÇETİN/DİNÇ, s. 68.; SONGUR/CEYLAN, s. 150, ARAL, s. 192-193.

³⁶ SONGURTEKİN, s. 555; DEVELİOĞLU, s. 69; ARAL, Hukuki İlişki, s.192; TEKİNALP, s. 511.

³⁷ Vekalet Sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 502. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, vekil zaman kaydı olmaksızın müvekkilinin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen işi görmeyi yüklenildiği sözleşmedir. Dolayısıyla vekilin iş görmesi kapsamında her türlü hukuki ve maddi fiil dahil olmaktadır. Detaylı bilgi için bkz. KARA, s. 154 vd.

³⁸ KAHYAOĞLU, s. 26.

³⁹ DURMAZ, s. 130.

⁴⁰ KAHYAOĞLU, s. 26.

⁴¹ Bankanın karşılık ilişkisi sebebiyle bazı yükümlülükleri doğmaktadır. Bunlar; muhatap ile teminat sözleşmesi akdetme, lehtarın talimatlarına uygun davranma, paraya çevirme talebi hakkında lehtarı bilgilendirme, muhatabın ödeme talebini inceleme ve riskin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin inceleme yapma ve şartlar yerine gelmişse ödeme yapma borcu altındadır. Öte yandan, lehtar karşılık ilişkisi sebebiyle komisyon ve bankanın yaptığı masrafları ödeme ile teminat verme borcunu yüklenmektedir. Özellikle karşılık ilişkisinin vekalet sözleşmesi olduğunun kabulü halinde; bankanın vekaletin gereği gibi ifası için yaptığı masrafları TBK m. 510 kapsamında lehtardan faizi ile birlikte

muhatap ile banka teminat mektubu sözleşmesi akdetmekle yükümlü olup, lehtarın talimatlarıyla da bağlı olacağı sonucu doğmaktadır⁴².

3. Teminat İlişkisi

Banka teminat mektubu ilişkisinin esasını banka ile muhatap arasındaki ilişki oluşturmaktadır. Temel ilişkiden bağımsız kurulan bu ilişki garanti veren (banka) ve garanti alan (muhatap) arasında kurulan, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁴³.

Taraflara tanınan sözleşme serbestisi kapsamında ortaya çıkan banka teminat mektuplarına ilişkin mevcut pozitif bir düzenleme olmayışı sebebiyle hukuki niteliği de doktrinde ve uygulamada tartışma konusu olmaktadır⁴⁴. Teminat mektuplarının içeriğinin farklı olabilmesi sebebiyle, hukuki niteliğine ilişkin de farklı görüşler bulunmaktadır. Her ne kadar doktrinde ağırlıklı görüş garanti sözleşmesi olduğu yönünde ise de bu hususun belirlenmesi doğacak uyumsuzlıklara ve teminat mektuplarına uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

Bu kapsam da doktrinde savunulan görüşler; kefalet sözleşmesi görüşü, garanti sözleşmesi görüşü, karma sözleşme ve sui generis sözleşme görüşüdür.

a. Kefalet Sözleşmesi Görüşü

Doktrin ve bazı eski mahkeme kararlarında⁴⁵ banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir. Bu görüşe göre, banka, müşterisinin (lehdarın) sözleşmeye aykırı davranarak edimini ifa etmemesinden kefil sıfatı ile sorumlu olmayı taahhüt etmektedir⁴⁶. Dolayısıyla, temel ilişkinin borçlusu (lehdarın)

talep etme hakkı mevcuttur. Detaylı bilgi için bkz. **DURMAZ**, s. 133-134; **COŞKUN YENER**, s. 210 vd.

⁴² **KOÇ**, s. 580; **ARAL**, s. 193; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 100; **DOĞRU**, s. 50; **TEKİNALP**, s. 511 vd.

⁴³ **DURMAZ**, s. 135; **CANBOLAT**, İhtiyati Tedbirler, s. 110; **KAHYAOĞLU**, s. 45;

⁴⁴ **YENER COŞKUN**, s. 22; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 7-8.

⁴⁵ “Teminat mektubu açıklanan münderecatı itibarıyla Borçlar Kanunu’nun 493. maddesine uygun mahdut zaman için kefalet niteliğindedir. Böyle olunca bu zaman inkızasını izleyen bir ay içinde alacaklı bu bapta icraya veya mahkemeye müracaatla hakkını takip etmezse kefil kefaletten beri olur...” TD. 23.01.1968 T. ve E. 67/1558 K. 400; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 8, dpn. 7 (naklen).

⁴⁶ **REİSOĞLU**, Seza, Türk Hukuku ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları Kontrgarantiler, Ankara, 2003, s. 73 vd.; **BARLAS**, s. 40; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 8; **YENER COŞKUN**, s. 23.

sözleşmeye aykırı davranışından söz edebilmek için kendisine bir kusurun atfedilebiliyor olması gerekir⁴⁷.

Ayrıca, kefalet görüşünün doğmasında etkili olan bir diğer durum ise; ilk zamanlarda teminat mektuplarının içeriğinde banka için “müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu” ibaresinin yer almasıydı. Buna ilave olarak, banka teminat mektuplarının ilk talepte ödenmesi kaydı da bankanın def'i ve itiraz ileri sürmeden ödemeyi yapması gerektiğine yönelik yorumlanmış ve bu sebeplerden ötürü banka teminat mektuplarının niteliğinin kefalet sözleşmesi olduğu kabul ediliyordu⁴⁸.

Taraflar arasında yapılan taşıma sözleşmesindeki riski teminat altına alma amacıyla düzenlenen bir banka teminat mektubunun iadesine dair önüne gelen olayda Yargıtay 1967 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı oluşturarak teminat mektuplarının kefalet değil, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olduğunu ifade etmiştir. İçtihadı Birleştirme kararlarının bağlayıcılığına rağmen hem uygulamada hem de Yargıtay kararlarında kefalet sözleşmesi görüşü bir süre daha değişmemiştir⁴⁹.

b. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Banka tarafından teminat mektubu düzenlemekle birlikte banka muhataba karşı kayıtsız şartsız bir ödeme yükümlülüğü altına girmemektedir. Şöyle ki; bu ilişkiye göre üçüncü kişi olan lehtarın edimini ifa etmemesi ya da diğer rizikoların ortaya çıkması halinde muhatabın uğrayabileceği zararları teminat altına almayı hedeflediğinden, mektubunun geçerliliği üçüncü kişi olan lehtarın ediminin sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmesine hizmet etmektedir⁵⁰. Dolayısıyla bankanın muhatap ile kurduğu teminat ilişkisi bankayı temel ilişkiden ayrı bir borç altına sokmaktadır.

⁴⁷ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 8.

⁴⁸ DURMAZ, Bora, Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrazi, 2016, s. 56-57; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 8.

⁴⁹ TD. 23.01.1968 T., 1558/400 K. REİSOĞLU, s. 6 (dipnot 8 naklen).

⁵⁰ TOKER, Ali Gümrah, “Yabancı Unsurlu Teminat Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel S., 2010, s. 991-1052, <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-12-ozel/2-ozel/12-gumrahtoker.pdf>, E.T. 15.02.2022.

Bu itibarla, banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğunu kabul eden görüşe göre; bankanın itirazsız ödeme taahhüdünde bulunması ve bunun bankanın borcunun lehtarın borcundan bağımsız ve asli bir borç olması manasına geleceğinden teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliği arz ettiği kabul edilmektedir⁵¹.

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin doktrinde tartışmalı olmasının en büyük sebeplerinden biri de Yargıtay'ın bazı kararlarında garanti sözleşmesi, bazılarında ise kefalet sözleşmesi olarak nitelendirmesidir. Keza, Yargıtay 1967 yılında verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı'nda her ne kadar banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olduğunu ifade etme de sonrasında hem uygulama kefalet sözleşmesi olarak devam etmiş hem de Yargıtay çeşitli kararlarında kefalet sözleşmesi olarak ele almaya devam etmiştir. Öte yandan, 1969 yılında Gümrük İdaresi lehine verilen bir teminat mektubuna ilişkin İçtihadı Birleştirme Kararında⁵² ilk talepte herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin ödeme kaydının varlığı, asıl borçtan daha ağır borç altına girilmiş olmasıyla bankanın asıl borçtan bağımsız bir borç altına girdiği anlamına geldiğini ifade ederek, sözleşmenin asliliği vurgusu yapmıştır⁵³. Bu kıstasın hukuki niteliği belirlemede asıl öneme sahip olduğunu ifade ederek, kararın sonuç kısmında banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak ele alınması gerektiğine karar vermiştir. Bu karardan sonra içtihadta birlik sağlanmıştır.

Öte yandan, garanti sözleşmesine dair hukukumuzda pozitif bir düzenleme yer almadığından TBK m. 128'de⁵⁴ düzenlenmiş olan üçüncü kişinin fiilini taahhüt çerçevesinde doktrinde başlıca üç farklı görüş oluşmuştur.

⁵¹ **GEWOLB**, Roger J. "The Law Applicable to International Letters of Credit", Villanova Law Review, C. 11, S. 4, 1966, ss. 742-770, s. 744, www.heinonline.org, E.T. 06.04.2022; **REİSOĞLU**, s. 9; **YILDIRIM**, s. 10; **KAHYAOĞLU**, s. 31, **AKYOL**, s. 173-174; **TOKER**, s. 1004.

⁵² YİBK 11.6.1969 T. E. 1969/4 K. 1969/6.

⁵³ **TOKER**, s. 1003-1004.

⁵⁴ TBK m. 128/1: "Üçüncü bir kişinin fiilini başkasına karşı üstlenen, bu fiilin gerçekleşmemesinden doğan zararı gidermekle yükümlüdür." Söz konusu hüküm garanti sözleşmesinin özel bir türüdür.

Üçüncü kişinin fiilinin taahhüt edilmesiyle, fiili üstlenen aslında edimin ifa edileceği konusunda garanti vermektedir. Diğer bir deyişle, edimi üstlenen kişinin ifa borcu yoktur. Taahhüt veren taraf ve alacaklı arasında meydana gelen bu ilişkiye üçüncü kişi dahil olmayıp, ancak temel ilişkiden doğan yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde bu ilişkiye etkisi bulunmaktadır. Bu durumda, söz konusu edimin yerine getirilmemesinden doğan müspet zarar edimin ifa edileceğini taahhüt edene yükletilecektir. Bu itibarla, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmesi için bağımsız denilebilir. Üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi kapsamında alacaklıya ödeme yapmak zorunda kalan taraf, sözleşmeye dayalı olarak edimini ifa etmeyen üçüncü kişiye karşı hak ileri süremez. Fakat üçüncü kişi,

Bir görüşe göre, TBK m. 128’de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme garanti sözleşmesinin özel bir türüdür⁵⁵. Bu görüşün savunucularına göre, garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini üstlenmeyi de içine alan fakat ondan daha geniş bir müessesedir çünkü garanti sözleşmeleri sadece başkasının fiilini taahhüt etme ile sınırlı değildir⁵⁶.

Teminat mektubu vermekle banka kayıtsız şartsız bir ödeme yükümlülüğü altına girmemekte olup, muhatabın (alacaklının) uğrayabileceği zararların teminat altına alınması amaçlanmaktadır⁵⁷. Nitekim, garanti sözleşmelerinin en belirgin unsuru teminat özelliğidir⁵⁸. Zira banka teminat mektupları üçüncü kişinin borcunun varlığı ve geçerliliğinden bağımsız olarak kişinin edimini sözleşme hükümlerine uygun olarak ifa etmesini amaçlamaktadır⁵⁹. Bu sebeple, teminat mektuplarının bir tür garanti sözleşmesi olduğu ve bu durumun TBK m. 128’de yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile geniş manada paralellik gösterdiği ifade edilmektedir.

Öte yandan, TBK m. 128’de üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden, taahhüt ettiği fiilin gerçekleştirilmemesi halinde karşı tarafın zararını karşılamakla mükelleftir.

Fakat teminat mektubu veren banka asıl ilişkinin borçlusunun edimini sözleşmeye uygun yerine getirmesini taahhüt etmemekte, aksine asıl ilişkideki borçlusunun edimini yerine getirmemesi halinde banka miktarı önceden belirlenmiş olan bir meblağı ödeme yükümlülüğü altındadır⁶⁰. Dolayısıyla, banka zararın sadece

müspet zararın üstlenilmesi halinde bunu karşılama taahhüdünde bulunmuş yahut taraflar arasında akdi bir ilişki bulunmamakla birlikte vekâletsiz iş görme ya da sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanabiliyor ise, rücu imkanının olduğu ifade edilmelidir. Detaylı bilgi için bkz. **ATEŞ**, s. 351; **KONURALP ÇİLENTİ**, Ayşen, Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukuki Değerlendirme Konusunda Bir Değerlendirme, TBB Dergisi, S. 146, Y. 2020, s. 156 vd; **KAYAK**, Sevgi, 6098 S. Kanunun Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt ve Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 31, S. 4, 2015, s.13-71, <http://bthae.ankara.edu.tr>, E.T. 03.02.2022; **LUPTON**, Cayle, **KELLY-LOUW**, Michelle “Emergence of Illegality in the Underlying Contract as an Exception to the Independence Principle of Demand Guarantees.”, Comparative and International Law Journal of Southern Africa, C. 53, S. 3, 2020, ss. 1-37, s. 2-3, www.heinonline.org, E.T. 10.04.2022.

⁵⁵ **YILMAZ**, s. 1085; **EREN**, Fikret, Borçlar Genel Hükümler, 12. Bası, 2010, s. 1107; **OĞUZMAN**, Öz, Turgut, Borçlar Genel, C. 2, 2013, s. 406.

⁵⁶ **YILMAZ**, s. 1085, **YALÇINKAYA**, s. 653.

⁵⁷ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 9

⁵⁸ **YENER COŞKUN**, s. 25.

⁵⁹ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 9; **YENER COŞKUN**, s. 25; **YILMAZ**, Yasemin, Garanti Sözleşmesi, TAAD, Y. 5, S. 19, 2014.

⁶⁰ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s.10.

taahhüt ettiği miktarıyla sınırlı olarak sorumludur. Bu itibarla, banka teminat mektupları teknik anlamda TBK m. 128’de yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde değildir⁶¹.

c. Karma Sözleşme Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre; teminat mektupların tamamı için garanti ya da kefalet niteliğinde olduğuna ilişkin bir nitelendirmenin doğru olmayacağı, her bir mektubun ayrı olarak değerlendirilerek hukuki niteliğine karar verilmesi gerektiği belirtilmiştir⁶². Bu itibarla, banka teminat mektuplarının garanti ya da kefalet sözleşmesi gibi düzenlenmesinin yanı sıra her iki sözleşmeye ait bazı unsurları içerecek şekilde karma bir sözleşme olarak kurulabilecektir. Fakat bu görüşe göre, teminat mektupları kendine özgü nitelik taşıyan bir sözleşme değil; garanti ya da kefalet sözleşmesi yahut bu ikisinin özelliklerini içeren karma bir sözleşme olabileceği üzerinde durulmaktadır⁶³.

d. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü

Bu görüşün savunucularına göre, banka teminat mektuplarının hukuki niteliği kanununla düzenlenmiş olan hiçbir sözleşme ile tam olarak uyuşmadığından kendine özgü bir yapısı olduğu görüşü benimsenmiştir. Bu görüşe göre, teminat mektubu ile bankaya tek taraflı olarak yükümlülük yüklenerek temel ilişkideki asıl borçluya birtakım haklar sağlanarak kanunda düzenlenmiş diğer sözleşme türlerinden ayrılmış, kendine özgü sözleşmesel ilişki söz konusudur⁶⁴.

4. Hukuki Niteliğe İlişkin Görüşümüz

Teminat mektubu ile banka, borçlunun (lehtar) temel ilişkinden kaynaklanan edimini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesinden kaynaklı olarak muhatabın uğrayacağı zararı söz konusu teminat mektubunda belirlenen tutarda karşılamayı

⁶¹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s.10; YENER COŞKUN, s. 26-27.

⁶² BARLAS; Nami, Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 2008, s. 47; DOĞAN, Elif, s. 53; DOĞAN, Vahit, Teminat Mektupları, s. 12; YENER COŞKUN, s. 32.

⁶³ BARLAS, s. 37; OMAÇ, Semra, s. 330; DOĞAN, Teminat Mektupları, s.12; DOĞAN, Elif, s. 53; YENER COŞKUN, s. 32.

⁶⁴ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 14.

taahhüt etmektedir⁶⁵. Uygulamada bankaların verdiği teminat mektuplarının içeriği incelendiğinde; çoğunun “ilk yazılı talepte” veya “hiçbir bir itiraz olmaksızın veya defiyeye gerek kalmaksızın ödeme” koşullarının yer aldığı gözlemlenmektedir. Bu ibareler sebebiyle, öğretide bir kısım banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kanaatindedir⁶⁶. Kanımızca da ilgili ibareler teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğini vurgulamaktadır. Kefalet sözleşmeleri şekle bağlı sözleşmeler olduğundan, her ne kadar teminat mektupları açısından iradelerin uyuşması sözleşmenin kurulması için yeterli görülmeğe de uygulamada pek görülme de kanunun kefalet sözleşmesi için öngörülen şartlarına uygun teminat mektubu düzenlenebileceğinden teminat mektuplarının garanti sözleşmesi kapsamında olduğunun aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Öte yandan; banka teminat mektuplarının üçüncü kişinin fiilini taahhüt şeklinde garanti sözleşmesi ya da kefalet sözleşmesi niteliğinde olup olmadığını belirleyebilmek için mektubun metninden hareketle mektubu veren bankanın temel ilişkiden bağımsız bir yükümlülük üstlenip üstlenmediğine bakılmalıdır⁶⁷. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca 04.07.2001 tarihli ilamında⁶⁸ her ne kadar kredi kartı sözleşmesinin altına alınan garanti şerhi beyanı olsa da somut olaya göre inceleme yaparak teminat verenin asıl borçlunun sorumluluğunu yüklendiğinden ötürü kefalet amacına hizmet eden bir sözleşme ilişkisi kurulduğuna karar vermiştir.

Uygulamada bankalar temel ilişkideki zararın doğacağı kesin olmadığından zararın doğacağına ilişkin risk almaktadırlar. Bu riski gerçekleştğinde ise, bankanın lehtarın borca ilişkin defî’leri ileri süremeyecek olması sebebiyle kanımızca banka üçüncü kişinin fiilini üstlendiğinden; garanti sözleşmesinin özel bir türü tatbik edilmektedir. Bu durumda, mektubun hukuki niteliğinin belirlenmesinde en önemli kriter aslilik ferilik kriterlerinin olduğundan uygulamada bankanın muhatap ile arasında yapılan sözleşmede asli bir borç üstlenmesi ve taahhüdünün bağımsızlığı

⁶⁵ YENER COŞKUN, s. 35.

⁶⁶ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 15; DURMAZ, s. 57-58.

⁶⁷ HUGO, s. 14; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 15.

⁶⁸ Yargıtay HD., 19-534/583 E., 2001/583 K., 04.07.2001 T., <https://www.eyavuz.av.tr/yargitay-hukuk-genel-kurulu-karari-garanti-beyanina-yer-verilmis-olmasi-sozlesmeyi-tek-basina-garanti-sozlesmesi-haline-getirmez/>, E.T. 09.03.2022.

sebebiyle hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu kaniya varmamızda ayrıca Yargıtay'ın 1967 ve 1969 tarihlerindeki İçtihadı Birleştirme Kararlarında⁶⁹ da aslilik ferilik unsurlarından yola çıkarak bankanın taahhüdünün garanti sözleşmesi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varmış olması da nazara alınmıştır⁷⁰. Nitekim bankacılık uygulamasında da kural olarak banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁷¹.

III. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ TARAFLARI

Banka teminat mektubu ile temel ilişkinin borçlusunun bankası garanti veren olarak alacaklıya borcun sözleşmeye uygun şekilde ve zamanında ifa edileceğini, edilmezse bu durum sebebiyle uğrayacağı zararı üstlenmeyi taahhüt etmektedir⁷². Bu durumda, bu ilişkide en az üç taraf bulunmaktadır. Bunlar, teminat mektubu veren garantör (banka), lehine teminat mektubu verilen borçlu (lehtar) ve garanti alan muhataptır. Uluslararası ticarete kullanılan teminat mektubu ilişkilerinde ikinci bir bankanın da dahil olması ile taraf sayısı artabileceği gibi lehtar da birden fazla olabilir.

Öte yandan, ülkemizde kullandığımız terminoloji ile uluslararası terminoloji arasında farklar bulunmaktadır⁷³. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)'nin oluşturduğu uluslararası garanti kuralları-URDG 758'nin 2. maddesi ile tanımlara yer verilmiştir. Buna göre; lehtar tanımını lehine bir garanti düzenlenen taraf olarak yapılmıştır. Diğer bir ifadeyle, ülkemizde kullandığımız terminolojide muhatap, ICC tanımlarına göre lehtar (beneficiary) olarak ifade edilmiştir. Ülkemizdeki uygulamada lehtar olarak isimlendirdiğimiz taraf için de amir (principal/applicant), garanti tahsis eden tarafa için ise garantör tanımı kullanılmaktadır.

⁶⁹ YİBK. T. 13.12.1967, E. 1966/16, K. 1967/7 ve YİBK. T. 11.06.1969, E. 1969/4, K. 1969/6; www.kazanci.com.tr (E.T: 10.05.2021).

⁷⁰ YENER COŞKUN, s. 34; BAŞARA, İzzet, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, s. 310-311.

⁷¹ REİSOĞLU, Banka, s. 34.

⁷² TOKER, s. 1019-1020; DOĞAN, a.g.e., s. 449-50.

⁷³ EKŞİ, (ÖZALP Abdurrahman), "ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları-URGD 758", s. 10.

1. Lehtar

Temel borç ilişkisindeki borçlunun çalıştığı bankadan muhataba yönelik lehine güvence sağlama amacıyla teminat mektubu verilmesini talep eden bankanın gayri nakdi kredi lehtarındır⁷⁴. Lehtar, teminat mektubu ilişkisinin tarafı olmayıp, garanti ilişkisinin doğumuna neden olan temel ilişkinin borçlusudur⁷⁵.

Uygulamada adi ortaklıkların tüzel kişiliğinin olmaması ve ortakların müteselsil sorumluluğu sebebiyle teminat mektubu talep etmesi halinde lehtar sayısı artabilmektedir⁷⁶.

2. Muhatap

Muhatap, hem temel ilişkideki teminat mektubu ilişkisindeki alacaklı taraftır⁷⁷. Lehtarın talebi üzerine düzenlenen teminat mektubu ile muhatap ile banka arasında hukuki ilişki kurulmuş olur. Bu durumda, muhataba hitaben düzenlenen teminat mektubunun muhatapın kabulü ile banka ile arasında tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme kurulur⁷⁸. Teminat mektubunun tanzimini de ancak temel ilişkinin alacaklısı olan muhatap talep edebilecektir. Bu sebeple, muhatapın belirli olması gerekmektedir.

Öte yandan, aynı borç için birden fazla muhatapın belirlenmesi mümkün olduğu gibi, aksi belirtilmedikçe bankadan tanzim için hepsinin birlikte talebi gerekmektedir⁷⁹.

3. Banka

Banka, teminat mektubunu düzenlemek suretiyle temel ilişkideki borcu teminat altına alan ve teminat mektubu ilişkisinde muhatap karşısında borçlu olan taraftır⁸⁰.

⁷⁴ YENER COŞKUN, s. 92.

⁷⁵ ÖNAL, s. 237.

⁷⁶ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 52.

⁷⁷ DOĞAN, a.g.e., s. 52; YENER COŞKUN, s. 90, ÖNAL, s. 237.

⁷⁸ KAHYAĞLU, s. 45; DOĞRU, s. 43; DOĞAN, a.g.e., s. 53.

⁷⁹ YENER COŞKUN, s. 91; ÖNAL, s. 237.

⁸⁰ DOĞRU, s. 40-41; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 53.

Banka, ileride doğması muhtemel bir riski kendi itibarını ortaya koyarak üstlenmiş olur. Bu durumda, muhatabın talebi üzerine borçlunun onayı, mahkeme kararı veya protesto çekilmesine gerek olmaksızın mektup bedelini öder⁸¹. Her ne kadar banka tarafından teminat mektubu verildiğinde, başlangıçta bankadan nakit çıkışı olmasa da bankaca üstlenilen riskin doğması halinde muhataba mektupta bildirilen bedelin ödenmesi gerekecektir⁸². Teminat mektubunu düzenleyen banka bu hizmetinin karşılığı olarak komisyon ücreti almaktadır. İleride lehtarın edimini yerine getirmemesi neticesinde banka, muhataba karşı para borçlusu olacağından banka teminat mektubundaki tutarı muhataba nakit olarak öder ve lehtardan ödediği bedeli faizi ile birlikte geri alır.

Banka teminat mektubu ilişkisinin milletlerarası ticarete sıkça kullanılması sebebiyle bu durumda muhabir banka ve kontrgarantör ifadelerine de rastlanmaktadır. Yabancı ülkedeki muhataba doğrudan teminat mektubu verildiğinde, yurtdışındaki muhatap ile iletişim için yabancı bir bankanın yardımına ihtiyaç duyulabilmektedir. Bu durumda muhabir banka olarak adlandırılan bankanın talimatları taraflara ulaştırmak dışında herhangi bir sorumluluğu bulunmamaktadır⁸³. Teminat mektubu düzenleyen banka, lehtar ya da onunla birlikte üçüncü kişilerden güvence talep ettiği durumlarda ilişkiye kontrgarantör dahil olmaktadır⁸⁴. Bir başka anlatımla; lehtarın teminat mektubu talebini alan banka, muhatabın ülkesinde bir bankaya talimat vererek muhatapla teminat mektubu sözleşmesi yapılmasını sağlar⁸⁵. Bu durumda, muhatapla sözleşme akdeden ikinci bankanın üstlendiği risk ilk banka tarafından güvence altına alınmasına kontrgaranti denilmektedir.

4. Kontrgarantör

Özellikle milletlerarası nitelik taşıyan banka teminat mektubu ilişkisine genellikle yabancı ülkedeki bir banka da dahil olarak taraf sayısını arttırmaktadır⁸⁶.

⁸¹ **EKŞİ**, Ticaret, s. 298; **KOÇ**, s. 576.

⁸² **ÇETİN / DİNÇ**, s. 70-71; **EKŞİ**, Ticaret, s. 298; **BAŞARA**, s. 302.

⁸³ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 55.

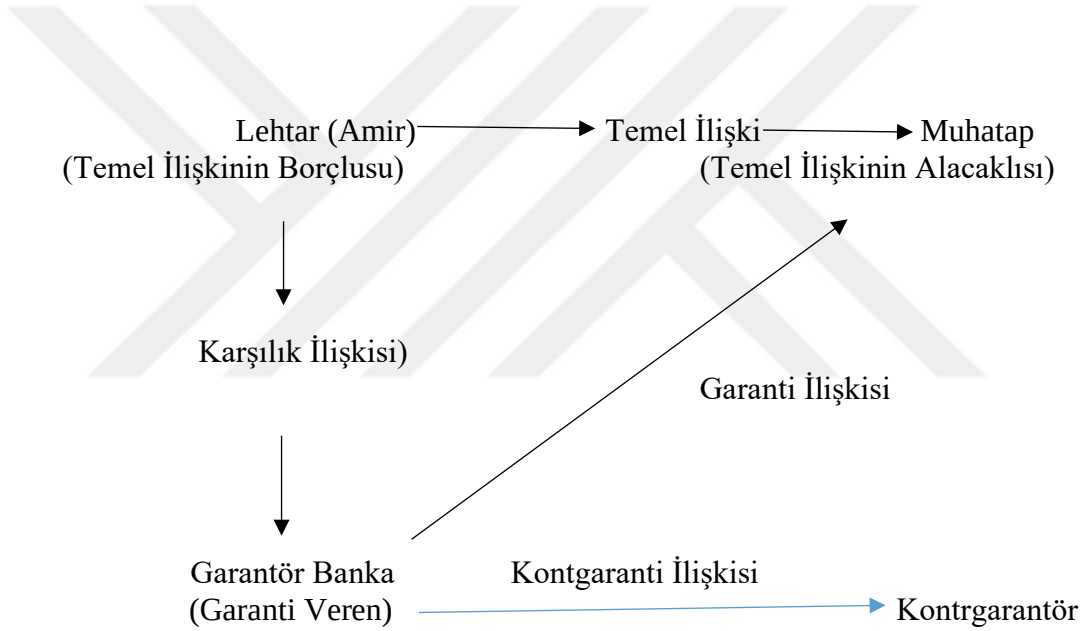
⁸⁴ **AKYAZAN**, Sıtkı, Banka ve Ticaret Hukuku, Ankara 1972, s. 16-17 (Banka); **DOĞAN**, a.g.e., s. 55.

⁸⁵ **DOĞAN**, Ticaret Hukuku, s. 729.

⁸⁶ **RESİOĞLU**, s. 74, **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 52.

Çalışmamızın ikinci bölümünde daha geniş yerdiğimiz Milletlerarası Ticaret Odasının yayınladığı Garantilere İlişkin Birörnek kurallarının 2. maddesin de tanımlandığı üzere; garanti veren (banka) üstlendiği risk sebebiyle oluşacak zararını üçüncü bir kişiye rücu etmek maksadıyla lehtar ya da ondan bağımsız üçüncü bir kişiden güvence alması halinde kontrgaranti denir⁸⁷. Dolaylı teminat mektubu sözleşmelerinde yabancı ülkedeki banka (garanti veren) lehtarın bankasında rücu edebilmek için ilk bankanın ikinci bankaya verdiği garanti kontrgaranti olarak adlandırılır⁸⁸.

Tüm bu açıklamalar nazara alınarak teminat ilişkisi aşağıdaki şekilde şematize edilebilecektir.



IV. UNSURLARI

Banka teminat mektupları garanti sözleşmesi olarak nitelendirildiğinden, her ne kadar kanunla garanti sözleşmeleri düzenlenmemiş olsa da sözleşmenin unsurları belirlenirken TBK m. 128’de düzenlenmiş olan Başkasının Fiilini Üstlenme başlıklı madde yol gösterici olmaktadır⁸⁹. Bu sebeple, tarafların vasıflandırmasından ziyade öğretide ve uygulamada kabul edilen garanti sözleşmesi unsurlarının bulunmasına

⁸⁷ BARLAS, s. 57; DOĞAN, Ticaret Hukuku, s. 690.

⁸⁸ DOĞAN, Ticaret Hukuku, s. 691.

⁸⁹ YENER COŞKUN, s. 36.

göre garanti sözleşmesi olarak kabulü mümkün olabilecektir⁹⁰. Öte yandan, yapılan sözleşme garanti sözleşmesinin gerekli unsurlarını taşıyor ise, sözleşme geçersiz olmayacak fakat garanti sözleşmesi olarak da vasıflandırılmayacaktır. Bir başka anlatımla, söz konusu sözleşme garanti sözleşmesi değil bir başka teminat sözleşmesi olarak kabul edilebilecektir⁹¹.

1. Belli Bir Hareket Tarzına Yöneltmek

Garanti sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayıran unsur; garanti verenin garanti alanı olumlu ya da olumsuz bir hareket tarzına yöneltme amacı taşımasıdır⁹². Bankanın teminat mektubu düzenleyerek lehtarı belli bir hareket tarzına yöneltmekte ve muhatabın zararını ödemeyi taahhüt ederek riske karşı teminat sağlanmış olunacağından garanti sözleşmesi niteliği göstermektedir⁹³.

2. Riskin Üstlenilmesi

Teminat mektubu düzenleyen banka, muhatabı gelecekte gerçekleşmesi muhtemel bir zarara karşı koruyarak ortaya çıkabilecek riskleri güvence altına almaktadır. Bir başka anlatımla, risk müstakbel ve muhtemel bir olaydır⁹⁴. Güvence altına alınan risk, ekonomik açıdan zararlı bir olay olabileceği gibi ekonomik açıdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi de olabilir.

Temel ilişkinin borçlusu ile alacaklısı arasındaki ve sonra kurulacak tüm hukuki ilişkilerin garanti edildiği teminat mektupları nitelik itibarıyla garanti sözleşmesinin kapsamını aşar⁹⁵. Keza, Yargıtay'da bu düzenlemeleri kabul etmemektedir. 19. Hukuk Dairesi 14.09.2000 tarihli bir kararında⁹⁶ garanti verenin sorumluluğunun “doğmuş ve doğacak her türlü borç” denilmek suretiyle boyutları belli olmayan bir riskin üstlenimi olduğundan belirsizliğin garanti edilmesini kabul

⁹⁰ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 20; YENER COŞKUN, s. 36.

⁹¹ TOKER, s. 1014; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 21.

⁹² YAVUZ, Cevdet / ACAR, Faruk / ÖZEN, Burak, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 710; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 21; YENER COŞKUN, s. 37.

⁹³ YENER COŞKUN, s. 38.

⁹⁴ DEVELİOĞLU, s. 36; YAVUZ/ACAR/ÖZEN, s. 711; YENER COŞKUN, s. 39; TOKER, s. 1016.

⁹⁵ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 22; YENER COŞKUN, s. 39.

⁹⁶ YHD 19 T. 14.09.2000, E. 2000/3368 K. 2001/4694.

etmemiştir. Bu durumda, riskin belirli yahut en azından belirlenebilir olması gerekmektedir⁹⁷. Önemli olan teminat mektubunda risk tutarının rakam olarak belirlenmesinden ziyade riskin belirliliğidir. Belirtmek gerekir ki; teminat mektubu düzenlerken Bankacılık Kanunu'na da riayet edilmesi gerektiğinden uygulamada bankalar teminat mektuplarında belli bir meblağ yazmaktadır. Bu meblağ götürü usulü bedel yahut üst limit olarak belirlenmektedir⁹⁸.

Banka teminat mektubunu düzenledikten taraflar anlaşarak düzenlenmiş olan mektuba yeni riskler ekleyemezler⁹⁹. Yeni riskler ancak bankanın kabul etmesi halinde ek bir teminat mektubu ile garanti altına alınabilecektir. Yargıtay'ında uygulaması bu yönde olup, esas ilişkideki değişikliklerin garanti edilen riskin kapsamı dışında kalacağına dair kararları bulunmaktadır¹⁰⁰. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi somut olayda uyuşmazlık konusu olan teminat mektubunun ödenmesine ilişkin önüne gelen olayda teminat mektubunda yer verilen riskin sonradan değiştirilemez ve genişletilemez olduğuna dair 04.06.2007 tarihinde verdiği bir kararda; *“Somut olayda, davalı banka tarafından düzenlenen dava konusu teminat mektupları, Sırrı'nın lehdarı olduğu mektuplar değildir. Diğer anlatımla, davacının muhatabı olduğu bu mektuplarda garanti altına alınan mal alımı riskine konu tohumu davacı, mektup lehdarları olan A... Ticaret Pazarlama ve İbrahim'e satmış değildir. Teminat mektubunda yazılı riskin lehdarları ile davacı muhatap arasında satım yapılmamış, dava konusu mektuplar ile bankanın garanti altına almayı taahhüt etmediği bir riskin lehdarına yönelik olmayan riskten dolayı mektubun paraya çevrilmesi istenilmiştir. Kesin teminat mektubu düzenleyen banka, lehdarın fiil ve edimlerini muhataba karşı garanti etmiş bulunmakta olup, bankanın mektup lehdarı ile muhatabı arasındaki ilişkiler dışında kalan ve bankanın bağımsız olarak bir borç yüklenmesi ile bu, karıştırılmamalıdır. Bankanın mektup lehdarı ile muhatabı arasındaki ilişkiler dışında kalan ve bankanın bağımsız olarak bir borç yüklenmesinden, lehdarın fiil ve edimlerini muhataba karşı garanti etmiş bulunması halinde söz edilebilir. Davacı yan, faturaların Sırrı'ya yönelik düzenlenmesinin nedenlerini somut kanıtlarla açıklaması, satımın gerçekte mektupların lehdarlanna yapıldığını likit delillerle kanıtlanması gerekmektedir. Mahkemece, bu yönde davacı yana kanıt sunma olanağı tanınması, sonucuna göre*

⁹⁷ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 23.

⁹⁸ YENER COŞKUN, s. 41.

⁹⁹ YENER COŞKUN, s.41.

¹⁰⁰ Bkz. YHD 19 T. 14.12.1999 E. 1999/4793 K. 1999/7676.

*karar verilmesi gerekirken, bu noktanın tartışmasız bırakılması doğru görülmemiş, hükmün bu nedenle davalı yararına bozulması gerekmiştir.”*¹⁰¹ ifadelerine yer vermiştir. Bu itibarla, teminat mektubu kapsamına alınan riskin sonradan değiştirilemeyeceği sebebiyle bankanın ödemeden imtina etmesinde sakınca olmayacağı ortaya çıkmaktadır.

3. Bağımsız Yükümlülük Altına Girme

Teminat mektubunun düzenleyerek banka lehtar ve muhatap arasındaki sözleşmeden bağımsız ve ayrı bir borç yüklenmektedir¹⁰². Şöyle ki; garanti sözleşmesinin varlığı ve içeriği bir başka sözleşmenin içeriğine bağlı olmadığından konusu lehtarın sorumlu olduğu borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi riski ile ilgilidir. Bu itibarla, banka asıl borcun geçerliliğine ve dava edilebilir olduğuna bağlı olmadan yani temel ilişkiden kaynaklanan defî ve itirazları ileri sürmeksizin riskin gerçekleştiği anda muhataba ödeme yapma zorunluluğu bulunmaktadır¹⁰³. Bu husus da onun ferilik yükümlülüğünü öne çıkararak diğer teminat amaçlı sözleşmelerden ayırmaktadır¹⁰⁴.

4. İvazlılık

Doktrinde teminat mektubu ilişkisinde ivazın sözleşmenin esaslı unsurlarından olup olmadığı konusunda tartışmalar hakimdir. Bazı yazarlar, bankanın sağladığı garantiye karşılık muhataptan bir ivaz alınmaması ve riskin belli bir meblağ karşılığında üstlenilmiş olunması sebebiyle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından mütevellit ivazsız olduğu görüşündedir¹⁰⁵. Bir diğer görüşe göre ise; garanti veren temel ilişkinin alacaklısına karşı tek taraflı bir borç altına girmiş olsa da buna karşılık bir ivaz istenilmesinde hukuken sakınca olmadığından bazen ivazlı da olabileceğini kabulü gerekmektedir¹⁰⁶. Bankacılık uygulamasını bu yönden

¹⁰¹ Yargıtay 11. HD, 04.06.2007 T., 2006/5679 E., 2007/8483 K., www.legalbank.net, E.T. 11.03.2022.

¹⁰² **TEKİNALP**, s. 513; **TOKER**, s. 1018; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 27-28; **YENER COŞKUN**, s. 43.

¹⁰³ **TURHAN**, Nihat, Dış Ticaret ve Akreditifli İşlemlerin Uluslararası Uygulamaları Kılavuzu, 2. Bası, Ankara 2013, s. 181; **DOĞRU**, s. 22; **YENER COŞKUN**, s. 43-44.

¹⁰⁴ **TOKER**, s. 1018.

¹⁰⁵ **TEKİNALP**, s. 514; **AKYOL**, Şener, Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin BİRSEN'e Armağan, İstanbul 2001, s. 175; **GÜMÜŞ**, s. 651; **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 711, **DOĞAN**, Elif, s. 26; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 29.

¹⁰⁶ **DOĞAN**, Elif, s. 45; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 29.

incelediğinde ise; teminat mektubu düzenlenirken genellikle bankanın müşterisi olan lehtardan sağladığı gayri nakdi kredinin karşılığında komisyon bedeli aldığı bilinmektedir. Belirtmek gerekir ki, bankanın müşterisi olan lehtardan komisyon alması garanti sözleşmesinin kapsamında değildir¹⁰⁷. Bu itibarla, banka lehine garanti verdiği muhataptan değil kendi müşterisi olan lehtardan komisyon almakla sözleşme ivazlı hale gelmeyeceği kanaatindeyiz¹⁰⁸.

V. BENZER HUKUKİ KAVRAM VE KURUMLARDAN FARKI

Günümüzde ticari hayatta teminat amaçlı farklı hukuki müesseseler kullanılmaktadır. Bunlardan ticari hatta en sık karşılaştığımız; kefalet, aval ve akreditifin banka teminat mektuplarından farkının tespit edilmesi yararlı olacaktır.

1. Kefalet – Banka Teminat Mektupları

Çalışmamızda daha önce bahsedildiği üzere¹⁰⁹ teminat mektuplarıyla ilgili pozitif düzenlemelere yer verilmediğinden ve her iki sözleşme de üç köşeli hukuki ilişkiyi içerdiğinden benzerlikler göstermektedir¹¹⁰.

Kefalet sözleşmesi TBK m. 581’de tanımlanmış olup, buna göre borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde kefil asıl sözleşmenin tarafı olmadığı halde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir¹¹¹.

Sözleşmenin amacı alacaklı ve borçlu arasındaki borcun ifasının teminat altına alınmasıdır¹¹². Böylelikle kefil, asıl borçlunun alacaklısına karşı borcun ifa edilmemesi halinde borçtan şahsen sorumlu olacağını taahhüt etmektedir¹¹³. Bu ilişkide kefil

¹⁰⁷ BAĞCI, s. 702; TOKER, s. 1019; YENER COŞKUN, s. 48.

¹⁰⁸ YENER COŞKUN, s. 48; DOĞAN, Elif, s. 45; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 30.

¹⁰⁹ Bkz. II. Hukuki Niteliği, s. 8.

¹¹⁰ CANBOLAT / TOPUZ, Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayrımında Uygulanacak Kıstaslar, TBB Dergisi, S. 78, 2008, s. 53-54; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 36; YENER COŞKUN, s. 51; KILIÇARSLAN KARA, Seda, “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIII, S. 1-2, 2009, s. 44.

¹¹¹ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2017, s. 759; YILMAZ, s. 1097.

¹¹² EREN, Özel Hükümler, s. 759.

¹¹³ ELÇİN GRASSINGER, Kefalet Sözleşmesinde Kefil ile Asıl Borçlu Arasındaki Hukuki İlişki, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, 1996, ss. 389-412, s. 398, www.dergipark.org.tr, E.T. 08.04.2022; TOKER, s. 1000-1001; EREN, Özel Hükümler, s. 759; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 36; YENER COŞKUN, s. 51.

sadece borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olduğundan kefil aynen ifaya zorlanamaz çünkü kefalet sözleşmesiyle kefilin borçlandığı edim aynen ifa değil; alacaklının müspet zararını gidermekten ibarettir¹¹⁴. Bu itibarla, kefalet sözleşmesinin teminat borcu doğuran bir sözleşme olduğu ifade edilebilir.

Kefalet sözleşmesinin diğer müesseslerden farklı olarak TBK m.583'e göre yazılı şekil şartına tabi tutulmuştur. Aksi halde, sözleşmenin geçerliliği mevzu bahsedilemeyecektir. Buna karşılık, banka teminat mektuplarının geçerli kabul edilmesi için herhangi bir şekil şartı öngörülmediğinden, tarafların iradelerini uyuşması yeterli kabul edilmektedir¹¹⁵. Uygulamada her ne kadar bankalar ispat açısından kolaylık sağlanması ve şubeleri arasında uygulamada birlik sağlanması amacıyla kendi bünyelerinde örnek teminat mektupları düzenleyip, bu konuda banka içi mevzuatları yayınlasa da hazırlanan teminat mektubunun bu düzenlemelere aykırılığı halinde geçersizliğinden söz edilemez¹¹⁶. Buna karşılık kefalet sözleşmelerinin şekil kurallarına aykırı düzenlenmesi sözleşmeyi geçersiz kılacaktır. Şöyle ki, TBK m. 583'e göre; kefalet tarihi, kefilin sorumlu olacağı azami tutar ve müteselsil kefalet durumu var ise bunun bu ibarenin kefilin el yazısı ile yazılması şartı aranmaktadır.

Kefalet sözleşmesiyle kefilin borcu, asıl borca bağlı fer'i nitelikte olup, garanti sözleşmesi niteliğinde olan bankta teminat mektupları asıl borçtan ayrı varlığa sahiptirler¹¹⁷. Bu sebeple, kefilin ifasını taahhüt ettiği borcun ortadan kalması halinde, herhangi bir işlem gerekmez, asıl borçla beraber kefalet de sona erecektir¹¹⁸. Teminat mektuplarında ise asıl borcun sona ermesi halinde taahhüt altına alınan risklerde sona eriyor ise teminat mektubu sözleşmesi ortadan kalkar. Aksi halde, teminat mektubu hukuki varlığını sürdürmeye devam edeceğinden fer'i nitelikte olmadıkları kabul edilmektedir¹¹⁹.

¹¹⁴ **EREN**, Özel Hükümler, s. 760.

¹¹⁵ **REİSOĞLU**, Seza, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s.75-78; **GÜMÜŞ**, Mustafa A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2010; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 37; **DEVELİOĞLU**, s. 154-155; **ZEVKLİLER**, Aydın / **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010, s. 534.

¹¹⁶ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 37.

¹¹⁷ **ELÇİN GRASSINGER**, s. 402; **GÜMÜŞ**, s. 456; **EREN**, Özel Hükümler, s. 760-761; **TOKER**, s. 1009; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 36, **YENER COŞKUN**, s.60.

¹¹⁸ **CANBOLAT/TOPUZ**, s. 56; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 40.

¹¹⁹ **YILMAZ**, s. 1098-1099; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 40.

Borçlar Kanuna göre (m. 591), kefil alacaklıya karşı asıl borçluya ait def'i ve itirazları ileri sürebileceği gibi bununla yükümlüdür de aksi halde rücu hakkını kaybeder¹²⁰. Bu sebeple, kefilin haklarından önceden feragati mümkün değildir. Öte yandan, teminat mektubu ilişkisinde borcun fer'i nitelikte olmaması sebebiyle garanti veren temel ilişkinin alacaklısına karşı def'i ve itirazları ileri süremez.

Kefil, borcun ifa edilmesinden asıl borçlu gibi sorumlu olduğundan, ifa ettiği borç oranında alacaklının haklarına halef olur¹²¹. Böylelikle kefil halefiyete dayanarak borçludan ifa ettiği şeyleri geri alabilecekken, teminat sözleşmelerinde garanti verenin aynen ifa yükümlülüğü olmadığından, yalnızca rizikonun gerçekleşmesi sebebiyle oluşan müspet zararın giderilmesinden (tazminat) sorumludur¹²². Bir başka anlatımla, teminat mektubu düzenleyen taraf kendi borcunu ifa etmektedir. Bu ilişkide halefiyet söz konusu olmadığından garanti veren taraf temel ilişkinin borçlusuna rücu edemese de genel hükümlere göre sebepsiz zenginleşme davası ile geri alabilmesi mümkündür¹²³.

2. Aval – Teminat Mektubu

Bir kambiyo taahhüdü olan ve senet üzerine borçlunun borcunu beyanı ile aval verenin (avalist) kimin lehine aval vermişse onun gibi yükümlü olmasını sağlayan aval TTK m.700 – 702’de düzenlenmiştir¹²⁴. Aval, kıymetli evrak hukukuna bağlı şahsi bir teminat türüdür¹²⁵.

Günümüzde aval, ihracat finansmanında bono ya da çek bedelinin kısmen ya da tamamen ödenmesini güvence altına almak üzere kullanıldığı görülmektedir¹²⁶.

Aval, kambiyo senetlerine özgü şahsi bir teminat olup, asıl borç ilişkisiyle hiçbir ilgisi yoktur. Avalist ile borçlu arasında sözleşme akdedilir ve borçtan birlikte

¹²⁰ EREN, Özel Hükümler, s. 784.

¹²¹ ELÇİN GRASSINGER, s. 392; YENİCE, A. Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkisi, XII Levha, 1. Bası, İstanbul, 2009, DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 41; s.104-105; YENER COŞKUN, s. 69-170; EREN, Özel Hükümler, s. 788-789.

¹²² DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 41.

¹²³ ibid, s. 41.

¹²⁴ ibid, s. 41.

¹²⁵ DOĞAN, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s. 783.

¹²⁶ KOÇ, s. 591; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 42.

müteselsilen sorumludurlar¹²⁷. Bu bakımından availsitin borcu fer'i niteliktedir. Avalistin aval verme iradesini senet üzerine derç etmesine müteakip senet hamiline teslimi ile sözleşme kurulmuş olur. Kural olarak, aval bir kambiyo senedi olduğundan avalist ile borç altına giren kişi arasında hukuki ilişki kurulmuş olup, senet alacaklısı bu ilişkinin dışındadır¹²⁸. TTK m.701'de aval beyanı, avalistin imzası ve kimin için aval verildiğinin senede derç edilmesi şekil şartı olarak düzenlenmiştir¹²⁹.

Garanti sözleşmesi olarak nitelendirilen teminat mektupları ile farklarını inceleyecek olursak: Avalist ile borçlu arasında bir sözleşme yapılmaktaysa da teminat mektubu ilişkisinde garanti veren ile garanti alan arasında ispat açısından yapıldığı görülmektedir¹³⁰. Öte yandan teminat mektubu ilişkisinde garanti verenin borcu asli nitelikte olmasına rağmen avalistin borcu fer'i niteliktedir. Son olarak, avalist senet bedelinden borçluyla birlikte müteselsilen sorumluyken, teminat mektubu veren ile temel ilişkinin borçlusu arasında teselsül ilişkisi bulunmamaktadır¹³¹.

3. Akreditif – Teminat Mektubu

Uluslararası ticari ilişkilerde bir ödeme aracı olarak kullanılan akreditif ile banka teminat mektupları arasında belli başlı farklar bulunmaktadır.

Günümüzde uluslararası ticaretin de gelişmesiyle alıcı ve satıcının farklı ülkelerde olması, mal bedelinin hemen tahsil edilememesi, malların ayıplı olabileceği yahut hiç teslim edilmemesi gibi güven ilişkisin sağlamlaştıracak fonksiyonların azlığı sebebiyle özellikle mesafeli satımlarda yaşanabilecek problemlerin önüne geçmesi amacıyla sözleşme bedelinin ödenmesini güvence altına almaya yarayan akreditif uygulamada sıkça kullanılmaktadır¹³².

Akreditifte, borçlu “kendi borcunu” ifa etmesi için bankasını görevlendirirken, banka teminat mektuplarında banka sadece temel ilişkinin borçlusu borcunu ifa etmemesi halinde doğan zararı karşılamaktadır. Bir başka anlatımla; teminat

¹²⁷ YENER COŞKUN, s.78; KOÇ, s. 591.

¹²⁸ DOĞAN, Milletlerarası Ticaret Hukuku, s.784.

¹²⁹ DOĞAN, a.g.e, s.788.

¹³⁰ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 42.

¹³¹ DOĞAN, a.g.e., s. 42-43; YENER COŞKUN, s.78.

¹³² KOÇ, s. 592; DOĞAN, a.g.e, s. 43-44.

mektupları teminat fonksiyonlu hukuki bir ilişki olmasına karşılık akreditifin asıl amacı ödemedir¹³³.

Akreditif bankasının sorumluluğu teminat mektubu veren bankadan da farklıdır. Şöyle ki; teminat mektubunda ödeme yapılabilmesi için riskin gerçekleşmesi gerekmektedir, akreditif veren banka gerekli belgelerin temin edilmesi durumunda her hâlükârda ödeme yapmak zorundadır. Bu açıdan bakıldığında; teminat mektubu ilk planda muhatabına güvence sağlama amacı güderken, akreditifte ödeme fonksiyonu ön plandadır¹³⁴.

VI. BANKA TEMİNAT MEKTUBU TÜRLERİ

1. Konusuna Göre Teminat Mektupları

Teminat mektupları geçici teminat mektupları, kesin teminat mektupları ve avans teminat mektupları olmak üzere konusuna göre üçe ayrılır.

a. Geçici Teminat Mektupları

Açılmış bir ihaleye katılmak için ihale makamına verilen teminat mektuplarına geçici teminat mektupları denir. Geçici teminat mektuplarının amacı ihalenin üzerinde kalması halinde lehtarın ihaleye ilişkin sözleşmeyi imzalayacağını ve kesin teminat mektubu vereceğini garanti altına almaktır¹³⁵. Lehtar ihale üzerine kaldığı halde sözleşmeyi imzalamazsa veyahut imzalarsa dahi kesin teminat mektubu vermezse muhatap, garanti veren bankadan geçici teminat mektubunun paraya çevrilmesini talep edebilir¹³⁶.

Geçici teminat mektubunun paraya çevrilebilmesi için lehtarın sözleşmeyi imzalamaması ya da kesin teminat mektubu vermemiş olması şartlarından birinin gerçekleşmesi gerekmektedir. Sözleşmenin yapılmış olması halinde muhatapın

¹³³ DOĞAN, a.g.e, s. 43.

¹³⁴ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 45.

¹³⁵ GÜNAY, Celal, “Banka Teminat Mektupları”, s. 38; YENER COŞKUN, s. 118; REİSOĞLU, Kontrgaranti, s. 144.

¹³⁶ DOĞRU, s. 28; REİSOĞLU, Banka Teminat Mektupları, s. 143; DOĞAN, Banka Teminat Mektupları, s. 85.

sözleşmeye dayanarak işi lehtara yaptırmayı ile geçici teminat geçerliliğini yitirecek olup işin sözleşmeye uygun yapılmaması gibi riskler bakımından geçici teminat mektubunun paraya çevrilmesini talep etme hakkı ortadan kalkacaktır¹³⁷.

b. Kesin Teminat Mektupları

Lehtarın mektupta belirlenen yükümlülüğü yerine getireceğini garanti ettiği teminat mektuplarına kesin teminat mektupları denir. Kesin teminat mektuplarının amacı lehtarın asıl sözleşmeden kaynaklanan edimi süresi içerisinde ve gerektiği gibi ifa etmemesi riskine karşı güvence sağlamaktır. Lehtar, hakkında teminat mektubu verilen asıl sözleşmeden doğan yükümlülüğünü süresi içinde tamamen veya kısmen yerine getirmez ise bankanın tazmin borcu doğacaktır¹³⁸. Bununla birlikte teminat mektubu ile belirlenen bedel muhatapın uğradığı zararı karşılamaz ise muhatap karşılanmayan zararı için lehtara karşı tazminat davası açabilecektir. Yargıtay vermiş olduğu bir kararda “...kesin teminat, kural olarak tazminat alacağından indirilir; alacaklı kesin tazminatı aşan zararını isteyebilir (TBK m.180). Yeter ki sözleşmede ya da yasada aksine bir hüküm bulunmasın...” ifadelerinde bulunarak bu görüşü desteklemiştir¹³⁹.

c. Avans Teminat Mektupları

Lehtar ile muhatap arasındaki asıl sözleşmede edim borçlusunun ifaya başlayabilmesi için karşı tarafın belirli bir miktarda ön ödeme yapması gerekebilmektedir. Daha sonra edim borçlusunun hak edişlerinden kesilecek olan bu ön ödemeye rağmen edimin gereği gibi yerine getirilmemesi riskine karşı güvence oluşturan teminat mektuplarına avans teminat mektubu denir¹⁴⁰. Avans teminat mektupları müteahhitlere veya imalatçıya verilecek avansları bankanın garanti etmesiyle alakalı olup kesin teminat mektubu yerine kullanılamaz ve kesin teminat mektubu yerine tazmini istenemez¹⁴¹.

¹³⁷ DOĞRU, s. 28; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 73; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 59; REİSOĞLU s. 143; Yargıtay 15. HD 2016/3833 E. 2017/3725 K. 01.11.2017 T.

¹³⁸ GÜNAY, s. 37.

¹³⁹ Yargıtay 19. HD. 1993/7910 E. 1994/550 K. 27.01.1994 T. (naklen DOĞAN, Teminat mektupları, s. 92).

¹⁴⁰ BARLAS, s. 17

¹⁴¹ TANDOĞAN, Hukuki Mahiyet, s. 795.

2. Geçerlilik Süresine Göre Teminat Mektupları

Teminat mektupları geçerlilik süreleri bakımından vadeli veya vadesiz teminat mektupları olmak üzere ikiye ayrılır.

a. *Vadeli Banka Teminat Mektupları*

Bankanın vermiş olduğu teminat mektubundan doğan sorumluluğunun belirli bir süre ile sınırlandırıldığı teminat mektuplarına vadeli teminat mektupları denir. Vadeli teminat mektuplarında bankanın sorumlu olabilmesi için teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin öngörölmüş vade içerisinde gerçekleşmesi gereklidir. Öngörölen vade içerisinde risk gerçekleşmezse bankanın sorumluluğu söz konusu olamayacaktır¹⁴². Riskin vade içerisinde gerçekleşmesi şartıyla vadeli teminat mektuplarında on yıllık genel zamanaşımı süresi boyunca bankanın sorumluluğu devam eder¹⁴³.

Teminat mektubu metninde vade içerisinde riskin gerçekleşmesi ile birlikte ödeme talebinde bulunulması da kararlaştırılmış olabilir. Bu halde süresi içerisinde tazmin talebinde bulunulmamış ise bankanın teminat mektubundan doğan sorumluluğu da sona erecektir¹⁴⁴.

Garanti veren banka ile muhatap arasındaki teminat ilişkisi sözleşme kabul edildiğinden sözleşmede değişiklik manasına gelen vade uzatımı ancak banka ile muhatap arasında yapılacak bir anlaşma ile mümkün olabilecektir. Bu sebeple teminat mektubu metninde aksi kararlaştırılmadığı sürece muhatap ile lehtarın aralarında anlaşarak vadeyi uzatması mümkün olmadığı gibi uygulamada bankaların, tazmin talebinin önüne geçmek maksadıyla vade uzatımını lehtarın yazılı muvafakati ile yaptıkları görölmektedir¹⁴⁵.

¹⁴² DOĞAN, a.g.e, s. 96.

¹⁴³ YENER COŞKUN, s. 122.

¹⁴⁴ REİSOĞLU, s. 159.

¹⁴⁵ ÖNDER, s. 31.

Teminat mektubunun vadesinin bitmesi ile hükümsüz hale gelen mektubun süresinin uzatılması geçerli olmayacağından süre uzatımının vadenin bitiminden önce yapılması gerekmektedir.

b. Vadesiz Banka Teminat Mektupları

Geçerliliği belirli bir süreye bağlanmamış teminat mektuplarına vadesiz banka teminat mektupları denir. Süresiz teminat mektuplarında bankanın sorumluluğu teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin doğumundan on yıllık genel zamanaşımı süresinin sonuna kadar devam etmektedir¹⁴⁶.

3. Ödeme Talebinin Şekline Göre Teminat Mektupları

Ödeme talebinin şekline göre banka teminat mektupları ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları ile şarta bağlı teminat mektupları olmak üzere iki başlıkta incelenmektedir.

a. İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektupları

Muhatabın öngörülen riskin gerçekleşmesiyle birlikte temel ilişkiden kaynaklanan hiçbir def'i ve itirazla karşılaşmayarak derhal ödeme talep edebildiği; bankanın ise muhatabın talebi üzerine herhangi bir itiraza mahal vermeden ve muhataptan teminat mektubuna dayanarak talepte bulunma hakkının olduğunu ispat etmesine gerek kalmadan ödeme yapmayı taahhüt ettiği teminat mektuplarına ilk talepte ödeme kaydını taşıyan teminat mektupları denir.

Bankanın yalnızca şekli anlamda inceleme yapma yetkisi haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma yetki ve hakkına sahip değildir¹⁴⁷.

Bankanın muhataba ödeme yapmasının akabinde lehtar ile muhatap arasında ödemenin haksız olduğu yolunda bir ihtilaf ortaya çıkarsa lehtar “önce öde sonra dava et” prensibi gereği ödemediği sonra dava hakkına sahiptir. Kural olarak iki istisna

¹⁴⁶ DOĞAN, a.g.e., s. 71.

¹⁴⁷ YENER COŞKUN, s. 117.

haricinde lehtar, ödeme talebinin haksız olduğunu iddiasını bankaya bildirerek bankanın muhataba ödeme yapmasını durdurma yetkisine sahip değildir. Bu iki istisnadan ilki, bankanın teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait bir def'i ileri sürerek ödemedi kaçınabilmesi durumudur. İkinci istisna ise, lehtarın mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alarak ilk talepte ödeme kaydı içeren teminat mektuplarının ödenmesine engel olabilmesidir.

Bankanın, teminat mektubu muhatabının ödeme talebinin haksız olduğunu bilmesi durumunda ödeme yapmak zorunda olup olmadığı doktrinde tartışmalı bir konudur. Doktrindeki hâkim görüşe göre; hakkın kötüye kullanılmasını önlemek için temel ilişkiden doğan borcun ifa edilmiş olması gibi riski ortadan kaldıran sebeplerin varlığının herkes tarafından açıkça anlaşılabilir olması ve TMK m. 2'de düzenlenen dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığının banka tarafından açıkça bilinmesi koşulu ile banka ödemeyi reddedebilecektir¹⁴⁸.

b. Şarta Bağlı Banka Teminat Mektupları

Muhatabın ödeme talebi ile banka tarafından paraya çevrilmesini teminat mektubu metninde belirlenmiş şartlara bağlı olan teminat mektuplarına şarta bağlı teminat mektupları denir. Şart teminat mektubunda açıkça yer alabileceği gibi, mektup lafzından da anlaşılabilir¹⁴⁹.

Şarta bağlı teminat mektuplarında banka, teminat mektubunda yazılı şartların yerine geldiğinin bankaya sunulan belgelerle ispat edilememesi durumunda ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Banka sunulan belgelerin mektupta belirtilen nitelikte olup olmadığını şeklen ve makul bir özenle incelemekle yükümlüdür, incelemeyele anlaşılacak sahtecilikten banka sorumlu değildir¹⁵⁰.

¹⁴⁸ DOĞRU, s. 34; DOĞAN, a.g.e., s. 80.

¹⁴⁹ GÜNAY, s. 48.

¹⁵⁰ YENER COŞKUN, s. 117.

4. İkinci Bir Bankanın Teminat İlişkisinde Yer Alıp Almamasına Göre Banka Teminat Mektupları

Milletlerarası unsur taşıyan ticari ilişkilerde kendisinden teminat mektubu talebinde bulunulan bankanın, garanti alana doğrudan kendisinin teminat mektubu vermesi veya garanti alanın ülkesindeki bir banka aracılığıyla teminat mektubu vermesi mümkündür. Bu bakımdan teminat mektupları doğrudan ve dolaylı banka teminat mektupları şeklinde ikiye ayrılır.

a. Doğrudan Teminat Mektupları

Kendisinden teminat mektubu talebinde bulunulan bankanın muhataba garantiyi kural olarak bizzat kendisi verirken garantiyi alanın ülkesinde bulunan bir bankayı da muhabir banka olarak garanti ilişkisine dahil etmek suretiyle garantiyi bu banka aracılığıyla verdiği teminat mektuplarına doğrudan teminat mektupları denir. Muhabir bankanın görevi garanti alanın kendisine yönelttiği ödeme talebini garantör bankaya bildirerek onun talimatlarına uygun biçimde ödeme yapmak olduğundan garanti alana karşı sorumluluk garantör banka üzerindedir¹⁵¹. Garantör banka ile muhabir banka arasında ise vekalet sözleşmesi ilişkisi bulunmaktadır. Muhabir banka, kendisini vekil olarak tayin eden bankanın talimatlarına aykırı davrandığı durumlarda vekalet hükümleri çerçevesinde sorumlu olacaktır.

b. Dolaylı Banka Teminat Mektupları

Milletlerarası ticari ilişkilerde kendisinden garanti talebinde bulunulan bankanın garantör banka olarak ikinci bir bankayı devreye soktuğu teminat mektuplarına dolaylı teminat mektupları denir. Dolaylı banka teminat mektuplarında ikinci banka ya garanti alana karşı bağımsız bir borç altına girecek ya da ilk bankanın garantisine teyit bankası olarak iştirak edecektir¹⁵². Lehtarın talep ettiği teminat mektubunu vermekle yükümlü olan ikinci banka olup ikinci banka ile birinci banka arasında kontrgarantör sözleşmesi bulunmaktadır.

¹⁵¹ GÜNAY, s. 50; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 101.

¹⁵² KAHYAOĞLU, s. 16-17

VII. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA SÖZLEŞMENİN KURULMASI

1. Banka ile Lehtar Arasındaki İlişki

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin tespitinden sonra bir diğer önemli husus sözleşmenin nasıl kurulacağıyla ilgilidir. Banka müşterisi olan lehtar tarafından muhatabın isteklerine uygun içerikte bir teminat mektubu verilmesi yönünde talebi Bankaya iletmekle gayri nakdi kredi ilişkisi açısından ilk adım atılmış olunur¹⁵³. Türk bankacılık uygulamasında, banka ile müşterisi arasında öncelikle çerçevenin belirlenmesi açısından genel kredi sözleşmesi imza edildikten sonra müşterisinin talep ve ihtiyaçları doğrultusunda birel kredi sözleşmeleri akdedilir¹⁵⁴. Garanti talep eden banka müşterisinden gelen icap üzerine bankanın temel ilişkiden doğması muhtemel zararları karşılamayı taahhüt etmekle teminat mektubu temin etme ilişkisi yani gayri nakdi kredi ilişkisi kurulmuş olacaktır¹⁵⁵. Uygulamada, teminat mektubu vermeyi kabul eden bankalar müşterisinden buna karşılık güvence talep etmektedirler. Banka ile lehtarın arasındaki bu ilişkiye “konragaranti ilişkisi” denilmektedir¹⁵⁶.

Söz konusu karşılıklılık ilişkisi sağlandıktan sonra bankaya yönelik bir teminat mektubu metnin hazırlanarak muhataba ulaştırılması borcu doğmaktadır¹⁵⁷. Banka teminat mektupları kişisel güvence verilmesine ilişkin bir teminat sözleşmesi olduğundan sözleşmenin kurulması da karşılıklı iradelerin uyuşmasıyla mümkündür¹⁵⁸. Bu kapsamda, teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğu kabulüyle; taraflar arasında mutabık kalınan garanti metninin muhataba ulaşması gerekmekte olduğu söylenebilecektir.

¹⁵³ KOÇ, Himmet, Hukuki Açıdan Banka Teminat Mektupları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.69, S.2, 2020, s. 567-602, <https://dergipark.org.tr/pub/auhfd/issue/58829/848686>, s. 580, E.T. 28.09.2021.

¹⁵⁴ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 117.

¹⁵⁵ ÖNDER, s. 87; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 117; KOÇ, s. 580.

¹⁵⁶ KOÇ, s. 580.

¹⁵⁷ DURMAZ, s. 131.

¹⁵⁸ BAĞCI, s. 701; ÖNDER, s. 87; DURMAZ, s. 138.

Genel itibariyle, sözleşmesel ilişki icap ve kabul ile kurulduğu varsayılsa da banka teminat mektuplarının muhataba (garanti alana) ulaşması yeterlidir¹⁵⁹. Uygulamada, bankalar kredili çalıştığı müşterisi olan lehtara talebi çerçevesinde yazılı olarak bir teminat mektubu hazırlayıp muhataba iletmek üzere teslim etmektedir. Ayrıca hazırlanacak teminat mektubunun şekil şartına tabi olmaması sebebiyle ispat edilebilirlik açısından uygulamada da yazılı şekil şartı çoğunlukla kullanılmaktadır.

Teminat mektubu ilişkisi açısından değerlendirildiğinde lehtarın görevi muhatabın isteklerini içerir bir teminat mektubu için bankaya başvurmaktan ibarettir¹⁶⁰. Banka ise, bu talebi kabulle zorunlu olmamakla birlikte, talebi derhal reddetmemişse kabul etmiş sayılacaktır. Bankanın hiç veya lehtarla anlaşılan sözleşme çerçevesi dışında bir şekilde teminat sağlanması halinde; lehtarın bu durumdan uğrayacağı zarardan banka mesul olacaktır¹⁶¹.

Daha açık bir anlatımla; bankanın sorumluluğu lehtarın talep ettiği şartlarda teminat mektubu hazırlamak olduğundan, karşılıklı ilişki kurulduktan sonra bankanın muhatap ile öngörülen şekilde garanti ilişkisi kurması beklenmektedir. Her ne kadar lehtar ve banka arasındaki sözleşmenin kuruluşuyla ilgili hüküm olmasa da sözleşmenin hukuki niteliğinden hareketle gerekli şartlar tespit edilmelidir¹⁶². Bu durumda, bankanın bir teminat mektubu hazırlayarak muhataba ulaştırılması borcu doğmaktadır. Uygulamada, bankalar kredili çalıştığı müşterisi olan lehtara talebi çerçevesinde ispat hukuku açısından kolaylık sağlaması amacıyla yazılı olarak bir teminat mektubu hazırlayıp muhataba iletmek üzere teslim etmektedir¹⁶³. Bu durumda, lehtar bankanın vekili sıfatıyla hareket ederek mektubu muhataba teslim etmektedir¹⁶⁴. Bu husus bazı sakıncalara sebep olmaktadır. Şöyle ki; sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için icabın kabul edilmiş olması gerekir. Bu itibarla, teminat mektubu ilişkisinin tarafları banka ve muhatap arasında birbirine uygun ve karşılıklı iradelerin uyuşması gerekmektedir¹⁶⁵. Her ne kadar banka lehine teminat mektubu verdiği müşterisine teslim etmek üzere teminat mektubu vererek lehtar vekil sıfatıyla bu

¹⁵⁹ KAHYAOĞLU, s. 46; DURMAZ, s. 139.

¹⁶⁰ KOÇ, s. 581.

¹⁶¹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 121; DOĞAN, Ticaret Hukuku, s. 696.

¹⁶² DOĞAN, a.g.e., s. 122.

¹⁶³ ÖNDER, s. 85; DURMAZ, s. 139.

¹⁶⁴ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 122; KOÇ, s. 582.

¹⁶⁵ KOÇ, s. 582.

görevi ifa etse de mektubun muhataba tahrifatlı, geç yahut hiç ulaştırılmaması gibi durumlar söz konusu olabilecektir. Bu durumda Yargıtay lehtarın uğrayacağı zarardan bankayı da sorumlu tutmakla birlikte, lehtarla ortak kusurunun olduğunu belirtmektedir.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 18.05.2009 tarihli kararına¹⁶⁶ konu olayda lehtar ihaleye sunmak üzere çalıştığı bankadan süresiz yahut şartnamede istenilen tekliflerin geçerlilik sürecinin en az 30 gün ötesini kapsayacak şekilde teminat mektubu talep etmişse de banka 28.02.2007 tarihinde 30.07.2007 tarihine kadar geçerli olmak üzere teminat mektubu düzenlemiş, teslim etmek üzere lehtara vermiştir. Fakat mektubun içeriğinin şartnameye uymaması sebebiyle lehtar ihaleye alınmamış ve bu sebeple bankaya dava açmıştır. Yargıtay anılan kararında bankanın teminat mektubu düzenleme konusunda sözleşmesel ilişki kurduğu lehtarın talebi doğrultusunda mektubu düzenlemesi gerektiği, bu sebeple somut olayda sözleşmenin kurulmasında bankanın kusurunun varlığına karar vermiştir. Kararda hem banka hem de mektubun içeriğini okumadan teslim eden lehtar da aynı şekilde kusurlu bulunmuştur. Bizce de lehtarın her ne kadar sadece mektubu muhataba ulaştırması yeterli gibi görünse de zararın doğmasında lehtarında gerekli özeni göstermeyerek mektubu kontrol etmemesi de neden olmuştur. Bu sebeple, banka ve lehtarın ortak kusurlu olduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda, uygulamada yaşanan bu problemin önüne geçebilmek için banka ve lehtar arasında kurulan karşılıklı ilişkisine konu edilen sözleşmede hangi sürede, kim tarafından mektubu ulaştırılacağına yer verilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

2. Banka ile Muhatap Arasındaki İlişki

Dar ve teknik anlamda teminat mektubu sözleşmesi muhatap ile banka arasında kurulmaktadır. Bilindiği üzere, bu konuda pozitif düzenleme olmadığından sözleşmenin kuruluşu şekil şartına tabi olmamakla birlikte, uygulamada bankaların tip sözleşmeler halinde yazılı olarak teminat mektubu düzenledikleri görülmektedir¹⁶⁷. Fakat teminat mektubu ilişkisi sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında geliştiğinden ve bu ilişkinin esası TBK m.128'de yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde ele

¹⁶⁶ Bkz. Yargıtay 11. HD 18.05.2009 T. ve E. 2008/1902-K.2009/5875.

¹⁶⁷ KOÇ, s. 583.

alındığından; herhangi bir şarta tabi olmayıp taraf iradelerinin uyuşması sözleşmenin kurulmuş olması için yeterlidir¹⁶⁸. Bu kapsamda, olası bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun tespiti için teminat mektubunun hukuki niteliğinin belirlenmesi önem teşkil etmektedir.

Özetle, banka teminat mektupları üç köşeli bir hukuki ilişki olsa da muhatap banka ile teminat mektubu içeriğini görüşmemektedir. Banka, lehtarın talebi çerçevesinde hazırladığı teminat mektubunu muhataba ulaştırmakla icapta bulunmuş olur. Kural olarak, muhatap bankaya talimat vermez yahut talepte bulunamaz¹⁶⁹. Bu itibarla, teminat mektubu ilişkisinde yalnızca borç altına giren taraf banka olup, belli kazanımlar elde edecek olan taraf ise muhatap olduğundan tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu açıktır¹⁷⁰.

Her ne kadar teminat mektupları pozitif düzenlemeye konu olmamışsa da uygulamada belirli kıstaslara göre ayırım yapıldığı gözlemlenmiştir. Teminat mektuplarının milletlerarası nitelik taşıması yahut güvence altına alınan riskin büyüklüğüne göre değişik uygulamalara konu edilmektedir.

Milletlerarası nitelik taşıması yahut miktarın yüksek olması halinde önbilgilendirme aşamasının ortaya çıktığı gözlemlenmektedir. Bu iki durumda yurt içi ticari ilişkilerde yahut uluslararası ticarete muhataba ön bilgi yoluyla mektubun içeriği hakkında bilgi verilmektedir¹⁷¹. Bu itibarla, temel ilişkide öngörülen koşullara uygunluğun kontrolü ve sonradan karşılaşılabilecek problemlerin azaltılması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda, muhatap bilgilendirme amacı güden önbilgilendirmenin hukuki bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır¹⁷². Milletlerarası uygulamada yapılan önbilgilendirme muhabir banka aracılığıyla yapılmaktadır.

Ön bilgilendirme uygulamada muhataba yapılan açık bir icap olarak nitelendirilmektedir¹⁷³. Muhatabın açık veya zımni olarak bu bilgilendirme ışığında

¹⁶⁸ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 123; COŞKUN YENER, s. 115.

¹⁶⁹ DURMAZ, s. 135-136; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 122; DOĞAN, Ticaret Hukuku, s. 698.

¹⁷⁰ KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredileri ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar, Akreditif, İstanbul 2010, s. 107, KAHYAOĞLU, s. 45.

¹⁷¹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 126.

¹⁷² DOĞAN, a.g.e., s. 126.

¹⁷³ DOĞAN, a.g.e., s. 126.

şartları kabul etmesi halinde önbilgilendirmede belirtilen koşullarda teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olur¹⁷⁴.

Muhatabın susmasının kabul anlamına gelip gelmeyeceği konusu ülke içi ticari ilişkiler ve yabancılik unsuru olan olaylara göre ayrı değerlendirilmektedir. Şöyle ki; ülke içi ticari ilişkilerde muhatabın aldığı önbilgilendirmeye yönelik susması genel hukuk kurallarına göre çözümlenecektir. Bu itibarla, genel kural icabın açık olarak kabulü gerek duyulmaması halinde ve uygun müddet içinde reddedilmemiş ise kabul sayılacağından; muhatabın bu minvalde hareket etmesi kabul anlamına gelecektir. Bu sebeple, uygulamada bu tereddüttü yaşamamak için bankalar sundukları önbilgilendirmede belirli bir süre içerisinde beyanda bulunulması aksi halde kabul/red beyanı sayılacağını ifade etmektedirler¹⁷⁵. Yabancılik unsurunun olduğu hallerde ise susmanın değerlendirilmesi muhatabın bulunduğu ülke hukukuna göre tespit edilecektir¹⁷⁶.

Muhataba gönderilen ve icap niteliği taşıyan önbilgilendirme yahut teminat mektubu eğer temel ilişkide kararlaştırılan farklı nitelikte ise muhatabın iki seçeneği bulunmaktadır. Bankanın teminat mektubu temin etme sözleşmesine uygun olarak sunduğu icap muhatap tarafından reddedebilir¹⁷⁷. Bu durumda, teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olmaz ve banka taahhüdüne uyduğundan herhangi bir sorumluluğu doğmaz. Fakat icabı temel ilişkiye uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilen banka kendi inisiyatifiyle icabını düzelterek yeniden icapta bulunabilir. Bu durumda geçen sürede, muhataba uygun teminat sunma yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi sebebiyle lehtarın zararından banka sorumlu olacağından, bu banka menfaatine bir uygulama olacaktır¹⁷⁸.

Öte yandan, muhatap sunulan icabı kısmen kabul kısmen reddedebilir. Bu durumda, öngörülen şartlarda değişiklik olacağından bu durum yeni bir icap olarak değerlendirilmesi sebebiyle ancak bankanın kabulü halinde teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olacaktır¹⁷⁹. Bu kapsamda, yeni icabı reddeder yahut lehtarın

¹⁷⁴ DURMAZ, s. 140.

¹⁷⁵ KAHYAOĞLU, s. 46.

¹⁷⁶ DOĞAN, a.g.e, s. 128.

¹⁷⁷ DURMAZ, s. 140; DOĞAN, a.g.e., s. 128.

¹⁷⁸ DOĞAN, a.g.e., s. 130.

¹⁷⁹ DOĞAN, a.g.e., s. 130.

onayı dahilinde kabul edecektir. Daha önce de belirtildiği üzere, muhatabın teminat mektubu temin etme ilişkisine dahil olmadığından, banka kendisinden talimat almaz. Bu durumda sorumluluğunun doğmaması için lehtardan onay alması gerekecektir. Aksi halde, lehine ya da aleyhine bir değişiklik sınıflandırması olmaksızın banka lehtar aleyhine doğabilecek zarardan sorumlu tutulabilecektir¹⁸⁰.

Son olarak Türk bankacılık uygulamasında, tarafların Türkiye’de olması veya mektup bedelinin düşük olması halinde muhataba yönelik önbilgilendirme yapılmadığı görülmektedir. Bu durumda, muhatabın kabulü ile teminat sözleşmesi kurulmaktadır.

a. Uygulamada Karşılaşılan Problemler

Teminat mektubu sözleşmesine dair her ne kadar pozitif düzenleme yoksa da doktrin ve Yargıtay içtihatlarıyla bir konuya açıklık getirilmeye çalışılmaktadır. Uygulamada sözleşmenin kurulmasına yönelik bazı sorunlarla karşılaşılmaktadır. En sık karşılaşılan problemler icabın lehtar tarafından muhataba iletilmesi, teyit aşaması ve karşılık ilişkisinin bulunmadığı hallerde düzenlenen teminat mektupları sözleşmeleridir¹⁸¹.

Lehtar ile banka arasında yapılan teminat mektubu temin etme sözleşmesi veya karşılık ilişkisi muhatap ile yapılan sözleşmeden bağımsız olduğundan uygulamada bankalar kredili çalıştıkları müşterileri lehine muhatabın talebi doğrultusunda teminat mektubu tanzim edebildikleri bilinmektedir. Bu durum Yargıtay kararlarına konu olmuş olup, 11. Hukuk Dairesinin¹⁸² 17.10.2018 tarihli bir kararında; banka lehtarın haberi olmaksızın muhatap ile kurduğu teminat mektubu sözleşmesi kapsamında muhataba ödeme yapmıştır. Sonrasında da yaptığı ödemeye karşılık olarak müşterisinin hesabına bloke koyarak rücu yoluna gitmiştir. Kanaatimizce, teminat mektubu sözleşmesi temel ilişkiden ve karşılık ilişkisinden bağımsız olması sebebiyle bankanın kendiliğinden yapmış olduğu sözleşmede geçerlidir. Bu durumda, yapılan sözleşme saf garanti sözleşmesi olarak değerlendirileceğinden riskin gerçekleşmesi

¹⁸⁰ DOĞAN, a.g.e., s. 131.

¹⁸¹ DOĞAN, a.g.e., s. 132.

¹⁸² Yargıtay 11. HD 17.10.2018, E.2017/954 K. 2018/6428.

halinde bankanın müşterisine rücu edememesi gerekmektedir¹⁸³. Bu kapsamda, hesapları bloke edilen lehtara bankanın kusuru sebebiyle tazminat hakkı doğduğu da açıktır.

Bir diğer problem ise; bankanın yetkili çalışanlarınca kayıtlara işlenmeden teminat mektubu tanzim etmeleridir. Bu durumda tanzim edilen teminat mektubunun muhatabın da kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olup, banka TBK m. 66'da yer verilen adam çalıştıran sıfatıyla sorumlu olacaktır. Şöyle ki, usulüne uygun olmayan yöntemler kullanılarak teminat mektubu tanzim edildiğini yahut mektubu imza edenin yetkisini bilebilecek durumda olamayan muhatap TBK m. 116 çerçevesinde korunmaktadır. Bu kapsamda, bankanın sorumluluğu devam etmektedir. Keza bankalar güven esasına dayalı çalıştığından gereken yaptığı iş ve işlemlerde özeni göstermesi beklenmektedir.

Uygulamada karşılaşılan bir diğer problem ise bankanın teminat mektubunu kendi muhataba sunması gerekirken lehtar aracılığıyla iletmesidir. Bu durumda, icabın muhataba ulaştırılması sorumluluğu her ne kadar bankada ise de banka bu sorumluluğunu kendi ifa edebileceği gibi başkalarını da vekili olarak kararlaştırabilir. Mektubun lehtar tarafından iletilmesi halinde sözleşmenin hangi anda kurulduğu sorusu gündeme gelmektedir. Bu durumda çeşitli ihtimaller gündeme gelmektedir. Şöyle ki; eğer banka icabında belli bir süre öngörerek kabul beyanın iletilmesini istemiş ise kabul beyanının ulaşması anında sözleşme kurulmuş olacaktır¹⁸⁴. Eğer banka bir süre öngörmemiş fakat muhatap açık bir şekilde kabul beyanında bulunmuşsa da sözleşme kurulur. Açık kabule örnek olarak muhatabın bankadan teyit alması örnek gösterilebilir¹⁸⁵. Keza, yaygın uygulamada bu yöndedir. Bu durumda teyidin bankanın genel müdürlüğünden mi yoksa aynı şubeden yahut farklı bir şubeden mi alınacağı söz konusu edilebilir. Teminat mektubu sözleşmeleri garanti sözleşmesi kapsamında olduğundan şekil şartına tabi sözleşmelerden olmadığı nazara alındığında kabul beyanının da teyit yolu ile yapılmasında bir sakınca yoktur. Banka şubelerinin bankadan ayrı birer tüzel kişilikleri de olmadığı dikkate alındığında hangi şubeden ya da genel müdürlükte alınırsa alınsın teyit ile teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş

¹⁸³ DOĞAN, a.g.e., s. 134-135.

¹⁸⁴ DOĞAN, a.g.e., s. 143.

¹⁸⁵ DOĞAN, a.g.e, s. 144-145.

olacaktır¹⁸⁶. Bu itibarla, kural olarak mektubun muhatap tarafından kabul edilmesiyle bankanın da sorumluluğu başlayacaktır.

Öte yandan, mektup metninde bankanın sorumluluğunun belirli bir tarihte yürürlüğe gireceği de belirlenmiş olabilir. Bu durumda iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre; temin mektubunun başka bir tarihte yürürlüğe girmesini taliki şart olarak nitelendirilerek sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurması bu şarta bağlanmıştır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise; bu tarz ek taleplerin yürürlük şartı olmadığından bahisle “ilk talepte ödeme kaydı içeren” mektuplar için birer ek şart olarak nitelendirilmektedir¹⁸⁷.

¹⁸⁶ DOĞAN, a.g.e, s. 155-156.

¹⁸⁷ DOĞAN, a.g.e, s. 158.

İKİNCİ BÖLÜM: YABANCI UNSURLU BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINA UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN İNCELEMELER

I. TÜRK HUKUKUNA GÖRE MİLLETLERARASI NİTELİKLİ SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

1. Kanunlar İhtilafları Kuralları

Milletlerarası özel hukuk kapsamında Türk mahkemelerinin yabancı¹⁸⁸ unsurlu bir hukuki ilişkiye dair ihtilafın çözümlenmesinde yetkili olması halinde hangi milli hukukun tatbik edileceğini kanunlar ihtilafları kuralları belirleyecektir¹⁸⁹. Yetkili hukuk Türk hukuku olabileceği gibi yabancı ülke hukuku da olabilecektir. Dolayısıyla hâkim önüne gelen olayda hukuki ihtilaf (çözümlemesi beklenen hayat ilişkisi – bağlama konusu) ve bunun belli bir hukuk düzenine bağlayan bağlama noktasını vasıflandırılması gerekmektedir¹⁹⁰. Keza, yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinin herhangi bir maddi veya hukuki unsuru bağlama noktası yapılarak, söz konusu hukuki ilişkiyi bir hukuk sistemine bağlanır. Dolayısıyla, kanunlar ihtilafları kurallarında yer

¹⁸⁸ Yabancılık unsuru, bir hukukî olay veya ilişkiyi hâkimin dahil olduğu devletin hukuk düzeni dışında, en az bir veya daha fazla hukuk düzeni ile bağlantılı hale getiren unsurdur. Bu tanımdan hareketle somut olay veya ilişkinin yabancı hukuk düzeni ile herhangi bir şekilde irtibatlı hale gelmesi gerekli ve yeterlidir. Klasik anlayışa göre yabancılık unsurunun kabulü için yer bakımından birden fazla ülke ile bağlantılı olma gerekliliği öne sürülüyor olsa da günümüzde sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde yabancılık unsuru belirlerken milletlerarası ticaretin menfaatlerini ilgilendirip ilgilendirmediği kıstası ön plandadır. Keza, Yargıtay da bu yönde kararlar vermektedir. Örneğin; Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 20.09.2012 tarihli bir kararında “...*Dava, davalıların ortak olduğu ve Suudi Arabistan’da Suudi kanunlarına göre kurulduğu anlaşılan ... şirketinin icra müdürü olarak atanan davacının ... tazminat istemine ilişkindir. Taraflar arasındaki hukuki ilişkide yabancılık unsuru bulunduğu, davalıların ortağı oldukları iddia olunun şirketin Türkiye sınırlarında olmadığı uyumsuzluk konusu değildir...*” ifadesi yer almaktadır. Bu itibarla, şirketle icra müdürü olan kişi arasındaki iç ilişkisinin yabancılık unsuru taşıdığını ifade ederek önce milletlerarası yetki ve uyumsuzlığa uygulanacak hukuk konularının incelenmesi gerekliliğini ortaya koyarak isabetli şekilde klasik uygun değerlendirme yapıldığı kanaatindeyiz (Yargıtay 11. HD, 20.09.2012 T., 2010/10188 E., 2012/13865 K., www.kazanci.com.tr) Benzer kararlar için bkz. Yargıtay 11. HD, 18.04.1986 T., 64 E., 2029 K., Yargıtay 11. HD, 21.04.2014 T., 2013/927 E., 2014/9496). Ayrıntılı bilgi için bkz. **DOĞAN**, Ticaret Hukuku, s. 755; **YILDIRIM**, s. 43; **AYGÜN**, 1031; **NOMER**, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2013, s. 5; **AYGÜN**, Mesut, Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/MESUT-AYGUN.pdf>, s. 1029, E.T. 01.02.2022; **ÇELİKEL**, Aysel / **ERDEM**, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2016, s. 5-6; **TEKİNALP**, Gülören / **UYANIK ÇAVUŞOĞLU**, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul 2011, s. 22; **YILDIRIM**, s. 43.

¹⁸⁹ **TOKER**, s. 1021.

¹⁹⁰ **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 61.

alan bağlama konuları hukuki bir vasıflandırmaya¹⁹¹ tabi tutulmak suretiyle ihtilafa uygulanacak hukuk belirler¹⁹².

Türk Hukuku'nda, kanunlar ihtilafı kuralları, MÖHUK 1-39. Maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı unsurlu özel hukuk ilişkilerinin esasına uygulanacak maddi hukuk, adı geçen kanun hükümlerine göre belirlenecektir¹⁹³. Keza, kanunda bazı sözleşme tiplerine uygulanacak hukuka ilişkin özel olarak düzenlemelere yer verilmiştir. Bunlar; taşınmazlara ilişkin sözleşmeleri (MÖHUK m. 25), tüketici sözleşmeleri (MÖHUK m. 26), iş sözleşmeleri (MÖHUK m. 27), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 28) ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmelerdir (MÖHUK m. 29). Öte yandan unutulmamalıdır ki yabancı hukukun uygulanması Türk kamu düzenini bozacaksa, bu hüküm uygulanmaz, gerekirse Türk hukuku uygulanır. Ayrıca, MÖHUK'un 1. maddesinde yer verildiği üzere taraf olduğumuz milletlerarası antlaşma hükümleri saklı tutulduğundan, öncelikli uygulama antlaşmalara sağlanmıştır. Bu itibarla, milletlerarası antlaşmalar ve kamu düzeni diğer tüm hususlardan önce gelerek uygulama alanı bulacaktır¹⁹⁴.

MÖHUK'un 24. maddesinde sözleşmeden doğan borçlar kapsam dahiline alınmıştır¹⁹⁵. Söz konusu madde de herhangi bir sözleşme türü ayrımı yapılmaksızın

¹⁹¹ Hâkim önüne gelen uyuşmazlık konusuna ilişkin hukuki nitelendirme (vasıflandırma) yaparken lex fori yani kendi maddi hukukuna göre yapacaktır. Bu çerçevede, uyuşmazlık konusu hukuki problemin vasıflandırılması neticesinde uyuşmazlığın usul hukukuyla alakalı olduğu tespit edilirse hâkim kendi usul kurallarını uygulayarak maddi çözüme kavuşturacaktır. Öte yandan, uyuşmazlığın esasına ilişkin bir sorun olduğu tespit edilirse kanun ihtilafları kurallarından hareketle esasa uygulanacak hukuk tespit edilmiş olunur. **NOMER**, Hususi, s. 99; **DOĞAN**, Özel Hukuk, s. 27; **NOMER**, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, Haziran 2018, s. 18-19 ve 38. (Usul). Ayrıca vasıflandırmanın lex fori'ye göre yapılacağına ilişkin karşılaştırmalı hukuka dair ayrıntılı bilgi için bkz. **EHRENZWEIG**, Albert A, "Lex Fori-Basic Rule in the Conflict of Laws." Michigan Law Review, C. 58, S. 5, 1959-1960, ss. 637-688, www.heinonline.org, E.T. 10.04.2022.

¹⁹² **HUYSAL**, Burak, Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk, Rekabet Dergisi, C. 13, S. 2, Y. 2012, ss. 69-94, s. 73, www.rekabet.gov.tr, E.T. 02.04.2022; **NOMER**, Hususi, s. 96.

¹⁹³ **ŞANLI**, Cemal, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2018, s. 22-23.

¹⁹⁴ **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 119 **EKŞİ**, Ticaret, s. 42-43-44; **YILDIRIM**, s. 59.

¹⁹⁵ 5718 S. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun m. 24: "(1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir.

(2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler.

(3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir.

(4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku

(madde 25-29 hariç olmak üzere) kanun ihtilafı kuralları genel olarak düzenlenmiştir. Bu itibarla, MÖHUK'un 25-29. maddelerinde özel olarak düzenlenen kısım dışında kalan tüm borçlar ve ticaret hukuku kaynaklı sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde MÖHUK m. 24 kullanılacaktır¹⁹⁶.

Milletlerarası nitelikli banka teminat mektubuna uygulanacak hukukun tespiti de bu çerçevede (milletlerarası özel hukuk kapsamında özel düzenlemeye konu olmaması sebebiyle) sözleşmeden doğan borçlar kapsamında değerlendirilerek genel hükme göre yapılacaktır¹⁹⁷. Diğer bir ifadeyle; banka ve muhatap arasında akdedilen teminat mektuplarına ilişkin bir uyuşmazlık halinde hâkim önüne gelen olayın özel hukuka tabi, yabancı unsurlu ve yapılan vasıflandırma sonucunda sözleşmeden kaynaklı olduğu kanaatine vardıktan sonra MÖHUK m. 24'e göre uygulanacak hukuku belirleyecektir.

Bu çerçevede, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine tatbik edilecek hukuk belirlenirken hem Türk hukukunda hem de karşılaştırmalı hukukta sübjektif (taraf iradelerine göre) ve objektif bağlama prensipleri kabul görmektedir¹⁹⁸.

MÖHUK m. 24'te sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuka dair kanunlar ihtilafı kuralı yer almaktadır. Madde hükmüne göre, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk objektif bağlama noktası olarak sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleyecektir. Bu nedenle banka

olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur."

¹⁹⁶ **EKŞİ**, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Bası, Kasım 2020, s. 34 (Ticaret).

¹⁹⁷ **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, s. 30; **SUNGURTEKİN**, Meral, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme, TBB Dergisi, Y. 1990 S. 4, s. 543-567, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1990-19904-1021>, s. 555, E.T. 06.06.2017.

¹⁹⁸ **ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE**, s. 252; **GÜNGÖR**, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2021, (Özel Hukuk); **DOĞAN**, Özel Hukuk, s. 398; **TOKER**, s. 1021. **DOĞAN**, a.g.e, s. 204; **SUNGURTEKİN**, s. 556; **BAYATA CANYAŞ**, F. Aslı, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara Üniversitesi, Doktora Tezi, Ankara 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, s. 40, E.T. 05.03.2022; **ALİBABA**, Arzu, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi, Doktora Tezi, Ankara 2011, <https://dspace.ankara.edu.tr/Xmli/Bitstream/Handle/20.500.12575/28154/2156.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y>, S. 56. E.T. 03.03.2022; **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK M. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, S. 1-2, Y. 2010, s. 27-88, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99883>, E.T. 03.03.2022; **ŞANLI**, Cemal / **ESEN**, Emre / **ATAMAN FİĞANMEŞE**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 252.

teminat mektuplarından doğan ihtilaflara uygulanacak hukuktan önce sübjektif ve objektif bağlama kurallarına değinilmesinde fayda görmekteyiz.

2. Taraf İradelerine Göre Yetkili Hukukun Tespiti (Sübjektif Bağlama)

Tarafların milletlerarası unsur taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku gösteren kanun ihtilafı kuralını kendi iradeleriyle tesisi mümkündür. Tarafların irade serbestisi çerçevesinde sözleşmeye uygulanacak hukuku kendilerinin belirlemesine sübjektif yöntem denilmektedir. Bu ilke, ilk derece bağlama kuralı olarak hem Türk hem de karşılaştırmalı hukukta benimsenmiştir¹⁹⁹. Bu doğrultuda, akitler açısından taraf iradesinin milletlerarası özel hukuk alanındaki görünümü; tarafların aralarındaki akdi belirli bir hukuka tabi tutabilme yetkisi ve bu alanda irade özerkliğine (muhtariyetine²⁰⁰) sahip olmaları şeklinde ortaya çıkmaktadır²⁰¹. MÖHUK m. 24'ün ilk üç fıkrası da belli şartlar altında hukuk seçimin taraflara bırakmıştır²⁰².

Sonuç olarak, hâkim tarafından sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenirken öncelikle tarafların açık ya da zımni olarak bir hukuk seçimi yönünde iradelerini olup olmadığını inceleyerek eğer hukuk seçimi yok ise objektif bağlama kuralları gündeme gelecektir²⁰³.

¹⁹⁹ DOĞAN, Özel Hukuk, s. 398.

²⁰⁰ Tarafların aralarındaki borç ilişkisine diledikleri hukuku tabi tutabilme yetkilerine irade muhtariyeti denilmektedir. Bu durum tarafların iradesine bir kanunlar ihtilafı kuralı niteliği manasına gelmektedir. Hukukumuzda nasıl ki sözleşme serbestisi prensibi iç hukukta kabul edilmişse aynı şekilde milletlerarası hukuk da irade muhtariyeti olarak yansımıştır. Akitlerde ağır basan tarafların menfaatinin korunması olduğundan akde uygulanacak hukuk konusunda da tarafların iradelerine değer verilmektedir. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. NÖMER, Hususi s. 307-308; TİRYAKİOĞLU, s. 20; ÇELİKEL / ERDEM, s. 338; DOĞAN, Özel Hukuk, s. 398; ÖZEL, Sibel, Sözleşmesel İlişkide MÖHUK m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 22, S. 2, 2002, s. 577-618, www.dergipark.org.tr, E.T. 21.02.2022; EROĞLU, Orhan, KÖSLÜOĞLU, M. Nazlı, "Milletlerarası Ticari Sözleşmeler Açısından "Incorporation" ve Elektronik Sözleşmeler, Genel İşlem Şartları ve Standart Sözleşmeler Açısından Incorporation", Terazi Hukuk Dergisi, C. 14, S. 158, Ekim 2019, s. 1977-1992, www.jurix.com.tr, E.T. 18.03.2022.

²⁰¹ NÖMER, Hususi, s. 308; GÜNGÖR, Özel Hukuk, s. 179; TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 350; ÇELİKEL/ ERDEM, s. 338; TİRYAKİOĞLU, s. 20.

²⁰² Hukuk seçimi tarafların akdedilen sözleşmeye hüküm koymasıyla (kloz eklemesiyle) olabileceği gibi ayrı yeni bir sözleşme akdederek de uygulanacak hukuku tespit edebileceklerdir. ÇİLİNGİROĞLU, s. 113; EKŞİ, Ticaret, s. 62; NÖMER, Hususi, s. 309-310; EROĞLU / KÖSLÜOĞLU, s. 1981.

²⁰³ SUNGURTEKİN, s. 557; EKŞİ, Ticaret, s. 35; TOKER, s. 1025.

a. Hukuk Seçiminin Açık ve Zımni İrade Beyanı Yapılışı

Taraflar milletlerarası unsur taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkilerine (MÖHUK m. 24/1) uygulanacak hukuku açık irade beyanı yahut zımni irade beyanı ile seçebileceklerdir. Hukuk seçiminin açık olması hali tarafların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık olması halini ifade eder²⁰⁴.

Tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkisinde uygulanacak hukuk seçimi yaptıkları açıkça anlaşılamadığı ancak sözleşmedeki birtakım hükümlerden ya da sözleşme dışı bazı hususların değerlendirilmesi sonucu yapılan yorum ile anlaşılması halinde zımni irade beyanı ile hukuk seçimi söz konusu olmaktadır. MÖHUK m. 24/f.1'in ikinci cümlesinde zımni hukuk seçiminin varlığını "sözleşmenin hükümlerinden", "olayın durumundan" yahut "halin şartından" yeterli güvenlikte anlaşılması haline değinmiştir. Burada belirleyici olan durum tarafların bir hukuk seçmemesine rağmen bu yönde iradelerinin olduğunun tespiti²⁰⁵. Aksi halde, taraflar açık olarak uygulanacak hukuka dair görüşmelerine rağmen karar alamamış olmaları halinde zımni iradenin varlığından söz edilemeyecektir²⁰⁶. Bu durumda objektif bağlama kurallarından yola çıkılarak yetkili hukuk tespit edilecektir. Bu noktada önemli durum sözleşme hükümleri ya da halin koşullarından tereddüde yer bırakmayacak bir şekilde anlaşılabilen, "açık" bir hukuk seçiminin yapılabilmesidir²⁰⁷. Bu çerçevede, hukuk seçiminin boyutları, yorumu veya kapsamı gibi hususlardaki tereddütler lex fori uyarınca yapılacak vasıflandırmalarla neticelendirilecektir²⁰⁸. Öte yandan, günümüzde tarafların iradelerinin açık ya da zımnen belli olmadığı

²⁰⁴ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 254; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 30; ÇELİKEL / ERDEM, s. 342; TİRYAKİOĞLU, s. 27; AYGÜL, Musa, Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi, SÜHFD, C. 9, No. 3-4, 2001, s. 239; DOĞAN, Özel Hukuk, s. 401; NOMER, Hususi, s. 311; DOĞAN, Teminat Mektubu, s. 206-207; TARMAN, Zeynep Derya, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılik Unsuru Taşıyan Akdi Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi, BATİDER, 2010, C. XXVI, S.1, (s. 143-168), s. 153; ARSLAN, İlyas, Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımni Hukuk Seçimi, Public and Private International Law Bulletin, C. 33, S. 2, s. 1 – 41 (s.5), <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/411358>, E.T. 06.03.2022.

²⁰⁵ GÜNGÖR, Özel Hukuk, s. 180; ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, S. 2, 1989, s. 109, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99733>, E.T. 20.02.2022.

²⁰⁶ EROĞLU / KÖSLÜOĞLU, s. 1981; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 208.

²⁰⁷ GÜNGÖR, Uygulanacak Hukuk, s. 191; ALİBABA, s. 69-70, SUNGURTEKİN, s. 652.

²⁰⁸ BAYATA CANYAŞ, s. 48, TOKER, s. 1019.

durumlarda tarafların farazi iradelerinden hareketle hukuk seçimi belirleme yolun gidilmesi suretiyle tespiti kabul edilmemektedir²⁰⁹.

Açık irade beyanı ile hukuk seçimi asıl sözleşme ile veya ayrı bir sözleşme olarak yapılabildiği gibi taraflar arasında ihtilaf çıkması halinde davanın görüldüğü mahkeme huzurunda da yapılabilir²¹⁰.

Milletlerarası özel hukuk çerçevesinde tarafların hukuk seçimine yönelik iradeleri, seçilen hukukun emredici, tamamlayıcı ve yedek kurallarını da kapsamakta olup, sözleşmenin şekli²¹¹ ve tarafların ehliyeti²¹² konuları belirlenen hukukun kapsamı dışında kalacaktır²¹³. Dolayısıyla, tarafların hukuk seçiminde prensip olarak seçilen hukukun maddi hukuk kurallarının uygulanacağı kabul edilmektedir²¹⁴. Bu çerçevede, seçilen hukuk bir bütün olarak sözleşmeye uygulanacağından tarafların hukuk seçimi yolu ile emredici kurallardan imtina etmesi söz konusu olamayacaktır.

Sözleşmenin şekil ve ehliyet alanındaki uyuşmazlıklar sözleşme statüsü dışında kalmaktadır ve dolayısıyla bu konulardaki ihtilaflara uygulanacak hukuk çoğu kez taraf iradeleri ile yetkili kılınan hukuk olmayacaktır. MÖHUK'ta yer alan özel düzenleme gereği, sözleşme taraflarının hak ve fiil ehliyeti tarafların milli hukukuna tabi iken, sözleşmenin şekil bakımından geçerliliği akdin kurulduğu ülke yahut sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka tabi olacaktır.

²⁰⁹ SENGURTEKİN, s. 564; TOKER, s. 1031; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 209.

²¹⁰ ÇELİKEL / ERDEM, s. 343; TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 338; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 207.

²¹¹ Taraf ehliyetine dair uyuşmazlıklar MÖHUK m. 9 çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu itibarla, tüzel kişi olan bankanın ehliyeti idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre tespit edilecektir (Fiili idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku uygulanır). Öte yandan gerçek ya da tüzel kişi olabilecek olan muhatabın hak ve fiil ehliyeti kendisinin milli hukukuna göre tespit edilecektir. Detaylı bilgi için bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 119; ÇELİKEL / ERDEM, s. 461 vd.

²¹² Hukuki işlemlerde şekli düzenleyen MÖHUK m. 7’ye göre banka teminat mektuplarında şekil konusu çözüme kavuşturulacaktır. Buna göre, işlemin yapıldığı yer yahut işlemin esasında yetkili olan hukuka uygun şekilde yapılması gerekmektedir. Detaylı bilgi için bkz. ÇİLİNGİROĞLU, s. 119; ÇELİKEL / ERDEM, s. 188 vd., ŞANLI, Cemal / ESEN, Emre / ATAMAN FİGANMEŞE, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 98.

²¹³ TOKER, s. 1025.

²¹⁴ NOMER, Hususi, s. 310-311; TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 369; YILDIRIM, s. 46,47; SARIAKÇALI, Turgay, İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, Public and Private International Law Bulletin, C. 40, S. 1, ss. 247-297, s. 272, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1148461>, E.T. 02.03.2022.

b. Hukuk Seçiminin Meydana Gelmesi ve Geçerliliği

Hukuk seçimi sözleşmesinin şekli geçerliliği asıl sözleşmenin geçerliliğinden bağımsız olduğundan bu iki sözleşme ayrı ayrı değerlendirilecek ve hukuki işlemlerin şekli geçerliliği hususunda kabul edilen genel esaslar hukuk seçimi sözleşmesi için de uygulanacaktır²¹⁵. Dolayısıyla asıl sözleşmenin geçersiz olması hukuk seçimi sözleşmesine etki etmeyecektir.

Maddi geçerlilik bakımından ise karşılaştırmalı hukukta iki farklı görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre hukuk seçimi sözleşmesinin maddi geçerli olup olmadığına hâkimin hukukuna (lex fori) göre karar verilmelidir. Diğer görüşe göre ise hukuk seçiminin maddi geçerliliği esas akde uygulanacak hukuka tabi olmalıdır²¹⁶.

Türk hukukunda bu husus MÖHUK m. 32’de yer alan hükme göre düzenlenmiş olup, sözleşmeden doğan ilişkinin veya bir hükmünün varlığı ve maddi geçerliliği, sözleşmenin geçerli olması hâlinde hangi hukuk uygulanacaksa o hukuka tâbidir²¹⁷. Bu hukuka göre hukuk seçimi sözleşmesi geçersiz kabul ediliyor ise ve şayet tarafların müşterek bir hukuku bulunmakta ise bu hukuk da dikkate alınmalıdır. Bu durumda, hukuk seçimi tarafların müşterek hukukuna göre geçerli ise seçilen hukuk yerine müşterek hukukun dikkate alınması tarafların menfaatlerine uygun olacaktır²¹⁸.

c. Hukuk Seçiminin Kapsamı ve Sınırları

Tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku istedikleri gibi seçip seçemeyecekleri konusu hukuk seçiminin sınırlılığı kapsamındaki bir diğer husustur.

Doktrinde, tarafların sözleşme serbestisi kapsamında seçebilecekleri hukukun bir devlete ait yürürlükte olan milli hukuku ile sınırlı olup olmadığı yahut sözleşmeye pozitif geçerliliği olmayan bir normun da yetkili kılınması konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Özellikle çalışmamızın konusu banka teminat mektuplarına ilişkin ICC

²¹⁵ SARIAKÇALI, s. 273; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 210.

²¹⁶ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 210.

²¹⁷ GÜNGÖR, Özel Hukuk, s. 180.

²¹⁸ TOKER, s. 1028 vd; DOĞAN, s. Teminat Mektupları, s. 211.

kurallarında uygulamasının değerlendirilebilmesi için hukuk seçiminin sınırları ayrıca önem taşımaktadır.

aa. Milli Hukuk Düzenlerinin Seçimi

Tarafların hangi milli hukuku seçeceğine dair öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır²¹⁹. Birinci görüşe göre taraflar sözleşmeye uygulanmak üzere sözleşmeyle bağlantılı hukuklardan birini seçebilecektir. Bu görüşe göre, sözleşmeye kişisel yahut yer bakımından bağlantılı hukukun uygulanması beklenmektedir.

Diğer görüşe göre ise, taraflar dilediği ülke hukukunu sözleşmeye uygulanmasını seçmekte özgürdürler. Bu görüşe katılanlar da kendi içlerinde iki ye ayrılmaktadır. Şöyle ki, bir kısım yazara göre bu irade serbestisinin çerçevesini “tarafların tanınmaya değer menfaati” çizmektedir. Halbuki diğer yazarlara göre ise, menfaat ilişkisini aranmasına gerek olmadığından yola çıkarak tarafların kendi menfaatleri doğrultusunda diledikleri ülke hukukunu seçebileceklerdir. Nitekim ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre, tarafların çıkarlarını en iyi kendileri belirleyebileceği için hukuk seçiminde menfaat ilişkisinin aranmasının gerekli olmadığı, dürüstlük kuralları çerçevesinde tarafların kendilerine en uygun ülke hukukunu akit statüsü kapsamında seçmekte serbest olmaları gerekliliği ifade edilmektedir²²⁰.

ba. Milli Karaktere Sahip Olmayan Sistem ya da İlkelerin Seçimi

Genel olarak, taraflar sözleşmeye uygulanmak üzere herhangi bir milli hukuk sistemini seçmektedir²²¹. Oysa günümüzde ticari hayatın kendine özgü kurallarının da bu sisteme dahil edilmesi gerektiği görüşünü artmaktadır. Şöyle ki; tarafların irade serbestisi kapsamında sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmelerinin en önemli sebebi tarafsız bir ülke hukuku tercih ederek güven ihtiyaçlarını karşılamaya çalışmaktadırlar.

²¹⁹ Görüşlere ilişkin açıklamalar için bkz. **TİRYAKİOĞLU**, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s. 22; **DOĞAN**, Banka Teminat Mektupları, s. 167.

²²⁰ **NOMER**, Hususi, s. 315; **TİRYAKİOĞLU**, s. 23; **EKŞİ**, a.g.e., s. 34; **DOĞAN**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 293.

²²¹ **GÜNGÖR**, Özel Hukuk, s. 181; **TOKER**, s. 1026.

Öte yandan, taraflar milli olmayan sistem ya da prensipler vasıtasıyla hem tarafsızlık hem de ticari hayatın gerekliliklerine göre oluşturulmuş oluşmuş prensipler vasıtasıyla milli karakteri olmayan düzenlemelerin uygulanması amaçlanmaktadır. Bu anlayışa göre, milletlerarası ticari ilişkilerde milli bir hukukun yetkili kılınmasına gerek olmadığından tarafları milli hukuk seçimiyle sınırlandırmamaktadır²²².

Öğretide milletlerarası ticari ilişkileri düzenleme amacı güden sistem ya da prensipler, genel hukuk prensipleri (milletler üstü hukuk) ve milletlerarası ticaretin bağımsız kuralları olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu kuralların uygulanmasına ilişkin tartışmaların temelinde hukuk kuralı niteliği haiz olup olmadıkları noktasında toplanmaktadır.

Genel hukuk prensipleri, ülkelerin ortak hukuk değerlerini içeren, pek çok milli hukuk düzeninde var olan ve milletlerarası hukuk düzenine yansıtılmasında engel bulunmayan kurallar bütünüdür²²³. İyi niyet, ahde vefa, kazanılmış haklara saygı, zararın tazmini gibi prensipler hem milli hem de milletlerarası alanda müşterek olarak kabul edilen prensiplerdir²²⁴. Bu sayılanlar gibi pek çok ilke genel hukuk prensibi olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar doktrinde bu kuralların geliştirilerek uygulanması gerektiğini savunanlar olsa da eleştirerek hatalı bulunlar da bulunmaktadır. Doğan'a göre; sözleşme serbestisi kapsamında gönderme yapabilecek olup, söz konusu genel hukuk prensibinin ilgili hukuk düzeninde uyduğu ilkelere istinaden ve kamu düzeni çerçevesinde geçerli olabilecektir²²⁵. Fakat bu prensipler taraflar arasındaki tüm yönlerini düzenleyecek kadar kapsamlı olmadığından belli bir milli hukukun nazara alınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır²²⁶.

²²² DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 214.

²²³ DOĞAN, a.g.e, s. 216; KARIMI, Mohammad, KASHANI, Javad, NASSIRAN, Dawood, "Lex Mercatoria' as an Independent Legal System, 2016, ss. 1-25, s. 8, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2857888>, E.T. 11.04.2022.

²²⁴ 1963 yılında Sapphire International Petroleum Ltd. v. National Iranian Oil Company arasında görülen davada hakem ihtilafa uygulanacak hukukun sözleşmede taraflarca belirlenmemesi sebebiyle, herhangi bir milli hukuku değil genel hukuk prensipleriyle ihtilafı çözme yoluna gitmiştir. Şöyle ki; taraflar sözleşmede iyi niyet, sadakat ve force majeure şartına yer vermekle uluslararası hukukun prensiplerine gönderme yaptıkları kabul edildiğinden ihtilaf bu prensipler çerçevesinde çözülmüştür. Bkz. Sapphire v. NIOC, 35 I.L.R. 136, 15.03.1963, https://jusmundi.com/en/document/decision/en-sapphire-international-petroleum-ltd-v-national-iranian-oil-company-arbitral-award-friday-15th-march-1963#decision_5462, E.T. 10.04.2022; GÜVEN, Koray, Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim, MHB, Yıl 34, Sayı 2, 2014, <https://cdn.istanbul.edu.tr>, E.T. 10.04.2022.

²²⁵ DOĞAN, a.g.e, s. 217.

²²⁶ JARAMILLO VARGAS, Jorge, "Lex Mercatoria - A Flexible Tool to Meet Transnational Trade Law Needs Today.", Revista E-Mercatoria, C. 1, S. 2, 2002, ss. 1-18, s. 9, www.heinonline.org, E.T. 10.04.2022; ÖZKAN, s. 842.

Lex mercatoria (milletlerarası ticaretin otonom kuralları) ise, milletlerarası unsurlu ticaretin bağımsız, kendine özgü hukuk düzenini ifade etmektedir²²⁷. Lex mercatorianın kapsamına milletlerarası alanda oluşturulan yeknesak kurallar, uygulamada ortaya çıkan tip sözleşmeler ve milletlerarası organizasyonların kuralları dahildir. Bu çerçevede, ICC tarafından yayımlanan garantilere ve belgeli akreditife ilişkin birörnek kurallar ya da Incoterms bu kurallara örnek teşkil etmektedir²²⁸. Fakat bu kuralların milletlerarası ticaret hukukunun kendine özgü kurallarından oluşması sebebiyle bizim de katıldığımız görüşe göre lex mercatoria bir hukuk düzeni olmadığından borç statüsü olarak seçilemeyecektir. Keza, MÖHUK m. 2 f. 3'te de seçilebilecek olan hukuktan bahsedildiği de nazara alındığında sözleşme statüsü olarak seçilmesi mümkün olmadığından verilen kararın hukuki dayanağını bu kurallar tek başına oluşturamayacaktır²²⁹. Bu durumda, objektif bağlama kurallarına göre çözümlenecektir.

Bu kapsamda, tarafların sözleşme serbestisi kapsamında ICC tarafından yayımlanan yeknesak kurallarının uygulanmasını seçmesi halinde mahkemenin ihtilafı neye göre çözümleyeceği önem arz etmektedir²³⁰.

Sonuç olarak, taraflar TBK m. 26-27'de yer verilen sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisinin bir sonucu olarak milletlerarası unsurlu bir sözleşmeye milli karaktere sahip olmayan sistem ya da ilkelerin uygulanmasını kararlaştırabileceklerdir. Bu sebeple, milli mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlığa uygulanacak hukuk olarak bu ilkelerin seçilmiş olması halinde, bu kurallar uygulanmaz ve uyuşmazlığın maddi çözüme kavuşturulması için objektif bağlama kurallarına göre yetkili milli hukuk belirlenecek, bu hukuka göre çözüme kavuşturulacaktır²³¹. Diğer bir ifadeyle,

²²⁷ **JARAMILLO VARGAS**, s. 9; **ERDEM**, Ticaret, s. 6; **KARACA**, Akif H., "Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda "Hukuk Kuralları"nın Seçimi": Lahey Prensipleri M. 3, Sibel Özel ve Mustafa Erkan (edr), Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler, Oniki Levha, 2018, s. 128, www.lexpera.com.tr, E.T. 02.04.2022; **DOĞAN**, Ticaret Hukuku, s. 93.

²²⁸ **LUPTON / KELLY-LOUW**, s. 6.

²²⁹ **KARACA**, s. 127-128; **NOMER**, Hususi, s. 315; **YILDIRIM**, s. 49;

²³⁰ Bu konu çalışmamızın "B. Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar'a Göre Uygulanacak Hukukun Tespiti" adlı başlıkta detaylı olarak ele alınmıştır. Bkz. s. 69.

²³¹ Bu hususta öğretide iki farklı görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre lex mercatoria hukuk düzeni olmadığı gibi hukuk kaynağı da değildir. Bu sebeple de borç statüsü olarak seçilemeyeceği, milli hukuk düzeni ile bağlantı kurulmasının gerekliliği üzerinde durmaktadır. Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre ise, lex mercatoria tek başına mahkeme kararının hukuki dayanağı olamamaktadır

taraflarca ihtilafın esasına uygulanacak hukuk belirlenmemiş olarak değerlendirileceğinden hâkim kendi hukukunun kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde yetkili hukuku tespit ettikten sonra ihtilafı maddi çözüme kavuşturacaktır²³². Öte yandan, ihtilafın hakem mahkemelerinde görülmesi halinde lex fori uygulanamayacağı nazara alındığında tarafların lex mercatoria'nın uygulanması yönünde açık iradeleri varsa hakemde bu yetki kapsamında uyuşmazlığı maddi çözüme kavuşturacaktır fakat milli mahkemeler yönünden aynı şey söylenemeyecektir²³³.

d. Kısmi Hukuk Seçimi

MÖHUK m.24/II'de sözleşmenin taraflarının kısmi hukuk seçimi yapabilecekleri hükmü amirdir. Buna göre, taraflar karşılıklı hak ve yükümlülüklerinde karışıklık yaratmadığı takdirde sözleşmenin hukuki ve iktisadi bakımdan birbirinden ayrılabilen bölümleri için farklı ülke hukuklarını yetkili hukuk olarak belirleyebilirler²³⁴. Daha açık bir ifadeyle, taraflar sözleşmenin tamamını iki hukuka tabi tutamaz. Kısmi hukuk seçimin yapıldığında ise tarafların bu yönde açık iradesinin mevcut olması gerekmektedir²³⁵.

Tüm bunların yanı sıra, teminat mektubu ilişkisi ve temel ilişki birbirlerinden bağımsız olmasının bir neticesi olarak her iki sözleşmede de farklı ülke hukuklarına tabi olmasında hiçbir sakınca yoktur²³⁶. Bu durum, sözleşmesinin parçalanması anlamına gelmeyeceği gibi, kısmi hukuk seçiminden de bahsedilemeyecektir²³⁷.

Öte yandan, tarafların sözleşmeye uygulanacak hukuku istedikleri gibi seçip seçemeyecekleri konusu, hukuk seçiminin sınırlılığı kapsamındaki bir diğer husustur.

çünkü maddi çözüm açısından milletlerarası özel hukuk hangi ülke hukukunun uygulanması gerektiğine yoğunlaştığından milli mahkemelerde bu kaydın esas alınması mümkün değildir.

²³² DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 221-222; TOKER, s. 1029.

²³³ Bahsedildiği üzere lex mercatoria'nın hukuk kaynağı olmadığı görüşü kabul edilirse uyuşmazlığa uygulanması da mümkün olmayacaktır. Bu durumda, hakem mahkemelerinin hakkaniyet esasına göre uyuşmazlığı çözmesi gerekmektedir. Öte yandan, tarafların ihtilafı "hakkaniyete" göre çözülmesini istemeleri de farazi bir varsayım olacağından genel hukuk prensiplerine göre hakem mahkemelerinin karar vermesi genellikle ihtilafı olarak görülmektedir. Bkz. DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 223; TOKER, s. 1027-1028.

²³⁴ ÇİLİNGİROĞLU, s. 103-120.

²³⁵ NOMER, Hususi, s. 315.

²³⁶ SUNGURTEKİN, s. 555.

²³⁷ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 203.

Bu noktada doktrinde pek çok farklı görüşe rastlanmaktadır²³⁸. Genel olarak, tarafların çıkarlarını en iyi kendileri belirleyebileceği için hukuk seçiminde menfaat ilişkisinin aranmasının gerekli olmadığından yola çıkarak, dürüstlük kuralları çerçevesinde tarafların kendilerine en uygun ülke hukukunu akit statüsü kapsamında seçmekte serbest olmaları gerekliliği ifade edilmektedir²³⁹.

e. Hukuk Seçiminin Zamanı

MÖHUK m. 24'ün 3. fıkrası hükmü uyarınca; taraflar aralarındaki borç ilişkisine uygulanacak hukuku diledikleri zaman seçebilme serbestisine sahiptirler. Taraflar asıl sözleşmenin yapıldığı ana kadar yetkili hukuku serbestçe seçebilirler²⁴⁰.

Taraflara her ne kadar diledikleri zaman hukuk seçimi yapabilme ve seçimlerini değiştirebilme özgürlüğü tanınmış olsa da asıl sözleşmenin yapılmasından sonra hukuk seçimi sözleşmesi yapılır yahut değiştirilirse buna hiçbir etkisi olmayan üçüncü kişilerin yükümlülüklerini ve haklarını koruma amacıyla sınırlandırma getirilmiştir. Şöyle ki, eski hukuk seçimi sözleşmesinden fayda sağlayan yahut yeni düzenlemeler sebebiyle hak kaybı yaşayan üçüncü kişinin muvafakati olmaksızın geçerli olamayacaktır²⁴¹. Diğer bir deyişle; tarafların hukuk seçimini sonradan değiştirmesi aksi kararlaştırılmamışsa ve üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere geriye dönük olarak etki doğuracaktır²⁴².

Sonuç olarak, Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta milletlerarası unsur taşıyan sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde taraf iradeleri ilk derece bağlama kuralı olarak kabul görmektedir. Tarafların iradesi sonucu yetkili hukukun tespit edilerek

²³⁸ **TİRYAKİOĞLU**, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996, s. 22; **DOĞAN**, Banka Teminat Mektupları, s. 167.

²³⁹ **TİRYAKİOĞLU**, a.g.e., s. 23; **EKŞİ**, a.g.e., s. 34; **DOĞAN**, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 293.

²⁴⁰ **ÇİLİNGİROĞLU**, Cüneyt, Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, S. 2, 1989, s.108, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99733>, E.T. 20.02.2022; **TOKER**, s. 1034.

²⁴¹ **YILDIRIM**, s. 50-51; **EKŞİ**, Ticaret, s. 36; **ÇİLİNGİROĞLU**, s. 108; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 228.

²⁴² **NOMER**, Hususi, s. 316; **TEKİNALP / ÇAVUŞOĞLU**, s. 356; **KARACA**, Akif, "Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından Fidic Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK m. 24/4'te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi", Cevdet Yavuz'a Armağan, s. 1483-1529 (s. 605. <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/372034>, E.T. 12.03.2022; **KAYA**, Selahattin, Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Mart 2016, s. 100.

sözleşmeden doğan borç ilişkisinin tabi olacağı hukukun önceden bilinmesi milletlerarası ticari ilişkilerdeki risklere karşı taraflara güven vermekte, bu durum taraf menfaatlerinin korunmasını sağlamaktadır²⁴³.

3. Objektif Bağlama Kuralına Göre Yetkili Hukukun Tespiti

MÖHUK m. 24/4 uyarınca tarafların açık ya da zımni iradeleri ile borç ilişkisine uygulanacak hukuku kararlaştırmadığı takdirde, borç ilişkisi sıkı ilişki içinde bulunduğu ülke hukuku objektif bağlama kuralı olarak uygulanır²⁴⁴. Madde metninde en sıkı ilişkili hukukun tespit edilebilmesi için karine olarak bağlama noktaları verilmiştir²⁴⁵. Buna göre; sıkı ilişkinin tespitinde karşılaştırmalı hukukta kabul görmüş aksi ispat edilebilir karinelere göre karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri veya mutad meskeni hukuku kıstastır. MÖHUK m. 24/IV’te sıkı ilişkinin tespitinde “*ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku*” ile sıkı ilişkili olduğu karinesi yer almaktadır²⁴⁶.

Bu kapsamda, karşılaştırmalı hukukla benzer bir şekilde, hâkim sözleşmenin kurulma zamanında bilinebilen tüm şartları nazara alması sonucunda borç ilişkisinin hangi ülkeyle daha sıkı ilişkisi olduğunu tespit edecektir²⁴⁷. Dolayısıyla, somut olayın özellikleri dikkate alınarak yetkili hukuk bireyselleştirme yolu ile tespit edilmiş

²⁴³ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 253-254.

²⁴⁴ Karşılaştırmalı hukukta “sıkı ilişkili yer hukuku” kavramının tespiti için özel düzenlemelere yer verilmiş olsa da hâkimin somut olayı ele alması neticesinde tespit ettiği hukuk öncelikli olarak uygulanacaktır. Bu sebeple, kanun koyucu yaptığı düzenlemeler karine niteliğindedir. Karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemelerde karakteristik edim borçlusunun sıkı ilişkili hukukla bağlantısının olduğu karine olarak kabul edildiğinden, sözleşmeye hukuki özelliğini vererek diğer akit tiplerinden ayıran edim karakteristik edim olarak nitelendirilmektedir. Bu itibarla, karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri veya mutad meskeni en sıkı ilişkili yer hukuku tespitine yönelik karinedir. Detaylı bilgi için bkz. GEWOLB, s. 753; GÜNGÖR, Özel Hukuk, s. 184; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 232 vd., TOKER, s. 1036 vd.; NOMER, Hususi, s. 319; SARGIN, Fügen, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S.2, Y. 2001, s.44, 79-82, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629299>, E.T. 01.03.2022; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 268-270; GEWOLB, s. 751.

²⁴⁵ EKŞİ, Ticaret, s. 38-39.

²⁴⁶ Taraflarca hukuk seçiminin yapılmaması halinde objektif esaslara göre uygulanacak hukukun belirlenmesin temel olarak üç yöntem mevcuttur. Bunlar; tek bir bağlama noktasının tüm ilişkiler için esas alındığı sentetik yöntem, her hukuki ilişki için yarı bağlama noktası belirlenen analitik yöntem ve son olarak her somut olayın özelliğine göre tespit edilen ferdiyetçi yöntemdir. ÖZEL, s. 579.

²⁴⁷ GÜNGÖR, Yakınlık Yaklaşımı, s. 230; ÇELİKEL / ERDEM, s. 341; EKŞİ, Ticaret, s. 39.

olunacaktır²⁴⁸. Bu durumda, somut olayda sıkı ilişkili hukuk değerlendirmesi yapılırken karakteristik edim borçlusunun tespitinden hareketle uygulanacak hukuk belirlenecektir.

Hâkim önüne gelen olayda akde uygulanacak hukuk seçiminin taraflarca yapılmadığını belirledikten sonra objektif esaslara göre yetkili hukukun tespiti için hangi tarafın ediminin karakteristik edim olduğunu belirlemelidir. Karakteristik edimin tanımı da yapılmamış olduğundan öğretide ve karşılaştırmalı hukukta karakteristik edimin sözleşmeye damgasını vuran, diğer sözleşme tiplerinden ayırmada esaslı unsur olan, borç ilişkisinin ağırlık noktasını teşkil eden ve rizikoyu üstlenen tarafın edimi olarak kabul edilmektedir²⁴⁹. Bu itibarla, karakteristik edim somut olaya göre tespit edilmeyecek olup, her sözleşme tipine özgü olarak belirlenecektir²⁵⁰. Örnek vermek gerekirse; eser sözleşmesinde eseri meydana getiren edimi, iş sözleşmesinde işçinin edimi, kefalet sözleşmesinde kefilin, garanti sözleşmesinde ise garanti verenin edimi karakteristiktir. Bu itibarla, para ediminin karakteristik olmadığını söyleyebiliriz²⁵¹.

24. maddenin dördüncü fıkrasına göre sözleşmenin ticari²⁵² ve mesleki faaliyet kapsamında kurulmuş olup olmamasına göre bir ayırım yapılmış olduğundan, akdin hangi kapsamda yapıldığının değerlendirilmesi durumu bir vasıflandırma meselesidir²⁵³. Dolayısıyla, sözleşmenin hangi kapsamda meydana getirildiği de lex fori'ye göre belirlenecektir.

²⁴⁸ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 228-229.

²⁴⁹ NOMER, Hususi, s. 320; ÖZEL, s. 582; GÜNGÖR, Özel Hukuk, s. 185; CANYAŞ BAYATA, s. 149; TOKER, s. 1037. DEMİRKOL, s. 269; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 55; TOKER, s. 1038; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 244-245; KARACA, s. 1512; CAMCI, s. 349.

²⁵⁰ ÖZEL, s. 583.

²⁵¹ EKŞİ, Ticaret, s. 39; ÖZEL, s. 583.

²⁵² Sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuku gösteren yasal kriterlerden biri akdin ticari veya mesleki faaliyet kapsamında kurulmuş olması olduğundan; ticari faaliyetin tanımının verilmesi faydalı olacaktır. 6102 S. Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 3. maddesine göre TTK'da düzenlenen tüm hususlar ve ticari işletmelerde yürütülen her türlü iş ticari faaliyet sayılmaktadır. Ayrıca, aynı kanunun 19. maddesinde ise tacir borçlarının ticari olduğuna dair karineye yer verildiğinden tüzel kişi tacirlerin tüm işlemleri bu ticari faaliyet kapsamındadır. 19. madde gerçek kişilere yönelik bir istisna tanındığından (işin ticari sayılmasına durumun elverişsizliği yahut açık olarak ticari işletmesiyle ilgisi bulunmadığının ifade edilmesi halinde) gerçek kişi için her zaman ticari faaliyet kapsamında sözleşme kurduğu söylenilemeyecektir. Bunun sonucu olarak, karakteristik edimin gerek kişi tacire ait olması halinde ticari işletmesiyle ilgisiz bir sözleşme akdetmesi (ve bunu açık olarak dile getirmesi halinde) yahut sözleşme konusunun ticari sayılmaya elverişli olmaması halinde MÖHUK m. 24'e göre sözleşmeye tacirin işyeri hukuku değil mutad mesken hukukunun uygulanması gerekir. ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 270-271.

²⁵³ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 270.

Bu kapsamda, MÖHUK m. 24'e göre, en sıkı ilişkili yer hukukunun tespitine yönelik karine öncelikle; karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku olup, sözleşmenin ticari ya da mesleki faaliyetleri kapsamında kurulması halinde karakteristik edim borçlusunun işyeri²⁵⁴ hukuku olarak kabul edilecektir. Madde hükmüne göre karakteristik edim borçlusunun işyeri olmaması halinde yerleşim yeri hukuku, birden fazla işyerinin olması halinde ise ilgili sözleşmeyle en sıkı ilişkide olan işyeridir.

MÖHUK m. 24/4'ün son cümlesinde; *“Halin şartlarına göre sözleşme ile daha sıkı ilişkili olan bir hukukun bulunması halinde sözleşmenin bu hukuka tabi olacağını”* ifadelerine yer verildiğinden hâkim yetkili hukuku belirlerken en sıkı ilişkili yer hukukunun uygulanması karinedir. Dolayısıyla, halin şartları ve olayın durumu nazara alındığında sözleşmesel ilişkinin daha sıkı ilişkisinin olduğu tespit edilebiliyorsa somut olaydan; tespit edilen hukuk objektif bağlama kuralı olarak ele alınıp uygulanacaktır²⁵⁵. Bir başka deyişle; 24. madde de en sıkı ilişkili hukukun belirlenmesinde ilk olarak karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni, işyeri ya da yerleşim yeri olarak somutlaştırılmaya çalışılmışsa da bu bağlama noktaları birer karine olması sebebiyle aksinin ispat edilmesi halinde sözleşmeyle bağlantı sağlayan bir başka bağlama noktasının gösterdiği hukuk uygulanabilecektir²⁵⁶. Dolayısıyla, örneğin sözleşmeyle en yakın ilişkiyi kuran karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yerin eğer sözleşmeyle sıkı bir irtibat sağlamadığı ispatlanırsa mutad meskenin bulunduğu yer hukuku uygulanamayacaktır. Bu durumda, daha sıkı ilişkili hukuk bir istisna kuralı olmaktadır²⁵⁷.

Karakteristik edimin belirlenemediği hukuki ilişkilerde ise hâkime geniş takdir yetkisi tanınmaktadır çünkü bu halde hâkimin diğer bağlama noktaları aracılığıyla

²⁵⁴ Kanunda işyeri kavramı ile ne ifade edilmek istenildiğinden bahsedilmemiştir. İş hukukunun daha geniş yorumlanmadığı işyeri kavramının milletlerarası özel hukuk kapsamında dar yorumlanarak tespit edilmesi gerekmektedir. Nitekim, doktrinde işyeri kavramının sabit ve sürekli olarak iş faaliyetinin sürdürüldüğü yer olarak nitelendirilmektedir. Hasılı, kanun koyucu ilgili metninde işyeri ifadesiyle sözleşme açısından esaslı aktivitenin yapıldığı yeri işaret etmektedir. Fakat bir yerin işyeri olarak kabul edilmesi için idare merkezi sıfatı taşımasına da gerek yoktur. Bu kapsamda fabrika, depo, şube gibi birimlerde işyeri olarak sayılabilecektir. Detaylı bilgi için bkz. ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 271; DEMİRKOL, s. 224 vd.; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 58.

²⁵⁵ CANYAŞ BAYATA, s. 143; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 273.

²⁵⁶ EKŞİ, Ticaret, s. 38; GÜNGÖR, Özel Hukuk, s. 184.

²⁵⁷ ÇELİKEL / ERDEM, s. 360.

(vatandaşlık, sözleşmenin dili, para birimi, ifa yeri vb.) en yakın irtibatlı hukuku belirlemesi gerekmektedir²⁵⁸. Doktrinde bu husus eleştirilere sebep olmuştur. Şöyle ki; sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde sıkı ilişkili yer hukukunu tespit etmek bir nevi farazi iradeye göre yetkili hukuk tespiti yapılıyor olması sebebiyle hem uygulanacak hukuk ihtilafına doğrudan çözüm sunmuyor oluşu hem de hükmün lafzı sebebiyle sözleşmeden doğan borçlara ilişkinin belli bir ülkeyle maddi bağlantısının ortaya konulamamasına sebep olduğundan eleştirilere konu olmuştur. Akitten doğan borçların ifa yeri, teslim yeri, sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, tarafların mutad meskenleri, iş yerleri, sözleşmede kullanılan para biriminin ait olduğu ülke gibi bağlantılarla doğrudan bir milli “hukuk” ilişkilendirilemez. Bu çerçevede, kanun koyucunun bu hükmü koyma amacı da nazara alınarak hem hukuk hem de ülke bağlantısı ele alınması gerektiği eleştirisi yapılmıştır²⁵⁹.

Son olarak, borç ilişkisinin birbirinden ayrılabilen kısımları birbirinden farklı ülke hukukları ile sıkı ilişki içerisinde ise objektif bağlama kuralı olarak bu kısımlar için farklı ülke hukukları uygulanabilir.

II. YABANCI UNSURLU BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNDE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

5718 S. MÖHUK m. 1 uyarınca bir hukuki ilişkinin özel hukuka ilişkin olduğu ve yabancılık unsuru taşıması halinde öncelikle vasıflandırma vasıtasıyla uyuşmazlık konusunun tespiti için hukuki nitelendirme yapılmalıdır. Uygulayıcı önüne gelen olayda milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine ters düşmemesi kaydıyla vasıflandırmayı kendi hukukuna göre yapacaktır²⁶⁰. O halde hâkim, somut olayda teminat mektubu veren (garanti veren) bankanın veya garanti alan (muhatap) kişi/kuruluşun yahut da lehine teminat mektubu verilen gerçek ya da tüzel kişinin yabancılık unsurunu taşıması halinde, ihtilaf artık uluslararası saha içinde olacak ve iç hukuk düzeninden çıkmış olacaktır²⁶¹. Yani kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasını gerektiren bir durum ile karşı karşıya kalınacaktır.

²⁵⁸ **EKŞİ**, Ticaret, s. 40; **GÜNGÖR**, Özel Hukuk, s. 186; **ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE**, s. 274.

²⁵⁹ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 230; **CANYAŞ BAYATA**, s. 144.

²⁶⁰ **SUNGURTEKİN**, s. 555.

²⁶¹ **SUNGURTEKİN**, s. 555.

Daha önce de belirttiğimiz üzere banka teminat mektupları, üç köşeli hukuki ilişkilerden biri olup, garanti sözleşmesi niteliği taşımaktadır. Çalışmamızın esası olan dar ve teknik anlamda bankta teminat mektuplarına ilişkin MÖHUK'ta özel bir bağlama kuralı bulunmamaktadır. O halde, garanti sözleşmesi kapsamında ele alınan teminat mektuplarına uygulanacak hukuk açısından “Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Uygulanacak Hukuk” başlıklı MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan, karşılık ilişkisi ve temel borç ilişkisi açısından konunun ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu doğrultuda, söz konusu ilişkiler aşağıda farklı başlıklar altında incelenecektir.

1. Teminat İlişkisi Bakımından MÖHUK m. 24 (Banka – Muhatap)

a. *Hukuk Seçimi Yoluyla Yetkili Hukukun Tespiti*

Dar anlamda teminat mektubu ilişkisi banka ile muhatap arasında kurulduğu ve hukuki ilişkinin niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu da nazara alındığında taraflar arasındaki banka teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesinde MÖHUK m. 24'ten faydalanılacaktır.

Sözleşme serbestisi prensibinin etkisiyle MÖHUK m. 24/1 uyarınca taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku serbestçe kararlaştırabilirler²⁶². Bu durumda, açık yahut sözleşmenin hükümleri ve halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek şekilde sözleşmede yer alan hukuk seçimi klotunda ya da müstakil hukuk seçimi anlaşmasıyla tarafların irade serbestisi çerçevesinde diledikleri ülke hukukunu uygulayabileceklerdir²⁶³. Söz konusu madde de hukuk seçiminden kasıt milli bir hukuk yani bir devlete ait hukuku nizamının seçilebileceğidir²⁶⁴.

²⁶² ICC tarafından yayınlanan URDG 758 sayılı yeknesak kuralların 34. maddesinde de benzer bir şekilde tarafların serbestçe hukuk seçimi esası kabul edilmiştir. Taraflarca hukuk seçimi yapılmaması halinde uygulanacak hukukun teminat verenin, teminat mektubunu düzenlediği şubesi yahut ofisinin bulunduğu yer hukuku olarak ifade edilmiştir. Bkz. 01.07.2010 yürürlük tarihli Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar Model Formları Kapsayan 2010 Revizyonu (URDG 758), <https://iccwbo.org>

²⁶³ DEMİRKOL, Berk, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 40, S. 2, Y. 2020, ss. 1313-1350, s. 1316, www.heinonline.org, E.T. 06.04.2022. (Genel İşlem); EROĞLU / KÖSLÜOĞLU, s. 1981.

²⁶⁴ EKŞİ, Ticaret, s. 34; TOKER, s. 1026; NOMER, Hususi, s. 317; ÖZKAN, Işıl, Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk, Public and Private International Law Bulletin, C. 40, S. 2, ss. 831-858, s. 840, www.trdizin.gov.tr, E.T. 01.04.2022.

24. maddenin ilk üç fıkrasında taraflara sağlanan irade serbestisi çerçevesinde hukuk seçimini yapmaları aslında kanun koyucunun tarafların iradesine bir kanunlar ihtilafı kuralı etkisi vererek sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenmektedir²⁶⁵.

Banka teminat mektubu sözleşmesi her ne kadar yazılı şekil şartına tabi olmasa da taraflarca uygulamada ispat kolaylığı açısından yazılı yapıldığı nazara alındığında tarafların hukuk seçimine ilişkin iradelerinin olup olmadığına öncelikle sözleşme metninin içeriğine bakılarak karar verilmesi gerekir. Tarafların açık olarak belli bir ülke hukukunu seçtikleri metinden anlaşılamıyorsa, zımni hukuk seçimi yapıp yapılmadığı hâkimin hukuku (lex fori) uyarınca yorumlanarak tespit edilmeye çalışılacaktır. Örneğin, sözleşme metninde “uyuşmazlık halinde İngiliz Hukuku yetkilidir” denilmek suretiyle açık hukuk seçimi yapıldığı konusunda tereddüt olmamalıdır. Nitekim Yargıtay’da tarafların iradi olarak hukuk seçimine imkân tanımıştır²⁶⁶.

24. maddenin birinci fıkrasında tarafların örtülü hukuk seçimi de kabul edildiğinden, banka teminat mektubu sözleşmelerinde farklı vakıalar ve deliller gözetilerek belirlenecektir²⁶⁷. Bunlara örnek olarak; sözleşmede yetkili yer mahkemesi, hukuk seçimi sözleşmesine gönderme yapılması, tarafların seçtiği hukuka göre aynı neviden birden çok sözleşme yapılması gibi durumlarda bu ya bunlar gibi birkaç vakıanın bir araya gelmesi neticesinde bir hukuk seçimi yapıldığına dair karar verilebilecektir²⁶⁸. Fakat zımni iradenin olup olmadığı konusunda farazi irade kabul edilmemektedir. Şöyle ki; hâkim önüne gelen olayda tarafların yerine geçerek hangi hukuku seçmiş olabileceklerine karar vermesi zımni irade olarak kabul edilmemektedir²⁶⁹.

Kanaatimizce, 24. madde de “halin şartından tereddütte yer verilmeyecek şekilde” ifadesiyle aslında tarafların bilinçli olarak hukuk seçimi yaptığı fakat buna

²⁶⁵ **ÖZKAN**, s. 840; **SUNGURTEKİN**, s. 556, **REİSOĞLU**, Teminat, s. 485.

²⁶⁶ Örnek olarak bkz. Yargıtay 11. HD, 07.10.2003 T., E. 2977/ K. 8974; Yargıtay 11. HD, 18.04.1986 T., E.64/K.2029; Yargıtay 11 HD., 20.09.2012 T., E. 2010/10188, K. 2012/13865; Yargıtay 11. HD, 21.05.2014 T., E. 2013/927, K. 2014/9496. (**LALE**, Muktedir, Yargıtay Uygulamasında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, Ankara 2014, s. 505-517).

²⁶⁷ **TOKER**, s. 1030.

²⁶⁸ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 238-239; **TOKER**, s. 1030-1031.

²⁶⁹ **SUNGURTEKİN**, s. 562; **KARACA**, s. 27.

açıkça yer vermediği hallerde zımni hukuk seçiminin varlığından bahsedilebilecektir. Tarafların gerçek iradelerine ulaşamaması halinde hukuk seçimi yapılmadığı kabul edilmelidir. Özetle, MÖHUK m. 24 çerçevesinde taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuku açık ya da örtülü şekilde seçerek, ilgili hukukun maddi hükümlerinin uyuşmazlığa uygulanmasını sağlayacaklardır²⁷⁰. Keza, Yargıtay bir ilamında²⁷¹, *“Davalı Kuveyt’li olduğuna göre uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğu aşıkardır. Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve münasebetlerde uygulanacak kurallar 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun 1. maddesi hükmüne göre bu kanunla düzenlenmiş bulunmaktadır. Aynı Kanunun 24. maddesi sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hangi hukukun uygulanacağına dair kaideleri saptamıştır... Bu durumda mahkemece yapılacak iş; uyuşmazlıkta yabancılık unsuru bulunduğu göz önünde tutularak 2675 sayılı Kanunun 24,2 ve HUMK. nun 76. maddesi hükümleri ışığında işlem yapılarak uygulanması gereken yabancı hukukun olaya ilişkin hükümleri varsa tesbit edilip iddia ve savunma ile birlikte bir kül halinde değerlendirilerek müsbet menfi bir sonuca varmak ve şayet tüm araştırmalara rağmen yabancı hukukun olaya ilişkin hükümleri tesbit edilemezse o vakit Türk Hukukuna göre meseleyi çözümlmekten ibarettir.”* hükmü amirdir. Buna göre, olayda yabancılık unsuru tespit edildiğinden uygulanacak hukuka ilişkin öncelikle tarafların seçimi olup olmadığının saptanmasına karar vererek açık ve örtülü hukuk seçimine imkân tanınmıştır.

Öte yandan, kanaatimizce banka ile muhatap arasındaki dar ve teknik anlamda banka teminat mektubu sözleşmesinin temel ilişki ve karşılık ilişkisinden tamamen bağımsız olmasından ötürü söz konusu hukuk ilişkiye uygulanacak hukuk taraflarca seçilmiş olsa dahi teminat mektubu ilişkisine herhangi bir etkisi olmayacaktır.

Maddenin ikinci fıkrasında ise taraflar, seçilen hukukun akdin bütününe yahut bir kısmına uygulanmasını tercih edebileceklerdir. Şöyle ki, sözleşmenin bölünebilmesi ve iktisadi olarak mümkün olması ile tarafların hak ve borçlarında karışıklık meydana gelmemesi halinde kısmi bölünebilme mümkün olacaktır²⁷².

²⁷⁰ TOKER, s. 1033.

²⁷¹ Yargıtay 11. HD., 18.04.1986 T., 1986/64 E., 1986/2029 K. (www.lexpera.com.tr, E.T. 13.03.2022).

²⁷² CAMCI, s. 347.

Banka teminat mektupları açısında maddenin uygulanabilirliğini değerlendirdiğimizde bunun uygulamada pek m¼mk¼n olmadığı d¼ř¼ncesindeyiz. ř¼yle ki; banka teminat mektubu s¼zleřmeleri tek tarafa borę y¼kleyen bir s¼zleřme olması sebebiyle ¼rneđin satım s¼zleřmesi gibi her iki tarafın hak ve y¼k¼ml¼l¼kleri ayrı ¼lke hukukuna tabi tutulamayacağından içerik itibariyle bu duruma rastlama olasılığı azdır²⁷³.

Son olarak, banka teminat mektupları açısında ICC'nin d¼zenlediđi Bir¼rnek kuralların lex mercatoria kapsamında değerlendirilerek uygulanacak hukuk olarak seçilmesi konusu g¼ndeme gelmektedir²⁷⁴. Lex mercatoria, M¼HUK m. 24 kapsamında bir devlete ait hukuk manasına gelmemesi ve her ne kadar yeknesak kurallar oluşturulmaya ęalıřılsa da bu d¼zenlemelerin belli kapsamlar içinde kalması sebebiyle tek başına taraflar Bir¼rnek kuralların uygulanmasını maddi hukuk olarak seęemeyeceklerdir²⁷⁵.

Tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde başvurulan yargı mercii kendi kanun ihtilafları kurallarıyla uygulanacak hukuku tespit edecektir.

b. Objektif Esaslara G¼re Yetkili Hukukun Tespiti

Banka teminat mektubu s¼zleřmesinde tarafların yetkili hukuku seğmedikleri durumda objektif bağlama kurallarından hareketle uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Buna g¼re, taraflar hukuk seçimi yapmamış ise ihtilafa s¼zleřmeyle en sıkı irtibatlı hukuk uygulanacaktır. S¼zleřmeye en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı belirtilen 24. maddenin devamında karakteristik edim boręlusunun s¼zleřmenin kurulduğu sıradaki mutad meskeni olan ¼lke hukukunu bağlama noktası olarak ele alınmıştır. Devamında mesleki ya da ticari faaliyet gereği kurulan s¼zleřmelerde bu edimi ifa edecek olan tarafın işyerinin bulunduğu ¼lke hukukunun en sıkı ilişkili hukuk olduğu kabul edilmiştir.

²⁷³ CAMCI, s. 344; TOKER, s. 1034.

²⁷⁴ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. E. Garantilere İlişkin Bir¼rnek Kurallar'a G¼re Uygulanacak Hukukun Tespiti.

²⁷⁵ Doğan, lex mercatoria'nın maddi hukuk etkisi doğurması ve bu kapsamda URDG'nin s¼zleřme h¼km¼ olarak kabul edilmesi sebebiyle, URDG'nin yetkili hukuk olarak seğilebileceğini fakat, bu d¼zenlemeler dışında kalan konularda uygulanmak ¼zere belli bir ¼lke hukukunun da yetkili kılınması taraftadır. DOğAN, Teminat Mektupları, s. 241; TOKER, s. 1027.

Konu dar ve teknik anlamda banka teminat mektubu sözleşmesi açısından değerlendirildiğinde, öncelikle sözleşmenin karakteristik ediminin belirlenmesi gereği doğmaktadır.

Karakteristik edimi belirleme kıstaslarımızın sözleşmeye hukuki niteliğini verme ve rizikoyu üstlenme olduğu nazara alındığında; banka ile muhatap arasında akdedilen, genellikle, tek tarafa borç yükleyen sözleşmede bankanın temel ilişkideki borcun ifa edilmemesi halinde teminat mektubu vererek borcu teminat altına almasından dolayı sözleşmeyi karakterize eden edim; teminat mektubu veren garantör bankanın edimidir²⁷⁶.

24. maddeye göre bir sonraki incelememiz sözleşmenin ticari ya da mesleki faaliyet çerçevesinde kurulup kurulmadığının tespiti olacaktır. Bankaların müşterilerinin lehine teminat mektubu düzenleme ve sunma yetkisinin kaynağı 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'dur²⁷⁷. Buna göre, aslında müşterisine (lehtar) gayri nakdi kredi sunmuş olan banka söz konusu hukuki ilişkiyle aslında 24. madde kapsamında ticari ve mesleki faaliyeti dahilinde bir sözleşme kurmuş olmaktadır.

Dolayısıyla, MÖHUK m. 24/4' e çerçevesinde, banka teminat mektubu ilişkisinde karakteristik olan bankanın edimi olduğundan ve banka teminat mektuplarının ticari faaliyetleri kapsamında düzenlenmesi sebebiyle, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni değil işyeri hukuku uygulanmalıdır. Buna göre, bankalar mesleki faaliyetleri gereği banka teminat mektubu sözleşmesi düzenlediklerinden mektubu veren bankanın işyerinin²⁷⁸ (şubesinin) bulunduğu ülke hukukunun uygulanması gerekmektedir²⁷⁹. Muhatap ile garanti sözleşmesini yapan bankanın irtibat ofisi ise, irtibat ofisinin bulunduğu yer hukuku yetkili olacaktır.

²⁷⁶ DEMİRKOL, s. 269; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 55; TOKER, s. 1038; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 244-245; KARACA, s. 1512.

²⁷⁷ İlgili Kanunun 169. ve geçici 3. maddesine göre; özel finans kurumlarının bir yıl içerisinde ticari unvanlarına katılım bankası ibaresini eklenmesi zorunluluğu getirilmiş ve bu kanunda yapılan atıfların katılım bankalarına da yapılmış sayılacağı ifade edilmiştir. Bu kapsamda, özel finans kurumlarının da teminat mektubu verebileceği söylenilebilecektir. Detaylı bilgi için bkz. www.bddk.gov.tr

²⁷⁸ İşyerinin neresi olduğunun tespiti için bu kavram lex foriye göre değerlendirilecektir. TOKER, s. 1040.

²⁷⁹ TOKER, s. 1039.

Aynı maddede karakteristik edim borçlusunun birden çok işyerinin olması hali de düzenlenmiştir. Bankaların da birden çok şubesinin olduğu düşünüldüğünde; teminat mektubu sözleşmesiyle en sıkı irtibatlı işyeri olan şubenin bulunduğu ülke hukuku uygulanması gerektiği kanısındayız. Bu itibarla, en sıkı irtibatlı hukuk tüzel kişi tacirin idare merkeze olmayabilecektir²⁸⁰. Örneğin, şube yetkisinde (şubenin tahsis edebileceği limitler dahilinde) tahsis edilen bir banka teminat mektubundan doğan uyuşmazlıkta bankanın idare merkezi değil, mektubun tahsis edilmesinde aktif rol oynamış olan şubenin bulunduğu yer hukuku ihtilafa uygulanacaktır.

24. maddenin son cümlesinde yer verilen istisna hükmünün çalışmamız kapsamında nasıl değerlendirilmesi gerektiğine değinecek olursak; “daha sıkı ilişkili hukuk” tespit edilebiliyor olması halinde sözleşmeye bu hukukun uygulanacağı kuralı getirilmişse de bu durum banka teminat mektupları için pek uygulanamayacağı düşüncesindeyiz. Şöyle ki, teminat mektubu ilişkisinde karakteristik edim borçlusunun banka olduğuna dair tereddüt olmadığından direk olarak istisna kuralı uygulama alanı bulamayacaktır. Dolayısıyla, bankanın işyerinden daha sıkı ilişkili bir yer hukukunun olası halinde ispatlanması gerektiğinden bu hükmün konumuz açısından uygulamasının pek mümkün olmadığı düşüncesindeyiz.

2. Banka Teminat Mektubundan Doğan Diğer İlişkilere Uygulanacak Hukukun Tespiti

Milletlerarası unsur taşıyan teminat mektubu ilişkisinde taraf sayısındaki artış sebebiyle birden fazla bağımsız ilişki doğmaktadır. Bu sebeple, her ne kadar konumuz dar ve teknik anlamda teminat mektubu (muhatap ile banka arasındaki) ilişkisi olsa da diğer hukuki ilişkilere de değinilmesi faydalı olacaktır.

a. *Lehtar ile Muhatap Arasındaki Temel İlişkiye Uygulanacak Hukuk*

Lehtar ve muhatap arasındaki temel ilişki her ne kadar teminat mektubu sözleşmesinin doğumuna sebep olsa da hukuki niteliğinin banka teminat mektubu sözleşmesi açısından hiçbir önemi yoktur. Şöyle ki, temel ilişki teminat mektubu sözleşmesinde tamamen bağımsız ve kendine özgü olması sebebiyle, temel ilişki

²⁸⁰ ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 59.

herhangi bir borç ilişkisinden kaynaklanabilecektir²⁸¹. Banka teminat mektupları açısından bu ilişkinin önemi; taraflardan birinin banka teminat mektubu sunmaya yönelik verdiği taahhüttür.

Bu ilişkinin MÖHUK kapsamında değerlendirilebilmesi için klasik anlayışa göre milletlerarası unsur taşınması gerekirken milletlerarası ticaretin menfaatine hareket edilmesi koşulunu kabul edilen yeni anlayışı ihtiva etmesi halinde MÖHUK uygulanabilecektir²⁸². Dolayısıyla, bu şartı içermesi halinde öncelikle 1. maddede yer verilen yabancılık ve özel hukuk ilişkisi olma şartlarını ihtiva etmelidir. Daha sonrasında uygulanacak hukukun belirlenmesi için vasıflandırma ile bu ilişkinin hukuki niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, özel olarak düzenlenmiş bir sözleşme tipi değilse, MÖHUK m. 24'ün uygulama alanı bulacaktır. Bu halde, tarafların hukuku seçimi varsa buna göre, yoksa objektif bağlama kurallarına göre uygulanacak hukuk tespit edilebilecektir.

b. Lehtar ile Banka Arasındaki Karşılık İlişkisine Uygulanacak Hukuk

Dar ve teknik anlamda teminat mektubu ilişkisi garanti veren banka ve garanti alan muhatap arasında yapılmakla birlikte bu ilişkiden kaynaklı olarak meydana gelen bir diğer ilişki²⁸³ ise lehtarla banka arasında akdedilen teminat mektubu temin etme sözleşmesidir. Teminat mektubu sözleşmesini ise iki farklı şekilde ele almak gerekmektedir. Şöyle ki, teminat mektubu iki farklı şekilde düzenlenebilmektedir. Bankanın muhataba teminat mektubu vermeyi bizzat üstlenmesi durumunda doğrudan teminat mektubu ilişkisi kurulacakken; lehtarın talebi üzerine banka kontrgarantisini vererek muhatapın ülkesindeki bir bankadan teminat mektubu da tayin edebilecektir²⁸⁴. Buna ise, dolaylı teminat mektubu denilmektedir.

²⁸¹ **YILDIRIM**, s. 67.

²⁸² **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 236.

²⁸³ Çalışmamız kapsamında banka ile lehtar arasındaki iç ilişkide (karşılık ilişkisinde) bankanın müşterisi olan lehtardan riskin gerçekleşmesi halinde yapacağı ödemenin rücu edebilmesi için kredi sözleşmesi çerçevesinde teminat aldığı nazar alınarak değerlendirme yapılmıştır. Öte yandan, banka mevduat rehni olarak riskine karşılık nakit blokaj yapabilecektir. Bu durumda, her ne kadar banka verdiği teminat mektubu sebebiyle komisyon alsa da riskine karşılık olarak nakit para bloke etmiş olduğundan dolayı riski üstlenen lehtar olacaktır. Bu itibarla, bankanın nakit blokaj karşılığı teminat mektubu sağlaması halinde riski üstlenerek karakteristik edim konusunda belirleyici olan lehtarın edimi olacaktır. Bu halde, karakteristik edim lehtarın edimi olduğundan nakit karşılığı bloke edilerek teminat mektubu verilmesi halinde uygulanacak hukuk açısından MÖHUK m. 24 lehtara göre değerlendirilerek bir sonuca varılması gerektiği kanaatindeyiz.

²⁸⁴ **YILDIRIM**, s. 66; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 237; **TOKER**, s. 1043.

aa. Doğrudan Teminat Mektubu Sebebiyle Lehtar ile Banka Arasındaki İlişki

Doğrudan banka teminat mektubu nedeniyle lehtar ile banka arasında doğan teminat mektubu temin etme sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti için MÖHUK m. 1 çerçevesinde yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk ilişkisi olduğu tespit edildikten sonra hukuki niteliğin tespiti gerekmektedir. Lehtar ile banka arasında kurulan ilişkinin hukuki niteliğinin vekalet²⁸⁵ sözleşmesi olarak kabul edildiğini daha önce ifade etmiştik²⁸⁶. Ayrıca, lehtarla banka arasında kurulan ilişkinin hukuki niteliğinin tespiti açısından lehtarın doğrudan veya dolaylı teminat mektubu talep etmesi bakımından hiçbir fark olmayacaktır²⁸⁷. Dolayısıyla, banka ve lehtar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olarak belirlenmesinin bir sonucu olarak; MÖHUK'ta vekalet ilişkisi özel olarak düzenlenmediğinden bu ilişkiye uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 kapsamında belirlenecektir²⁸⁸.

Lehtar ile banka aralarındaki vekalet sözleşmesine uygulanacak hukuku kararlaştırmakta serbesttir; açık veya zımni iradeleri ile yetkili hukuku tespit etmemişler ise objektif bağlama kurallarına göre yetkili hukukun tespit edilmesi gerekecektir. Öte yandan, üçlü bir ilişki ihtiva eden banka teminat mektubu ilişkisinde dar ve teknik manada garanti sözleşmesi akdeden banka ve muhatap arasındaki teminat mektubu sözleşmesinde uygulanacak hukuka karar verilmiş dahi olsa bu ilişkilerin birbirinden bağımsız olması sebebiyle ile dikkate alınmayacaktır²⁸⁹.

Taraflar hukuk seçimi yapmadıysa, objektif bağlama kuralına göre uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Bu durumda, en sıkı irtibatlı hukuku tespit edebilmek için öncelikle karakteristik edim borçlusunun belirlenmesi gerekir. Vekalet sözleşmesinde; sözleşmeye niteliği veren edim vekilin edimi olduğundan karakteristik edim bankanın edimi olacaktır. Bankanın mesleki ve ticari faaliyetleri amacıyla bu ilişkiyi kurmasından sebep bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukuku sözleşmeye

²⁸⁵ CAMCI, s. 350; ARAL, s. 192; KOÇ, s. 579; YENER COŞKUN, s. 123; SUNGURTEKİN, s. 555.

²⁸⁶ Detaylı bilgi için bkz. I. Bölüm, 1. Hukuki Niteliği, b. Karşılık İlişkisi, s. 11.

²⁸⁷ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 237.

²⁸⁸ YILDIRIM, s. 65-66; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 237; TOKER, s. 1043.

²⁸⁹ YILDIRIM, s. 65.

uygulanacak hukuktur. Bankanın farklı ülkelerde şubesinin olması halinde, teminat mektubu talebinde bulunulan şubenin olduğu yer hukuku uygulanacaktır²⁹⁰. Ancak, istisna kuralın uygulanmasına gerek olduğu hallerde (daha sıkı ilişkili hukuk) tespit edilecek hukuk uygulanacaktır.

ba. Dolaylı Teminat Mektubu Sebebiyle Bankalar Arasındaki İlişki ve Kontrgaranti

Lehtarın kendi ülkesindeki bir bankadan banka teminat mektubu düzenlenmesi talebi üzerine banka yabancı ülkedeki muhataba teminat mektubunu bizzat verebileceği gibi muhatabın ülkesindeki bankadan teminat mektubu temin etme yolunu seçebilecektir. Bu durumda da bankalar arasındaki ilişki vekalet akdi olarak nitelendirilmektedir²⁹¹. İlk banka ile yabancı garantör banka arasındaki teminat mektubu temin etme sözleşmesine uygulanacak hukuk ise MÖHUK m. 24 kapsamında belirlenecektir. Dolayısıyla uygulanacak hukuk; taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa karakteristik edim borçlusunu olan garantör yabancı bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukukudur.

Bankalar arasında teminat sağlanırken garantör bankanın ilk bankadan kontrgaranti almaksızın teminat mektubu düzenlememesi sebebiyle kontrgaranti ilişkisine uygulanacak hukuk da ayrıca ele alınmalıdır. Bankalar arasında akdedilen kontrgaranti sözleşmesi de milletlerarası unsur taşıdığından MÖHUK'un uygulama alanına girmektedir.

Kontrgarantinin bankalar arasında bir teminat mektubu niteliğine sahip olması ve garanti sözleşmesine ilişkin ibarelere yer verilmesi sebebiyle hukuki niteliği garanti sözleşmesidir²⁹². Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da 1983 tarihli ilamında²⁹³ kontrgaranti sözleşmesiyle teminat mektubundan dolayı ortaya çıkabilecek riskin banka tarafından kontrgaranti sözleşmesiyle bağımsız bir borç olarak yüklendiğini kabul etmiştir. Dolayısıyla MÖHUK m. 24 uygulama alanı bulacaktır. Tarafların

²⁹⁰ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 244.

²⁹¹ CAMCI, s. 351; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 238; TOKER, s. 1044.

²⁹² YILDIRIM, s. 68; TOKER, s. 1045.

²⁹³ Yargıtay HGK, 19.10.1983 T., 1980/15-2072 E., 1983/248 K., www.kazanci.com.tr, E.T. 12.01.2021.

hukuk seçimi yapmamış olması halinde, karakteristik edim garanti verenin edimi yani kontrgaranti veren ilk banka olması sebebiyle ilk bankanın işyerinin olduğu hukuk uygulanacak hukuktur²⁹⁴.

3. Banka Teminat Mektubu Sözleşmesinin Hukuki Niteliğinin Kefalet Sözleşmesi Olarak Kabul Edilmesi Durumu

Banka teminat mektubu sözleşmenin üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olarak kabul edildiğini çalışmamızda pek çok kez ileri sürdük. Uygulayıcı önüne gelen somut olayda uygulanacak hukukun tespiti için öncelikle vasıflandırma yaparak ihtilafın hukuki niteliği tespit etmesi gerekmektedir. Veleve ki dar ve teknik anlamda banka teminat mektubu sözleşmesi uygulayıcı tarafından kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilsin, bu durum uygulanacak hukukun tespitinde bir fark yaratacak mıdır?

Kefalet sözleşmesine ilişkin MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer almadığından 24. madde kapsamında konunun ele alınması gerekecektir. Bu doğrultuda, tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde, MÖHUK m. 24'e göre objektif bağlama kurallarıyla uygulanacak hukukun tespit edilmesi gerektiğinden, ilk olarak kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilen sözleşmenin karakteristik ediminin lex fori'ye göre tespiti gerekmektedir.

Kefalet sözleşmesi; temel ilişkisinin alacaklısı ile kefil arasında meydana gelen, kefilin temel ilişkinin borçlusunun borcunu ifa edememesi halinde alacaklıya onun bu ifadan beklediği menfaati sağlama taahhüdünü içeren bir sözleşmedir²⁹⁵. Bankanın, muhatap ile kefalet sözleşmesi yapması halinde, banka belirlenen meblağa kadar muhatapın zararını karşılamakla kişisel olarak yükümlü olacaktır. Bu da demektir ki; alacaklı borçlunun edimini ifa etmemesi halinde, yani rizikonun gerçekleşmesi halinde, kefile başvurabilecektir²⁹⁶. Kefalet sözleşmesinin en belirleyici niteliği fer'i yükümlülük olmasına karşın riziko üstlenilmesi noktasında garanti sözleşmesiyle benzerlik göstermektedir.

²⁹⁴ CAMCI, s. 351; TOKER, s. 1045.

²⁹⁵ ELÇİN GRASSINGER, s. 398; REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 20 (Kefalet).

²⁹⁶ REİSOĞLU, Kefalet, s. 27 vd.; AKYAZAN, Banka, s. 6-7. Detaylı bilgi için bkz. I. Banka Teminat Mektupları, a. Kefalet Sözleşmesi Görüşü, s. 12 vd.

Daha önce de açıkladığımız üzere, karakteristik edimin sözleşmeye niteliğini veren ve ticari ilişkilerde rizikoyu üstlenen tarafın edimi olduğu nazara alındığında; alacaklıya borcun ifa edilmemesi duruma yönelik kefil tarafından kişisel teminat sağlaması ve borcun ifa edilmemesi halinde riski üstlenenin yine kefil olması sebebiyle kefilin edimi karakteristik edim olacaktır²⁹⁷. Bu kapsamda, banka kefil sıfatıyla hareket eden olacağı için MÖHUK 24. madde çerçevesinde uygulanacak hukuk garanti sözleşmesinde olduğu gibi sübjektif ve objektif kurallara göre belirlenecektir. Dolayısıyla, hukuki ilişkinin kefalet sözleşmesi olarak vasıflandırılması²⁹⁸ halinde uygulanacak hukukun tespitinde herhangi bir fark olmayacağı düşüncesindeyiz.

4. Yetkili Hukukun Uygulama Alanının Sınırlandırılması

Kural olarak, tarafların seçmiş olduğu yahut sözleşmenin en yakın ilişkili olduğu hukuk kuralları akitten doğan tüm uyumsuzlıklara uygulanacaktır. Fakat MÖHUK m. 7 sözleşmenin şekli, m. 9 tarafların ehliyeti, m. 8 zamanaşımı, m. 30 sözleşmenin temsilci veya acente aracılığıyla yapılması ve m. 33 de sözleşmenin ifa usulü ve eşyanın korunmasını ilişkin tedbirlere dair özel düzenlemeler bulunması sebebiyle bahsi geçen maddelerde ifade edilen kanunlar ihtilafı kuralları uygulanacaktır²⁹⁹. Çalışmamız konusunun banka teminat mektuplarıyla bağlantılı olan şekil, ehliyet ve zamanaşımı konulara değinme gereği duyulmaktadır.

a. Tarafların Ehliyeti

MÖHUK m. 9'a göre, gerçek kişilerin ehliyeti milli hukukuna tabi iken tüzel kişilerin ehliyeti statülerindeki idare merkezinin hukukudur. Mektubu düzenleyen banka tüzel kişilik olsa da teminat mektubunun muhatabı gerçek kişi olabileceği gibi

²⁹⁷ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 271.

²⁹⁸ Her ne kadar uygulanacak hukuk konusunda bağlama kurallarında bir değişiklik olmayacak olsa da belirtmek isteriz ki; vasıflandırmanın kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilebilmesi için BK m. 581 ve devamında düzenlenen kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması zorunlu olduğundan şekil şartına da uymalıdır. ACAR, Faruk, KUL, Eyüp, "Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi", İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, ss. 1351-1386, s. 1366, <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0007>, E.T. 10.04.2022.

²⁹⁹ EKŞİ, Ticaret, s. 40.

tüzel kişi de olabilecektir. Bu durumda ilgili maddeyle hem gerçek hem tüzel kişilerle diğer kuruluşların ehliyeti kapsamında uygulanacak hukuk düzenlenmiştir³⁰⁰.

Banka teminat mektuplarında lehtar ya da muhatap ancak gerçek kişi olabilecektir. Bu noktada, lehtar ya da muhatabın fiil ehliyeti, vatandaşı oldukları devletin hukuku kapsamında tespit edilmektedir. Söz konusu kişilerin tabi oldukları devlet hukukuna göre sözleşme yapma ehliyetine sahip olmaları halinde teminat mektubu sözleşmesi de yapabilmektedirler. Buna karşın bankanın faaliyette bulunduğu ülke hukukunda banka teminat mektubu talebinde bulunabilmek için ek şartların istenmesi halinde bu şartların da karşılanıyor olması gereklidir³⁰¹. Bu kapsamda, Türk hukukunda Banka teminat mektupları (yahut garanti sözleşmelerine ilişkin) tarafların ehliyetinin belirlenmesi konusunda özel bir düzenleme olmadığından genel hükümler ele alınmalıdır.

Özetle, MÖHUK m. 9 kapsamında milli hukukun Türk hukuku olarak tespit edilmesi halinde gerçek kişilerin sözleşme yapabilme ehliyeti TMK m. 8 ve devamı hükümlerine göre belirlenecektir³⁰².

Ayrıca, Türk hukukunda kişilerin ehliyet denildiğinde hak ve fiil ehliyeti kavramlarını ayırmaksızın milli hukukuna tabi olarak düzenlenmiş olsa da fiil ehliyet hususunda işlem güvenliğinin sağlanması amacıyla bazı kısıtlamalar getirilmiştir. Burada kanun koyucu sınırlamalarla sözleşmenin karşı tarafının iyi niyetini korumayı amaçlamaktadır. Buna göre, milli hukukuna göre ehliyetsiz bir kişi hukuki işlemin yapıldığı yer hukukuna göre ehil ise yapılan işlemle olacaktır³⁰³.

Tüzel kişiler açısından inceleme yapacak olursak; MÖHUK m. 9/4'de; "*Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerinin statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi olduğunu, fiili idare merkezinin Türkiye'de olması durumunda ise Türk hukukunun uygulanabileceğini düzenlemektedir.*" ifadelerine yer verilmiştir. Bu kapsamda, bir bankanın teminat mektubu düzenleme ehliyetini haiz

³⁰⁰ ŞANLI, Cemal / EKŞİ, Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006, s. 198; NOMER, Hususi, s. 229; YILDIRIM, s. 74.

³⁰¹ DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 194; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 69.

³⁰² DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 62.

³⁰³ TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 56; DOĞAN, a.g.e, s. 62; ŞANLI / ESEN / FİĞANMEŞE, s. 253.

olup olmadığı bankanın kuruluş statüsünde merkez olan yer hukukuna göre belirlenmektedir. Ana statülerindeki idare merkezi ile fiili idare merkezinin farklı yerler olması halinde fiili idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre tespit edilecektir³⁰⁴. Öte yandan, MÖHUK m. 9 uyarınca bir tüzel kişinin fiili idare merkezinin Türkiye olmasıyla ancak Türk hukuku uygulama alanı bulabilecektir.

Bankanın fiil ehliyeti kapsamında yetkili hukuk gerek teminat mektubu düzenleme yetkisi gerekse yetkinin kullanılabilmesi organlar ve bu kullanımın limitlerini belirlemektedir. Yabancı bankaların Türkiye’deki muhataplarına doğrudan banka teminat mektubu vermesi halinde statülerindeki idare merkezi hukuku ve idare merkezi dışında bir ülkede bulunan şubeden teminat mektubu veriliyorsa şubenin bulunduğu ülke hukukuna göre de teminat mektubu verebilme ehliyetine sahip olması gereklidir. Türkiye’de bulunan yabancı bankaların statülerindeki idare merkezi hukuku ve Türk hukukuna göre teminat mektubu verebilme ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir³⁰⁵.

b. Sözleşmenin Şekli

Yabancı unsurlu banka teminat mektuplarının şekline ilişkin hukuk MÖHUK m. 7 kapsamında belirlenmektedir. Madde hükmünde; *“Hukuki işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddi hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.”*³⁰⁶ ifadelerine yer verilmiştir.

MÖHUK’un 7. maddesine göre, yabancılik unsuru ihtiva eden akitlerde hukuki işlemlerin şekli açıdan geçerliliğine ilişkin alternatif kanunla ihtilafı kuralı getirilerek sözleşmenin yapıldığı yer hukuku yahut esasa uygulanan hukukun aradığı şekil şartlarına tabi olması yeterlidir³⁰⁷.

Söz konusu maddede ele alınan bu kuralla yetki verilen her iki hukuk sisteminin teminat mektupları kapsamında ortak noktada birleştiği ve garanti sağlayan

³⁰⁴ DOĞAN, a.g.e., s. 64.

³⁰⁵ DOĞAN, a.g.e., s. 74.

³⁰⁶ 5718 S. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, m.7.

³⁰⁷ ŞANLI / ESEN / FİGANMEŞE, s. 100 vd; YILDIRIM, s. 59; EKŞİ, Ticaret, s. 40.

bankanın bulunduğu yer hukukunun olduğu anlaşılmaktadır. Teminat mektubu, banka tarafından düzenlendiğinden, işlemin yapıldığı yer bankanın bulunduğu yerdir³⁰⁸. Lehtar ve teminat veren ilk banka arasında yapılacak sözleşmenin de sözleşme yapılan yer hukuku ve sözleşme esasına uygulanacak hukuk çerçevesinde yapılması sözleşmeyi şekil bakımından geçerli kılacaktır. Dolaylı banka teminat mektuplarında ise bankaların irade açıklamalarının şekli olarak geçerli olması her bankanın irade beyanında bulunduğu ülke hukuku kapsamına şekli kurallara göre belirlenmektedir³⁰⁹.

URDG 758’de ise, şekli hususunda özel düzenlemeye yer verilmediğinden genel kurallar uygulama alanı bulacaktır. Diğer bir ifadeyle, yapıldığı yer ya da esasa uygulanacak yer hukukunun öngördüğü şekil kurallarına tabi olarak teminat mektubu sözleşmesi geçerli kabul edecektir³¹⁰.

c. Zamanaşımı

Türk hukukunda zamanaşımı kavramı usul hukukuna dahildir. Dolayısıyla usul hukukuna dair meselelerin lex foriye (hâkimin hukuku) göre çözümlenmesi gerektiği bilinmektedir³¹¹. Öte yandan, yabancı unsurlu banka teminat mektuplarında zamanaşımının hukukuna ilişkin düzenlemeler MÖHUK m. 8’de sunulmaktadır. “*Zamanaşımı, hukuki işlem ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabidir*” ifadesi ile banka teminat mektubunun esasına uygulanan hukukun zamanaşımı konusunda da yetkili olması öngörülmüştür.

Buna göre, hukuki işlem ya da ilişkinin esasına uygulanacak hukuk zamanaşımına da uygulanacaktır. Bu durumda, sözleşmenin esasına uygulanan hukukun taraflarca tespiti ve objektif bağlama kurallarına göre tespiti arasında farklılık bulunmamaktadır³¹². Milletlerarası unsurlu banka teminat mektupları söz konusu olduğunda genel prensip geçerli olacaktır. Netice itibarıyla, zamanaşımının başlangıcı,

³⁰⁸ DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 206;

³⁰⁹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 187-188.

³¹⁰ DOĞAN, Ticaret, s. 699.

³¹¹ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 99.

³¹² YILMAZ, s. 74-75. DOĞAN, Milletlerarası Özel Hukuk, s. 218; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 448; NOMER, Hususi, s. 213.

kesilmesi, süresi gibi konularda yetkili hukuk sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk olacaktır³¹³.

Bu doğrultuda, zamanaşımı konusu edilen hukuki işlem ya da ilişki bakımından ele alınacağından söz konusu hukuki ilişki ya da işlemin esasına uygulanacak hukuk yetkili olacaktır. Yani MÖHUK m. 24 çerçevesinde zamanaşımın ilişkin tüm ihtilaflar bu madde kapsamında sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk uygulanarak çözülecektir³¹⁴.

Son olarak, yabancı ülke yahut hakem mahkemesinde davanın açılmış olmasının zamanaşımını kesip kesmeyeceği uygulamada önem arz eden bir husustur. Bu konuda öğretide bir görüşe göre, dava neticesinde verilecek kararın tanıma veya tenfiz prosedürünün şartlarını ihtiva edeceğinin tahmin edilmesini savunmaktayken; diğer görüşe göre yabancı mahkemelerin etkisi sadece Türk kişi hallerine göre davalarda derdestlik ve yabancı ülke mahkemelerinin yetki anlaşmasıyla yetkili kılınması hali olduğundan yabancı mahkeme kararı zamanaşımını kesmeyecektir. Üçüncü görüşe göre, zamanaşımı müessesinin kesintiye uğraması için dava açılmış olması yeterli görüldüğünden nerede dava açıldığından ziyade hak arama iradesini yargı organlarına sunulmuş olmasıyla zamanaşımının kesildiği kabulü gerekmektedir³¹⁵. Bizim de katıldığımız bu görüşe göre milletlerarası yetkili bir ülke mahkemesinde dava açılması şartıyla zamanaşımı kesilmiş olacaktır.

III. DOĞRUDAN UYGULANAN NORMLAR KAPSAMINDA DÖVİZ KONTROL KURALLARININ BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA UYGULANMASI

1. Genel Olarak

MÖHUK m. 24'te tarafların akit kurma serbestisinin bir sonucu olarak, akde uygulanacak hukuku seçebilme imkânı tanınmıştır. Ancak taraflar bu hükme göre bir hukuk seçimi yapmış olsa dahi söz konusu akde uygulanması beklenen doğrudan uygulanan normların (müdahaleci kuralların) varlığı halinde seçilen hukukun

³¹³ TEKİNALP, Bağlama Kuralları, s. 138.

³¹⁴ EKŞİ, Ticaret, s. 41; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 616.

³¹⁵ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 617-618.

uygulanması mümkün değildir³¹⁶. Diğer bir deyişle, akit serbestisi prensibine getirilen sınırlamalardan biri doğrudan uygulanan normların tatbiki hususu olup, bu durumda kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasından bahsedilemeyecektir³¹⁷. Dolayısıyla, tarafların hukuk seçimi yapmış olması halinde dahi bu normların varlığından bahsediliyorsa uygulanacak hukuktan bağımsız olarak söz konusu normun uygulanması gerekecektir³¹⁸. Bu kapsamda milletlerarası özel hukukta doğrudan uygulanan norm kavramının kısaca ele alınarak banka teminat mektuplarına etkisinin tartışılmasında fayda görmekteyiz.

Doğrudan uygulanan kuralların neler olduğu tek tek sayılmadığından ötürü bir normun doğrudan uygulanan norm olarak kabul edilmesi için; kuralın konulma amacının tarafların menfaatini korumaktan ziyade esas olarak ülke ile bağlantılı bütün olay ve ilişkilere uygulanması (toplum menfaati) ve normu çıkaran devletin ekonomik sosyal ve siyasal menfaatine hizmet etmesi gerekmektedir³¹⁹. Dolayısıyla, açıkça doğrudan uygulanan norm olarak belirtilmese dahi söz konusu amaç hükümden anlaşılıyorsa normun uygulanması gerekir³²⁰. Bu kapsamda, bu kuralların bir devletin sosyal, iktisadi, siyasi, kamu düzeni, kamu sağlığı gibi yüksek menfaatleri koruma amacıyla kamusal ya da özel yahut her ikisinin de korunmasını amaçlayan iç hukuk kurallarının doğrudan uygulanan kurallar olduğu söylenilebilecektir³²¹.

Doğrudan uygulanan normların özelliği gereği yabancılık unsuru aranmaksızın ülke ile bağlantılı her olayda uygulanır. Bu normlara örnek olarak döviz ve ticaret hukuku kapsamındaki ithalat/ihracat yasakları, sermaye ve mali piyasa düzenlemeleri,

³¹⁶ **TEKİNALP**, Bağlama Kuralları, s. 378; **ERKAN**, Mustafa, “Möhuk Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, S. 2, Y. 2011, ss. 81-121, s. 82, www.dergipark.org.tr, E.T. 02.04.2022; **DÜRGEN**, Betül / **YELMEN**, Adem, “Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 1, Özel Sayı, Y. 2015, ss. 449-480, s. 462, www.heinonline.org, E.T. 04.04.2022; **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Hatice, Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri (Norm), İstanbul 2001, s. 36 vd.; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 268-269; **KARACA**, s. 1521.

³¹⁷ **DEMİRKOL**, s. 320; **GÜNGÖR**, Özel Hukuk, s. 62; **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 411; **TARMAN**, Zeynep Derya “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi” (Akit Dışı), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 26, S. 2, Haziran 2010, s. 5-32, s. 164, www.jurix.com.tr, E.T. 03.04.2022.

³¹⁸ **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 411; **AKÇA**, Hande, Vesaik Mukabili Ödemedi Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2009, s. 66-67; **DÜRGEN/YELMEN**, s. 465; **GÜNGÖR**, Özel Hukuk, s. 62.

³¹⁹ **ÖZDEMİR KOCASAKAL**, Norm, s. 36-37; **NOMER**, Hususi, s. 181; **DEMİRKOL**, s. 320; **YILDIRIM**, s. 75; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 269; **ERKAN**, s. 84.

³²⁰ **NOMER**, Hususi, s. 182; **ERKAN**, s. 91.

³²¹ **GÜNGÖR**, Özel Hukuk, s. 61.

kültür varlıklarının korunması kuralları, ambargo düzenlemeleri ve kartel kanunlarıyla getirilen sınırlamalar gibi devletin ekonomi politikası, döviz politikası, sosyal politikası gibi alanlarda ortaya çıkmaktadır³²².

Milletlerarası nitelik taşıyan olay ya da ilişkilere uygulanması gereken hukuk normları karşımıza hâkimin hukuku kapsamında çıkabileceği gibi yabancı hukukun doğrudan uygulanan normları da olabilecektir. Türk hukukunda MÖHUK m. 6'da Türk hukukunun doğrudan uygulanan kuralları, m. 31'de ise üçüncü bir devletin hukukundan doğan kuralların etkisi hüküm altına alınmıştır.

a. Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Normları

5728 S. MÖHUK m. 6³²³'da hakiminin hukukunun (lex fori) doğrudan uygulanan normlarına ilişkin hükme yer verilmiştir. Madde lafzında da anlaşılabileceği üzere, bu hükmün uygulama alanı sadece sözleşmelerle sınırlı değildir. Buna göre, hâkim önüne gelen olayda ihtilafın konusunun Türk hukukuna ait doğrudan uygulanan normlar kapsamında kaldığını tespit ederse Türk kanunlar ihtilafı kurallarına göre sözleşmeye uygulanacak hukukun uygunluğuna bakılmaksızın Türk hukuku uygulanacaktır³²⁴. Bu durumda MÖHUK m. 6 gereğince yabancı hukuka ait doğrudan uygulanan kural ile Türk hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralın çatışması halinde hâkim Türk hukukunu uygulanacağı açıktır zira hâkim ilk planda kendi hukukunu korumakla yükümlüdür³²⁵. Bu itibarla, doğrudan uygulanan normların kanunlar ihtilaflarından bağımsız olarak uygulama alanı bulduğu da ayrıca dikkate alınmalıdır.

Türk hukukunda doğrudan uygulanan normlara örnek olarak, 5411 sayılı ve 19.10.2005 tarihli Bankacılık Kanunu, 4054 sayılı ve 07.12.1994 tarihli Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, 1567 sayılı ve 20.02.1930 tarihli Türk Parasının

³²² **NOMER**, a.g.e., s. 183; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 270-271; **ERKAN**, s. 84; **KARACA**, s. 1523.

³²³ 5728 S. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun 6. maddesi: “Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hâllerde o kural uygulanır.”

³²⁴ **TARMAN**, s. 165; **ERKAN**, s. 86; **GÜNGÖR**, Özel Hukuk, s. 65; **VURAL ÇELENK**, Belkis, Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 2017, S. 1, Y. 2017, ss. 277- 298, s. 285, www.heinonline.org, E.T. 04.04.2022.

³²⁵ **GÜNGÖR**, a.g.e., s. 64.

Kıymetini Korunma Hakkında Kanun ile 891/14391 sayı ve 07.08.1989 tarihli Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar (Döviz Kontrol Kuralları) sayılabilir³²⁶.

Bu kapsamda her ne kadar 24. maddeyle sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi düzenlenmiş olsa da taraflar bir hukuk seçimi yapsın ya da yapmasın yahut objektif bağlama kuralına göre yetkili hukukun belirlenmesi halinde dahi lex fori'nin emredici kurallarının ve yetkili hukukun uygulanmasının önüne geçilmiştir³²⁷. Bu minvalde, Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının ihtilafla ilintili olması halinde uyuşmazlık konusu olaya bu kurallar uygulanacak olup, yabancı hukukun uygulanmasına mâni olunacaktır³²⁸.

b. Yabancı Hukukun Doğrudan Uygulanan Normları

Milletlerarası unsur taşıyan olay veya ilişkilerde hâkim ihtilafla ilişkin uygulanacak hukuku kendi hukukuna göre tespit ettikten sonra söz konusu yetkili yabancı ülke hukukunu bir bütün³²⁹ olarak uygulaması gerekmektedir. Bu kapsamda, yabancı hukukun doğrudan uygulanan normları da uygulama alanına sahip olacaktır. Bu uygulamaya getirilebilecek tek sınırlama; verilecek kararın hâkimin hukukunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmesi halidir³³⁰. Böyle bir durumun oluşması halinde hâkim kendi hukukunu tatbik ederek ihtilafı çözüme kavuşturacaktır.

Hâkimin gerekli hallerde üçüncü devletin doğrudan uygulanan normlarını da uygulaması da mümkündür. Şöyle ki; MÖHUK m. 31³³¹'de üçüncü devletlerin doğrudan uygulanan normlarının uygulaması ele alınmış olup, madde metnini özellikle sözleşmelerden doğan ilişkilere uygulanacak normlarla sınırlı tutulmuştur.

³²⁶ GÜNGÖR, a.g.e, s. 64.

³²⁷ DEMİRKOL, s. 321; VURAL ÇELENK, s. 285.

³²⁸ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Norm, s. 33; NOMER, a.g.e., s. 181-182; DEMİRKOL, s. 322; DÜRGEN/YELMEN, s. 466; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 271; ERKAN, s. 86.

³²⁹ Bütün denilerek ifade edilmeye çalışılan; hâkimin kural olarak yetkili hukukun kamu ve özel hukuk ayırım yapmaksızın tüm kurallarını ele alarak olaya uygulaması gerekliliğine vurgu yapmaktır. Nitekim doğrudan uygulanan normlarda bu doğrultuda ele alınarak somut olayla ilgili varsa uygulanması gerektiği açıktır. DOĞAN, a.g.e., s. 272.

³³⁰ GÜNGÖR, a.g.e, s. 65; DOĞAN, a.g.e., s. 272.

³³¹ 5718 S. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, m. 31: "Sözleşmeden doğan ilişkinin tâbi olduğu hukuk uygulanırken, sözleşmeyle sıkı ilişkili olduğu takdirde üçüncü bir devletin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınabilir. Söz konusu kurallara etki tanımak ve uygulayıp uygulamamak konusunda bu kuralların amacı, niteliği, muhtevası ve sonuçları dikkate alınır."

Bu düzenlemeyle hukuki ilişki ya da olayla sıkı bağlantısı olan üçüncü bir devletin genel kamu menfaatini sağladığı kabul edilen politik, sosyal, toplumsal ve iktisadi mecralardaki devlet politikalarını içeren doğrudan uygulanan normlarının hâkim tarafından nazara alınarak sözleşmeye uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır³³².

“Sözleşmeyle sıkı ilişkili”³³³ denilmek suretiyle kanunlar ihtilafı kurallarıyla yahut tarafların belirlediği hukuk değil, söz konusu hukuki ilişki ya da olaya uygulanması gereken ve sözleşmeyle sıkı bağlantılı olan üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan normlarının uygulanması amaçlanmıştır³³⁴. Hâkim sözleşmeyle sıkı ilişkisi olan hukuku belirlerken lex foriye göre değerlendirme yapacak olup, ifa yeri, tüzel kişilerin faaliyet merkezi, yerleşim yeri, mutad mesken, gibi hususların nazara alınarak tespiti gerekmektedir³³⁵.

Söz konusu düzenlemeyle hâkime üçünü devletin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanıma konusunda takdir yetkisi verilmiştir. Hâkim önüne gelen somut olayda uygulanması beklenen kuralın amacı, niteliği, içeriği, uygulanması ve uygulanmaması halinde ortaya çıkacak olası sonuçları nazara alarak karar verecektir³³⁶. Dolayısıyla, hâkimin hukuku ile üçüncü devletin müdahaleci normlarının temel değerlerle bağdaşmaması halinde bu kuralların uygulanmamasına karar verilebilecektir. Hasılı, üçüncü devletin doğrudan uygulanan normlarına etki tanınabilmesi için ortaya çıkacak sonucun hâkimin hukukunun kamu düzenine aykırı olmaması gerekmektedir³³⁷. Bu doğrultuda, hâkimin hukuku ile bu normların çatışması halinde hâkimin hukuku uygulama alanı bulacaktır³³⁸.

³³² ÇELİKEL/ERDEM, s. 413.

³³³ Sıkı ilişkili hukukun nasıl tespit edileceğine ilişkin pozitif düzenleme bulunmamaktadır. Hâkim önüne gelen ihtilafın çözümünde üçüncü devletle sıkı ilişki olup olmadığını çözmek için öncelikle korunmaya değer üstün bir menfaatin olup olmadığını ve normun maddi ilişki ya da olaya doğrudan uygulanma iradesini değerlendirecektir. Detaylı bilgi için bkz. DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 274-275; BAYATA CANYAŞ, s. 157; ERKAN, s. 107 vd.

³³⁴ ÖZDEMİR KOCASAKAL, Norm, s. 40; ÇELİKEL/ERDEM, s. 413; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 274-275; ERKAN, s. 91; DEMİRKOL, s. 324.

³³⁵ GÜNGÖR, a.g.e, s. 67; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 274; ERKAN, s. 106.

³³⁶ ÇELİKEL/ERDEM, s. 413; ÖZDEMİR KOCASAKAL, Norm, s. 40-41; GÜNGÖR, a.g.e, s. 66; TARMAN, s. 166

³³⁷ DÜRGEN/YELMEN, s. 468.

³³⁸ DÜRGEN/YELMEN, s. 468.

2. Döviz Kontrol Kurallarının Banka Teminat Mektuplarında Nazara Alınması

Her devlet kendi iç hukuk kurallarıyla akdi ilişkiden doğan borç ilişkilerinde tarafların borç miktarını diledikleri şekilde yabancı para olarak düzenleyip düzenleyemeyeceklerini belirleyebilme yetkisine sahiptir³³⁹. Genel olarak devletlerin akit tarafları arasındaki yabancı para kayıtlarına ilişkin müdahalesini içeren kurallara döviz kontrol kuralları denilir³⁴⁰. Bu kurallar Türk hukukunun doğrudan uygulanan normları arasında yer almaktadır. Bu çerçevede, söz konusu kayıtların geçerliliği 1567 sayılı ve 20.02.1930 tarihli Türk Parasının Kıymetini Korunma Hakkında Kanun (“TPKKK”) ve bunla ilintili karar ve tebliğler kapsamında ele alınmaktadır³⁴¹.

TPKK’ya dayanarak çıkarılan ve halen yürürlükte bulunan 32 Sayılı Karar’ın 10. maddesinde dövizle ödeme yapılmasını gerektiren haller sayılmıştır³⁴². İşbu maddede “bankacılık” denilmek suretiyle bir gayri nakdi kredi örneği olan teminat mektuplarının dövizle ödenebileceği bu sayede hüküm altına alınmıştır. Devamında ilgili kararın 18. maddesinin 1 ve 2. fıkraları çerçevesinde Türkiye’de ve yurtdışında yerleşik kişiler lehine teminat mektubu verilmesine ve alınmasına imkân sağlanmıştır³⁴³. Öte yandan, 32 Sayılı Karar’da banka teminat mektuplarına ilişkin düzenlemeler iki ayrı kapsamda ele alınmıştır. Bunlardan biri teminat mektubunun döviz üzerinden yahut Türk lirası olarak düzenlenmesi, diğeri de bankaların yabancı ülkede yerleşikler yahut Türkiye’de yerleşik olmalarına göre ayırım yapılarak düzenlenmiştir.

³³⁹ **TURHAN**, Turgut Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s.4; **YILDIRIM**, s. 75; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 275.

³⁴⁰ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 277.

³⁴¹ Döviz kontrol kuralları doğrudan uygulanan norm olarak kabul edilmektedir. Şöyle ki bu kurallar bütünün çıkarılma amacı devletin ekonomik ve siyasi politikalarıyla doğrudan ilişkili olduğundan müdahaleci norm olarak kabul edilerek bankaların da zorunlu olarak bu kuralları dikkate alması gerekir ki buna uygun teminat mektubu tanzim edebilsin.

Konu ile ilgili bkz. a. Türk Hukukunun Doğrudan Uygulanan Normları, s. 71.

³⁴² Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar’ın 10. maddesi: “*Uluslararası nakliyat, bankacılık, sigortacılık, dışarıya yaptırılan hizmetler ve diğer görünmeyen işlemlerle ilgili olarak yurt dışına Türk parası transferleri ile döviz tahsis ve transferleri ve efektif satışları Merkez Bankası’nca belirlenecek usul, esas ve limitler çerçevesinde bankalarca yapılır.*”.

³⁴³ Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar’ın 18. maddesinin 1. ve 2. fıkrası: “(1) Türkiye’de yerleşik kişilerin; yurt dışından gayri nakdi kredi, garanti ve kefalet sağlamaları ile Türkiye’de ve dışarıda yerleşik kişiler lehine dışarıda yerleşik kişilere muhatap teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri serbesttir.

(2) Bankaların; dışarıda yerleşik kişiler lehine Türkiye’de yerleşik kişilere muhatap, yurt içinde açılacak uluslararası ihalelerle ilgili olarak Türkiye’de yerleşik kişiler lehine Türkiye’de yerleşik kişilere muhatap, döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri serbesttir.”

a. Türk Lirası ve Yabancı Para Üzerinden Banka Teminat Mektubu Düzenlenmesi

32 Sayılı Karar'ın ilgili 3³⁴⁴, 10. ve 18. maddeleri incelendiğinde muhatap yahut lehtarın Türkiye'de yerleşik olup olmamasına bakılmaksızın Türk lirası üzerinden banka teminat mektubu verilebileceği verilmesinde herhangi bir kısıtlama yoktur³⁴⁵.

Teminat mektubunun yabancı para cinsinden düzenlenmesi hali ise iki şekilde mümkündür. Bunlardan biri, gerçek anlamda yabancı para cinsinden düzenlenen (dövizli natik) banka teminat mektupları olup bir diğeri; yabancı para kaydı taşıdığı halde ödeme günündeki kur üzerinden Türk lirası olarak karşılığı ödenen banka teminat mektuplarıdır³⁴⁶. Bu itibarla, 32 Sayılı Karar'da yabancı para üzerinden teminat mektupları düzenlenmesinden kasıt gerçek anlamda döviz cinsinden düzenlenen teminat mektuplarıdır.

32 Sayılı Karar dövizli natik teminat mektupları açısından değerlendirildiğinde, tarafların banka teminat mektubunu yabancı para üzerinden de düzenleyebileceği sonucu çıkarılmaktadır. Şöyle ki; gayri nakdi krediler, garanti ve kefaletler başlıklı 18. maddesi çerçevesinde yabancı para üzerinden teminat mektubu düzenlenmesinde bir sakınca olmadığı sonucu çıkarılmaktadır. Nitekim, 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar ("2018/11185 sayılı Karar") ile Karar'a yapılan tadile ilişkin konuların açıklanması maksadıyla Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası tarafından 2 Mayıs 2018 tarihli Sermaye Hareketleri Genelgesi yayınlanmıştır. Söz konusu Genelge'nin gayri nakdi kredilerin düzenlendiği 7. bölümünde 49 ve 50. maddeleriyle yurt dışından ve yurt içinden döviz kredisi kullanımlarına ilişkin kurallara yer verilmiştir. 49³⁴⁷. maddenin 1, 2 ve 3. fıkralarına göre, dışarıda yerleşik bankalardan Türk Lirası ya da yabancı para cinsinden teminat mektubu düzenlenmesi serbesttir.

³⁴⁴ 32 Sayılı Kararın 3. maddesinde dışarıda ve Türkiye'de yerleşik kişilerin Türk parası ile ödemeyi sağlayan belgelerin ihracı ve ithalinin serbest bırakıldığı ifade edildiğinden, yurtdışı – yurtiçi yerleşik ayrımı yapılmaksızın Türk Lirası olarak teminat mektubu verilmesinde bir sakınca olmayacağı anlamı çıkmaktadır.

³⁴⁵ YILDIRIM, s. 77; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 279.

³⁴⁶ REİSOĞLU, Teminat Mektupları, s. 449.

³⁴⁷ 2 Mayıs 2018 tarihli Sermaye Hareketleri Genelgesi 49. Maddesi: "(1) Türkiye'de yerleşik kişilerin yurt dışından Türkiye'de yerleşik kişileri muhatap gayri nakdi kredi, garanti ve kefalet sağlamaları ve

Genelge'nin 50. maddesinin 1. fıkrasının a, b, c, bentlerinde³⁴⁸ ise Türkiye'deki bankaların gayri nakdi kredi tesis etmeleri düzenlenmiş olduğundan, yurtiçi ya da yurtdışında yerleşik olması ayrımı yapılmaksızın bankaların döviz cinsi teminat mektubu düzenlenmesi hüküm altına alınmıştır.

Genelgenin ilgili 49 ve 50. maddeyle 32 Sayılı Kararın 18. maddesinde yer alan düzenlemelerden görüldüğü üzere, Türk lirası veya yabancı para üzerinden gayri nakdi kredi kullanımına ilişkin herhangi bir sınırlama getirilmediği sonucuna varmaktayız.

b. Dışarıda Yerleşik Bankaların Türkiye'de Yerleşik Kişilere Temin Mektubu Vermesi

Dışarıda yerleşik bankalar, Türkiye'de yerleşik muhataplara doğrudan teminat mektubu verebilecekleri gibi dolay olarak yani Türkiye'de yerleşik bir bankaya kontrgaranti vererek mektubun ödenmesini taahhüt edebileceklerdir³⁴⁹.

32 Sayılı Kararın 18. maddesinin 1. fıkrasına göre dışarıdan gayri nakdi kredi tesis edilebilmesi serbest bırakıldığından yabancı bankalardan teminat mektubu temin edilebilecektir. Keza, Genelge'nin 49. maddesi de aynı şekilde yurtdışından alınan teminat mektuplarına herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Belirtmek isteriz ki, yabancı banka tarafından tahsis edilecek teminat mektupları konusunda bankanın bulunduğu ülke hukukunda varsa döviz kontrol kurallarının aynı şekilde doğrudan uygulanan kurallar olarak ele alınacağı da unutulmamalıdır.

bu gayri nakdi kredileri bankalar aracılığı olmaksızın kullanabilmeleri serbesttir. (2) Gayri nakdi krediler 32 sayılı Kararın 17 nci ve 17/A maddeleri hükümlerine tabi değildir. (3) Gayri nakdi kredilerin nakdi krediye dönüşmeleri durumunda, bu krediler 14. maddede belirtilen esaslara tabi olur."

³⁴⁸ 2 Mayıs 2018 tarihli Sermaye Hareketleri Genelgesi 50. Maddesi: "(1) Bankaların ve finansal kuruluşların, kendi mevzuat hükümleri sınırları içerisinde kalmak kaydıyla; aşağıda belirtilen kapsamda dövize endeksli veya döviz cinsi teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri mümkündür: a) Türkiye'de yerleşik kişiler lehine, dışarıda yerleşik kişileri muhatap gayrinakdi krediler. b) Yurt dışında yerleşik kişiler lehine, yurt dışında yerleşik kişileri muhatap gayrinakdi krediler. c) Yurt dışında yerleşik kişiler lehine Türkiye'de yerleşik kişileri muhatap gayrinakdi krediler."

³⁴⁹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 283.

3. 32 Sayılı Kanun’a Aykırılığın Sonuçları

Hukukumuzda doğrudan uygulanan kurallar kapsamında yer alan 32 Sayılı Karar’ın sözleşme hükmüyle çatışması halinde nasıl karara bağlanması gerektiği hususu da önem arz etmektedir.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, doğrudan uygulanan normların emredici nitelikte olması gereğince sözleşme hükümleriyle çelişmesi yahut sözleşme hükümlerinin bu normlara aykırı olması halinde doğrudan uygulanan norm hükümleri uygulanacaktır. Yani aykırılık halinde normun müeyyidesi ne ise o uygulanmalıdır³⁵⁰.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk açısından yukarıda da açıklandığı üzere; istisnai bazı hallerde üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kuralları ile hâkimin hukukunun doğrudan uygulanan kuralları ve hüküm statüsünün doğrudan uygulanan kuralları çerçevesinde uygulanacak hukuk tespit edilecektir. Buna mukabil, döviz kontrol kurallarının doğrudan uygulanan normlar kapsamında yer alması gerekçesiyle; Türk hukukunun hüküm statüsü olduğu olaylarda, Türk hukukunun hâkimin hukuku olduğu ve istisnai şekilde üçüncü devlet olarak ihtilafa dahil olması halinde hukukumuzda ait döviz kontrol kuralları uygulama alanı bulacaktır.

Çalışmamız kapsamında banka teminat mektuplarına ilişkin Türk lirası ya da yabancı para cinsi teminat mektubu ve yurtdışı-yurtiçi yerleşik ayırımı yapılmaksızın teminat mektubu verilmesinde sınırlama bulunmamaktadır. Öte yandan, 32 Sayılı Karar’ın 18. maddesine göre dışarıda yerleşik kişilere hitaben verilen teminat mektuplarının düzenleme tarihinden itibaren 30 gün içinde Müsteşarlığa bilgi verilmesi gerekmektedir fakat düzenlemede bilgi verilmemesi halindeki müeyyideye yer verilmemiştir. Bu itibarla, hâkim önüne gelen olayda döviz kontrol kurallarını uygulaması gerektiği hallerde sadece bilgi verilmediği ileri sürülerek sözleşmenin tamamen batıl olacağı anlamına gelmeyeceğinden; akdi ilişkinin geçerliliğine etki etmeyeceği sonucuna ulaşmaktayız³⁵¹.

³⁵⁰ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 284.

³⁵¹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 286.

Sonuç itibariyle, MÖHUK m. 24 kapsamında döviz kontrol kurallarının taraflarca seçilen yahut objektif bağlama kurallarına göre tespit edilen hukuktansa bu normların bir nevi öncelikli olarak uygulanacağını ifade edilmesinde sakınca olmayacaktır.

IV. GENEL İŞLEM ŞARTLARINDA YER ALAN HUKUK SEÇİMİNİN GEÇERLİLİĞİ

Akit taraflarından birinin diğer tarafla müzakere³⁵² etmeksizin hazırladığı ve ileride pek çok sözleşmeye³⁵³ uygulanmak üzere tek taraflı olarak genel ve soyut nitelikteki sözleşme hükümlerine genel işlem şartı denilmektedir³⁵⁴. Borçlar Kanunu

³⁵² Müzakere kelimesiyle pazarlık imkanından yoksunluk ifade edilmektedir. Zira taraflardan güçlü olan tarafın zayıf olana pazarlık imkanından yoksun bırakılarak kabule zorlaması aksi halde güçsüz tarafın ediminden vazgeçmek zorunda kalması söz konusu olacaktır. Bu itibarla, ilgili hükümler çerçevesinde kanun koyucu tarafından taraflar arasındaki dengenin bozulmaması, sözleşme adedinin korunması amaçlamaktadır. Bkz. **SUNGURBEY**, İsmet, Türkiye’de Bankaların İç Yüzü, Çorlu, 1994, s. 20; **ARIKAN**, Mustafa, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu, (Haziran 2011), İstanbul 2011, s. 70 vd.; **KOÇ**, Nevzat, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Genel Hükümlere İlişkin Olarak Yapılması Öngörülen Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 2, S. 12, 2007, s. 80; **TEKİNAY**, S. Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993; **GİRGİN**, Ömer Ali, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2019, ss. 135-155, s. 140, www.dergipark.org.tr, E.T. 03.04.2022.

³⁵³ Günümüzde bankacılık, sigortacılık gibi pek çok alanda ileride yapılması planlanan sözleşme tiplerine standart getirilmesi amacıyla müzakere edilmeksizin tek taraflı olarak hazırlanabilmektedir. Bu durumda diğer taraf sözleşmeyi olduğu gibi kabul yahut sözleşmenin kurulmasından vazgeçmek durumunda kalacaktır. Fakat aynı amaçla, standart sözleşme düzenleyen tarafın birebir aynı hükümleri tüm hukuki ilişkilerine kullanmayarak genel işlem şartının yokluğundan bahsedemeyecektir. **OĞUZMAN**, M. Kemal, **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Genişletilmiş 19. Bası, İstanbul 2021, s. 171, **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 226.

³⁵⁴ **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, Necip / **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir (Kocayusufpaşaoğlu), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 7. Tıpkı Bası, İstanbul 2017, s. 226; **DEMİRKOL**, Berk, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 40, S. 2, Y. 2020, ss. 1313-1350, s. 1319, www.heinonline.org, E.T. 06.04.2022 (Genel İşlem); **YÜCESOY YILMAZ**, Yasemin, Viyana Satım Antlaşmasına Göre Kabul, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 30, 2017, ss. 423-474, s. 433, www.dergipark.org.tr, E.T. 06.04.2022; **KUTLUAY**, Ezgi, Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 19, Özel Sayı, 2017, ss.1369-1422, s. 1383, www.hukuk.deu.edu.tr, E.T. 03.04.2022; **TEKİNAY**/ **AKMAN**/ **BURCUOĞLU**/ **ALTOP**, s. 156; **GİRGİN**, s. 139; **EROĞLU** / **KÖSLÜOĞLU**, s. 1986.

m. 20³⁵⁵ - m. 25 arasında genel işlem şartları düzenlenmiş olup, tüm sözleşme tiplerine uygulanabilecektir³⁵⁶.

Borçlar Kanunu³⁵⁷, nun 21. maddesine³⁵⁸ göre genel işlem şartının varlığı hakkında karşı tarafa bilgi³⁵⁹ verilmesi, şartın içeriğini öğrenme³⁶⁰ imkânı sağlanması ve karşı tarafında şartı kabul³⁶¹ etmesi halinde genel işlem şartı geçerli sayılacaktır³⁶². Aksi halde yazılmamış sayılacaktır³⁶³. Dolayısıyla, taraflar arasında irade uyuşması

³⁵⁵ 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 20. Madde: “Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.

Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.

Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.

Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine bakılmaksızın uygulanır.”.

³⁵⁶ SİRMEN, Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 110 (Sempozyum)

³⁵⁷ Bir genel işlem şartının (ve standart sözleşmenin) geçerliliği hususu sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka (lex causa) göre tespit edilecektir. Bu kapsamda sözleşmenin esasına Türk hukukunun uygulanması halinde Türk Borçlar Kanun’na göre genel işlem şartı ve standart sözleşmeni geçerliliği değerlendirilmelidir.

³⁵⁸ 6098 Sayılı Borçlar Kanunu 21. Madde: “Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır.”.

³⁵⁹ Genel işlem şartının kabul edilebilmesi için ilk koşul; söz konusu düzenlemeden karşı tarafın sözleşmenin kurulduğu an haberdar edilmesidir. Daha açık bir ifadeyle, 21.maddeye göre şartı koyan tarafın bilgilendirme yükümlülüğü çerçevesinde karşı tarafa böyle bir düzenlemenin olduğuna dair genel bir bilgi verilmesi yeterli olup, sözleşme içerisindeki tüm genel işlem şartları hakkında içeriklerine dair herhangi bir şart ileri sürülmemiştir. **ERİŞİR**, Evrim, Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, ss. 1141-1213, s. 1154, www.dergipark.org.tr, E.T. 05.04.2022; **DEMİRKOL**, Genel İşlem, s. 1326; **KUTLUAY**, s. 1398. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 173.

³⁶⁰ BK. m. 21/1 gereğince; karşı tarafın genel işlem şartına sözleşmenin kurulmasından önce ulaşması yani söz konusu şartın varlığını bilmek dışında içeriğine de erişmesine imkân tanınması gerekmektedir. **DEMİRKOL**, Genel İşlem, s. 1328. **ERİŞİR**, s. 1155.

³⁶¹ Borçlar Kanuna göre, sözleşmenin taraflar için bağlayıcı olması için karşılıklı irade beyanlarının uyuşması gerekmektedir. Bu itibarla, genel işlem şartının varlığını ve içeriğine erişen tarafın da bu şartı kabul etmesi halinde sözleşmenin bir parçası haline gelecektir. Genellikle genel işlem şartına haiz sözleşmeler ya hep ya hiç yöntemiyle düzenlendiğinden işlem şartının karşı tarafı ya şartları aynen kabul etmek ya da sözleşmenin kurulmasından vazgeçmek durumunda kalmaktadır. **SİRMEN**, s. 117; **KUTLUAY**, s. 1393; **KOCAYUSUFPASAOĞLU**, s. 229; **DEMİRKOL**, Genel İşlem, s. 1329.

³⁶² Genel işlem şartının kamu düzenine, ahlaka, kişilik haklarına ve emredici hukuk kurallarına aykırı olması halinde söz konusu düzenleme geçersiz sayılacaktır. Detaylı bilgi için bkz. **TEKİNAY/AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 161.

³⁶³ İlgili hükümlere göre, bir sözleşme hükümünün genel işlem koşulu olarak ele alınabilmesi için tek tarafın önceden bu düzenlemeyi hazırlaması (matbu metnin derç edilmesi şeklinde de olabilir) ve diğer tarafın müzakere etme imkanının olmaması gerekir. Genel işlem koşulları daha çok tahkim şartı, yetkili mahkeme, hukuk seçimi, cezai şart gibi alanlarda sıkça kullanıldığı gözlemlenmektedir. Bkz.

olmaması sebebiyle ilgili hüküm yazılmamış; yok hükmünde sayılacaktır³⁶⁴. Nitekim, ilgili şart geçersiz sayılmakla beraber sözleşmenin (eğer başkaca hükümsüzlük hali yok ise) diğer hükümler geçerliliğini koruyacaktır³⁶⁵.

Banka teminat mektubu ilişkisi üç taraflı bir ilişki olması hasebiyle hem temel ilişkide hem karşılık ilişkisinde hem de teminat ilişkisinde hukuk seçimi mümkün olduğundan her üç ilişki içinde taraflardan birinin sözleşmeye uygulanacak hukuka dair karşı tarafın menfaatine aykırı bir genel işlem şartı koyması mümkündür. Bu doğrultuda, banka, muhatap ve lehtar arasındaki bu ilişkinin genel işlem şartından nasıl etkileneceğine ilişkin bir değerlendirme yapma zarureti hasıl olmuştur.

1. TBK m. 21/1 düzenlemesi çerçevesinde Genel İşlem Şartı Olarak Hukuk Seçiminin Geçerliliği

Genel işlem koşulunun denetiminde sözleşmenin türünün bir ehemmiyeti olmadığından teminat mektubu ilişkisindeki tüm ilişkilerde genel işlem koşulunun konulması mümkündür³⁶⁶. Dolayısıyla teminat ilişkisi incelendiğinde, bankanın hem müşterisi olan lehtara hem de garanti alacak olan muhataba göre daha güçlü konumda olduğu kanaatindeyiz. Bu itibarla, banka hem genel kredi çerçeve sözleşmesinde hem de teminat mektubu metninde uygulanacak hukuku kendi menfaatleri doğrultusunda belirleyerek karşı taraftan kabul etmesini bekleyebilecektir. Zira, ödeme riski altına olan bankanın daha güçlü olan taraf olduğu açıktır. Öte yandan, temel ilişki açısından güçlü konumda olan ve karşı tarafa genel işlem şartı dayatabilecek güçte olan tarafın muhatap olduğu kanaatindeyiz. Şöyle ki; temel ilişkide taraflar arasında hangi sözleşme kurulmuş olursa olsun lehtarın yan edimlerinden biri de teminat mektubu temin etme ve teminat mektubun temin edilememesi halinde temel ilişkinin de kurulmama ihtimali olduğu nazara alındığında muhatabın sözleşmenin şartlarının belirlemede daha güçlü olan taraf olduğu kanaatindeyiz.

DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1319 vd.; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 232-233. **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 169 vd.; **GİRGİN**, s. 146.

³⁶⁴ **KILIÇOĞLU**, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara 2012, s. 119; **KUTLUAY**, 1401; **ERİŞİR**, s. 1157; **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 174.

³⁶⁵ **YÜCESOY YILMAZ**, s. 434; **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 236; **DEMİRKOL**, Genel İşlem, s. 1322. **KILIÇOĞLU**, s. 119.

³⁶⁶ **ERİŞİR**, s. 1147.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde gerek temel ilişkide gerek karşılık ve teminat ilişkisinde muhatap ve lehtarın menfaatlerine aykırı bir sonuç doğacağının tespit edilmesi genel işlem şartının geçersizliği için tek başına yeterli değildir. Borçlar Kanunu'nun 21. maddesinde ileri sürülen kurallar nazara alındığında, genel işlem şartının geçerliliği için öncelikle varlığı hakkında karşı tarafa bilgi verilmesi gerekmektedir³⁶⁷. Aksi halde, söz konusu düzenleme geçersiz sayılacaktır. Fakat bu durumda, genel işlem şartı olarak bir hukuk seçimin yapılmış ise, şartın hüküm ve sonuçlarının spesifik olarak karşı tarafa bildirilmesi gerekmemektedir³⁶⁸.

Genel işlem şartının ikinci geçerlilik koşulu olan şartın içeriğinin öğrenilmesi koşulu banka teminat mektuplarına uygulanacak hukuk açısından ele alındığında; muhatap ya da lehtar tarafından bu şartlara erişimin sağlanması yeterli olacaktır. Şöyle ki; banka ile muhatap arasındaki teminat ilişkisi incelendiğinde mektubun muhataba yazılı olarak ulaştırıldığı nazara alınır ise bu şartın yerine getirilmesinde bir problemle karşılaşmayacağı görüşündeyiz. Diğer yandan, lehtar ile banka arasındaki ilişki de genel kredi sözleşmesinde banka uygulanacak hukuku seçebilecektir. Bu halde, kredi sözleşmesini imza eden lehtarında metinlere erişim sağlamada bir sorunla karşılaşmayacağı sonucu çıkarılabilecektir. Lehtar ile muhatabın temel ilişkisinde ise yine genel işlem şartlarının da yer aldığı sözleşmenin dosyalanarak karşı tarafa iletilmesi, e-ticaret ilişkisi ise bir bağlantı linki sayesinde erişimin sağlanması, e-mail atılması gibi yöntemlerle karşı tarafın hâkimiyet alanına geçmesi gerekmektedir³⁶⁹.

Genel işlem şartı olarak uygulanacak hukukun geçerli olabilmesi için son şart olan klozun kabulü koşulu banka teminat mektupları açısından değerlendirildiğinde; iki şekilde konunun ele alınması faydalı olacaktır. Bunlardan biri ya hep ya hiç durumudur³⁷⁰. Genel işlem şartı düzenleyen tarafın bu şartla ilgili bilgi vermesi ve karşı tarafa klozu sunmak yetmeyeceğinden, karşılıklı iradelerin uyuşması için diğer tarafın bu şartı kabul etmesi halinde geçerlilik kazanacaktır³⁷¹. Bu kapsamda, teminat

³⁶⁷ ERİŞİR, s. 1154; OĞUZMAN / ÖZ, s. 173.

³⁶⁸ DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1326.

³⁶⁹ YELMEN, Âdem, Türk Borçlar Kanuna Göre Genel İşlem Şartları, 2014, s. 85-86; DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1328.

³⁷⁰ SİRMEN, Lale, Genel İşlem Şartları Kavramı, İzmir Barosu Dergisi, C. 80, S. 3, 2015, ss. 207-255, s. 212, www.repository.bilkent.edu.tr, E.T. 06.04.2022. (Kavram).

³⁷¹ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 229.

mektubu ilişkisinde de tüm taraflar için aynı durum geçerli olacaktır. Şartın kabul edilmemesi halinde sözleşmeyi kurmaktan vazgeçmiş olacaklardır.

Genel işlem şartının kabulüne ilişkin bir diğer yöntem ise incorporation'dır. Buna göre, tarafların imzaladığı sözleşme hükmünde (temel ilişki, genel kredi sözleşmesi yahut teminat mektubunda) yahut farklı³⁷² bir şekilde kabul ettiği sözleşmenin bir hükmünde uygulanacak hukuka dair ayrıca atıf ya da tarafların arasındaki sözleşmeye derç edilmek suretiyle de yapılabilir. Nitekim, MÖHUK m. 24'e göre hukuk seçiminin açık olarak yapılması esas olduğundan hukuk seçimine dair genel işlem şartının atıf yahut aktarım yöntemiyle uygulanacak hukuku belirlemesi yöntemi hukuk seçiminin açık olarak yapılmasına mâni olmadığından 24. maddeye aykırılık teşkil etmeyecektir³⁷³. Dolayısıyla, uygulanacak hukuka ilişkin ilgili düzenleme sözleşmenin eki veya bir parçası haline gelmiş olacağından, aktarım (incorporation) yolu uygulanacak hukuka ilişkin şart kabul edilmiş olunacaktır³⁷⁴. Örneğin, Banka tarafından verilen teminat mektubuna uygulanacak hukukun URDG 758'e göre belirleneceği teminat mektubu metninde ifade edilmiş ve muhatapta kabul ederek URDG 758 uygulama alanı bulacaktır.

2. TBK m. 21/2 Düzenlemesi Çerçevesinde Genel İşlem Şartı olarak Hukuk Seçiminin Geçerliliği

Genel işlem şartının geçersizlik sebeplerinden biri de 21/2'de sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine aykırı olması olarak ifade edilmiştir. Bu ifade ile kastedilen şey alışılmamış (olağan dışı) ve şaşırtıcı koşulların mevcudiyetidir³⁷⁵. Öte yandan, m. 21/1'e göre karşı tarafa açıkça bilgi verilip, şartların içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve diğer tarafın da bunları kabul etmesi halinde dahi bu m. 21/2

³⁷² E-ticaret ilişkisinde bağlantı linki gönderilerek kabul beyanının bir kutucu işaretleme şeklinde alınması örnek gösterilebilir.

³⁷³ DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1334.

³⁷⁴ DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1330.

³⁷⁵ Alışılmamış ve şaşırtıcı kayıtlar denilmek suretiyle sözleşmenin bütünü dikkate alındığında sözleşmeye yabancı kalan, sözleşmeyi anlamlı şekilde tamamlamayan kayıtlar ifade edilmeye çalışılmıştır. Bu kayıtların özelliği dikkate alınmasının karşı taraftan beklenemeyecek olmasıdır. KAŞAK, Esra, Sözleşmenin Niteliğine ve İşin Özelliğine Yabancı Olan Genel İşlem Koşulları (6098 Sayılı TBK m. 21/2), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, 2012, s. 421; DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1338; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 237 vd. OĞUZMAN / ÖZ, s. 174.

kapsamdaki genel işlem koşulları da yazılmamış sayılacağından yok hükmünde olacaktır³⁷⁶.

TBK m. 21/2'nin banka teminat mektuplarına uygulanacak hukukun seçimi kapsamında değerlendirdiğimizde hukuk seçiminin yapılmış olması sözleşmenin ya da işin niteliğine aykırılık teşkil etmeyeceği kanaatindeyiz. Şöyle ki; MÖHUK m. 24'e göre hukuk seçimi tarafların iradesine bırakılabileceğinden dolayı genel işlem şartı olarak hukuk seçimi klozu sözleşmenin niteliğine ve özelliğine aykırılık teşkil etmeyeceği düşüncesindeyiz. Keza, taraflar arasında ihtilaf doğması ihtimali mümkün olup, uygulanacak hukukun tespiti öngörülü, tedbirli ve temkinli bir yaklaşım olacağından şaşırtıcı da olmayacaktır³⁷⁷. Öte yandan, her ne kadar hukuk seçimi yapılmasının şaşırtıcı ve olağan dışı olmayacağını vurguladıysak da seçilen hukuk (genel işlem şartının içeriği) olağan dışı ve şaşırtıcı olarak nitelendirilebilir³⁷⁸. Örneğin, sözleşme ya da ihtilaf konusuyla alakasız, diğer tarafa daha masraflı olabilecek ve yargılamanın yapılmasını engellemek amacıyla uzak ve sözleşmeyle bağlantısı olmayan bir hukuk seçilmesi halinde bu durumun varlığından bahsedebiliriz. Bu itibarla, genel işlem şartının yürürlüğünün değil içeriğinin denetlenmesi gerekmektedir.

3. TBK m. 25'e Göre İçerik Denetimi

TBK m. 25³⁷⁹'e göre içerik denetiminin çerçevesini dürüstlük kuralı oluşturmaktadır. Bu doğrultuda genel işlem şartının dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde karşı tarafın aleyhine veya durumunu ağırlaştırıcı nitelikte olmaması gerekmekte olup, aksi halde söz konusu koşul geçersiz sayılacaktır³⁸⁰. Bu çerçevede konuyu teminat mektupları açısından ele aldığımızda, genel olarak hukuk seçimi

³⁷⁶ OĞUZMAN / ÖZ, s. 174; KILIÇOĞLU, s. 118-119; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 237.

³⁷⁷ DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1338.

³⁷⁸ DEMİRKOL, a.g.e., s. 1339.

³⁷⁹ 6098 S. Türk Borçlar Kanunu 25. madde: “Genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.”

³⁸⁰ KÜÇÜKGÖDE, Deniz Uğur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2019, s. 121, www.tez.yok.gov.tr, E.T. 05.04.2022; KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 248; ERİŞİR, s. 1156; OĞUZMAN / ÖZ, s. 175.

dürüstlük kuralına³⁸¹ aykırı değildir³⁸². Bu durumun aykırılık teşkil edebilmesi için bu seçimin meşru olamayan bir menfaate hizmet etmesi gerektiğinden, hâkim önüne gelen somut olayın özelliklerini dikkate almalıdır³⁸³. Keza, milletlerarası nitelikli hukuki ilişkilerde hukuk seçiminin amacı da nazara alındığında taraflar kendi milletlerinin hukuk düzenlerindense belirli ülke mahkemelerinin söz konusu sözleşme tipinde uzmanlaşmış olması, yaklaşım ya da usul kurallarının sağladığı fayalar gibi sebeplerle yabancı ülke mahkemelerini seçebilmektedirler³⁸⁴. Dolayısıyla, yabancı unsurlu banka teminat sözleşmesinde de hukuk seçimi bu yönde yapılabilecektir. Örneğin, Türk şirketinin Almanya'daki inşaat için Türk bankasından aldığı teminat mektubuna Almanya ya da Türkiye dışında bir ülke hukuku genel işlem şartı olarak ileri sürülebilecektir. Önemli olan söz konusu mahkemeyi yetkilendirmede meşru bir gerekçenin bulunmasıdır³⁸⁵. Bu durumda kanun ihtilaflarına göre tespit edilen mahkemede dava açılabilmesi, bunun yerine bir başka devlet hukukunun yetkili kılınmış olması tek başına karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı bir durum olarak değerlendirilemeyeceğinden TBK m. 25 kapsamında hükümsüz olduğu söylenilemeyecektir. Hasılı, genel işlem şartı olarak hukuk seçiminde düzenleyenin başka bir hukuku yetkilendirmede meşru bir sebebi yok ise karşı tarafın durumunu dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ağırlaştırıcı nitelikte olduğu kabul edilebilecektir. Örneğin teminat mektubu veren bir Türk bankasının Türk vatandaşı lehtar lehine Alman vatandaşı muhataba işin Almanya'da yapılacak olması olmasına rağmen genel işlem şartı olarak Libya/Arjantin hukuku gibi ne işin özüyle ne de coğrafi yakınlıkla açıklanamayacak bir hukuk seçimi yapıldığında, bu yetkilendirmeyi banka meşru menfaatlerine gerekçe olarak gösteremeyeceğinden TBK m. 25 çerçevesinde hükümsüz sayılacaktır.

Son olarak, genel işlem şartında yer alan hukuk seçiminin kanunun emredici hükümlerine aykırı ve bu hükümleri bertaraf edecek şekilde belirlenmesi mümkün olmadığı nazara alındığından genel işlem şartının doğrudan uygulanan kurallara ve Türk hukukunun münhasır olarak yetkili olduğu haller gibi emredici düzenlemelerle

³⁸¹ Genel işlem şartı olarak hukuk seçiminde dürüstlük kuralına aykırılıktan bahsedebilmek için dürüstlük kuralına uymayan bir menfaat sağlanacak şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir. DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1341 vd.; GİRGİN, s. 149.

³⁸² DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1341.

³⁸³ OĞUZMAN/ÖZ, s. 175; ERİŞİR, s. 1159-1161.

³⁸⁴ DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1341.

³⁸⁵ DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1341.

çatışması halinde doğaldır ki; emredici hükümler ve doğrudan uygulanan kurallar uygulanacaktır³⁸⁶.

V. GARANTİLERE İLİŞKİN BİRÖRNEK KURALLAR'A GÖRE UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

1. Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) ve Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar'ın Amacı

Milletlerarası ticaretin gelişmesiyle birlikte sadece ülke içinde değil milletlerarası nitelikteki hukuki işlemlerin artması sebebiyle hem tarafları koruma hem de ihtilaf halinde uygulanacak kuralların düzenlenmesi ihtiyacı günden güne daha da artmıştır. Bu doğrultuda 1919 yılında ICC³⁸⁷ (International Chamber of Commerce – Milletlerarası Ticaret Odası), yatırım ve ticareti geliştirme ve sermayenin serbest dolaşımını sağlamak amacıyla kurulmuştur³⁸⁸.

Günümüzde ICC, küresel bağlamda yüzden fazla ülkede kırk beş milyondan fazla firmanın temsilcisi olarak, on üç komisyondan meydana gelen bağımsız bir organizma şeklinde hareket etmektedir³⁸⁹. Bu bağlamda ICC, dünya ticaretini kolaylaştırmak ve serbest ticarete sorun teşkil edecek hususlara çözüm sağlamak amacıyla yayınladığı pek çok standart sözleşme, broşürler ve kodlarla milletlerarası ticarete ilişkin müşterek kuralların oluşturulmasında önemli etki ve katkısı bulunmakta olup, bu alanda tavsiye niteliğinde düzenlemeler yapmaktadır³⁹⁰. Bu

³⁸⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, s. 226-227; ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru, “Türk Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Yabancılık Unsuru Taşıyan Bonoya Bağlı Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk”, Public and Private International Law Bulletin C. 40, S. 2, Aralık 2020, ss. 1569-1611, s.1586, <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.826650>, E.T. 03.04.2022; OĞUZMAN / ÖZ, s. 176.

³⁸⁷ ICC'nin merkezi Paris'te olup, pek çok ülkede temsilcilikleri bulunmaktadır. Nitekim, ICC Türkiye Millî Komitesi, TOBB bünyesinde.

³⁸⁸ EKŞİ, Nuray, DURUKANOĞLU, Nihayet, “Akreditife İlişkin Güncel Gelişmeler ve Akreditifle İlgili ICC Tarafından Yapılan Son Düzenlemeler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 7, S. 82, 2009, ss. 3109-3122, s.3109, www.legalbank.net, E.T. 02.04.2022; ÖÇAL, Akar, Milletlerarası Ticaret Odası, Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Eylül 1972, s. 234-235; HUGO, s. 1-2; JIMENEZ, Guillermo. “The International Chamber of Commerce: Supplier of Standards and Instruments for International Trade.”, Uniform Law Review, C. 1, S. 2, 1996, ss. 284-299, s. 284, www.heinonline.org, E.T. 12.04.2022.

³⁸⁹ <https://iccwbo.org/about-us/who-we-are/>

³⁹⁰ Bu kurallar dünya ticaretini kolaylaştırmak amacıyla ICC tarafından geliştirilen ve öneri niteliği taşıyan geleneklerdir. Ticari faaliyetin içerisindeki taraflar sözleşmelerini, ihtiyari olarak bu düzenlemelere tabi tutarak bunları sözleşmelerinin bir parçası haline getirirler, böylelikle her defasında sözleşmelerine aynı benzer bilgileri tekrar tekrar yazma zahmetinden kurtulurlar. ÖZALP,

konular, ICC nezdinde faaliyet gösteren komisyonlar³⁹¹ aracılığıyla üye ülkelerin temsilcilerinin ortak çalışmaları sonucu yeknesak bazı kurallara oturtulmuş ve tüm dünyada uygulamaya konularak farklı uygulamalardan doğan sorunlar giderilmeye çalışılmıştır³⁹². Bu kurallardan en bilinen olanları; Incoterms 2020³⁹³, UCP 600³⁹⁴ ve URDG 758 olarak karşımıza çıkmaktadırlar³⁹⁵.

ICC tarafından banka teminatlarını ilişkin olarak ilk düzenleme 325 Sayılı “Akdi Garantiler için Birörnek Kurallar” adıyla 1978 yılında düzenlenmiştir. Daha sonrasında bu kurallar geliştirilerek 1992 yılında 458 Sayılı “Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar” adı altına düzenlenmiş, fakat uygulamadaki ihtiyaçlara tam cevap alınamaması sebebiyle bu kurallar da yenilenerek günümüzde kullanılan halini 1 Temmuz 2010 tarihindeki 2010 revizyonu (URDG 758) almıştır³⁹⁶.

Abdurrahman, Ticaretin Kuralları, Leges Hukuk Dergisi, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Vefa Andacı, 2010, s. 51.

³⁹¹ Bankacılık Komisyonu, ICC'nin en büyük komisyonudur. 100'den fazla ülkeden 600 üyesi bulunmaktadır. Üyeler, ICC ulusal komiteleri tarafından seçilir. Toplantılar genellikle iki yılda bir yapılmaktadır. **HUGO**, s. 4.

³⁹² **ÖZALP**, Abdurrahman, ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları URDG 758, s. 1, https://www.abdurrahmanozalp.com/FileUpload/as927292/File/urdg_makale_hukuk_dergisi_a.ozalp_2.pdf, E.T. 15.02.2021; **JIMENEZ**, s. 286.

³⁹³ Incoterms (International Commercial Terms – Uluslararası Ticaret Kuralları), dünya ticaretinde mal ve ürün satışları için ICC tarafından belirlenen temel ticari kurallardır. Küresel düzlemde ithalat ve ihracata katılan kişilere rehberlik eden bu kurallar ilk kez 1936 yılında ortaya çıkmış, günümüze kadar çeşitli revizyon çalışmaları geçirdikten sonra 2020 “Incoterms 2020” olarak günümüzdeki şeklini kazanmıştır. Diğer ülkelerin ulusal ticaret politikalarından bağımsız bir şekilde geliştirildikleri için ICC’nin Incoterms kuralları, bugün dünya ticaretinde en çok tercih edilen Incoterms kuralları olarak karşımıza çıkar. Ayrıntılı bilgi için bkz. **VOGHT**, Davis, **DAVIS**, Jonathan, The State of Incoterms Research, Transportation Journal, C. 59, S. 3, 2020, ss. 304-324, www.heinonline.org, E.T. 18.01.2021.

³⁹⁴ UCP (Uniform Customs and Practice for Documentary Credits - Akreditiflere İlişkin Bir Örnek Usuller ve Uygulama): ICC'nin akreditifler için geliştirmiş olduğu düzenlemelerdir. İlk defa 1933 yılında ortaya çıkan bu kurallar, yedi ayrı revizyon geçirdikten sonra 2007 yılında “UCP 600” Olarak günümüzdeki şeklini almıştır. Bazı ülkelerin kendi hukuk sistemlerinde akreditife ilişkin düzenlemeler olmasına rağmen uluslararası işlemlerde mecbur kaldıkları için, diğer taraftan dahili işlemlerinde ise çoğu zaman tercih ettikleri için UCP'yi kullandıkları görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **BERGAMI**, Roberto, “UCP 600 Rules – Changing Letter Of Credit Business For International Traders?”, Int. J. Economics and Business Research, C. 1, S. 2, 2009; **DALGIÇ ATABAŞ**, Nuşen Pelin, “UCP 600 Açısından Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralı”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-134-1746>, E.T. 10.03.2021.

³⁹⁵ **HUGO**, s. 3; **ERDEM**, Ticaret, s. 35 vd.

³⁹⁶ **EKŞİ**, Ticaret; s. 352; **BABAYEV**, Ilgar, Uluslararası Ticari Sözleşmeler Hukukunun Yeknesaklaştırılması, Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, s. 186, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T. 03.03.2022; **DOĞAN**, Ticaret Hukuku, s. 665; **ERDEM**, Ticaret, s. 10.

ICC tarafından düzenlenen bu kurallar uygulamada “Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar”, “Talep Garantileri”, “Akdi Teminatlar İçin Yeknesak Kurallar” gibi çevir kaynaklı pek çok değişik isimle anılmaktadır³⁹⁷.

ICC tarafından yayımlanan Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar (URDG/TGİBK), banka ile muhatap arasında teminat mektupları sözleşmesi çerçevesinde ortaya çıkabilecek sorunlarını en gelişmiş biçimde dengelemekte ve tarafların hak, sorumluluk ve yükümlülüklerini kesin ve açık çizgilerle ortaya koymaktadır. Diğer bir ifadeyle, pozitif düzenlemeye konu olmayan banka teminat mektuplarına ilişkin maddi hukuk alanında birörnek kurallar oluşturulmaya çalışıldığı söylenilebilecektir³⁹⁸. Bu kapsamda, daha önceki bölümlerde de belirttiğimiz üzere hukuk seçimi yöntemlerinden biri de incorporation yöntemidir³⁹⁹. Her ne kadar tek başına incorporation meselesi işbu çalışmamızın kapsamı dışında kalsa da konumuzla olan yakın bağlantısı ve ICC tarafından yayımlanan kuralların uluslararası ticarete kullanımının günden güne artması sebebiyle URDG 758’in uygulanması hakkında kısa bir incelemede bulunulacaktır.

2. URDG’nin Hukuki Niteliği (Lex Mercatoria)

ICC, milletlerarası ticareti gelişmesi ve gerekli olan şartların sağlanarak bir standart oluşturulması amacıyla kurallar yayımlayan özel hukuka tabi bir organizasyondur. Bu nedenle, yayımladığı kuralların ne emredici olduğu ne de bir hukuk kuralı olduğu söylenilebilecektir⁴⁰⁰.

Bu kapsamda, Garantilere İlişkin Birörnek Kuralların (URDG) hukuki niteliği konusunda doktrinde görüş birliği yoktur. Bu kuralların hukuki niteliğine ilişkin olarak; hukuk normu, örf adet hukuku kuralları, ticari teamül, genel işlem şartları, lex mercatoria ya da sui generis hükümler olduğu savunulmaktadır. Şöyle ki; ICC özel hukuka tabi bir organizasyon olması sebebiyle söz konusu kurallar tavsiye niteliğinde olup, tarafların uygulaması yönünde hiçbir zorlayıcı gücü yoktur⁴⁰¹. Bunu yanı sıra,

³⁹⁷ EKŞİ, Ticaret, s. 346.

³⁹⁸ EKŞİ/DURUKANOĞLU, s. 3109; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 238.

³⁹⁹ Hukuk seçimine dair detaylı bilgi için bkz. “Milli Karaktere Sahip Olmayan Sistem ya da İlkelerin Seçimi” s. 50 vd.

⁴⁰⁰ ŞAFAK, s. 72; DOĞAN, Ticaret Hukuku, s. 669; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 16.

⁴⁰¹ JIMENEZ, s. 296; ŞAFAK, s. 69-70;

Birörnek kuralları uluslararası sözleşme niteliğine sahip de olmadığından iç hukuk kuralıymış gibi uygulanması beklenemeyecek olup, hukuk normudur denilemez. Diğer yandan, örf ve âdet hukukunu belirlemede yetkili olan ülkelerin kanun koyucuları olması sebebiyle bir özel hukuk organizasyonu tarafından çıkarılan broşürde yer alan kuralların uluslararası örf ve âdet hukuku oluşturduğu da söylenemeyecektir⁴⁰². Hal böyle olunca, bizim de katıldığımız görüşe göre ICC tarafından düzenlenen kurallara milletlerarası ticaretin bağımsız ve kendine özgü (lex mercatoria) kurallarındandır⁴⁰³.

Lex mercatoria, milletlerarası ticaretin uygulaması esnasında gelişen, yaygın olarak benimsenmiş genel ilkeler, örf, adet ve teamüllerden oluşan kurallar bütünüdür⁴⁰⁴. Bu kurallar hiçbir milli hukuk sistemine atıfta bulunmaz. Dolayısıyla, taraflar arasında uygulanması zorunlu kurallar olduğu söylemeyecektir. Bu itibarla, ahde vefa ve irade serbestisi kapsamında hukuk seçimine imkân verilmek suretiyle bu kuralların uyuşmazlığa uygulanacağı belirlenebilmektedir. Özetle, Lex mercatoria, milletlerarası ticaret hukukunun yeknesaklaştırılması çerçevesinde ortaya çıkmış ve milletlerarası ticaretin bağımsız, kendine özgü yapısını ifade etmektedir⁴⁰⁵.

Lex mercatorianın kaynaklarının neler olduğuna ilişkin doktrinde üç farklı yaklaşım bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, birörnek kural oluşturma amacı güden genel prensipler, devletler hukuku kuralları, pratikte ortaya çıkan tip sözleşmeler ve uluslararası organizasyonların kuralları lex mercatoria'nın kaynaklarıdır. Bu görüşe göre; milletlerarası ticari toplum tarafından oluşturulan bağımsız bir hukuk sistemidir⁴⁰⁶. Diğer görüşe göre, milli hukuk düzenlerinden bağımsız olarak kendiliğinden ortaya çıkan kurallardan oluşmaktadır. Üçüncü görüşe göre ise, lex mercatorianın kaynağını milletlerarası ticari örf ve âdet kuralları olup, bu kurallar her

⁴⁰² O halde bu kurallar, her ne kadar sözleşmelere benzerlik gösterebilirler de başlı başına bir sözleşme teşkil etmeyip, sözleşmenin bir cüzünü oluştururlar. Bu kapsamda, taraflar dilerse, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme serbestisi gereği de atıf yoluyla bu hükümleri sözleşmelerinin bir parçası olarak kullanabileceklerdir. **ŞAFAK**, s. 70. Ayrıca bkz. s. 86.

⁴⁰³ **ERDEM**, H. Ercüment, ICC Model Contracts, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008, s. 517 (Makaleler); **DOĞAN**, Banka Teminat Mektupları, s. 16; **DOĞAN**, Ticaret Hukuku, s. 668; **BABAYEV**, s. 37; **YENER KESKİN**, s. 69; **ERDEM**, H. Ercüment, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ekim 2017, s. 7 (Ticaret).

⁴⁰⁴ **KARACA**, s. 1506-1507; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 17.

⁴⁰⁵ **KARIMI / KASHANI / NASSIRAN**, s. 14; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 16.

⁴⁰⁶ **GÜVEN**, Koray, "Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim", Public and Private International Law Bulletin, C. 34, S. 2, 2, Y. 14, s. 1-57, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/410901>, s. 15, E.T. 02.03.2022.

ticaret dalına özgü ve milletlerarası ticarete genel olarak uygulandığı bilinen kurallar olarak tanımlanmıştır⁴⁰⁷.

Hangi görüş⁴⁰⁸ savunulursa savunulsun, milletlerarası ticari ilişkilerde maddi hukuk kuralı olarak *lex mercatoria* yaygın bir şekilde kullanılmaktadır. ICC’de bu bağlamda model sözleşmeler düzenleyerek bu alana katkı sağlamayan sivil toplum örgütlerindendir⁴⁰⁹.

Doktrindeki hâkim görüşe paralel bir şekilde Yargıtay’da ICC tarafından hazırlanan URDG’nin hukuki niteliğine ilişkin verdiği kararlarda uluslararası teamül kuralları olduğunu görüşünü benimsemiştir⁴¹⁰.

3. URDG 758’e Göre Uygulanacak Hukuk ve Yetkili Mahkemenin Tespiti Çerçevesinde Incorporation ve Lex Causa

Garantilere İlişkin Birörnek Kuralların ulusal mahkemelerde dikkate alınabilmesi için, teminat mektupları sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde geliştiğinden ötürü, ancak tarafların bu kurallara atıf yapması ya da aktarım (incorporation) yoluyla sözleşme hükmü haline getirilerek taraflarca kabul edilmişse geçerli olacaktır⁴¹¹. Bu itibarla, incorporation metodunun zımni beyan ile kabul edilmesi söz konusu olmayacaktır⁴¹².

⁴⁰⁷ BABAYEV, s. 18; DOĞAN, a.g.e, s. 17.

⁴⁰⁸ Doktrinde birinci görüşü savunanlardan Şanlı’ya göre; milletlerarası ticari sözleşmelerde *lex mercatoria*’nın kaynaklarının geniş şekilde kullanıldığını ve tarafların hukuk seçiminde milli olmayan hukuk sistemi olarak buna yer verebileceğini ifade eden yazarlardandır. Aynı şekilde, Sargın ve Aygül’de *lex mercatoria*’nın ortaya çıkış sebepleri ile uyumsuzluğun çözülmesinde yerel hukuk sistemlerinin yetersizliği nazara alındığında bağımsız bir hukuk düzeni olarak kabul ettiklerinden ifade ederek birinci görüşü savunan yazarlar arasındadırlar. Ayoğlu ise, üçüncü görüş olan karma görüşe katıldığını ifade ederek, bu kapsamdaki maddi hükümlerin fiilen bağımsız bir hukuk sistemi gibi uyumsuzluklara uygulanabileceğine aynı zamanda bunun bir yargılama tekniği olduğunu ifade etmiştir. Detaylı bilgi için bkz. ŞANLI, Cemal, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986, s. 161-162; SARGIN, Fügen Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002, s. 193-194; AYĞÜL, Musa “Milletlerarası Ticari Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, Y. 2004, s. 65. Yine aynı yönde görüş için bkz. ÖZDEMİR, Didem, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2, Y. 2003, s. 128.

⁴⁰⁹ ERDEM, s. 517.

⁴¹⁰ Örneğin bkz. Yargıtay 11. HD, 21.05.2014 T., 2013/927 E., 2014/9496 K. Sayılı İlamı.

⁴¹¹ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 257; KOÇ, s. 574; YILDIRIM, 36; BABAYEV, s. 205; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 17; EKŞİ, Ticaret, s. 355; DOĞAN, Ticaret, s. 668.

⁴¹² EROĞLU / KÖSLÜOĞLU, s. 1984.

Incorporation bir belgenin diğerk bir belgenin eki ya da parçası haline gelme metoduna denir⁴¹³. Kanunlar ihtilafları alanında incorporation; bir düzenlemenin akde dahil edilmesi, akdin bir parçası yahut akdin hükmü anlamında gelmektedir⁴¹⁴. Taraflar yabancı hukukta yer alan belli hükümler esas sözleşmeye tek tek yazabileceğı gibi yabancı hukukun ilgili hükümlerinin uygulanacağını ifade etmekle de yetinebilirler. Bu müessesinin hukuk seçimiyle karıştırılmaması gerekmektedir. Şöyle ki; incorporation yöntemi esasa uygulanacak hukuku etkilemeyecektir⁴¹⁵. Dolayısıyla tarafların hukuku seçimi yapmaları halinde seçtikleri hukuk; yapmamış olmaları halinde ise objektif bağlama kurallarına göre sözleşmeye uygulanacak hukuk belirlenecektir. Bu itibarla, incorporation'ın bir farkı olarak; sözleşmeye yabancı bir hukukun bu şekilde dahil edilmesi halinde esasa ilişkin hukukun emredici hükümlerine aykırılık teşkil edemeyeceğı söylenilecektir. Oysa hukuk seçimi yapıldığında esasa uygulanacak hukuk emredici ve tamamlayıcı tüm kurallarıyla uygulama alanı bulmaktadır⁴¹⁶. Bir diğerk fark ise, yabancı hukukun belli kurallarının sözleşme hükmü olarak sözleşmede yer aldığında (incorporation) sonradan bu hükümlerde meydana gelecek değişiklikler sözleşmeyi etkilemeyecektir⁴¹⁷. Oysa, seçilen devlet hukukunun kuralları değişikliğe uğradığında yeni kurallar otomatik olarak sözleşmeye uygulanacaktır⁴¹⁸.

Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde; incorporation yolu ile sözleşmeye dahil edilen kuralların sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka (lex causa) aykırı olmaması gerektiğı sonucu da çıkmaktadır⁴¹⁹. Bu itibarla, sözleşmeye uygulanacak hukukla incorporation metoduyla sözleşmeye dahil edilen hükümlerin çatışması halinde lex causa yani sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk uygulama alanı bulacaktır.

⁴¹³ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 257; EROĞLU / KÖSLÜOĞLU, s. 1982;

⁴¹⁴ EKŞİ, Ticaret, s. 60-82; YILDIRIM, s. 36; SARIAKÇALI, s. 272; ÖZDEMİR KOCASAKAL, s. 32, 34, 37; ÇELİKEL / ERDEM, s. 358-359; ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 257; DEMİRKOL, Genel İşlem, s. 1330.

⁴¹⁵ EROĞLU / KÖSLÜOĞLU, s. 1983.

⁴¹⁶ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 258.

⁴¹⁷ EROĞLU / KÖSLÜOĞLU, s. 1984.

⁴¹⁸ EKŞİ, Incorporation, s. 275.

⁴¹⁹ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİGANMEŞE, s. 258.

URDG'nin taraflar arasındaki uyuşmazlığa uygulanabilmesi için tarafların bu kuralların uygulanması konusunda iradelerini⁴²⁰ beyan etmiş olmaları gerekir⁴²¹. Bu halde, ilgili kurallar sözleşmenin bir parçası haline gelerek taraflar için bağlayıcılık teşkil edecektir⁴²². Tarafların kendi iradesiyle bu prensipleri uygulamayı kabul etmesiyle taraflar için bağlayıcı olacağından, söz konusu kuralların içeriğini bilmediklerini iddia edemeyeceklerdir⁴²³.

Nitekim, URDG'nin 1. maddesinde uygulama alanı belirlenmiş olup, teminat mektubu yahut kontrgaranti mektubunda URDG'ye atıfta bulunması halinde uygulama alanı bulacaktır⁴²⁴. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, tarafların URDG 758'i seçebileceği gibi daha önceki versiyonları olan URDG 458 ve URCD 325'in de uygulanmasını kararlaştırabilirler. Eğer taraflar sadece ICC kurallarının uygulanacağına dair bir atıfta bulunmuş ama hangi versiyonun kastedildiği ifade edilmemişse bu atfın güncel kurallara yapıldığı kabul edilmektedir⁴²⁵.

4. URDG 758'in Kapsamı

ICC tarafından yayımlanan garantilere ilişkin yeknesak kuralların en belirgin özelliği yazılı bir talep karşısında ödenebilecek olan tüm teminatlara uygulanması ve

⁴²⁰ Yargıtay kararlarında da URDG kurallarının uyuşmazlığa uygulanabilmesi için tarafların bu kuralların uygulanmasını kabul ettiklerine dair açıklık olması gerektiğini savunmaktadır. Örneğin 11. HD'nin önüne gelen olayda kontrgaranti teminat mektubu prosedürlerine Suriye hukuku uygulanacağı belirtilen sözleşmenin bu hükmü göz ardı edilerek, milletlerarası nitelikli uyuşmazlıkta ICC teamül kurallarının uygulanacağı iddiasını kabul ederek davanın reddine karar veren yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Bkz. Yargıtay 11. HD, 21.05.2014 T., 2013/927 E., 2014/9496 K.

⁴²¹ **KOÇ**, s. 574; **EKŞİ**, Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation", Aysel Çelikel'e Armağan, C. 19, S.1-2, 1999, s.263-291, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99546>; E.T. 12.03.2022; **YILDIRIM**, s. 36; **EKŞİ**, Ticaret, s. 496;

⁴²² **EKŞİ**, Incorporation, s. 265-266; **YENER KESKİN**, Cansu, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Lex Mercatoria'nın Uygulanması, Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T. 02.03.2022; **DOĞAN**, Ticaret, s. 668-669.

⁴²³ **SÜRAL**, Bahar Ceyda, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit (Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması İçin Uluslararası Enstitü) Prensipleri, Dokuz Eylül Üniversitesi, İzmir 2008, <http://acikerisim.deu.edu.tr:8080/xmlui/bitstream/handle/20.500.12397/12291/227243.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, E.T. 10.02.2022.

⁴²⁴ Taraflar arasındaki sözleşmenin tamamı yahut bir kısmına uygulanmak üzere seçilen hükümlerin geçerliliğini sözleşmenin esasına uygulanacak olan hukuk kuralları belirleyecektir. Şöyle ki; sözleşme hükmü haline gelen bu kurallar, esasa uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olamayacağından, çelişki olan hallerde esasa uygulanacak hukukun hükümleri uygulanacaktır. **EKŞİ**, Incorporation, s. 266; **ŞANLI**, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, s. 53; **ŞAFAK**, s. 62; **AYOĞLU**, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, 2. Bası, Şubat 2011, s. 316.

⁴²⁵ **EKŞİ**, Ticaret, s. 356.

uyuşmazlık konusuna ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanmasına gerek kalmayıdır. Bu kapsamda, sözleşme hükmü olarak tarafları bağlayan bu kurallarda bir boşluk bulunması halinde bu boşluk milli hukuk kurallarına göre doldurulacaktır⁴²⁶. Bu doğrultuda, URDG 578'in hangi konularda düzenleme getirdiği önem arz etmektedir.

URDG 758 toplamda 35 maddeden oluşmaktadır. Aşağıda sıralanmış olan maddelerin başlıklarından da anlaşılacağı üzere, hüküm altına alınmış konular, incorporation metodu ile sözleşme hükmü halini alacağından sözleşmenin esasına aykırı olmadıkları ölçüde taraflar için bağlayıcı olacaktır⁴²⁷. Dolayısıyla bu klozların lex cause ile çatışması halinde lex causa uygulanacaktır.

URDG 758'de düzenlenen konular şunlardır: teminatın yürürlüğe girmesi (m. 4), teminat/kontrgarantinin temel ilişkiden bağımsızlığı (m. 5), teminat verenin evraklarla işlem yapması, hizmet ya da mallarla ilgili olmaması (m. 6), belgelendirilemeyecek şartlara yer verilmemesi (m.7), talimatın ve teminatın kapsamı (m. 8), talimat verene teminatın düzenlenmediğinin derhal bildirimi (m. 9), teminat ve değişikliklerle ilgili tavsiyeler (m. 10), teminatta yapılacak değişiklikler (m. 11), teminat verenin sorumluluğu (m. 12), teminat miktarının değiştirilmesi (m. 13), tazmin talebinin şekli ve usulü (m. 14), tazmin talebinin kapsamı (m.15), tazmin talebinin diğer taraflara bildirimi (m. 16), kısmi talep, bölünebilir talep ve miktarı (m. 17), taleplerin bağımsızlığı (m. 18), ibraz edilen evrakların incelenmesi (m. 19), garantör tarafından 5 işgünü içinde inceleme ve ödeme yapma hali (m. 20), hangi ülkenin parasıyla ödeme yapılacağı (m. 21), teminat mektubun paraya çevrilmesine ilişkin belgelerin diğer taraflara gönderimi (m. 22), talebin vadenin uzatılması ya da alternatif olarak ödemenin yapılmasını ihtiva edecek şekilde yapılması (m. 23), tazmin talebinin reddi, mektuptan dönme ve bildirim (m. 24), miktarda indirim, mektubun hükümsüz kalması (m. 25), mücbir sebepler (m. 26), teminat verenin sorumsuz olduğu hususlar (m. 27), teminat verenin çeviri ve evrak gönderimindeki hatalardan sorumsuzluğu (m. 28), yararlanılan üçüncü şahsın eylemlerinden teminat verenin sorumlu tutulmaması (m. 29), garantörün iyi niyetle hareket etme yükümlülüğü (m. 30), talimat verenin/kontrgaranın yabancı hukuk ve ticari uygulamadan kaynaklı borç ve

⁴²⁶ ŞANLI / ESEN / ATAMAN FİĞANMEŞE, s. 269; CAMCI, s. 344; ÇELİKEL / ERDEM, s. 370.

⁴²⁷ EKŞİ, Ticaret, s. 355.

yükümlülüklerden sorumlu olması (m. 31), masraflardan sorumluluk (m. 32), teminatın devri ve teminat alacağının devri (m. 33), uygulanacak hukuk (m. 34), yetkili mahkeme (m. 35)⁴²⁸.

Yukarıda yer verilen klotların dışında bir ihtilafın çözümünde ise sözleşmeye uygulanacak milli hukuka (lex causa) göre değerlendirme yapılması gerekecektir.

Örnek üzerinden anlatılmak gerekirse; URDG 758’de garanti sözleşmesi kapsamında olan teminat mektuplarının geçerlilik şekline ilişkin bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, milletlerarası unsur taşıyan teminat mektuplarının şekle ilişkin kriterleri genel hükümler çerçevesinde belirlenecektir⁴²⁹. Bu durumda, sözleşmenin yapıldığı yahut sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk Türk hukuku ise söz konusu milletlerarası unsurlu uyuşmazlık MÖHUK çerçevesinde değerlendirilecek olup, MÖHUK m. 7’ye göre şekil konusu incelenecektir⁴³⁰. Bir başka ifadeyle, Türk mahkemeleri önüne gelen milletlerarası banka teminat mektuplarına ilişkin bir uyuşmazlığa hangi hukukun uygulanacağını hâkimin hukuku (lex fori) tayin edeceğinden, MÖHUK uygulama alanı bulacaktır⁴³¹. Bu kapsamda, uyuşmazlığın niteliğine göre uygulanacak kanunlar ihtilafı kuralları da değişecektir.

Görüldüğü üzere, her ne kadar geniş bir düzenlemeye sahip olsa da URDG 758’e göre uyuşmazlıkların çözümü bakımından uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemenin tespiti önem arz etmemektedir.

a. Uygulanacak Hukuk

Yabancı unsurlu banka teminat mektuplarından doğacak uyuşmazlıkların çözümünde hangi hukukun uygulanacağı hususu, URDG’nin “Uygulanacak Hukuk” başlıklı 34. maddesinde hüküm altına alınmıştır⁴³². Bu düzenlemeyle, irade muhtariyeti mahfuz tutulmuş olmakla birlikte genel bir kural da belirlenmiştir Buna

⁴²⁸ EKŞİ, Ticaret, s. 352-353.

⁴²⁹ DOĞAN, Ticaret, s. 719.

⁴³⁰ DOĞAN, Ticaret, s. 699.

⁴³¹ EKŞİ, Ticaret, s. 383.

⁴³² URDG m. 34: “Aksi garantide belirtilmedikçe garantiye uygulanacak hukuk, garantörün, garantiyi veren şubesinin veya ofisinin bulunduğu yer hukukudur.

Aksi kontrgarantide belirtilmedikçe kontrgarantiye uygulanacak hukuk, kontrgarantörün, kontrgarantiyi veren şubesinin veya ofisinin bulunduğu yer hukukudur.”

göre; taraflar başka bir hukuk düzeni, garantinin içeriğinden açıkça anlaşılır bir şekilde belirtilmesi koşuluyla, teminat mektubu bakımından amir (yetkili) hukuk kılabilirlerdir. Tarafların hukuk seçimi yapmamış olması halinde teminat mektubu ve kontrgaranti mektubu açısından uygulanacak hukuk teminat/kontrgaranti verenin mektubu düzenlediği şube yahut ofisinin bulunduğu yer hukuku uygulanır. Yer tespiti yapılırken garantörün işlem merkezinin değil, o olay için teminat mektubunu veren şubesinin veya ofisinin bulunduğu yerin dikkate alınacağı hususuna dikkat edilmesi gerekmektedir⁴³³. Bu doğrultuda, tarafların Türk hukukunu seçmeleri yahut teminat mektubunun Türkiye’de düzenlenmesi halinde Türk borçlar hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Bu nedenle, sözleşmeden doğan ihtilaflarda MÖHUK m. 24 uygulanacaktır. Bu durumda söz konusu maddenin MÖHUK m. 24 ile paralel olduğu söylenilebilecektir.

b. Yetkili Mahkeme

Uygulanacak hukukun tespit edilmesinin ardından, banka teminat mektuplarında yetki hususu ise, “Yargı Yetkisi” başlıklı URDG m. 35’te⁴³⁴ düzenlenmiştir. Bu maddede yetkili mahkemelerin tespitinde de genel bir kural çizilmekle birlikte, uygulanacak hukukta olduğu gibi irade muhtariyetine de olanak sağlanmıştır. Bunla göre yetkili mahkemenin tespitinde genel kural, garantör/kontrgarantör ile lehtar arasında garanti/kontrgarantiden kaynaklı meydana gelecek uyuşmazlıklarda münhasıran garantörün, teminat mektubunu vermiş olan şubesinin veya ofisinin bulunduğu yerdeki yetkili mahkemelerin o uyuşmazlık bakımından yetkili olacaktır⁴³⁵. Fakat yukarıda da belirtildiği üzere, taraflar aralarında anlaşarak serbest bir şekilde bu durumun aksini de kararlaştırabilir ve münhasıran başka bir yer mahkemesini de yetkili kılabilirler. Bu durumun garanti/kontrgaranti metninin içeriğinden açık bir şekilde anlaşılır olması yeterli olup, başka herhangi bir

⁴³³ **EKŞİ**, Ticaret, s. 384.

⁴³⁴ URDG m. 35: “*Aksi garantide belirtilmedikçe, garantör ile lehtar arasında meydana gelen garanti ile ilgili herhangi bir ihtilaf, münhasıran garantörün, garantiyi veren şubesinin veya ofisinin lokasyonunun bulunduğu yerdeki yetkili mahkemeler tarafından çözümlenecektir. Aksi kontrgarantide belirtilmedikçe, garantör ile lehtar arasında meydana gelen kontrgaranti ile ilgili herhangi bir ihtilaf, münhasıran kontrgarantörün, garantiyi veren şubesinin veya ofisinin lokasyonunun bulunduğu yerdeki yetkili mahkemeler tarafından çözümlenecektir*”

⁴³⁵ **EKŞİ**, Ticaret, s. 369.

usuli şart belirlenmemiştir. Aslında bu iki maddeden bile ICC kurallarının, yukarıda belirtildiği gibi bağlayıcı nitelikte düzenlemelerden ziyade taraflara öneri niteliğinde kurallar olduğunu anlamak mümkün olmaktadır.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM YABANCI BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA İHTİYATİ TEDBİR UYGULAMASI

A. HMK ÇERÇEVESİNDE İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ

İhtiyati tedbir, açılmış ya da ileride açılacak bir davanın sonunda verilecek kesin hükme kadarki süre boyunca davacı ya da davalının hukuki durumunda meydana gelebilecek zararları önlemeye yarayan, geçici nitelikte hukuksal korumadır⁴³⁶. İhtiyati tedbirler ile sağlanmaya çalışılan amaç, tedbir talebinde bulunan tarafın dava ile elde edebileceği sonucun koruma altına alınmasıdır. Bir diğer amaç ise, tedbir kararı alınmaksızın açılmış dava ile davacının hakkını elde etmesine mâni olma amacıyla davalının yapacağı işlemlere engel olmaktır. Özetle, tedbir talebinde bulunan tedbir kararı alarak taraf dava sonucunu bir nevi teminat altına almakta ve davalının olası kötü niyetinden korunma sağlanmaktadır⁴³⁷.

Doktrine göre ihtiyati tedbirler amaçlarına göre üçe ayrılmaktadır. Bunlar teminat amaçlı ihtiyati tedbirler, düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler ve ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerdir⁴³⁸.

Teminat amaçlı ihtiyati tedbirler dava sonunda elde edilmesi olası hakkın gelecekte icra edilmesini güvence altına almaktadır⁴³⁹. Bu tedbirlere çekişmeli malın muhafaza altına alınması veya devrinin yasaklanması, taşınırın yediyemine teslimi, bozulacak malların satılması örnek verilebilir.

⁴³⁶ PEKCANİTEZ, Hakan / ATALAY, Oğuz / ÖZEKES, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, s. 565; DOĞAN, Elif, s. 114; TÜRKÇÜ, s. 36; CANBOLAT, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara Üniversitesi, Ankara, 2008, s. 275; DEREN YILDIRIM, Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul, 2002, s. 4; YILMAZ, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ocak 2001, s. 178; GÜLER, Muhammet Ali, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011, s. 142-143; KARADUMAN, Saniye, İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Müessesleri ve Karşılaştırması, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 7, Haziran 2005, s. 79; ERCAN, İsmail, Uygulamacılar İçin Medeni Usul El Kitabı, 6. Bası, Mayıs 2021, s. 804; KIRLI AYDEMİR, Deniz Defne, Milletlerarası Özel Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2013, s. 279; ÇELİKEL / ERDEM, s. 482.

⁴³⁷ CANBOLAT, Ferhat, s. 275; DEREN YILDIRIM, s. 3-4; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 442-443; AKYAZAN, Sıtkı, Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Sorunlar, Batider, Haziran 1974, C. VII, S. 3, s. 567.

⁴³⁸ DEREN YILDIRIM, s. 80; KIRLI AYDEMİR, s. 279; YILMAZ, s. 170; DOĞAN, Elif, s. 114.

⁴³⁹ YILMAZ, s. 170; ÜSTÜNDAĞ, s. 13; PEKCANİTEZ/ ATALAY/ ÖZEKES, s. 619; DEREN YILDIRIM, s.80-81; CANBOLAT, Ferhat, s. 276.

İfa amaçlı ihtiyati tedbirler ise ihtilaf konusu olan hakkın geçici olarak ifa edilmesini mümkün kılan ve tatmin amaçlı tedbirler olarak da adlandırılan tedbirlerdir⁴⁴⁰. Kural olarak ihtiyati tedbirler dava konusunu baştan sağlayamasa da bazı özel durumlarda ifa zorunlu olabileceğinden bu tedbire başvurulabilir⁴⁴¹. Bununla birlikte bu tedbir türü de kesin ifayı amaçlamayarak geçici bir ifa söz konusudur. Dava sırasında tedbir nafakasına hükmedilmesi, lehtarın muhatap veya bankaya teminat mektubu bedelinin ödenmemesine ilişkin ihtiyati tedbir talebinin kabulü ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerdendir⁴⁴².

Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler ile uyuşmazlık konusu hukuki ilişkinin geçici olarak düzenlenerek hukuki barışın korunmasını amaçlamaktadır. Sona erip ermediği tartışmalı bir sözleşmenin dava sonuna dek devam ediyormuş gibi hüküm doğurmasına karar verilmesi veya boşanma davası sürerken çocuğun geçici olarak taraflardan birine bırakılması bu tedbir türüne örnektir⁴⁴³.

İhtiyati tedbir ile uyuşmazlığın esasına ilişkin karar arasında mutlak paralellik bulunmamaktadır. İhtiyati tedbir isteminin kabulü davanın kabulü anlamına gelmediği gibi reddi de davanın reddedileceği anlamına gelmemektedir⁴⁴⁴.

1. Talep Sahibi- Muhatap

Hukukumuzda ihtiyati tedbir müessesesi HMK m. 389-399 arasında düzenlenmiştir. Buna göre; hukuki menfaati bulunan, dava ve taraf ehliyetine sahip herkes ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir⁴⁴⁵. İhtiyati tedbir dava açılmadan önce talep edilebileceği gibi dava açıldıktan sonra da talep edilebilecektir. Dava devam ederken hem davalı hem davacı taraf tedbir talebinde bulunabilirken davadan önce ise hukuki

⁴⁴⁰ CANBOLAT, Ferhat, s. 276.

⁴⁴¹ YILMAZ, Ejder, s. 171; DEREN YILDIRIM, s. 83.

⁴⁴² TUNÇ YÜCEL, Müjgan, HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013, s. 87.

⁴⁴³ CANBOLAT, s. 276; PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES, s. 566.

⁴⁴⁴ ERCAN, s. 797.

⁴⁴⁵ YILMAZ, Ejder, s. 865; CANBOLAT, Ferhat, s. 277-278; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 442.

menfaati bulunan kişi bir dilekçe ile mahkemeye başvurarak ihtiyati tedbir talebinde bulunur⁴⁴⁶. Tüzel kişiler de yetkili organları aracılığıyla ihtiyati tedbir isteyebilirler⁴⁴⁷.

İhtiyati tedbirin dava dilekçesi ile istenmesi durumunda davalı; dava sürerken talep edilmesi halinde ise talep edenin karşı tarafı muhatap olacaktır. İhtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse HMK m. 397 uyarınca bu kararın uygulanmasını talep edildiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki dava açılması gerektiğinden davada davalı olarak gösterilecek kişi tedbirin muhatabıdır⁴⁴⁸.

2. Görevli ve Yetkili Mahkeme

390. maddeye göre, ihtiyati tedbir dava açılmadan önce talep ediliyor ise davanın esası hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden, dava açıldıktan sonra istenecek ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden istenir. HMK’da ihtiyati tedbir talep edilmesi halinde görevli mahkeme düzenlenmediğinden genel kurallar çerçevesinde bu husus çözüme kavuşturulacaktır⁴⁴⁹.

İhtiyati tedbir kararının dava açılmadan önce verilmiş olması halinde tedbir isteminde bulunanın, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esasa ilişkin dava açması ve aynı süre içerisinde dava açtığına dair evrakı kararı uygulayan memura ibraz ederek dosyaya koydurması, karşılığında da bir belge alması gerekmektedir ki aksi takdirde tedbir kendiliğinden kalkmış olacaktır⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ İhtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin taraf, dava ve husumet ehliyetlerinin bulunması gerekmektedir. Şöyle ki; dava dosyasında davalı ve davacı olarak bulunmak taraf ehliyetine sahip olmak demektir. Medeni Kanun’da yer alan hak ehliyeti ile taraf ehliyetinin tanımı aynıdır. İhtiyati tedbir istemek için taraf ehliyeti ile dava ehliyetinin bir arada olması lazımdır. MK’da yer alan fiil ehliyeti de dava ehliyeti ile aynıdır. Bu ehliyet sahibi kişiler kendi davranışları ile hak sahibi olabilir ve borçlanabilir. Gerçek kişiler dışında tüzel kişiler de yetkili birimleri vasıtasıyla ihtiyati tedbir isteyebilirler. Bunun dışında vekil, müvekkili için bu tedbiri isteyebilir. Son olarak, tedbir talebinde bulunan kişinin bu konuda husumet ehliyetinin de bulunması gereklidir ki tedbir talebi reddedilmesin. Dolayısıyla, davanın açılmasından önce bir tedbir talebinde bulunuluyor ise talep konusu hak ile taraf arasında bir ilişki kurulabiliyor olması gerekmektedir. **CANBOLAT**, Ferhat, s. 278; **YILMAZ**, Ejder, s. 865-866; **REİSOĞLU**, Seza, Bankalar Kanunu Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Kavramlar, Ankara 2002, s. 413; **AYER**, Burak, İhtiyati Tedbir Kararlarına Karşı Kanun Yolları, Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2020, s. 54.

⁴⁴⁷ **ERCAN**, s. 797.

⁴⁴⁸ **TANDOĞAN**, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1987, s. 684; **CANBOLAT**, Ferhat, s. 278.

⁴⁴⁹ **TÜRKÇÜ**, s. 43; **PEKCANITEZ**, Hakan/**ÖZEKES**, Muhammet/**AKKAN**, Mine/**TAŞ KORKMAZ**, Hülya, Medeni Usul Hukuku Cilt III, 15. Baskı, İstanbul 2017, s. 2470.

⁴⁵⁰ 6100 S. HMK m. 397/1: “İhtiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak

Mahkemelerin görevi kamu düzeninden olduğu için ihtiyati tedbir başvurusu alan mahkeme görevli olup olmadığını re'sen inceleyecek ve görevli olmaması halinde görevsizlik kararı vermesi gerekecektir⁴⁵¹.

Dava açılmadan önce tedbir kararı talep edilmesi halinde davanın esasına bakacak yer mahkemesi görevli ve yetkili mahkeme olacak olsa da esasa bakacak mahkemenin Türk mahkemeleri olmaması hali de gündeme gelebilecektir. Bu durumda tedbir kararı alınmasının önüne geçilecektir. Nitekim, yetkili olan yabancı mahkemeler olsa dahi ihtiyati tedbir kararları geçici hukuki koruma olmaları sebebiyle kesin karar olmadıklarından tanıma ve tenfizi de mümkün değildir⁴⁵². Bu durumda milletlerarası nitelikli uyuşmazlıklarda Türk mahkemesinin davanın esası hakkında yetkili olmaması halinde HMK uyarınca tedbir konusu uygulamada karar alması mümkün değildir⁴⁵³. Keza, ihtiyati tedbir kararı alındıktan sonra süresi içinde açılan davada Türk mahkemeleri yetkisiz olduğuna karar vermesi halinde de verilen kararın geçerliliği sorgulanacaktır. Uygulamada sorunlara yol açmaması ve hukuki korumanın amacına ulaşması bakımından tedbir kararın icra edileceği yer mahkemesinin yetkili olmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

3. İhtiyati Tedbir Talebinin Şartları

Öğretide HMK m. 389/1⁴⁵⁴,in değerlendirilmesi neticesinde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için üç şartın varlığı gereklidir. Bunlar; tedbir alınmaması halinde geri dönülemez zararlara sebep olunabilmesi nedeniyle gecikmesinde sakınca bulunması, bu sakıncanın talep konusunu etkileyecek olması ve hâkimde de bu doğrultuda kanaat oluşturmasıdır⁴⁵⁵.

ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurtmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Aksi hâlde tedbir kendiliğinden kalkar.”

⁴⁵¹ **KONURALP, Cengiz Serhat**, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 234; **AYER**, s. 54.

⁴⁵² **KIRLI AYDEMİR**, s. 305.

⁴⁵³ **KIRLI AYDEMİR**, s. 301.

⁴⁵⁴ 6100 S. HMK m. 389/1: “Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.”

⁴⁵⁵ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 443-444.

a. İhtiyati Tedbire Esas Olan Bir Hakkın Bulunması

Uyuşmazlık konusu olan hak, mal veya şey tedbirin konusu hakkı oluşturmaktadır. Bu bağlamda, tedbir talebinde bulunulabilmesi için bir hukuken korunmaya değer bir hakkın bulunması gerekmektedir. Dolayısıyla alınacak tedbir kararıyla korunma gerekliliği yok ise tedbir kararına da gerek olmadığı söylenilebilecektir⁴⁵⁶.

b. İhtiyati Tedbir Sebebi ve Yaklaşık Olarak İspatı

HMK m. 389/1 uyarınca mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı, hakkın elde edilmesinin tamamen imkânsız hale geleceği ya da gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut zararın doğacağına dair tehlike bulunuyorsa uyuşmazlık hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir. Kanun koyucu bu hususta hâkime geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Ancak tedbir talebinde bulunan taraf dayandığı ihtiyati tedbir sebeplerini açıkça belirterek haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır⁴⁵⁷. Hâkim ise kendisine sunulan somut delillere dayanan tehlike iddialarını nazara alarak hangi somut sebebe istinaden tedbire karar verdiğini göstermelidir. Bir diğer ifadeyle, hukuken korunmaya değer bir hakkın varlığı halinde hakkın kötüye kullanımını yaklaşık olarak ispatlayabilen talep sahibinin istemi üzerine ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir⁴⁵⁸. Öte yandan bu durumda, tedbir kararı ciddi bir zararın ya da tehlikenin önlenmesi maksadı taşımalıdır. Keza, davanın esasını çözümleyecek kapsamda ihtiyati tedbir kararı verilemez⁴⁵⁹.

4. Teminat Gösterilmesi

Kural olarak ihtiyati tedbir talebinde bulunanın, taleplerinde haksız çıktığı takdirde karşı taraf ve üçüncü kişilerin uğrayabileceği zararlara karşı teminat göstermesi zorunludur⁴⁶⁰. Bununla birlikte mahkeme; tedbir istemi resmî belgeye veya

⁴⁵⁶ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 444.

⁴⁵⁷ AYER, s. 65.

⁴⁵⁸ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 445.

⁴⁵⁹ KÖSE, Seher Elif, “Milletlerarası Ticari Tahkimde İhtiyati Tedbir Kararlarını Verme Yetkisi ve İhtiyati Tedbir Kararlarının İcra Edilebilirliği”, s. 13.

⁴⁶⁰ YILMAZ, Ejder, s. 908.

kesin kanıta dayanıyor ise ya da durum ve koşullar gerektiriyor ise gerekçesini açıkça belirtmek şartıyla teminat alınmamasına da karar verebilir⁴⁶¹.

Uygulamada genellikle uyuşmazlık konusu mal veya hakkın değerinin %10-15'i oranında hükmedilen teminat⁴⁶²; asıl davaya ilişkin hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbirin kalkmasından itibaren bir ay içerisinde tazminat davası açılmamış ise geri verilir (HMK m. 392/2).

5. Talebin İncelenmesi ve Karar

HMK m. 389 ve devamındaki hükümlere göre ihtiyati tedbir taleplerinde mahkeme öncelikle olarak bu talebi değerlendirecek olup, talep edenin haklılık payına göre önüne gelen somut olay çerçevesinde bir karar verecektir. Bu kararda sadece tedbir konusuna değinilecek, esas hakkında hüküm yer almayacaktır⁴⁶³.

HMK'ya göre dava tarafları davet edilmesine rağmen gelmese dahi ihtiyati tedbir kararı acele ile verilir. Bunun yanında işin acele olması nedeniyle dava tarafları davet edilmeden tedbir kararı verilebilir. İhtiyati tedbir karara bağlanırken duruşmanın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tümüyle hâkimin takdiridir. Ayrıca itiraz müessesesi, duruşmaya gerek olmayan hallerde, yokluk durumunda karara bağlanan ihtiyati tedbirlere yönelik olarak kanun koyucu tarafından kabul edilmiştir. Pratikte de karşı taraf çağırılmadan ihtiyati tedbir karara bağlanabilmekte ve bu karardan sonra gerçekleşen itiraza göre detaylı inceleme gerçekleşmektedir⁴⁶⁴.

İhtiyati tedbirin bir an önce gerçekleşmesi gerekliliği, hâkimi hızlı bir şekilde karar almak zorunda bırakır. Dava kararının verilmesinde tam ispat zorunludur ancak ihtiyati tedbirde yaklaşık ispat yeterlidir⁴⁶⁵. Kanuni düzenlemede net olarak yer alan ve hâkimin tam kanaat getirebileceği kanıtların birbiriyle yer değiştirmesinin objektif bir şekilde, ispat yükünü üstlenen taraftan gelmesi beklentisinin dürüstlük kuralına

⁴⁶¹ **YILMAZ**, Ejder, s. 908; **CANBOLAT**, Ferhat, s. 283.

⁴⁶² Hâkim önüne gelen olayda teminatı belirlerken somut olayın şartlarını dikkate alması gerekmektedir. Hâkimin tarafların menfaat dengesi gözetilerek ve yaklaşık zararın ne olacağı yönündeki kanaati çerçevesinde karar vermesi faydalı olacaktır, zira kanun koyucu bu kapsamda hâkime geniş takdir yetkisi vermiştir. **AYER**, s. 64-65; **CANBOLAT**, s. 283.

⁴⁶³ **CANBOLAT**, Ferhat, s. 284; **AYER**, s. 65-66.

⁴⁶⁴ **ARKAN**, s. 61; **REİSOĞLU**, s. 52.

⁴⁶⁵ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 445.

aykırılık oluşturacağı ispat zorluğu ve imkansızlığı durumlarının olduğu hallerde ispat ölçüsünün azaltılması gerekliliği kabul edilir⁴⁶⁶. Bu durum yargılamada silahların eşitliği ilkesinin doğurduğu bir sonuç olarak görülebilir. Doktrinde de kabul edildiği üzere, ihtiyati tedbir kararı için hakkın varlığının gerçeğe yakın olarak kanıtlanması yeterli olmaktadır. Hâkimin ilk anda talep edenin haklılığını anlaması gerekmektedir. İhtiyati tedbiri talep eden, talebin doğruluğunu kanıtlamalıdır. Usul hukukuna göre ispat yükü ve araçlarında farklılık bulunmamakta, sadece ispat ölçüsünde azalma gerçekleşmektedir. Burada hâkimde tedbir talebine esas hak varlığı iddiasının muhtemel olduğu hususunda bir intiba uyandırılması gereklidir.

İhtiyati tedbire ilişkin bu talebi haklı çıkaracak kanıtlara başvurulabilir. Talepte bulunan kanıtlarını tedbir dilekçesine eklemelidir⁴⁶⁷.

İhtiyati tedbir talebi alan mahkeme, kanaatine göre ret⁴⁶⁸, tam ya da kısmen kabul⁴⁶⁹ kararlarından birini verir ve bu karar da gerekçeli olmak zorundadır⁴⁷⁰.

Diğer taraftan, ihtiyati tedbir kararı ara karar niteliğindedir. Yani talebin karara bağlanması, reddi ve bu karara karşı gerçekleşen itirazların reddedilmesi hususundaki kararlara yönelik temyiz müracaatı yapılamaz⁴⁷¹. HMK m. 393'e göre; ihtiyati tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesince gerçekleştirilir. İcra dairesine başvuru, kararı alan tarafça gerçekleştirilir. Bu tedbirin uygulanmasında öngörülen

⁴⁶⁶ **KOSTAKOĞLU**, Cengiz, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, İstanbul, 2001, s. 228.

⁴⁶⁷ **REİSOĞLU**, s. 24.

⁴⁶⁸ İhtiyati tedbir talebinin reddi halinde kanun yoluna başvurmak mümkündür. HMK m.391/3 uyarınca bu başvuru öncelikle incelenir ve kanun yolunda verilen karar kesindir. Bu nedenle bölge adliye mahkemesinin istinaf kararına karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir. **PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES**, s. 571 vd.

⁴⁶⁹ İhtiyati tedbirin uygulanması için kanunda aranan şartlar sağlanmış ise ihtiyati tedbir talebi kabul edilir. Mahkemenin verebileceği ihtiyati tedbir türleri HMK m.391'de düzenlenmiştir. Buna göre tedbir konusu mal veya hakkın muhafaza altına alınması yahut yedimeine verilmesi ya da bir şeyin yapılması ya da yapılmaması gibi sakıncayı bertaraf edecek veya zararı önleyecek her türlü tedbire karar verilebilir. İhtiyati tedbir kararında açıkça tedbirin somut olarak hangi sebep ve delillere dayandığı, tereddüde mahal vermeyecek biçimde neyin üzerinde ve ne tür bir tedbire karar verildiği ile talepte bulunanın yatırması gereken teminat belirtilir. İhtiyati tedbir; henüz uyuşmazlığın esası hakkında hüküm verilmeden önce, aleyhine tedbir kararı verilen kişinin şahıs veya mal varlığı değerlerine müdahale ve sınırlama niteliği taşıdığından tedbir kararında ölçülülük ilkesi ile menfaat dengesinin gözetilmesi gerekmektedir. Bir taraftan tedbir talebinde bulunanın hakkı korunmalı bir taraftan da tedbirin haksız çıkması olasılığı da düşünülerek minimum müdahale tercih edilmelidir. **CANBOLAT**, s. 286.

⁴⁷⁰ **AYER**; s. 69.

⁴⁷¹ **AKYAZAN**, s. 567; **PEKCANİTEZ / ATALAY / ÖZEKES**, s. 572.

belirli bir süre olmadığından lehine tedbir kararı verilen taraf bunun hemen uygulanmasını isteyebilir. Mahkeme bu kararın uygulanmasında yazı işleri müdürünü ya da katipleri görevlendirebilir⁴⁷².

6. İhtiyati Tedbir Kararının Uygulanması

İhtiyati tedbir kararının uygulanabilmesi için kararın, tedbir talep eden tarafa tefhim veya tebliğinden itibaren bir hafta içinde istemde bulunulması gerekmektedir. İhtiyati tedbirin varlığını koruması için süresi içerisinde uygulanmasının talep edilmesi yeterlidir, fiilen icra edilmesi gerekmez. Süresi içinde tedbirin uygulanması talep edilmezse tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır.

Tedbir kararının uygulanması kural olarak kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan ya da tedbire konu olan mal veya hakkın bulunduğu yer icra dairesinden istenmekle birlikte; mahkeme, kararın yazı işleri müdürü tarafından uygulanmasına da karar verebilir.

Tedbirin uygulanmasına muhalefet etmenin sonuçları HMK m.398’de düzenlenmiştir. Buna göre; ihtiyati tedbir kararının uygulanmasına yönelik emre uymayan veya tedbir kararına aykırı davranan kişi, ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren altı ay içinde şikâyet edildiği takdirde, altı aya kadar disiplin hapsi ile cezalandırılır. Bu hususta görevli ve yetkili mahkeme, esas hakkındaki dava henüz açılmamış ise ihtiyati tedbir kararı veren mahkeme; esas hakkındaki dava açılmış ise bu davanın görüldüğü mahkeme olacaktır.

7. İhtiyati Tedbir Kararına İtiraz

a. *Yokluğunda İhtiyati Tedbir Kararı Verilen Tarafın Karara İtirazı*

Tedbir kararı verilirken dinlenen taraf itirazlarını yalnızca duruşmada bildirebilirken; aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilirken kendisi dinlenilmeyen taraf,

⁴⁷² AKYOL, Şener, Banka Sözleşmeleri, İstanbul, 2001, s. 161.

hukuki dinlenilme hakkına istinaden ihtiyati tedbir kararına sonradan itiraz edebilir⁴⁷³. HMK 394. maddesine göre, tedbir kararı verilirken dinlenilmeyen taraf tedbirin uygulanması sırasında hazır bulunuyorsa tedbirin uygulanmasından, hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulandığına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içerisinde tedbire itiraz edebilecektir. İtiraz tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ya da teminata yönelik yapılabilir.

394. maddenin 3. fıkrasına göre ise, kararın uygulanması sebebiyle açıkça menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbire itiraz etme hakkına sahiptir. Menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler tedbirin öğrenilmesinden itibaren bir haftalık süre içerisinde itiraz edebilir⁴⁷⁴. Üçüncü kişilerin itiraz imkânı yalnızca tedbirin şartları ve teminata yönelik olabilecek, mahkemenin yetkisine itiraz edilemeyecektir.

İhtiyati tedbire yapılan itiraz kural olarak tedbirin icrasını durdurmayaacağı gibi, mahkeme gerekli görmesi halinde tedbirin uygulanmasının geçici olarak durdurulmasına karar verebilir.

İtirazın haksız bulunması halinde talep mahkemece reddedilir ve tedbir devam eder; haklı bulunması halinde ise ihtiyati tedbirin değiştirilmesine ya da kaldırılmasına karar verilir. İtiraz hakkında verilen karara karşı istinaf kanun yoluna başvurulabilir. Yapılan başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması tedbirin icrasını durdurmayaacaktır⁴⁷⁵.

b. Durum ve Şartların Değişmesi Sebebiyle İhtiyati Tedbire İtiraz

Tedbir kararı verilirken dinlenmiş olsun ya da olmasın aleyhine tedbir kararı verilen kimse durum ve şartların değişmesi sebebiyle itiraz imkanından yararlanabilir⁴⁷⁶. Bu durumda mahkeme tedbiri tamamen kaldırabileceği gibi tedbirin değiştirilerek uygulanmasına devam edilmesine karar verebilir. Menfaati açıkça ihlal

⁴⁷³ SARISÖZEN, Serhat, “İhtiyati Tedbir Kararına Karşı Kanun Yolu ve İçtihadı Birleştirme Kararı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, 2014, ss. 1321-1350, s. 1324, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/756081>, E.T. 01.03.2022.

⁴⁷⁴ SARISÖZEN, s. 1325.

⁴⁷⁵ ERCAN, s. 811.

⁴⁷⁶ TÜRKÇÜ, s. 48.

edilen üçüncü kişiler de bu itiraz yoluna başvurabilir. İtiraz üzerine verilen karar kesin olup bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz.

c. Teminat Karşılığı Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması Talebi

HMK m. 395'e göre, aleyhine tedbir kararı verilen ya da hakkında tedbir kararı uygulanan kişiler teminat göstermeleri karşılığında bir dilekçe ile mahkemeden tedbirin tamamen kaldırılmasını veya değiştirilmesini isteyebilirler. Ne var ki mahkeme teminat gösterilmesi sebebiyle tedbiri kaldırma ya da değiştirme mecburiyetinde değildir⁴⁷⁷. Bir geçici hukuki koruma çeşidi olan ihtiyati tedbir her iki tarafın da zararına engel olmak ve menfaat dengesini korumak amacı güttüğünden tarafların azami yararını koruyacak yöntemin belirlenmesi gerekmektedir. Tedbirin kaldırılması bakımından gösterilecek teminatın türü ve miktarı mahkeme tarafından belirlenecektir. Mahkemenin teminat karşılığında tedbiri değiştirmesi ya da kaldırması kararı kesin olup bu karara karşı kanun yoluna başvurulamaz.

8. Tedbirin Kaldırılması

İhtiyati tedbir kararı hakkında kanun yoluna dahi gidilse geçerliliğini ortadan kaldırmayacağından sayılı hallerde tedbirin kaldırılması mümkündür. Bunlardan ilki, HMK m. 393'te yer verilmiş olan tedbirin uygulanmasının karardan itibaren bir hafta içinde talep etmektir. Süresi içinde talep edilmemesi halinde hak düşürücü süre söz konusu olduğundan tedbir ortadan kalmış olacaktır⁴⁷⁸. Ayrıca, davadan önce karar alınması halinde talep eden, karardan sonraki iki hafta içinde esas hakkında davayı açmalıdır. Aksi halde tedbir ortadan kalkmış olur.

HMK m. 396'ye göre ise tedbirin icrasını gerektiren hallerde herhangi bir değişiklik olması halinde bu tedbir mahkeme tarafından farklılaştırılabilir ya da tamamen kaldırılabilir.

İhtiyati tedbir kararının karşı tarafı, kendisinin yokluğunda verilmiş olan karara itiraz etme hakkına haizdir. HMK m. 394'e göre, ihtiyati tedbir kararı karşı tarafın

⁴⁷⁷ ERCAN, s. 812.

⁴⁷⁸ TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, C. I, İstanbul, 1998, s. 372.

yokluğu sırasında verilir ise, bir dilekçe ile yargılama sonuna kadar ilgili mahkemeye itiraz gerçekleştirilebilir. Bu dilekçeye yazılı kanıtlar da eklenir. Dava itiraz öncesinde açılmışsa itiraz direkt olarak davaya bakan mahkemeye gerçekleştirilir. Bunun üzerine taraflar hâkim tarafından çağırılır ve itirazın değıştirilmesi, kaldırılması veya reddi hususunda karar verilir. Taraflardan en az biri ve her birinin bulunmadığı takdirde karar mahkemece yapılacak inceleme sonucunda verilir. Bunun yanı sıra, HMK m. 394'te ayrıca menfaati ihlal edilen 3. kişilerin de tedbir öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde karar itiraz edebileceğı de hükme bağlanmıştır. Bu durumda, mahkeme tarafları davet eder (gelmezlerse dosya üzerinden); durum ve şartlar göre teminat uygulamadan tedbiri değıştirebilir veya kaldırabilir⁴⁷⁹. Bu kapsamda, itiraz veya itiraza karşı başvuru kanun yolu, aksine karar verilmedikçe, tedbir kararının icrasını durdurmamaktadır⁴⁸⁰.

HMK m. 395'e göre ihtiyati tedbir uygulanan tarafın teminat göstermesi halinde tedbir mahkemece kaldırılabilir. Bu teminata yönelik mahkemece yapılacak inceleme sonucunda söz konusu tedbir farklılaştırılabilir ya da kaldırılabilir.

Son olarak, HMK m. 397'ye göre nihai karar verildiğinde ve bu karar tebliğ edildiğinde eğer mahkemece ilave bir karar verilmediyse tedbir kendiliğinden kalkmış olur⁴⁸¹.

9. İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davası

İhtiyati tedbir kararı yaklaşık ispata dayanılarak ve çoğunlukla karşı taraf dinlenmeden verilmekte, dava sonucunda tedbir talebinde bulunanın haksız çıkma ihtimali bulunmaktadır. HMK'nın 399. madde hükmüne göre haksız ihtiyati tedbir sebebiyle zarar gören kimseler talepte bulunana tazminat davası açabilirler. Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davasında zamanaşımı hükmün kesinleşmesinden veya ihtiyati tedbirin kalkmasından itibaren bir yıldır⁴⁸².

⁴⁷⁹ KAHYAOĞLU, s. 2.

⁴⁸⁰ TAŞPOLAT, s. 21.

⁴⁸¹ TAŞPOLAT, s. 21.

⁴⁸² KORKMAZ, Ramazan, "Haksız İhtiyati Tedbirden Kaynaklanan Tazminat Davasının Normatif Zarar Teorisi Bağlamında Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 2, 2019, ss. 805-841, s. 810, www.hukuk.deu.edu.tr, E.T. 13.03.2022.

Talepte bulunanın sorumluluğu kusursuz sorumluluk olduğundan kusur şartı aranmayacaktır⁴⁸³. Sorumluluk fedakarlığın denkleştirilmesi yönünden ele alınmalıdır⁴⁸⁴. Sorumluluğun şartları; ihtiyati tedbirin icra edilmiş olması (ayrıca tedbir kararı icra edilmeksizin de zarar ortaya çıkmış ise tazminat talep edilebilir), talep edenin talep anında haksız olduğunun anlaşılması veya tedbirin gerekleri yerine getirilmediğinden kendiliğinden kalkması ya da tedbirin itiraz üzerine kaldırılması sebebiyle haksız çıkması, ihtiyati tedbir sebebiyle maddi ya da manevi bir zarar doğması ve zarar ile tedbir arasında illiyet bağı bulunması gerekmektedir⁴⁸⁵.

Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan tazminat davası esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkemede açılır⁴⁸⁶. Tazminat talebinin kabulü halinde alacak öncelikle tedbir kararı verilirken tedbir talep edenin yatırmış olduğu teminattan mahsup edilecektir. Ancak tazminat davasının asıl hükmün kesinleşmesinden veya tedbir kararının kalkmasından itibaren bir ay içerisinde açılmaması halinde teminat iade edileceği de göz önünde bulundurulmalıdır.

B. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA İHTİYATİ TEDBİR TALEBİNİN MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

1. Genel Olarak

Bankacılık uygulamasında teminat mektupları geniş bir uygulama alanına sahiptir. Daha önce de belirttiğimiz üzere, temel ilişkiden kaynaklanan borcun ifa etmediği, lehtarın hal ve davranışlarından borcunu ifa etmeyeceği tartışmasız olarak belli olduğu ya da temel ilişkinin tarafları arasında lehtarın edimine ilişkin görüş ayrılığı olduğu durumlarda, muhatap tarafından teminat mektubunun paraya çevrilmesi hususu ortaya çıkar⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Tazminat davasının en temel şartı uygulanan geçici hukuki koruma sebebiyle bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir. Sorumluluğun niteliği fedakârlığın denkleştirilmesi olarak kabul etsek de davanın şartları belirlenirken haksız fiil hükümleri kıyasen uygulanmaktadır. Bkz. Yargıtay HGK, 2014/14-1587 E., 2016/822 K., 22.06.2016 T.; **KORKMAZ**, s. 816.

⁴⁸⁴ **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, s. 574; **KORKMAZ**, s. 811.

⁴⁸⁵ **PEKCANITEZ / ATALAY / ÖZEKES**, s. 574-575.

⁴⁸⁶ **AKİL**, Cenk, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Haksız İhtiyati Tedbir Nedeniyle Açılan Tazminat Davası, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2013, ss. 172-194, s. 189, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/398107>, E.T. 02.02.2022.

⁴⁸⁷ **TÜRKÇÜ**, s. 49.

Öte yandan, muhataplar teminat mektubunu bir tehdit aracı olarak kullanıp lehtar üzerinde baskı yaratabilmekte ya da ödeme alsa bile teminat mektubunu paraya çevirerek finansal kaynak elde edebilmektedir⁴⁸⁸. Bu durumda, muhatapın haksız⁴⁸⁹ ödeme talebini durdurma amacıyla banka tarafından ödeme yapılmamasının tek yolu öncelikle ihtiyati tedbir kararı alınarak daha sonra süresi içinde dava⁴⁹⁰ açmaktır⁴⁹¹. Özellikle, yoğunlukla uygulamada “ilk talepte ödeme” kaydı taşıyan teminat mektupları kullanıldığından ve bu klozu taşıyan mektuplarda banka ancak sınırlı ve şekli bir inceleme yaptığından muhatapın ödeme talebinin haksız olması halinde tespiti çok güç olmaktadır⁴⁹². Bu sebeple, haksız ödeme talepleri ile bu durum istismara açıktır. Hal böyle olunca, haksız ödeme taleplerine karşı koymanın tek hukuki yolu lehtar tarafından alınacak ihtiyati tedbir kararıdır⁴⁹³. Vurgulamak gerekirse, mahkemeden tedbir kararı alınması halinde banka muhataba ödeme yapmayacak olup, ödeme yapılması halinde bankanın sorumluluğu doğacaktır⁴⁹⁴.

Reisoğlu’nun ifadelerine göre bankaların ilk yazılı tazmin talebi üzerine derhal ödeme taahhütlerinin kötüye kullandıkları, borçlunun borcunu ifa ettiği halde muhatapların teminat mektuplarını paraya çevirdiği ya da lehtarlar üzerine baskı kurduğu ve haksız taleplerde bulunduğu gibi istisnai hallerde lehtarların tek çözüm yolu, mahkemeden ihtiyati kararı getirmektedir⁴⁹⁵. Daha sonra bankanın ödemelerini durdurması ve süresi içerisinde muhataba dava açması gerekmektedir. Bankanın ilk talepte derhal ödeyeceğine ve mahkemeler tarafından ödemelerin durdurulmayacağına güven duyulması dikkate alındığında, banka teminat mektuplarının niteliği, mahkemelerin sadece istisnai durumlarda ve ödemede ciddi bir sakınca görmeleri durumunda ihtiyati tedbir kararı vermelerinin gereği ortaya çıkmaktadır⁴⁹⁶.

⁴⁸⁸ REİSOĞLU, Teminat Mektubu, s. 304; TÜRKÇÜ, s. 50; DOĞAN, Elif, s. 114.

⁴⁸⁹ Muhatapın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinin kesin delillerle ispatı lazımdır. Nitekim Yargıtay’da bir ilamında; “...davacının davalının hakkını kötüye kullandığını “likit delillerle” ispat etmesi gerektiği; davacının, taraflar arasındaki temel ilişkinin devamı sürecinde düzenlenen bir kısım belgelere dayanmış ise de bu aşamada sunulan bilgi ve belgelerden davalı/muhatapın “likit delillerle” hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, kolayca anlaşılabilir ve dürüstlük kuralına aykırı olarak teminat mektuplarını paraya çevirmeye çalıştığına ilişkin kanaat derecede bulunmadığı...” ifadeleri ile aynı doğrultuda karar vermiştir. (Yargıtay 11. HD, 07.10.2013 T. ve E. 2012/17960- K. 2013/17760, www.kazanci.com.tr, E.T. 12.03.2022)

⁴⁹⁰ Genellikle lehtar tarafından ihtiyati tedbir kararından sonra mektubun hükümsüzlüğüne veya konusuz kaldığına ilişkin dava açılmaktadır. YENER COŞKUN, s. 303, TÜRKÇÜ, s. 58.

⁴⁹¹ YENER COŞKUN, s. 300.

⁴⁹² DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 441; DURMAZ, s. 229.

⁴⁹³ ÇETİN/ DİNÇ, s. 78; DURMAZ, s. 229.

⁴⁹⁴ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 447.

⁴⁹⁵ REİSOĞLU, Teminat, s. 305-306.

⁴⁹⁶ REİSOĞLU, s. 304.

Milletlerarası unsura havi banka teminat mektuplarına bakımından ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için mahkemeler iç hukukta aranan (hukukun korunmaya değer menfaatin varlığı ve hakkın kötüye kullanımının açık olması⁴⁹⁷) koşullar aranmaktadır⁴⁹⁸. Hakkın kötüye kullanımının neyi ifade etmekte olduğu kanun koyucu tarafından açıkça belirlenmemiştir. Bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması, kötüye kullanması demek olduğundan, hâkimin hakkın kötüye kullanımının içeriğine ilişkin konuda geniş bir taktir yetkisine sahiptir. Söz konusu takdirin yapılmasına katkı sağlayacak ölçütler ele alındığında toplumda bulunan güven duygusunun zedelenmesi ve hakların kullanılmasının faydalarının aşırı düzeyde dengelenmesi, toplumdaki bireylere zarar vermesi gibi unsurlar yer almaktadır⁴⁹⁹.

Mahkeme tarafından ihtiyati tedbir kararı verilecek olan bankanın ödeme yapmasını engellemek için likit delillerin sunulması gerekmektedir. Bu çerçevede likit delil kavramı, bankanın kendi kanaatini, değerlendirmesini ve yorumunu eklemeden lehtarın ödeme talebinin dürüstlük ilkelerine aykırılığını ortaya çıkaran kanıt olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁰. Likit delil ayrıca herhangi bir şüpheyi yer vermeyecek biçimde açık ve net olan, herkesin kolaylıkla anlayabileceği ve ödeme talebinin muhatabın dürüstlük ilkesine aykırılığını tespit eden delil olarak da tanımlanmaktadır. Bu kapsamda lehtar tarafından talebin haksızlığı konusunda sunulan delilin bankada bir şüpheyi imkân vermeyecek biçimde açık olması gerekmektedir. Söz konusu delillerin eksiksiz olması, aralarında çelişki olmaması ve birbirini tamamlaması önem arz etmektedir⁵⁰¹.

HMK m. 397'ye göre tedbir talebi için hukuki menfaatin bulunması önkoşulu aranmaktadır. Ödemenin yapılmasını engellemesi hususunda lehtarın hukuki menfaati olduğundan, her ne kadar garanti ilişkisi muhatap ve banka arasında olsa da lehtarın

⁴⁹⁷ Daha açık ifade etmek gerekirse; teminat mektubu ile bir hakkın korunması gerekmiyorsa tedbir kararına da ihtiyaç olmadığı söylenilebilecektir. Ayrıca, tedbir kararının verilebilmesi için likit (kesin) delile ihtiyaç vardır ki hakkın kötüye kullanımını mahkeme tespit edebilsin. Likit delil herhangi bir şüpheyi yer vermeyecek biçimde açık ve net olan, herkesin kolaylıkla anlayabileceği ve ödeme talebinin muhatabın dürüstlük ilkesine aykırılığını tespit eden delil olarak tanımlanmaktadır. Bu halde riskin gerçekleşmediği likit delillerle ispatlanırsa ihtiyati tedbir kararı alınabilecektir.

⁴⁹⁸ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 465.

⁴⁹⁹ KAYA, s. 211-243.

⁵⁰⁰ KAYA, s. 236.

⁵⁰¹ TEKİNALP, s. 384-385.

tedbir kararına başvurusu mümkündür⁵⁰². Lehtar muhatap ile banka arasında yapılan teminat sözleşmesinin tarafı olmasa da muhatap tarafından yöneltilen haksız ödeme taleplerini engellemek amacıyla ihtiyati tedbir kararı alabilmektedir. Eğer banka tarafından muhataba yapılan ödemenin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu likit deliller ile kanıtlanabiliyorsa, ihtiyati tedbir kararının verilebilecektir. Bu çerçevede; ihtiyat tedbiri uygulaması banka teminat hususunu oluşturan temeller arasında ikili olarak banka-lehtar veya lehtar-muhatap şeklinde uygulanabilir.

Lehtar-muhatap şeklinde gerçekleşen ihtiyat tedbirlerinin bu taraflar arasındaki temel ilişki nedeniyle bankayı bağlamayacağı iddia edilmiştir⁵⁰³. Bunun sebebi lehtar-muhatap ilişkisi ve banka-muhatap ilişkisinin birbirlerinden bağımsız olarak kabul edilmesidir. Akitlerin sadece tarafları arasında borç oluşturması akitlerin nispiyeti gereğidir. Bizim de katıldığımız diğer görüşü savunanlara göre ise, lehtar esas sözleşme olan banka teminat sözleşmesinin tarafı olmasa da bu ilişkinin doğrudan kendisini ilgilendirmesi yani geniş manada taraf olması sebebiyle tedbir talebinde bulunabilecektir⁵⁰⁴. Bu doğrultuda lehtar tarafından dava açılmadan önce borcun henüz muaccel olmadığı, ödendiği ya da muhatabın kusur sebebiyle imkansızlaştığı gerekçelerini ileri sürerek bankanın ödeme yapmasının önüne ihtiyati tedbir kararı almak suretiyle geçebilecektir.

Aynı şekilde, kontrgarantörün banka-muhatap ilişkisindeki konumuyla lehtar arasında fark yoktur⁵⁰⁵. Bu nedenle, bazı hallerde, kontrgarantörün de ihtiyati tedbir talebine başvurabileceği söylenilebilecektir çünkü teminat mektubu tutarını ödedikten sonra bankanın rücu edeceği kişi kontrgarantör olduğundan bu durumda kontrgarantörün korunması gereken hukuki menfaatin varlığı açıktır⁵⁰⁶.

⁵⁰² Lehtarın mahkemeye ihtiyati tedbir talebinde bulunarak, verilecek karar sonucunda teminat mektubu ödemesini durdurması hususunda lehtarın hukuki faydası oluşmaktadır. Bu durumda banka taraflar arasında oluşan hukuk ilişkisinin dışındadır. Dolayısıyla mahkemenin tedbir kararı sonucunda bankanın herhangi bir hukuki faydası doğmaz. Öte yandan banka oluşabilecek riskli durumlarda ödeme yapmakla yükümlü olduğu için, ihtiyati tedbir kararı istiyor ise, bu gibi durumların oluşmadığı, oluştuysa bile bittiği konusunda mahkemeyi ikna etmelidir. Buna ek olarak banka ihtiyati tedbir konusunda açtığı davayı kaybederse bu davada doğan masrafları ve ana parayı faiziyle ödemek durumundadır. Tüm bunlardan ayrı olarak bankanın bu tarz bir halde olması güvenilirliğini olumsuz yönde etkileyecektir. Bu olumsuz etki muhataplar tarafından o bankanın teminat mektubunun kabul edilmemesi gibi sonuçlara neden olacaktır. **REİSOĞLU**, s. 79; **AKYOL**, s. 189; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 448-452.

⁵⁰³ **BARLAS**, s. 73; **DURMAZ**, s. 232.

⁵⁰⁴ **CANBOLAT**, s. 283; **DURMAZ**, s. 232.

⁵⁰⁵ **REİSOĞLU**, s. 473; **DOĞAN**, Elif, s. 123.

⁵⁰⁶ **DURMAZ**, s. 231; **TÜRKÇÜ**, s. 55; **REİSOĞLU**, s. 305.

Öte yandan, banka teminat mektubu metninde ihtiyati tedbire başvurulmayacağı kararlaştırılmış olsa da bu yöndeki kayıt ve taahhütler geçersiz olacaktır çünkü hakkın doğumundan önce feragat mümkün olmadığı hususu söz konusudur⁵⁰⁷. Bir diğer önemli husus ise, bir geçici hukuki koruma olan ihtiyati tedbir kararlarının amacı yalnızca ödemenin yapılmasını engellemek olduğundan mektubun hükümsüzlüğünü ifade etmez⁵⁰⁸.

Çalışmamız kapsamında milletlerarası nitelik taşıyan banka teminat mektuplarına ilişkin uygulamada çıkan problemler ele alındığından ülke içi teminat mektuplarında ihtiyati tedbir konusu ele alınmayacak olup, bu başlık altında öncelikle yabancı unsurlu banka teminat mektupları bakımından tedbir konusuna değinilerek bu kapsamda özellik arz eden durumlar üzerinde durulacaktır.

2. Doğrudan Banka Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir

Ülkemizde faaliyet gösteren bir banka tarafından yine ülkemizde yerleşik bir muhabata hitaben düzenlenen teminat mektuplarının doğrudan banka teminat mektupları olduğunu ifade etmiştik. Bankalar, doğrudan teminat mektuplarında muhabata bizzat garanti vermektedirler. Buna ek olarak, bazı durumlarda doğrudan banka teminat mektupları altında Türkiye'deki bankaların yurtdışındaki muhataplara hitaben doğrudan banka teminat mektubu verdikleri de görülmektedir. Türkiye'de faaliyet gösteren bankaların yurtdışında bulunan muhataplara hitaben doğrudan banka teminat mektubu verdikleri hallerde ise, muhabir banka olarak muhabatın yerleşik olduğu ülkede bulunan bir bankanın ilişkiye dahil edildiği ifade edilmektedir⁵⁰⁹.

Uluslararası bir unsur söz konusu olduğunda, teminat mektubu vermekle sorumlu kişi, yurt dışındaki lehtara o ülkenin bankasından bir teminat mektubu düzenlenmesini gerektirmektedir. Türk bankası teminatı yeterli değilse, yurtdışındaki alıcı ülke teminat mektubu almak istemektedir. Böyle bir durumda Türk bankası

⁵⁰⁷ AKYOL, s. 190-191; YENER COŞKUN, s. 303; RESİOĞLU, s. 306.

⁵⁰⁸ ÖZTÜRK, s. 24; YENER COŞKUN, s. 302.

⁵⁰⁹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 162; TEKİNALP, s. 389.

alıcıya teminat mektubu gönderilmesine karar verecektir. Bu durumda, yabancı bir bankanın o ilişkiye dahil olması konusunun gündeme geldiği görülmektedir⁵¹⁰.

Banka tarafından Türkiye'de mukim muhatabına doğrudan teminat mektubu düzenlenen hallerde, genel hükümler gereğince ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilecektir. Türk bankalarının yabancı müşteriye doğrudan banka teminat mektubu vermesi durumunda, asıl bankanın faaliyet gösterdiği ülkede bankanın ödeme yapmasını engelleyecek bir ihtiyati tedbir kararının alınması önem arz etmektedir. Başka bir deyişle, bir Türk bankasının yabancı bir ülkedeki muhatabına doğrudan teminat mektubu vermesi halinde, muhatap olarak nitelendirilen tarafın teminat mektubunun ödenmesi talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilmektedir. Ancak teminat mektubu veren Türkiye'deki bankaya karşı ihtiyati tedbir kararının Türk mahkemelerinden istenmesi gerekmektedir⁵¹¹. Bu çerçevede milletlerarası unsuru havi banka garanti sözleşmelerinde ihtiyati tedbir kararının verilebilmesi için aranan koşullar; geciktirilmesinin tehlikeli olması, tekrar yerine getirilmesi zor olan ciddi bir zarara yol açılması, söz konusu tehlikenin talebin konusuna etki edecek olması ve hâkimde bu yönde kanaat oluşturulmasıdır⁵¹².

Lehtar tarafından bankanın ödeme yapmasının engellenmesi için, garantör bankanın yer aldığı ülkede ihtiyati tedbir kararının alınması gerekmektedir. Bu bağlamda Türk hukukuna göre, Türk bankasının yabancı ülkedeki bir muhataba doğrudan teminat mektubu verilmesi halinde, muhatabın doğrudan teminat mektubunun ödenmesi talebinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirildiği belirtilmektedir. Bu nedenle, ihtiyati tedbir kararının Türk mahkemelerinden talep edilmesi önem arz etmektedir. Ayrıca muhatabın yaşadığı ülkedeki mahkemelerden alınacak olan ihtiyati tedbir kararlarının Türk mahkemelerini bağlamayacağı bilinmektedir. Bunun yanı sıra, Türk mahkemelerinin de yabancı ülkelerde bulunan mahkemelerden verilen ihtiyati tedbir kararları gereğince ödemedi kaçınamayacakları bildirilmektedir. Ancak Türk bankalarının söz konusu şekilde bir

⁵¹⁰ REİSOĞLU, Seza, “Özellikle Dış Ülkelerde İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları-Kontrgarantiler ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1980, s. 14; DOĞAN, a.g.e., s. 217.

⁵¹¹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 165.

⁵¹² DOĞAN, a.g.e., s. 171.

ihtiyati tedbir kararını ödemedi kaçınmaları durumunda, borçlu temerrüdüne düştükleri için sorumlu olacakları ifade edilmektedir⁵¹³.

Öte yandan diğer ülkelerde bulunana yabancı bir bankanın ülkemizdeki muhataba hitaben doğrudan teminat mektubu verdiği durumlarda, ihtiyati tedbir kararının Türk mahkemelerinden alınıp alınamayacağı konusu da yine uluslararası hukuk kuralları gereğince çözümlenmektedir. Bu kapsamda, Türk hukukunda ülke içinde yer itibariyle yetkili bir Türk mahkemesinin bulunması, uluslararası yetkinin de var olması bakımından son derece önemlidir⁵¹⁴. Bir davada Türk hukukunda yer itibariyle yetkili bir mahkemenin var olmadığı durumlarda, Türk mahkemelerinin uluslararası yetkisinin de bulunmadığı bildirilmektedir. Aynı zamanda uluslararası yetkinin tayin edilmesinde, yer itibariyle yetki kaideleri kullanılmaktadır. Ancak dava taraflarının Türk vatandaşı olmalarının ya da yabancı kişiler olmalarının bir etkisi bulunmamaktadır⁵¹⁵.

HMK m. 390 çerçevesinde iç hukuk alanında ihtiyati tedbir alma yetkisi bulunan mahkemeler düzenlenmektedir. Bu kapsamda, dava ile ilgili yetkili mahkemenin yetkileri kabul edilmiştir. Bahsi geçen açıklamalar gereğince, yabancı bir bankanın Türkiye’de bulunan muhatabına doğrudan teminat mektubu verdiği durumlarda, yetki sözleşmesiyle tayin edildiği durumlar hariç, asıl dava ile ilgili yetkilerinin bulunmaması sebebiyle ihtiyati tedbir kararının Türk mahkemelerinden istenemediği ifade edilmektedir.

3. Dolaylı Banka Teminat Mektuplarında İhtiyati Tedbir

Türk hukuku incelendiğinde, Türkiye’de faaliyet gösteren bankalar tarafından yurtdışında yer alan bankalara verilen kontrgarantiler için, ihtiyati tedbir verilmesine engel olan herhangi bir hüküm bulunmadığı görülmektedir. Bunun yanı sıra, uygulamada da söz konusu şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmesi durumuna sık sık rastlandığı bilinmektedir. Fakat, Türk bankalarınca yurtdışında bulunan bankalara

⁵¹³ NÖMER, Hususi, s. 386.

⁵¹⁴ TİRYAKİOĞLU, Bilgin, “Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi”, C. 40, S. 2, 2020, ss. 917-935, s. 929-930, <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.828662>, E.T. 05.03.2022.

⁵¹⁵ NÖMER, a.g.e., s. 356.

verilmiş olan kontrgarantiler açısından, alınan tedbir kararlarının bir hükmünün bulunmadığı bildirilmektedir⁵¹⁶.

MÖHUK m. 40 gereğince, geçici hukuki koruma kararı vermeye yetkili olan Türk mahkemeleri, iç hukuktaki yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenir. Ayrıca, ihtiyati tedbir kararları kesin hüküm değildir. Bu nedenle Türk mahkemelerinden alınan tedbir kararlarının tenfizi ve tanınmasının da mümkün olmadığı ifade edilmektedir⁵¹⁷. Aynı şekilde Türk bankasında verilen banka teminat mektubunu yabancı bir bankanın kontrgarantiyle güvence altına alması durumunda da benzer bir sorunla karşılaşılmaktadır. Bu durumda, yabancı bankanın kontrgarantisine dayanarak Türk bankasının teminat mektubu vermesi halinde, ihtiyati tedbir talebinin Türk bankasına karşı Türk mahkemelerinden talep edilmesinin gerekli olduğu vurgulanmaktadır.

Uygulamada Türkiye’den ihtiyati tedbir kararının alınabilmesi için kontrgarantiyi veren Türk bankasının da dava edilmesi gerekmektedir. HMK m. 7 “Davalı birden fazla ise onlardan birinin ikametgahında açılır” ilkesinden hareket edilmesi gerekmektedir. Fakat burada “*davalılardan birini sırf kendi yerleşim yeri mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı, deliller veya belirtilerle anlaşılırsa, mahkeme, ilgili davalının itirazı üzerine, onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir*” hükmünün gözden kaçırılmaması gerekmektedir⁵¹⁸.

Türk mahkemelerinden bir ihtiyati tedbir kararının alındığı durumlarda bile, bu yurtdışında yerleşik bankayı bağlamayacaktır. Ayrıca, ödeme garantör banka tarafından yapıldığı ölçüde Türkiye’de bulunan bankaya rücu etmektedir. Ülkemizdeki lehtarın davayı kazanmasının bile bir etkisi olmayacaktır. Çünkü kesin hükmün Türk bankası ve yabancı banka açısından hiçbir etki yaratmadığı görülmektedir. Ödeme yapan Türk bankasının da ilerleyen zamanlarda lehtara rücu edeceği ifade edilmektedir⁵¹⁹. Bu nedenle söz konusu durumda lehtar tarafından muhataba teminat mektubu vermiş olan bankanın yer aldığı ülke mahkemelerinden ihtiyati tedbir

⁵¹⁶ TÜRKCÜ, s. 81

⁵¹⁷ KAHYAOĞLU, s. 79.

⁵¹⁸ REİSOĞLU, s. 477; KAHYAOĞLU, s. 90.

⁵¹⁹ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 167.

kararının alınması gerekmektedir. Çünkü ihtiyati tedbir kararları kesin hüküm değildir. Bu nedenle bir ülke mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir kararlarının diğer bir ülkede hüküm ve sonuç doğurmadığı belirtilmektedir. Bir diğer ifadeyle; Türk bankalarının kontrgarantisine dayanarak, yabancı ülkedeki muhataba hitaben yabancı bir banka tarafından teminat mektubu verildiğinde, söz konusu mektubu vermiş olan ülkede bulunan mahkemelerden ihtiyati tedbir kararının talep edilmesi gerekmektedir. Söz konusu karar Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir kararının alınması halinde, yabancı ülkede yer alan muhatap ve banka için bir hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Fakat bu konu uygulamada Türk mahkemelerinden bazı hatalı kararların çıkabildiği görülmektedir⁵²⁰.

a. Garantör Bankaya Karşı İhtiyati Tedbir Kararı Alınması

İhtiyati tedbir kararları bakımından garantörün Türk bankası olması ya da yabancı ülkede bulunan banka olması hallerinde değişiklikler görülmektedir.

aa. Yabancı Ülkede Bulunan Bankanın Garantör Olması

Yabancı ülkede bulunan bankanın Türk bankalarının kontrgarantisine istinaden yabancı muhataba teminat mektubu verdiği takdirde, lehtarın ihtiyati tedbir talebini muhataba teminat mektubunu veren bankanın bulunduğu ülkede mahkemesine yöneltmesi gerekmektedir. Zira verilen ihtiyati tedbir kararı bir başka ülkede sonuç doğurmamaktadır⁵²¹.

Lehtar ile ikinci banka arasında herhangi bir hukuki ilişki bulunmadığından, sözleşmelerin nispiyeti gereğince lehtarın ikinci bankadan herhangi bir talepte bulunması mümkün olmamaktadır. Bununla birlikte, kontrgarantör Türk bankasına karşı Türkiye’de alınan ihtiyati tedbir kararı ile muhatapın haksız ödeme talebine engel olunabileceği yönünde bazı mahkeme kararları bulunmaktadır⁵²². DOĞAN’a göre kontrgaran Türk bankası aleyhine verilen Türk mahkeme kararları yabancı bankayı bağlamayacağından bu kararlar Türk bankasını zor durumda bırakmaktan başka bir

⁵²⁰ REİSOĞLU, Teminat Mektupları, s. 236.

⁵²¹ REİSOĞLU, Teminat Mektupları, s. 235; REİSOĞLU, İhtiyati Tedbir, s. 476; NOMER, Hukuku, s. 385; HADİMOĞLU, Nimet Özbek, “Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler”, Doktora Tezi, Ankara 2002, s. 189-190.

⁵²² REİSOĞLU, Teminat Mektupları, s. 236.

anlam ifade etmemektedir. Zira kontrgarantör Türk bankasının güvence altına aldığı risk muhatabın ödeme talebinde bulunması halinde ortaya çıkacak olan risktir ve ödemenin yapılması halinde risk gerçekleşmiş olacağından garantör yabancı banka yaptığı ödemeyi kontrgarantör bankaya rücu edecektir⁵²³.

Kontrgarantör Türk bankasına karşı Türk mahkemesinden tedbir karar verildiği hallerde, tedbir kararında riskin doğmadığından bahisle ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olduğu açıkça anlaşılabiliriyorsa bu durumu garantör yabancı bankaya bildirmelidir. Bu durumda; tedbir kararı sebebiyle olmamakla birlikte, muhatabın ödeme talebi garantör yabancı banka tarafından riskin doğmamış olması sebebiyle ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu likit delillerle ispatladığından reddedilebilir.

ba. Türk Bankasının Garantör Olması

Türk bankasının yabancı bankanın kontrgarantisine istinaden teminat mektubu verdiği hallerde ihtiyati tedbir talebi Türk bankasına karşı istenmeli ve talep Türk mahkemesine yöneltilmelidir. Zira garantiyi veren ve ihtiyati tedbir kendisine karşı talep edilen Türk bankasıdır. Bu itibarla ihtiyati tedbir talebi, ilişkinin milletlerarası unsur taşıyıp taşımadığı incelenmeksizin genel hükümlere göre talep edilecektir.

b. *Garantör Bankanın Ödeme Yapmasının Engellenmesi*

Sözleşmelerin nispiliği ilkesi gereği; sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin, sözleşmenin ihlali nedeniyle uğradıkları zararlardan dolayı sorumlulukları bulunmamaktadır. Bu nedenle dolaylı teminat mektuplarında lehtarın haksız ödeme talebine engel olabilmesi için ya muhataba karşı dava açarak bankadan ödeme talebinde bulunmasını engellemeli ya da kontrgaranti dolayısıyla kontrgarantör bankaya karşı tedbir kararı almalıdır.

Garantör banka tarafından muhataba yapılacak ödemenin açıkça hakkın kötüye kullanımı teşkil etmesi halinde yapılan ödeme haksız fiil olarak nitelendirilerek

⁵²³ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 473.

bankanın eylemi haksız fiil hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilir⁵²⁴. Bu durumda lehtar, ödeme talebinin haksız olduğuna ilişkin iddialarını (temel ilişkideki borcun sona erdiği veya risk henüz doğmadığından ödemenin haksız olacağı) likit delillerle ispatlayarak yabancı garantör bankanın muhataba ödeme yapmasını engelleyebilecektir. Kendisine bildirilen vakıalara rağmen muhataba ödeme yapan garantör banka doğacak zararlardan sorumlu olacaktır.

4. Muhataba Karşı İhtiyati Tedbir Talebi

Hemen hemen tüm hukuk sistemlerinde başka bir ülke mahkemesinde verilen ihtiyati tedbir kararı diğer ülkelerde hüküm ve sonuç doğurmamaktadır. Bu nedenle lehtar muhataba karşı ihtiyati tedbir talebini muhatabın bulunduğu ya da borcun ifa edileceği ülke mahkemesinden talep etmelidir.

Temel ilişkiye istinaden muhataba karşı alınan ihtiyati tedbir kararına rağmen muhatabın bankadan ödeme talebinde bulunması halinde banka muhataba ödeme yapmakla yükümlü olacaktır. Ancak Türk hukukunda doktrin ve mahkeme kararları ile karşılaştırmalı hukukta kabul edildiği üzere lehtarın aldığı tedbir kararı; ödeme talebinin haksız olduğuna likit delil teşkil etmekteyse ve lehtar tarafından kontrgarantör konumundaki bankaya, garantör yabancı bankaya bilgi vermesi maksadıyla mahkeme kararı ibraz edilmiş ise banka ödemededen kaçınmalıdır. Banka açısından doğan bu yükümlülüğün sebebi lehtar ile arasındaki karşılık ilişkisidir.⁵²⁵ Bu koşullar mevcut iken ödemenin yapılması halinde garantör bankanın sorumluluğu doğacaktır. Ancak tedbir kararının kontrgarantör bankaya ibraz edilmemesi halinde temel ilişki sebebiyle alınan ihtiyati tedbir kararı garantör yabancı bankayı ya da kontrgarantör bankayı bağlamaz.

Nitekim bir Yargıtay kararında bu yönde kanaat bildirilmiştir. Somut olayda bir Türk bankasının Türk şirketi lehine yabancı ülkedeki bir bankaya hitaben verdiği kontrgaranti doğrultusunda yabancı banka tarafından dava dışı muhatap şirkete hitaben aynı miktar için teminat mektubu verilmiştir. Yabancı banka, muhatabın talebi üzerine

⁵²⁴ DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 478; Bankanın eylemlerine haksız fiil hükümlerinin uygulanması için ayrıca bkz. TEKİNALP, Ü., Banka, s. 255 vd.

⁵²⁵ CANBOLAT, s. 310.

ödemeyi yaptıktan sonra yaptığı ödemeyi kontrgarantör Türk bankasından talep etmiştir. Kontrgarantör banka ise ikinci bankaya yaptığı ödemeyi lehtardan rücu talep ve dava etmiştir. Lehtar, teminat mektubunun hükümsüzlüğüne ilişkin kesinleşen mahkeme kararına rağmen ödeme yapan kontrgarantör bankanın kusurlu olduğunu savunarak davanın reddini talep etmiştir. İlk derece mahkemesince; *“Mahkemece, tedbir ve kesin hükme rağmen davacının ödeme yaptığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiş, davacı vekilinin temyizi üzerine, Dairemizin 26.10.1998 tarih ve 5288-6981 Sayılı ilamı ile kesinleşen mahkeme kararının tarafları içerisinde davacı banka ile dava dışı yabancı bankanın bulunmaması nedeniyle kesin hüküm oluşmadığı, o davanın konusunun lehtar ile muhatap firma arasındaki ilişki ile ilgili olduğu, ilk talepte ödeme yükümlülüğünü yerine getiren yabancı bankaya ödeme yapan davacının ödediği miktarı davalılardan isteyebileceği gerekçeleriyle, bozulması üzerine bozmaya uyulmuş, ... davanın kabulüne”* karar verilmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine karar Yargıtay tarafından onanmıştır⁵²⁶.

Lehtarın muhataba karşı olan ihtiyati tedbir talebinde esas olan temel borç ilişkisindeki teminat mektubunda yer alan şartlar olacaktır. Bu itibarla muhatap ancak temel ilişkide teminat mektubu ile güvence altına alınan risk sebebiyle bankadan ödeme talebinde bulunabilir. Temel ilişkide öngörülen şartların gerçekleşmemiş olması ve muhatabın ödeme talebinin haksız, hukuka aykırı olduğunun ispatlanması halinde ihtiyati tedbir kararı verilebilir.

5. İhtiyati Tedbir Kararlarına Uygulanacak Hukukun Tespiti

Pozitif düzenlemelerde ihtiyati tedbir taleplerinin esasına uygulanacak hukuk hakkında açık hüküm bulunmamaktadır. İhtiyati tedbir talebinin esasına uygulanacak hukuk, talebin söz konusu olduğu uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan hukuktur. Ne var ki ihtiyati tedbirin gecikmesinde sakınca olan hallerde talep edildiği göz önünde bulundurulduğunda; hâkimin, ihtiyati tedbir talebinin esasına uygulanacak hukuku araştırması vakit kaybına neden olacaktır. Bu nedenle hâkim uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku biliyorsa tedbir talebine o hukuku uygulamalıdır, ancak

⁵²⁶ Yargıtay 11. HD., 2001/5760 E. 2001/8616 K. 05.11.2001 T.; DOĞAN, Teminat Mektupları, s. 480.

bilmiyorsa bu durumda kendi hukukunu uygulayarak tedbir talebini karara bağlamalıdır⁵²⁷.

6. İhtiyati Tedbir Kararının Hüküm ve Sonuçları

Tedbir kararının uygulanmasından itibaren iki hafta içinde esas hakkında dava açılması ve dava açıldığının uygulayan memura ibraz edilerek dosyaya koydurulması ve belge alınması zorunluluğu banka teminat mektuplarında alınacak ihtiyati tedbirlerde de geçerlidir.

Milletlerarası unsur taşıyan banka teminat mektuplarında esas hakkındaki dava ile ihtiyati tedbir kararı verecek mahkemelerin başka ülkelerde bulunması ya da tarafların tahkim şartı öngörmesi halinde davanın iki hafta içinde açılması zorunluluğu devam edecektir⁵²⁸.

İhtiyati tedbir kararı ile teminat mektubunun ödenmesine engel olunduğu süreçte vadeli teminat mektuplarının vadesinin dolması halinde bankanın sorumluluğu esas hakkındaki davanın sonuçlanmasına dek devam edecektir⁵²⁹. Bununla birlikte vade içerisinde riskin gerçekleşmesi ancak ihtiyati tedbir dolayısıyla muhatabın bankadan ödeme talebinde bulunmaması halinde durumdan haberdar olmayan bankanın sorumluluğu vade sonunda sona erecektir. Diğer bir anlatımla, vade içerisinde ödeme talebinde bulunulmaz ya da tedbir kararı bankaya ibraz edilmez ise bankanın sorumluluğu vade sonunda sona erecektir.

Vade içerisinde alınan tedbir kararının vade doluncaya dek kalkması halinde kalan süre içerisinde muhatap ödeme talebinde bulunabilecektir⁵³⁰.

İhtiyati tedbir kararının muhataba karşı alınmış olması halinde karar bankaya tebliğ edilmiş ise bankanın sorumluluğu vade sona erse dahi esasa ilişkin karar

⁵²⁷ **TEKİNALP**, Bağlama Kuralları, s. 188.

⁵²⁸ **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 483.

⁵²⁹ Yargıtay 11. HD. 2012/15838 E. 2013/13619 K. 27.06.2013 T. (www.kazanci.com.tr, E.T. 08.03.2022).

⁵³⁰ **REİSOĞLU**, İhtiyati Tedbir, s. 475; **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s. 484.

verilinceye dek devam edecek, tebliğ edilmemiş ise bankanın sorumluluğu vadenin sona ermesi ile sona erecektir.

Esasa ilişkin davada tedbir kararının haklı olduğuna karar verilmesi halinde muhatabın zarara uğramış olmasının önemi olmayıp tazminat talep edilemeyecek, tedbir kararının haksız olduğuna karar verilirse aleyhine tedbir kararı verilen kimse uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir⁵³¹.

Haksız ihtiyati tedbirden kaynaklanan zarara ilişkin davalar doktrinde haksız fiil kaynaklı tazminat davalarına benzetilmektedir⁵³². Yargıtay'ın da haksız ihtiyati tedbir kararından kaynaklanan zararların tazmin edilmesi yönünde kararları mevcuttur⁵³³.

⁵³¹ **KURU**, s. 4377; **YILMAZ**, Geçici Tedbirler, s. 992; **PEKCANITEZ /ATALAY /ÖZEKES**, s. 566.

⁵³² **KURU**, s. 4381-4382; **TÜRKÇÜ**, s.87.

⁵³³ Bkz. Yargıtay 15. HD. 02.07.1980 T. 1111/1692

SONUÇ

Milletlerarası ticaret hacminin artmasıyla birlikte hukuki ilişkinin tarafları bireysel teminatlardan ziyade banka gibi güvenilir finans kurumlarından teminat alınmasını tercih etmektedirler. Banka tarafından muhataba temel ilişkideki borçlunun (lehtar) edimini ifa etmemesi halinde doğacak zararını güvence altına almayı taahhüt ettiği teminat mektubu sözleşmesi vasıtasıyla üçlü bir ilişki kurulmuş olacaktır. Bu itibarla, banka tarafından lehtara gayri nakdi bir kredi sağlanmış olunur. Kanun koyucu tarafından özel olarak düzenlenmemiş olan teminat mektuplarının hukuki niteliği tartışmalıdır. Her ne kadar teminat mektuplarına ilişkin ilk uygulamalarda hukuki niteliğinin kefalet sözleşmesi olduğu kabul edilmişse de günümüzde garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Bu itibarla, dar ve teknik anlamda teminat mektuplarının TBK m. 128 çerçevesinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt olduğu tespit edilmiştir.

3. Kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olarak nitelendirilen banka teminat mektuplarının en büyük özelliği kendisini oluşturan ilişkilerin birbirlerinden bağımsızlığıdır.

Teminat mektubu sözleşmenin kurulması anının tespiti hususunda uygulamada bazı sorunlarla karşılaşilmektedir. Bunun en büyük nedeni hukukumuzda pozitif düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Örneğin, lehtar ile banka arasında karşılık ilişkisi (genel kredi sözleşmesi) ve muhatap ile yapılan teminat mektubu sözleşmesi birbirlerinden bağımsız olduğu için uygulamada bankalar kredili çalıştıkları müşterileri lehine sadece muhatabın talebi doğrultusunda teminat mektubu tanzim edebilmektedirler. Bir diğer problem ise; bankanın şubeleri vasıtasıyla tanzim ettikleri teminat mektuplarında yetkili çalışanlarınca banka kayıtlarına işlenmeksizin teminat mektubu tanzim edilebilmektedir. Bu halde, teminat mektubunun muhatabın da kabul beyanıyla sözleşme kurulacak olup, banka adam çalıştıran sıfatıyla bu ilişkiden sorumlu olacaktır. Ayrıca, mektubun lehtar tarafından iletilmesi halinde sözleşmenin hangi anda kurulduğu sorusu da gündeme gelmektedir. Uygulamada bu sorun banka yahut bankanın şubesi tarafından teyit alınarak kabul beyana delil teşkil edilmektedir. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, dar ve teknik manada banka teminat mektubu ilişkinin esasına Bankacılık Kanun'nda yer verilerek, diğer hususların

Borçlar Kanunu’na atıf yolu ile uygulamada birlik sağlanması kolaylaştırılabileceği kanaatindeyiz.

Kanunlar ihtilafı kuralları gereğince yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde Türk hukukunun yanı sıra yabancı hukukun uygulanması da mümkündür. Çalışmamız kapsamında yabancı unsurlu banka teminat mektuplarına ilişkin ihtilaf halinde uygulanacak hukukun tespit edilmesi tarafların menfaatine yönelik olumlu bir adım olacağından hem sübjektif hem de objektif bağlama kurallarına göre konu ele alınmıştır. Keza, ICC tarafından garanti sözleşmelerine uygulanmak üzere yayınlanan URDG 758’in de niteliği ve uygulanacak hukukla ilgisi tartışılmazdır.

Yabancı unsurlu banka teminat mektuplarına ilişkin ihtilafın çözümü için öncelikle MÖHUK m. 1 uyarınca yabancılık unsuru içeren bir özel hukuk ilişkisinden bahsedebilmek gerekir. Dolayısıyla, yabancılık unsuru olmayan hukuki ilişkiye Türk hukuk uygulanacak olup, yabancı hukuk seçilemeyecektir. Milletlerarası nitelikteki banka teminat mektuplarında ise, Türk hâkimi lex fori uyarınca garanti sözleşmesi olarak nitelendirilen teminat mektubuna ilişkin MÖHUK’un belirlediği kanunlar ihtilafları kuralları uyarınca uyuşmazlığa uygulanacak hukuku belirleyecektir. Garanti sözleşmesine dair pozitif bir düzenleme olmadığı gibi MÖHUK’ta da özel olarak düzenlenen sözleşme tiplerinden olmaması sebebiyle tüm sözleşme tiplerine uygulanan 24. madde etki doğuracaktır. Bu doğrultuda, 24. maddenin ilk üç fıkrasına göre, taraflar hukuk seçimini serbestçe yapabileceklerdir. Tarafların irade muhtariyetinin sınırı sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun emredici hükümleri ve kamu düzenidir.

Banka teminat mektupları açısından tarafların açık olarak hukuk seçimi yapmamaları halinde; 24. maddenin 4. fıkrası uygulama alanı bulacaktır. Banka teminat mektubu sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Sadece bu özelliği değil; temel ilişkideki borcun ifa edilmemesi halinde ödeme yapmak zorunda kalacak olan bankanın rizikoyu da üstlenen taraf olmakla beraber teminat mektubu ilişkisine hukuki niteliğine veren “teminat verme taahhüdü” de nazara alındığında karakteristik edim borçlu olduğu açıktır. Bu doğrultuda, karakteristik edim borçlusunun ticari ve mesleki faaliyeti kapsamındaki sözleşmeler açısından işyeri hukuku, aksi halde mutad meskenin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır.

Bankanın ticari ve mesleki faaliyeti gereği teminat mektubu ilişkisi içerisine girdiğine tereddüt olmadığından bankanın işyeri yani mektubu düzenleyen birimin (şube ya da genel müdürlüğünün) bulunduğu ülke hukuku sözleşmeye uygulanacaktır. MÖHUK 24. maddenin son cümlesinde düzenlenen istisna kuralı olan daha sıkı ilişkili hukukun tespit edilebiliyor olması halinde o hukuku uygulanacağı yönündeki kuralın banka teminat mektupları açısından pek kısıtlı bir uygulama alanına sahip olacağı düşüncesindeyiz.

Bunun yanı sıra, tarafların iradesiyle seçtikleri yahut kanunlar ihtilafı kuralları vasıtasıyla tespit edilen hukukun uygulanmasını doğrudan uygulanan kurallar bir nevi durdurmaktadır. Banka teminat mektuplarının yurtdışı yerleşik kişilere yahut Türk lirası ya da döviz üzerinden verildiği de dikkate alındığında, bu kapsamda Türk Parasının Korunması Hakkında Kanun ve buna bağlı çıkarılan tebliğ ve genelgelerin de döviz kontrol kuralları çerçevesinde doğrudan uygulanan norm olarak kabul edilmesi sebebiyle nazara alınmak zorundadır.

Genel işlem şartlarının banka teminat mektuplarına uygulanacak hukukun seçimi kapsamında değerlendirdiğimizde; hukuk seçiminin yapılmış olmasının sözleşmenin ya da işin niteliğine aykırılık teşkil etmeyeceğinden ötürü genel işlem şartı gerekçesiyle hükümsüz kılınmayacağı kanaatindeyiz. Nitekim, taraflar arasında ihtilaf doğabileceğinden, uygulanacak hukukun tespiti öngörülü, tedbirli ve temkinli bir yaklaşımdır. Bu itibarla, dürüstlük kuralına aykırılıktan da bahsedilemeyecektir.

Milletlerarası Ticaret Odası tarafından yayınlanan URDG 758’de MÖHUK m. 24’te yer alan hükme benzer şekilde öncelikle tarafların hukuk seçimini için serbest iradelerini esas almıştır. Tarafların hukuk seçimi yapmamaları halinde ise, teminat verenin işyerinin bulunduğu ülke hukuku yetkili kılınmıştır. ICC’nin yayınladığı kuralların milli hukuk olmaması sebebiyle tek başına hukuk seçimi olarak kabul edilemeyeceği ancak incorporation metoduyla URDG’de yer alan kuralları tarafların kabul etmesi halinde sözleşme hükmü olarak uygulanabileceği tespit edilmiştir.

Bir diğer başlığımız olan ihtiyati tedbirler konusunda ise, MÖHUK’ta bu konuda bir düzenlemenin yerine olacağı kanaatindeyiz. Şöyle ki; ihtiyati tedbirler konusu HMK’da iç hukuka göre düzenlenmiştir. Bu kapsamda, geçici hukuki koruma sağlayan ihtiyati tedbirlerin tenfizi mümkün değildir. Bu durumda, milletlerarası

nitelikli banka teminat mektuplarına ilişkin verilecek tedbir kararı lex fori'ye göre verilecek olup, temel ilişkide taahhüdün gerçekleşmemiş olması ve muhatabın ödeme talebinin haksız, hukuka aykırı olduğunun ispatlanması halinde ihtiyati tedbir kararı verilebilecektir.

Tedbir talebiyle muhataba ödemenin durdurulması söz konusu olduğundan özellikle belli bir sürenin sonunda geçersiz kabul edilen vadeli teminat mektuplarında bankanın bu süreyi değil esas hakkında görülecek davayı beklemesi gerekmektedir. Sonuç itibariyle, tedbir kararının haksız ise aleyhine tedbir kararı verilen taraf uğradığı zararın tazmin edilmesini talep edebilecektir.



KAYNAKÇA

- ACAR**, Faruk, **KUL**, Eyüp, “Mücbir Sebeplerin Banka Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesine Etkisi”, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 78, S. 3, 2020, ss. 1351-1386, <https://doi.org/10.26650/mecmua.2020.78.3.0007>, E.T. 10.04.2022.
- AKÇA**, Hande, Vesaik Mukabili Ödemeden Doğan Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi, Ankara 2009.
- AKYAZAN**, Sıtkı, Banka ve Ticaret Hukuku, Ankara 1972 (Banka).
- AKYAZAN**, Sıtkı, Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, BATİDER, C. 7, S. 3, 1974, s. 567-579, <https://jurix.com.tr/article/6396>, E.T. 12.01.2022. (Makale)
- AKYOL**, Şener, Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen’e Armağan, İstanbul 2001.
- ALICI**, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul, 2007.
- ALİBABA**, Arzu, Milletlerarası Unsurlu Sözleşmelerde Hukuk Seçimi ve Sınırlandırılması, Ankara Üniversitesi, Doktora Tezi, Ankara 2011, <https://Dspace.Ankara.Edu.Tr/Xmlui/Bitstream/Handle/20.500.12575/28154/2156.Pdf?Sequence=1&Isallowed=Y>, S. 56. E.T. 03.03.2022
- ANTALYA**, O. Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2015.
- ARAL**, Fahrettin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Kefaletten Farkı, Fikret Eren’e Armağan, Ankara, 2006, s. 131-145 (Armağan).
- ARAL**, Fahrettin. “Teminat Mektuplarında Lehtar ile Muhatap ve Lehtar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 24, S. 2, Aralık 2007, s. 189-202, <https://home.heinonline.org>, E.T. 21.03.2022. (Hukuki İlişki).
- Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997.
- ARKAN**, Sabih, Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, Batider, 1992, C. 16.
- ARSLAN**, İlyas, 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun Uyarınca Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerinde Zımnî Hukuk Seçimi, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 33, S. 2, 2013, s. 1-41, www.app.trdizin.gov.tr, E.T. 05.04.2022.

ATEŞ, Derya, “Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi”, TBB Dergisi, S. 151, 2020, s. 329-359, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-146-1896>, E.T. 12.02.2022.

AYBAY, Rona / **DARDAĞAN KİBAR**, Esra, Yabancılar Hukuku, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2010.

AYDOĞDU, Nihat / **KAHVECİ**, Nalan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Sözleşmeler Hukuku, 3. Bası, Ankara, 2017.

AYGÜL, Musa “Milletlerarası Ticarî Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, Y. 2004.

AYGÜL, Musa, Avrupa Topluluklarında Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi, SÜHFD, Cilt 9, No. 3-4, 2001.

AYGÜN, Mesut, Yabancılık Unsurunun Mahiyeti ve Yargılamadaki Rolü, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1025-1066, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2015/09/MESUT-AYGÜN.pdf>, s. 1029, E.T. 01.02.2022.

AYOĞLU, Tolga, Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanan Genel Prensipler Maddi Hükümler ve Ticari Adet – Teamüller Olarak Lex Mercatoria, 2. Bası, Şubat 2011.

AYRANCI, Hasan, Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004, C. 53, S.2, s. 95-120.

BABAYEV, Ilgar, Uluslararası Ticari Sözleşmeler Hukukunun Yeknesaklaştırılması, Doktora Tezi, İstanbul Ticaret Üniversitesi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T. 03.03.2022.

BACANLI, Mehmet Rıfat, Hakem Sözleşmesinde Esasa Uygulanacak Hukuk, S. 10, Y. 2017, S. 111-156, www.dergipark.org, E.T. 04.04.2022.

BAĞCI, Ömer, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Uygulama Sorunları, Legal Hukuk Dergisi, C.2, S.15, Y. 2004, <https://proxy.bau.edu.tr:2092/Book/ebsco/6c0dc9943a624df8870c1c3c11669680?pn=43#>, E.T. 22.02.2022.

BARLAS, Nami, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri”, İzmir Barosu Dergisi, S. 2, Nisan 2011, s. 7-28. (Kefalet)

BARLAS, Nami, Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 2008. (Teminat-2)

BARLAS, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986. (Teminat-1)

BAŞARA, İzzet, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, S. 83 Y. 2009, s. 302-317.

BAYATA CANYAŞ, F. Aslı, AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmelerden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, Ankara Üniversitesi, Doktora Tezi, Ankara 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/>, s. 40, E.T. 05.03.2022.

BERGAMI, Roberto, “UCP 600 Rules – Changing Letter of Credit Business For International Traders?”, Int. J. Economics and Business Research, C. 1, S. 2, 2009.

BÜYÜKAY, Yusuf, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2004/4-351 E., 2004/339 K. ve 09.06.2004 Tarihli Kararının Değerlendirilmesi, Haluk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, s. 283-303.

CAMCI, Sinem, “Yabancı Unsurlu Banka Teminat Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 8, S. 30, 2019, s. 309-360, www.legal.com.tr, E.T. 11.04.2022.

CANBOLAT, Ferhat / **TOPUZ**, Seçkin, Kefalet ile Garanti Ayırımının Önemi ve Ayırimda Uygulanacak Kıstaslar, TBB Dergisi, S. 78, Y. 2008, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2008-78-451>, E.T. 15.03.2021, s. 53-76.

CANBOLAT, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara, 2009.

ÇALIŞKAN, Zeynep, Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat, Vedat Kitapçılık, 2013.

ÇELİKEL, Aysel / **ERDEM**, B. Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, 14. Bası, İstanbul 2016.

ÇELİKEL, Aysel / **ÖZTEKİN GELGEL**, Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayın Basım Dağıtım, 2017.

ÇELİKEL, Aysel, Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2000.

ÇETİN, Abdurrahman / **DİNÇ**, Yusuf, Türkiye’de Teminat Mektupları: Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 5, S. 9, s. 67-92, <http://e-dergi-marmara.dergipark.gov.tr/download/article-file/3952>, E.T. 06.06.2021.

ÇİLENTİ KONURALP, Ayşen, “Türk Hukukunda Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme ve Hukukî Niteliği Konusunda Bir Değerlendirme”, TBB Dergisi, S. 146-185, Y. 2020, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2020-146-1896>, E.T. 12.02.2022.

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, Devletler Özel Hukuku Alanında Borç Sözleşmelerinde Hukuk Seçimi: Sübjektif Bir Bağlanma Noktası Olarak Taraf İradeleri, Milletlerarası

Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 9, S. 2, 1989, s.103-120, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99733>, E.T. 20.02.2022.

DALGIÇ ATABAŞ, Nuşen Pelin, “UCP 600 Açısından Bankaların Belgelerle Bağlı Olması Kuralı”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2018-134-1746>, E.T. 10.03.2021.

DEMİRKOL, Berk, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 40, S. 2, Y. 2020, s. 1313-1350, www.heinonline.org, E.T. 06.04.2022. (Genel İşlem).

DEREN YILDIRIM, Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2002.

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Ankara 2009.

DOĞAN, Elif, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Yayınlanmamış Yüksek lisans Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi, İstanbul, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=25grd4vCUoeHU2Bsn253mw&no=hf9ID8eHrlXv-232Ioc0cw>, E.T. 12.02.2018.

DOĞAN, Vahit, 5718 Sayılı Kanun’a Göre İş Akdine Uygulanacak Hukukun Tespiti, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 11, No. 1-2, 2007. (İş Akdi)

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Savaş Yayınları, 2013. (Özel Hukuk)

DOĞAN, Vahit, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 1. Bası, Ankara 2020. (Ticaret)

DOĞAN, Vahit, Teminat Mektupları, 6. Bası, Ankara 2020. (Teminat Mektupları)

DOĞRU, Ecem, Banka Teminat Mektuplarının Ödenme Süreci, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çukurova Üniversitesi, Adana, 2020, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T. 14.03.2022.

DURMAZ, Bora, Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebinin Banka Tarafından Şekil ve Kişi Bakımından İncelenmesi, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 8, S. 32, 2019, s. 2741-2766, https://proxy.bau.edu.tr:2092/Book/5rHRVVWb_0OB2LqCrdPmnA/d73e54d32d224bc9bf4512375a7c323a?s=banka+teminat+mektubu&pn=857, E.T. 15.05.2020. (İnceleme)

DURMAZ, Bora, Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrazı, Legal Yayıncılık, İstanbul, Mayıs 2016. (İbraz)

DÜLGEN, Betül / **YELMEN**, Âdem, “Sözleşme Statüsünün Uygulama Alanı ve Uygulama Alanı Dışında Kalan Haller”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi, C. 1, Özel Sayı, Y. 2015, ss. 449-480, www.heinonline.org, E.T. 04.04.2022.

EHRENZWEIG, Albert A, “Lex Fori-Basic Rule in the Conflict of Laws.” Michigan Law Review, C. 58, S. 5, 1959-1960, s. 637-688, www.heinonline.org, E.T. 10.04.2022.

EKİNCİ, Akın / **DURUKANOĞLU**, Nihayet, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler), İstanbul 2016.

EKŞİ, Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation”, Aysel Çelikel’e Armağan, C. 19, S.1-2, 1999, s. 263-291, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99546>,; E.T. 12.03.2022. (Incorporation)

EKŞİ, Nuray, **DURUKANOĞLU**, Nihayet, “Akreditife İlişkin Güncel Gelişmeler ve Akreditife İlgili ICC Tarafından Yapılan Son Düzenlemeler”, Legal Hukuk Dergisi, C. 7, S. 82, 2009, ss. 3109-3122, s.3109, www.legalbank.net, E.T. 02.04.2022.

EKŞİ, Nuray, Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Bası, Kasım 2020. (Ticaret)

EKŞİ, Nuray, Yabancılar ve Uluslararası Koruma Hukuku, Beta Yayın Basım Dağıtım, 2018. (Yabancı)

ERCAN, İsmail, Uygulamacılar İçin Medeni Usul El Kitabı, 6. Bası, Mayıs 2021.

ERDEM, H. Ercüment, ICC Model Contracts, Milletlerarası Ticaret Hukuku ile İlgili Makaleler, İstanbul 2008. (Makale).

ERDEM, H. Ercüment, Milletlerarası Ticaret Hukuku, Ekim 2017. (Ticaret).

ERDOĞAN, İhsan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Baskı, Ankara 2019.

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017 (Genel Hükümler).

EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2017 (Özel Hükümler).

ERİŞİR, Evrim, Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 16, Özel Sayı, s. 1141-1213, www.dergipark.org.tr, E.T. 05.04.2022

ERKAN, Mustafa, “MÖHUK Madde 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, S. 2, Y. 2011, s. 81-121, www.dergipark.org.tr, E.T. 02.04.2022.

GEWOLB, Roger J. "The Law Applicable to International Letters of Credit", Villanova Law Review, C. 11, S. 4, 1966, s. 742-770, s. 744, www.heinonline.org, E.T. 06.04.2022.

GİRGİN, Ömer Ali, Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesinin Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 1, 2019, s.135-155, www.dergipark.org.tr, E.T. 03.04.2022.

GÖKALP, Gültekin Can, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Paraya Çevrilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, S.185, Ocak 2022, s. 76-82, <https://www.jurix.com.tr/article/25977>, E.T. 22.02.2022.

GÜLER, Muhammet Ali, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, Ankara Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2011.

GÜMÜŞ, Mustafa A., Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul, 2010.

GÜNAY, Celal, Banka Teminat Mektupları, Çankaya Üniversitesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2014.

GÜNGÖR, Gülin, Tabiiyet Hukuku, Gerçek Kişiler, Tüzel Kişiler, Şeyler, Yetkin Yayıncılık, 2014. (Kişiler)

GÜNGÖR, Gülin, Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusunda Yakınlık Yaklaşımı, Ankara 2007. (Yakınlık Yaklaşımı)

GÜNGÖR, Gülin, Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Yetkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2021. (Özel Hukuk)

GÜVEN, Koray, Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim, MHB, Yıl 34, Sayı 2, 2014, <https://cdn.istanbul.edu.tr>, E.T. 10.04.2022.

GÜVERCİN ŞAHAN, Ayşe, "Lex Mercatoria Kaynağı Olarak ICC Model Uluslararası Franchising Sözleşmesi", C. 40, S. 2, Y. 2020, PPIL, <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.826967>, E.T. 03.04.2022.

HAZNEDAR, İbrahim Murat, Banka Teminat Mektupları, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul, Ocak 2003, C. I, S. I, www.murathaznedar.av.tr, E.T. 10.06.2017.

HUGO, Charl, "Letters of Credit and Demand Guarantees: A Tale of Two Sets of Rules of the International Chamber of Commerce.", Journal of South African Law, C. 2017, S. 1, 2017, s. 1-20, www.heinonline.org, E.T. 10.04.2022.

HUYSAL, Burak, Yabancı Unsurlu Rekabet İhlallerinde Uygulanacak Hukuk, Rekabet Dergisi, C. 13, S. 2, Y. 2012, s. 69-94, www.rekabet.gov.tr, E.T. 02.04.2022.

JARAMILLO VARGAS, Jorge, “Lex Mercatoria - A Flexible Tool to Meet Transnational Trade Law Needs Today.”, *Revista E-Mercatoria*, C. 1, S. 2, 2002, ss. 1-18, www.heinonline.org, E.T. 10.04.2022

JIMENEZ, Guillermo. “The International Chamber of Commerce: Supplier of Standards and Instruments for International Trade.”, *Uniform Law Review*, C. 1, S. 2, 1996, s. 284-299, www.heinonline.org, E.T. 12.04.2022.

KAHYAOĞLU, Emin Cem, *Banka Garantileri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 1996.

KAPLAN, İbrahim, *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, Ankara, 1996.

KARA, Doğan, “Vekâlet Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, C. 39, S. 1, Y. 2019, *PPIL*, <https://doi.org/10.26650/ppil.2019.39.1.0003>, E.T. 05.04.2022.

KARA, Mustafa Sencer, Genel İşlem Şartlarına İlişkin Haksız Rekabet Hükümleri, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. 17, S. 2, Y. 2013, s. 723-742, www.dergipark.org.tr, E.T. 02.04.2022.

KARACA, Akif, Uluslararası İnşaat Sözleşmelerinde Esasa Uygulanacak Hukuk Bakımından FIDIC Sözleşme Şartlarının ve MÖHUK M. 24/4’te Belirlenen İstisna Kuralının İncelenmesi, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 22, S. 3, s. 1483- 1529, www.dergipark.org, E.T. 03.04.2022.

KARADUMAN, Saniye, İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Müessesleri ve Karşılaştırması, *Eskişehir Barosu Dergisi*, S. 7, Haziran 2005, s. 67-102.

KARIMI, Mohammad, **KASHANI**, Javad, **NASSIRAN**, Dawood, “‘Lex Mercatoria’ as an Independent Legal System”, 2016, ss. 1-25, <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2857888>, E.T. 11.04.2022.

KAYA, Arslan, “İlk Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu”, *Reha Poroy’a Armağan*, İstanbul, 1995. (Armağan)

KAYA, Arslan, İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, *Hayri Domanic’e Armağan*, İstanbul, 1995, s. 139-154. (Tedbir)

KAYA, Selahattin, *Yabancı Unsurlu Sigorta Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*, Mart 2016.

KILIÇARSLAN KARA, Seda, “Kefilin Sorumluluğunun Kapsamı”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XIII, S. 1-2, 2009.

KILIÇOĞLU YILMAZ, Kumru, “Tam Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cevdet Yavuz’a Armağan, İstanbul 2016, C. 22, S. 3, s. 1759-1771.

KILIÇOĞLU, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2019.

KOCAMAN, Arif Burhanettin, “Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine”, **BATİDER**, C. 15, S. 3, s. 49-66.

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip / **HATEMİ**, Hüseyin / **SEROZAN**, Rona / **ARPACI**, Abdülkadir (Kocayusufpaşaoğlu), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukukî İşlem, Sözleşme, 7. Tıpkı Bası, İstanbul 2017.

KOÇ, Himmet, Hukuki Açından Banka Teminat Mektupları, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 69, S. 2, 2020, s. 567-602, <https://dergipark.org.tr/tr/pub/auhfd/issue/58829/848686>, E.T. 28.09.2021

KONURALP, Cengiz Serhat, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013.

KOSTAKOĞLU, Cengiz, Banka Kredileri ve Konut Kredileri ile Kredi Kartlarından Doğan Uyuşmazlıklar Akreditif, İstanbul 2016.

KÖK, İsmail, Banka Teminat Mektuplarından Doğan Uyuşmazlıklarda Zorunlu Arabuluculuk, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 10, S. 37, 2021, s. 109-159, https://proxy.bau.edu.tr:2092/Book/5rHRVVWb_0OB2LqCrdPmnA/0a7d516aacc649918faf4bce79e161fa?s=banka+teminat+mektubu&pn=109, E.T. 03.11.2021.

KRING, Banu, “Milletlerarası Ticaret Odasının Akreditifle İlgili Son Düzenlemesi Yeknesak Kurallar 600 (UCP 600) ve Uygulamaya Getirdiği Bazı Yenilikler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 11, Özel Sayı, 2009, s. 1219-1237, <https://proxy.bau.edu.tr:2104/pdf/d464de99f57c6c7556e0375338c336ea>, E.T. 12.03.2022.

LALE, Muktedir, Yargıtay Uygulamasında Banka Teminat Mektupları Özetli – İctihatlı, Ankara 2015.

NOMER, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2013. (Hususi)

NOMER, Ergin, Milletlerarası Usul Hukuku, Yenilenmiş 2. Bası, İstanbul 2018. (Usul)

NOMER, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2018. (Genel)

OĞUZMAN M. Kemal / **ÖZ** M. Turgut, Borçlar Hukuku, C. I, İstanbul 2018.

OĞUZMAN M. Kemal / **ÖZ** M. Turgut, Borçlar Hukuku, C. II, İstanbul 2018.

OĞUZMAN, M. Kemal, **ÖZ**, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Genişletilmiş 19. Bası, İstanbul 2021

OKUR, Mustafa, Adli Teminat, Yetkin Yayınları, Ankara, 2011.

OMAĞ, Sema, “Banka Teminat Mektuplarının Mahiyeti ve Hükümleri”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. VI, S. 2, s. 325-342.

OY, Osman, Bankacılık Uygulamasında Teminat ve Kefalet Mektupları, İnterbank Uluslararası Eğitim Merkezi Yayınları, Yayın No:22, s. 12-13.

ÖÇAL, A, Milletlerarası Ticaret Odası. Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi, Eylül, 1972.

ÖNAL, Esin, Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C:4 S:13, 2015, https://proxy.bau.edu.tr:2092/Book/5rHRVVWb_00B2LqCrdPmna/56975f914b69401d4fe58da3f2d3b418?s=banka+teminat+mektubu, E.T. 28.09.2021.

ÖNDER, Bengisu, Türk Hukuku’nda Banka Teminat Mektupları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Ankara, 2019, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=t4CGn8fk6dwIUhuYVH-CFg&no=HD0Mm-l9QLz82X6GL7FEXw>, E.T. 15.02.2022.

ÖZALP, Abdurrahman, ICC'nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları; URDG 758.

ÖZALP, Abdurrahman, Ticaretin Kuralları, Leges Hukuk Dergisi, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Vefa Andacı, Özel Sayı, Yıl: 10.

ÖZBOYACI, Alper, Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebi ve Buna Bağlı Sonuçlar, Terazi Hukuk Dergisi, C. 4, S. 31, Mart 2009, s. 47-60, <https://www.jurix.com.tr/article/514>, E.T. 23.08.2021.

ÖZDEMİR KOCASAKAL, Hatice, Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK M. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 30, S. 1-2, Y. 2010, s. 27-88, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/99883>, E.T. 03.03.2022.

ÖZDEMİR, Didem, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk Olarak Lex Mercatoria”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1-2, 2003.

ÖZDEMİR, Hatice, Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları, İstanbul Barosu Dergisi, C. LXXXIII, S. 7-8-9, İstanbul 1999.

ÖZEN, Burak, 6098 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Bası, İstanbul, 2016.

ÖZKAN, Işıl, Uluslararası Ticari Tahkimde Uygulanacak Hukuk, Public and Private International Law Bulletin, C. 40, S. 2, s. 831–858, www.trdizin.gov.tr, E.T. 01.04.2022.

ÖZTEKİN GELGEL, Günseli / **ERDEM**, Bahadır, 27.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, İstanbul, 2013.

ÖZTÜRK, Gülay, Banka Teminat Mektuplarında Lehtarın Hak ve Yükümlülükleri, Terazi Hukuk Dergisi, C. 2, S. 5, Ocak 2007, s. 20-27, <https://proxy.bau.edu.tr:2219/article/70>, E. T. 25.12.2021.

PEKCANITEZ, Hakan/**ÖZEKES**, Muhammet/**AKKAN**, Mine/**TAŞ KORKMAZ**, Hülya, Medeni Usûl Hukuku Cilt III, 15. Baskı, İstanbul 2017.

REİSOĞLU, Seza, “Özellikle Dış Ülkelerde İlgili Olarak Banka Teminat Mektupları-Kontrgarantiler ve Ortaya Çıkan Sorunlar”, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, Ankara, 1980. (Sorunlar)

REİSOĞLU, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2003. (Teminat)

REİSOĞLU, Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 20 (Kefalet).

SARGIN, Fügen, “Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 50, S.2, Y. 2001, s.44, 79-82, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/629299>, E.T. 01.03.2022.

SARIAKÇALI, Turgay, İnternet Üzerinden Akdedilen Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk, Public and Private International Law Bulletin, C. 40, S. 1, s. 247–297 (240), Prof. Dr. Cemal Şanlı’ya Armağan <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1148461>, E.T. 02.03.2022.

SAYIN, Ceren, “Milletlerarası Karşı Ticaret Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, TFM, C. 7, S. 1, s. 133-156.

SİRMEN, Lale, Genel İşlem Şartları Kavramı, İzmir Barosu Dergisi, C. 80, S. 3, s. 207-255, Y. 2015, www.repository.bilkent.edu.tr, E.T. 06.04.2022. (Kavram)

SİRMEN, Lâle, Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011. (Sempozyum)

SONGUR, Damla Gülseren / **CEYLAN**, Çiğdem, Banka Teminat Mektubu Hukuki Niteliği ve Çeşitleri, C. 2, S. 4, Aralık 2014, s. 149-177, <https://jurix.com.tr/article/4311>, E.T. 11.10.2021.

SUNGURBEY, İsmet, Türkiye’de Bankaların İç Yüzü, Çorlu, 1994.

SUNGURTEKİN, Meral, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme, TBB Dergisi, Y. 1990 S. 4, s. 543-567, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m1990-19904-1021>, E.T. 06.06.2017.

ŞAFAK, Elvan, Teminat Mektubu ve Teminat Akreditiflerinin Uluslararası Ticaret Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bilgi Üniversitesi, İstanbul, 2010.

ŞANLI, Cemal / **EKŞİ**, Nuray, Uluslararası Ticaret Hukuku, Arıkan Yayınevi, İstanbul, 2006.

ŞANLI, Cemal / **ESEN**, Emre / **ATAMAN FİGANMEŞE**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2015.

ŞANLI, Cemal, “Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk”, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986. (Tahkim)

ŞANLI, Cemal, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 6. Basım, İstanbul 2018. (Akit)

ŞENSÖZ MALKOÇ, Ebru, “Türk Kanunlar İhtilafı Kurallarına Göre Yabancılık Unsuru Taşıyan Bonoya Bağlı Uyuşmazlıklarda Uygulanacak Hukuk”, Public and Private International Law Bulletin C. 40, S. 2, Aralık 2020, s. 1569-1611, <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.826650>, E.T. 03.04.2022.

TANDOĞAN, Haluk, Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 791-831.

TANDOĞAN, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1987.

TARMAN, Derya Zeynep, “Akdi Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkındaki Roma I Tüzüğü”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 25, S. 2, Y. 2009, s. 297-332. (Tüzük)

TARMAN, Zeynep Derya, “5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) Uyarınca Yabancılık Unsuru Taşıyan Akit Dışı Borç İlişkilerinde Hukuk Seçimi”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 26, S. 2, Haziran 2010, s. 5-32, s. 164, www.jurix.com.tr, E.T. 03.04.2022. (Akit Dışı)

TAŞPOLAT TUĞSAVUL, Melis, Banka Teminat Mektupları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, S. 1, İstanbul, 2009.

TAŞPOLAT, Ali, Banka Garantileri, İstanbul, 1989.

TEKİNALP, Gülören / **UYANIK ÇAVUŞOĞLU**, Ayfer, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul 2011.

TEKİNALP, Gülören, “Akdi İlişkide Uygulanacak Hukuk – MÖHUK M. 24 ve Zımni Hukuk Seçimi”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, 1985, C. 5, S. 1, s. 28-31 (Akdi İlişki).

TEKİNALP, Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları, 13. Bası, İstanbul 2020. (Özel Hukuk)

TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, C.1, İstanbul, 1988.

TEKİNALP, Ünal, Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009.

TEKİNAY, S. Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

TEOMAN, Ömer, Teminat Mektubunu Teyit Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu XII, Ankara, 28-29 Nisan, 1995, s.107-144.

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, “Yabancı Unsurlu Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemelerinin İhtiyati Tedbir Kararı Alma Yetkisi”, C. 40, S. 2, 2020, ss. 917-935, <https://doi.org/10.26650/ppil.2020.40.2.828662>, E.T. 05.03.2022. (Tedbir)

TİRYAKİOĞLU, Bilgin, Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1996. (Satım)

TOKER, Ali Gümrah, “Yabancı Unsurlu Teminat Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, Özel S., 2010, s. 991-1052, <https://hukuk.deu.edu.tr/dosyalar/dergiler/dergimiz-12-ozel/2-ozel/12-gumrahtoker.pdf>, E.T. 15.02.2022.

TURHAN, Nihat, Dış Ticaret ve Akreditifli İşlemlerin Uluslararası Uygulamaları Kılavuzu, 2. Bası, Ankara 2013.

TURHAN, Turgut Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997.

TÜRKÇÜ, Ayşe Nilüfer, Banka Teminat Mektuplarının Tazmininin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması, Düzeltilmiş Tez, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2005, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezDetay.jsp?id=Ugn1qeMQEEv61hGhxPeWeQ&no=iU9zK7wS7rL4kSoYdXavlQ>, E.T. 09.03.2022.

TÜTÜNCÜBAŞI, Uğur, Milletlerarası Usul Hukukunda Teminat Gösterme Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 12, No. 2, s. 183-223.

TÜYSÜZ, Cemre, Milletlerarası Ticari Tahkimde Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tatbiki, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 14, Y. 2019, s. 463–500, www.uyusmazlik.gov.tr, E.T. 05.05.2022.

VOGHT, Davis, **DAVIS**, Jonathan, The State of Incoterms Research, Transportation Journal, C. 59, S. 3, 2020, ss. 304-324, www.heinonline.org, E.T. 18.01.2021.

VURAL ÇELENK, Belkıs, “Yabancı Unsurlu İş Sözleşmelerinde For Devletinin Doğrudan Uygulanan Kurallarının Tespiti ve Uygulanması”, Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi, C. 2017, S. 1, Y. 2017, ss. 277- 298, www.heinonline.org, E.T. 04.04.2022.

YALÇINKAYA, Merve, Banka Teminat Mektuplarının Tanımı Niteliği Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler ve Geçerlilik Şartları, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 5, S. 18, 2016, s. 645-666, https://proxy.bau.edu.tr:2092/Book/5rHRVVWb_0OB2LqCrdPmnA/5365181afc8c48aa9d9d638df04df4b4?s=banka+teminat+mektubu, E.T. 20.09.2021.

YASAN, Mustafa, “İlk Talepte Ödeme Kayıtlı Teminat Mektuplarında Bankanın Tazmin Talebini İnceleme Yükümlülüğünün Sınırları”, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 1, Haziran 2012 s. 27-63.

YAŞAR, Tuğçe Nimet, “International Chamber of Commerce (ICC) Tahkiminde Esasa Uygulanacak Hukuk”, Terazi Hukuk Dergisi, C. 6, S. 55, Y. 2011, s. 15 – 23, www.jurix.com.tr, E.T. 05.04.2022.

YAVUZ Cevdet, **ACAR**, Faruk, **ÖZEN** Burak, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, İstanbul, 2014.

YELMEN, Âdem, Türk Borçlar Kanuna Göre Genel İşlem Şartları, 2014.

YENER COŞKUN, Hilal, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul, 2012.

YENER KESKİN, Cansu, Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Lex Mercatoria'nın Uygulanması, Doktora Tezi, Kocaeli Üniversitesi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, E.T. 02.03.2022.

YENİCE, A. Özge, Teminat Sözleşmelerinde Rücu İlişkisi, İstanbul, 2009.

YILDIRIM, Ayça, Milletlerarası Özel Hukukta Banka Teminat Mektuplarına Uygulanacak Hukukun Tespiti, Ankara, 2012.

YILMAZ, Ejder, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ocak 2001.

YILMAZ, Yasemin, Garanti Sözleşmesi, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 5, S. 19, Ekim 2014.

YÜCESOY YILMAZ, Yasemin, Viyana Satım Antlaşması Hükümlerine Göre Kabul, TAAD, S. 30, Y. 2017, s. 423-475, www.dergipark.org.tr, E.T. 03.04.2022.

YÜCESOY YILMAZ, Yasemin, Viyana Satım Antlaşmasına Göre Kabul, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S. 30, 2017, s. 423-474, www.dergipark.org.tr, E.T. 06.04.2022.

ZEVKLİLER, Aydın / **GÖKYAYLA**, Emre, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010.

www.bddk.org.tr

www.hukukturk.com

www.kazanci.com

www.legalbank.net

www.dergipark.org.tr

www.jurix.com.tr