

ALİ CAN ÇALIKKOCAOĞLU

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA
URDG 758'İN UYGULANMASI

Bilkent Üniversitesi 2023

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA
URDG 758'İN UYGULANMASI

Yüksek Lisans Tezi

ALİ CAN ÇALIKKOCAOĞLU

Hukuk Bölümü
İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ankara
Ağustos 2023

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA
URDG 758'İN UYGULANMASI

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi
Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

ALİ CAN ÇALIKKOCAOĞLU

Özel Hukuk Disiplininde Yüksek Lisans Derecesi
Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır.

HUKUK BÖLÜMÜ
İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ
ANKARA

Ağustos 2023

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDAURDG 758'İN UYGULANMASI
Ali Can ÇALIKKOC AOĞLU

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

.....
Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

.....
Prof. Dr. Esra Gül DARDAĞAN KİBAR
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Yüksek Lisans derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

.....
Prof. Dr. Rifat ERTEN
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün Onayı

.....
Refet S. GÜRKAYNAK
Enstitü Müdürü

ABSTRACT

APPLICATION OF URDG 758 IN TERMS OF BANK GUARANTEE LETTERS

Çalikkocaoğlu, Ali Can

LL.M, Department of Law

Supervisor: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

August, 2023

Bank guarantee letters are used extensively to meet the parties' assurance needs in international commercial relations. In an effort to facilitate international commercial practice, ICC has published URDG 758, a set of model rules for the application of demand guarantees. The application of URDG 758 in terms of bank guarantee letters consisting of foreign element, may arise in different contingencies. Determining the legal nature of URDG 758 is of particular importance for determining the circumstances in which these rules may be applied in state courts and in international commercial arbitration. URDG 758 recognizes that these rules will be binding if they are decided by the parties to be turned into a contractual provision by way of incorporation. However, it should also be examined whether these rules are applicable in cases where there is no incorporation. This study examines the possibilities of the application of URDG 758 in disputes arising out of bank guarantee letters.

Keywords: Bank Guarantee Letter, URDG 758

ÖZET

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA URDG 758'İN UYGULANMASI

Çalikkocaoglu, Ali Can

Yüksek Lisans, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Bilgin Tiryakioğlu

Ağustos, 2023

Banka teminat mektupları, milletlerarası ticari ilişkilerde tarafların güvence ihtiyaçlarının giderilmesi amacıyla yoğun olarak kullanılmaktadır. Milletlerarası ticari hayatı kolaylaştırma gayesinde olan MTO, talep garantilerine uygulanmak üzere hazırladığı birörnek kurallardan oluşan URDG 758'i yayınlamıştır. Milletlerarası nitelik taşıyan banka teminat mektuplarında URDG 758'in uygulanması, farklı ihtimallerde gündeme gelebilmektedir. URDG 758'in hukuki niteliğinin belirlenmesi, bu kuralların, devlet mahkemelerinde ve milletlerarası ticari tahkimde hangi ihtimallerde uygulanabileceğinin tespiti açısından özel önem arz etmektedir. URDG 758'de, bu kuralların, taraflarca atıf yapılmak suretiyle sözleşme hükmü haline getirilmeleri durumunda bağlayıcılık kazanacağı kabul edilmiştir. Bununla birlikte, taraflarca atıf yapılmayan hallerde, bu kuralların uygulama alanı bulmalarının mümkün olup olmadığı da incelenmesi gereken bir konudur. Bu çalışmada, banka teminat mektuplarından doğan uyuşmazlıklarda, URDG 758'in uygulama alanı bulabileceği ihtimaller inceleme konusu yapılmıştır.

Keywords: Banka teminat mektubu, URDG 758

TEŞEKKÜR

Bu tezin yazım aşamasında destek ve katkılarını hiç esirgemeyen, kendisini tanımaktan ve öğrencisi olmaktan dolayı şanslı hissettiğim değerli Hocam Prof. Dr. Bilgin TİRYAKİOĞLU'na,

Tez jürime katılmalarından onur duyduğum, yapıcı eleştirileri ve kıymetli yönlendirmeleri ile bana ve tezime katkı sağlayan değerli Hocalarım Prof. Dr. Esra Gül DARDAĞAN KİBAR'a ve Prof Dr. Rifat ERTEN'e,

Her daim arkamda olan abim Av. Ahmet Murat MALKOÇ'a, canım ortağım Av. Emre Fuat ÇINAR'a ve tüm çalışma arkadaşlarıma,

Varlıkları bana güç veren motivasyon kaynaklarım annem, babam ve İzem'ciğime,

Tezin yazım sürecinde bana tahammül eden güzel dostlarıma,
sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
KISALTMALAR CETVELİ	V
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ FONKSİYONLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ TARAFLARI	3
A. Genel Olarak	3
B. Banka Teminat Mektuplarının Taraflarına Dair Açıklamalar	5
1. Garantör Banka	5
2. Lehtar	6
3. Muhatap	8
4. Muhabir Banka	9
5. Kontrgarantör	10
II. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ TÜRLERİ	12
A. İçerdikleri Kayıtlara Göre Yapılan Ayrım	12
1. İlk Talepte Ödeme Kaydı İçeren Teminat Mektubu	12
2. Şarta Bağlı Banka Teminat Mektubu	16
B. Konusuna Göre Yapılan Ayrım	18
1. Geçici Teminat Mektubu	18
2. Kesin Teminat Mektubu	20

3. Avans Teminat Mektubu	21
C. Süreye Göre Yapılan Ayrım	22
1. Vadeli Teminat Mektubu	22
2. Vadeli Olmayan Teminat Mektubu	23
III. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ	24
A. Genel Olarak	24
B. Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliğine Dair Görüşler	26
1. Kefalet Sözleşmesi Görüşü	26
2. Garanti Sözleşmesi Görüşü	27
3. Karma Nitelik Görüşü	33
4. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü	34

İKİNCİ BÖLÜM

MTO'NUN 758 SAYILI TALEP GARANTİLERİ İÇİN BİRÖRNEK KURALLARI (URDG 758)

I. URDG 758'İN TARİHSEL GELİŞİMİ	36
A. Genel Olarak	36
B. URCG 325	38
C. URDG 458	39
II. URDG 758'E HAKİM OLAN İLKELER	42
A. Bağımsızlık İlkesi	42
B. Belgeler Üzerinden İnceleme Yapılması İlkesi	45

C. Belgeye Dayanmayan Şartların Geçersizliği İlkesi	45
III. URDG 758'İN HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	47
A. Genel İşlem Şartı Görüşü	49
B. Ticari Örf ve Adet veya Teamül Görüşü	51
1. Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Değerlendirme	51
2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme	54
a. Banka Teminat Mektubundan Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Hukukunun Uyuşmazlığın Esasına Uygulanması	54
b. Türk Hukukunda Ticari Örf ve Adetler ile Teamüllere İlişkin Düzenlemeler	55
c. Türk Hukuku Kapsamında URDG 758'in Ticari Örf ve Adet veya Teamül Niteliğinin İncelenmesi	58
C. Lex Mercatoria Görüşü	64
1. Devlet Mahkemelerinde Lex Mercatoria'nın Uygulanması	67
2. Milletlerarası Ticari Tahkimde Lex Mercatoria'nın Uygulanması	70
D. Görüşümüz	76
IV. URDG 758'in 1. MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ	77
A. Genel Olarak	77
B. URDG 758'in Aktarım (<i>Incorporation</i>) Yolu ile Uygulanması	78
1. Genel Olarak Aktarım	78
2. Aktarımın Hukuk Seçiminden Ayrılması	79

3. URDG 758 m. 1(a)	80
C. URDG 758'in Asimetrik Garantilerde Uygulanması	83
D. URDG 758'in Muhabir Banka Açısından Uygulanması	85
SONUÇ	87
KAYNAKÇA	93



KISALTMALAR CETVELİ

Bkz./bkz.	: Bakınız
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
dn.	: dip not
E.	: Esas
E. T.	: Erişim Tarihi
Ed.	: Editör/ Editörler
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBGK	: İċtilhadı Birleştirme Genel Kurulu
İBK	: İċtilhadı Birleştirme Kararı
ICSID	: International Center for Settlement of Investment Disputes
K.	: Karar
LCIA	: London Court of International Arbitration
m.	: madde
MÖHUK	: 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTK	: 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	: Milletlerarası Ticaret Odası
para.	: paragraf

RG.	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
Sa	: Sayı
T.	: Tarih
TD.	: Ticaret Dairesi
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UCP	:600 sayılı Akreditife İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları
URCG 325	: 325 sayılı Akdi Garantiler İçin Birörnek Kurallar
URDG 458	: 458 sayılı Talep Garantileri İçin Birörnek Kurallar
URDG 758	: 758 sayılı Talep Garantileri İçin Birörnek Kurallar
WIPO	: World Intellectual Property Organisation

GİRİŞ

Dünya ekonomisinde ülke sınırlarının giderek kayboluyor olmasıyla birlikte, milletlerarası nitelikteki sözleşme ilişkilerinde tarafların daha büyük riskler alıyor olmaları, sözleşmeden doğan edimlerin güvence altına alınması ihtiyacını da arttırmıştır.

Özellikle karşılıklı borç yükleyen sözleşme ilişkilerinde, tarafların, karşı tarafın sözleşmeden doğan yükümlülüğünü gereği gibi ifa edeceği konusunda risklerini azaltmak, kendini güvence altına almak istemesi doğaldır. Bu doğrultuda alacaklı olan taraf, borçlunun taahhüt ettiği edimi gereği gibi ifa etmemesi halinde, zarara uğrama ihtimalini ortadan kaldırmak veya en azından zararın miktarını azaltmak amacıyla, hukuki ilişkiye girerken banka teminat mektubu talep etmektedir. Özellikle milletlerarası çapta gerçekleştirilen ticari faaliyetlerde, tarafların güvence ihtiyacı daha da artmaktadır. Zira milletlerarası çaptaki ticari faaliyetler bakımından ekonomik risklerin yanı sıra, politik ve hukuki riskler de doğabilmektedir¹.

Özellikle yargı bağımsızlığı açısından yeterli seviyede olmayan ülkelerde gerçekleştirilen ticari faaliyetlerde, politik riskler ön plana çıkmaktadır. Milletlerarası çaptaki ticari faaliyetlerde, tarafların farklı ülkelerde bulunmaları ve birbirlerinin tâbi oldukları hukuk düzenlerine yabancı olmaları sebebiyle, hukuki riskler de artış göstermektedir.

İkinci Dünya Savaşı'nın henüz sona ermediği dönemde, milletlerarası ticarete tarafların güvence ihtiyacının daha çok belgeli akreditif yolu ile karşılandığı, İkinci

¹ Doğan, V.: Teminat Mektupları, 6. Baskı, Ankara 2020, s. 31 (Teminat).

Dünya Savaşı akabinde ise özellikle “ilk talepte ödeme kaydı” içeren banka teminat mektuplarının daha yoğun bir şekilde kullanıldığı görülmektedir².

Bugün itibariyle uluslararası nitelikteki çoğu sözleşmede tarafların güvenceye ilişkin ihtiyaçları, banka teminat mektupları aracılığı ile giderilmektedir. Bankacılık uygulamasında geniş yer kaplayan banka teminat mektuplarının sıklıkla tercih edilmelerinin en temel sebepleri, güvencenin bir banka tarafından veriliyor olması ve teminat mektuplarının likiditelerinin diğer şahsi ve ayni teminatlara göre çok daha yüksek olmasıdır.

Teminat mektuplarına ilişkin özel düzenlemeler Türk hukukunda bulunmamaktadır. Diğer ülkelerin hukuk sistemlerine bakıldığında, genel olarak benzer bir durum söz konusu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır³. Teminat mektuplarına ilişkin hukuk kurallarının yetersiz oluşu, iç hukuk düzenlerinde olduğu gibi milletlerarası nitelik taşıyan teminat mektuplarından doğan uyuşmazlıklarda da hukuki öngörülebilirliğin azalmasına sebebiyet vermektedir. Bu durum karşısında, amaçlarından biri küresel ticaretin yoğunlaşması ve basitleşmesi olan Milletlerarası Ticaret Odası (MTO), talep garantilerine ilişkin örnek kurallar bütünü olan 758 sayılı Talep Garantileri İçin Birörnek Kuralları (URDG 758) yayınlamıştır.

Bu çalışmada öncelikle banka teminat mektuplarının fonksiyonlarına ve hukuki niteliklerine ilişkin açıklamalara yer verilmiş olup, ardından URDG 758’in hangi hallerde banka teminat mektuplarından doğan uyuşmazlıklara uygulanabileceği tartışılmıştır.

² Doğan (Teminat), s. 31.

³ Ekici, A./Durukanoğlu, N.: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları, 1. Baskı, İstanbul 2016, s. 342.

BİRİNCİ BÖLÜM
BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ
FONKSİYONLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ TARAFLARI

A. Genel Olarak

Bir sözleşme ilişkisinde tarafların, bu sözleşme ilişkisinden doğan risklerini ortadan kaldırılma veya azaltma istekleri, banka teminat mektubu uygulamasının ortaya çıkmasına sebebiyet vermiştir. Banka teminat mektubu ilişkisini bir örnek ile açıklamak gerekirse, M ile L arasındaki sözleşmede, M'nin ödeyeceği bedel karşılığında L'nin inşaat yapması kararlaştırılmıştır. L inşaat işini belirli bir tarihe kadar ve belirli nitelikleri karşılayacak şekilde bitireceğini taahhüt etmiştir. Eğer L sözleşmeye aykırı bir şekilde, taahhüt ettiği vadede veya niteliklerde inşaatı tamamlamazsa, M'nin uğradığı zararların tazmini için L aleyhine yasal yollara başvurma imkânı bulunmaktadır. Ancak M, uğrayabileceği zararların daha kolay ve hızlı bir şekilde tazminini sağlayabilmek amacıyla, L'nin taraflar arasındaki inşaat sözleşmesine uygun bir şekilde ifade bulunacağına dair bir banka garantisi talep etmektedir. Bu doğrultuda, L'nin kendisine başvurusu üzerine banka B tarafından, L'nin M ile olan sözleşmesindeki taahhütlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirmemesi halinde M'nin uğrayacağı zararların banka B tarafından karşılanacağına ilişkin bir banka teminat mektubu düzenlenmiştir.

Banka teminat mektubu ilişkilerinde, en az üç taraf mevcuttur. Yukarıdaki örnekte, banka B, garantiyi veren ve teminat mektubunu düzenleyen “garantör” sıfatını taşıyan taraftır. Taraflardan L olarak belirtilen, bankanın lehine teminat mektubu düzenlediği,

temel borç ilişkisindeki⁴ borçlu, “lehtardır”. Lehtarın sözleşme ilişkisi içinde olduğu, lehtardan banka aracılığı ile edimini güvence altına almasını isteyen M ise temel borç ilişkisindeki alacaklı taraf yani “muhataptır”⁵. Banka, muhatabın, lehtara karşı olan edimini gereği gibi yerine getirmemesi riskini, teminat mektubu aracılığı ile üstlenmektedir⁶.

Garantör banka, muhatap ve lehtarın haricinde başkaca tarafların da teminat mektubu ilişkisine dahil olması mümkündür. Özellikle konumuz açısından da önem arz eden, milletlerarası nitelikteki banka teminat mektuplarında, yukarıda belirtilen üç tarafın haricinde, teminat mektubunu düzenleyen garantör bankadan farklı bir ülkede yer alan bir başka banka daha teminat mektubu ilişkisine dahil olmaktadır⁷. Genellikle, garantör banka ile muhatabın farklı ülkelerde olduğu durumlarda, garantör banka garanti taahhüdünü muhataba, muhatabın ülkesindeki bir banka aracılığı bildirmektedir. Bu aracı banka, uygulamada “muhabir banka” olarak isimlendirilmekte olup, muhabir bankanın yegâne yükümlülüğü, muhatap ile garantör banka arasındaki iletişimi sağlamaktır⁸.

Banka teminat mektuplarında yer alması muhtemel bir diğer taraf “kontrgarantör” olarak karşımıza çıkmaktadır. Teminat mektubunu düzenleyen garantör bankanın, riskin gerçekleşmesi üzerine muhatabı tazmin etmesi halinde, ödediği tutarları rücu etmesini sağlayan ilişki “kontrgaranti” olarak isimlendirilmektedir⁹. Lehtar hariç

⁴ URDG 758’in “Tanımlar (*Definitions*)” başlıklı 2. maddesinde, temel borç ilişkisi için “*underlying relationship*” terimi kullanılmış olup, bu ifade, “garantiye dayanak teşkil eden ve muhatap ile lehtar arasındaki, sözleşme, ihale şartları veya sair ilişki” olarak tanımlanmıştır.

⁵ Doğan (Teminat), s. 49.

⁶ Önder, B.: Banka Teminat Mektupları, 1. Baskı, Ankara 2020, s. 81.

⁷ Doğan (Teminat), s. 52.

⁸ Doğan (Teminat), s. 54.

⁹ Reisoglu, S.: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 26 (Teminat Mektupları).

üçüncü bir kişi, garantör bankanın ödediği tutarları tazmin yükümlülüğü altına girerse, bu kişi, kontrgarantör olarak teminat mektubu ilişkisine dahil olmaktadır.

İnceleme konumuzu teşkil eden URDG 758’de banka teminat mektuplarının taraflarına ilişkin olarak, Türk hukukundan daha farklı bir terminolojinin kullanıldığı görülmektedir¹⁰. URDG 758’de, Türk hukukunda ve çalışmamızda muhatap olarak incelenen taraf için *beneficiary* terimi kullanılmıştır. URDG 758’in “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinde *beneficiary* terimi, lehine garanti düzenlenen kişi olarak tanımlanmıştır. URDG 758’de, Türk hukukunda ve çalışmamızda lehtar olarak incelenen taraf için ise *applicant* terimi kullanılmıştır. URDG 758’in 2. maddesinde *applicant* terimi, temel borç ilişkisindeki borçlu taraf olarak tanımlanmıştır. URDG 758’de garantör için *guarantor*, muhabir banka için *advising party*, kontrgarantör için ise *counter-guarantor* terimlerinin kullanıldığı görülmektedir¹¹.

B. Banka Teminat Mektuplarının Taraflarına Dair Açıklamalar

1. Garantör Banka

Garantör banka, teminat mektubu düzenlemek suretiyle, lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinde, lehtarın borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde, muhatabın bu sebeple uğrayacağı zararları tazmin etmeyi üstlenen taraftır¹². Esasında fiil ehliyetine sahip olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, garantör sıfatı ile teminat mektubu düzenleyebilir ve bir başka kişinin edimini yerine getireceğini

¹⁰ Ekici/Durukanoğlu, s. 110.

¹¹ URDG 758, m. 2 “Tanımlar (*Definitions*)”.

¹² Önder, s. 83.

garanti edebilir¹³. Bir başka ifadeyle, bankalar haricindeki kişilerin teminat mektubu düzenlemelerinin önünde herhangi bir hukuki engel bulunmamaktadır.

Bununla birlikte, uygulamada teminat mektuplarının çok büyük bir oranla bankalar tarafından düzenlendiği görülmektedir. Esasında bu durumun sebebi, ekonomik açıdan oldukça güçlü oldukları kabul edilen bankalara duyulan güvendir. Tüzel kişi olan bankalar, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 49 kapsamında¹⁴ fiil ehliyetini kazandıklarında, teminat mektubu düzenlemeleri de mümkün hale gelmektedir¹⁵.

URDG 758'in "Tanımlar" başlıklı 2. maddesinde, garantör (*guarantor*), "garanti veren taraftır ve kendi hesabına hareket eden bir kişiyi ifade eder" şeklinde tanımlanmıştır¹⁶. Bu tanımlamadan anlaşıldığı üzere, banka teminat mektuplarında garantör banka, URDG 758 bakımından, garantör tanımlaması içinde kalmaktadır.

2. Lehtar

Lehtar, bankadan teminat mektubu düzenlemesini talep eden, muhatap ile arasındaki temel borç ilişkisinde borçlu olan taraftır¹⁷. Lehtar, herhangi bir tüzel kişilik, gerçek kişi veya kamu tüzel kişiliği olabilir¹⁸. Esasında lehtar, dar anlamda teminat mektubu sözleşmesinin doğrudan bir tarafı olmamakla birlikte, teminat mektubunun düzenlenmesine vesile olan ve banka tarafından borcu garanti edilen taraftır¹⁹.

¹³ Doğan (Teminat), s. 54.

¹⁴ RG. 8 Aralık 2001, Sa:24607, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/12/20011208.htm> (E.T.: 27.07.2023)

¹⁵ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 85.

¹⁶ URDG 758, m. 2 "Tanımlar (*Definitions*)".

¹⁷ Önder, s. 85.

¹⁸ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 95.

¹⁹ Doğan (Teminat), s. 52.

Garantör bankanın düzenlediği teminat mektubunun paraya çevrilmesi halinde, garantör banka ödediği tutarları, lehtardan tazmin edebilecektir. Bu bakımdan, garantör banka ile lehtar arasında, kontrgaranti ilişkisi olduğu kabul edilmektedir²⁰.

Teminat mektubunun düzenlenmesinden sonra, muhatabın esasında şartları oluşmamasına rağmen teminat mektubu kapsamında bankadan haksız tazmin talebinde bulunması ihtimaline karşı, lehtarın, mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alarak, garantör bankayı muhataba ödeme yapmaktan men etmesi ihtimal dahilindedir²¹.

URDG 758’de “lehtar” için *applicant* terimi kullanılmış olup, lehtar “garantide, garanti ile desteklenen temel borç ilişkisinde yükümlülüğü bulunan olarak gösterilen taraf” olarak tanımlanmıştır²².

²⁰ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 95.

²¹ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 95; Yarg. 11. HD, T. 17.04.2013, E. 2012/7485, K. 2013/7548 (Lale, M.: Yargıtay Uygulamasında Banka Teminat Mektupları, 1. Baskı, Ankara 2015, s. 118-119). Atıf yapılan ilamda incelenen hukuki vakıada, muhatabın tazmin talebi 07.10.2010 tarihinde garantör bankaya ulaşmıştır. Lehtarın başvurusu üzerine, yerel mahkeme tarafından 18.10.2010 tarihinde, teminat mektubu bedelinin ödenmemesi konusunda ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Kararda Yargıtay tarafından, bankanın, tazmin talebini yerine getirmede geciktiği süre için gecikme faizi ödemekle yükümlü olduğu ancak, ihtiyati tedbir kararı verilmesinden sonra bankanın temerrüdünden söz edilemeyeceği, teminat mektubu üzerindeki lehtar ile muhatap arasındaki herhangi bir uyuşmazlığın kanuni neticelerinin nazara alınmayacağı yönündeki ifadenin dahi bankanın ihtiyati tedbir kararına uymaması gerektiği sonucunu doğurmayacağı, garantör bankanın ihtiyati tedbir kararına uymaması halinde lehtara karşı sorumluluğunun doğacağı ve ayrıca bu fiilin suç teşkil edeceği yönünde tespitlere yer verilmiştir.

²² URDG 758, m. “2 Tanımlar (*Definitions*)”. Ayrıca, bu hükümde lehtar için yapılan tanımlamada, lehtarın “*instructing party*” olmasının veya olmamasının mümkün olduğu belirtilmiştir. Yine URDG 758’in “Tanımlar (*Definitions*)” başlıklı 2. maddesine, *Instructing party* kontrgarantör haricinde, garantöre veya kontrgarantöre garantinin düzenlenmesi için talimat veren ve garantörü veya kontrgaranti söz konusu ise kontrgarantörü tazmin etmekle yükümlü olarak taraf olarak tanımlanmıştır. *Instructing party* Türk hukuk uygulamasında “amir” olarak anılmaktadır. Netice itibariyle, URDG 758 uygulamasında, lehtar, amir olabileceği gibi, lehtarın amir olmaması da mümkündür.

3. Muhatap

Teminat mektubu, muhataba hitaben düzenlenmektedir²³. Muhatap, lehtar ile arasındaki temel borç ilişkisinde alacaklı olan taraftır. Aynı zamanda, teminat mektubu kapsamında, garantör bankaya başvurmak suretiyle tazmin talebinde bulunma hakkına sahip olan kişidir²⁴. Bir başka anlatımla, muhatap hem temel borç ilişkisinin hem dar ve teknik anlamda garanti sözleşmesinin tarafıdır. Muhatabın garantör bankaya karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmadığından, banka teminat mektupları, tek taraflı borç yükleyen sözleşme niteliğindedir²⁵.

Uygulamada genellikle, garantör banka tarafından düzenlenen teminat mektubunun lehtar tarafından muhataba teslim edildiği ve bu şekilde garanti sözleşmesinin kurulduğu görülmektedir²⁶.

Garantör bankanın, teminat mektubunu düzenleyerek lehtar aracılığı ile veya başka bir şekilde muhataba iletmesi, garanti sözleşmesinin kurulması bakımından öneri niteliğindedir. Muhatabın kabulü üzerine, muhatap ile garantör banka arasında bir garanti sözleşmesi kurulmaktadır²⁷. Zira 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 1’de açıkça düzenlendiği üzere, sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun irade beyanı açıklamaları ile kurulmaktadır²⁸. Bu irade beyanlarının açık veya örtülü

²³ Ekici/Durukanoğlu, s.109.

²⁴ Önder, s. 82.

²⁵ Doğan (Teminat), s. 53.

²⁶ Ekici/Durukanoğlu, s. 109. Ekici/Durukanoğlu, teminat mektubu sürecinin bu şekilde işletiliyor olmasının, sahteciliklere neden olacağını ileri sürmektedir. Yazarlara göre, lehtar, doğrudan sahte bir mektup düzenleyerek muhataba verebilir veya lehtar tarafından, garantör bankaya gerçekten bir teminat mektubu düzenletilmekte, ancak lehtar sahte bir fotokopiyi muhataba vererek, teminat mektubu aslını bankaya iade etmekte ve riskinden düşmektedir. Bu gibi sonuçların ortaya çıkması ihtimalini en aza indirebilmek için en güvenli yol, muhatabın kendisine iletilen teminat mektubunu garantör bankanın ilgili şubesine ibraz ederek, mektubun arkasına yazılı olarak teyit beyanı almasıdır.

²⁷ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 90; Doğan (Teminat), s. 53.

²⁸ RG. 4 Nisan 2011, Sa:27836, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204.htm> (E.T.: 27.07.2023)

olması mümkündür²⁹. Teminat mektubunu düzenleyerek muhataba ileten banka, açık bir şekilde, garanti sözleşmesi kurulması yönündeki önerisini muhataba iletmektedir. Teminat mektubu kendisine ulaştırılan muhatabın, teminat mektubunu alması, garanti sözleşmesi yönünden kabul beyanı olarak değerlendirilmekte olup, böylelikle garanti sözleşmesi kurulmuş olmaktadır³⁰. Gerçekten de örtülü kabulde, açık bir beyan olmamakla birlikte, aktif bir davranışla veya susma ile kabul iradesinin karşı tarafa gösterilmesi söz konusudur³¹. Bu açıklamalardan anlaşıldığı üzere, lehtarın talebine istinaden garantör bankanın teminat mektubunu düzenlemiş olması, teminat mektubu ilişkisinin kurulması bakımından yeterli olmayıp, ilişkinin kurulmuş sayılabilmesi için örtülü veya açık olarak muhatabın kabul beyanı mevcut olmalıdır³².

4. Muhabir Banka

Garantör banka ile muhatabın farklı ülkelerde olması durumunda, teminat mektubunun düzenlenmesi akabinde muhataba ulaştırılması kolay değildir. Muhataba teminat mektubunun fotokopisinin iletilmesi veya ıslak imzalı bir metnin kargo yolu ile gönderilmesi dahi sahtecilik ihtimali sebebiyle muhatap açısından sakıncalı olacaktır³³. Özellikle muhatap ile garantör bankanın farklı ülkelerde olduğu durumlarda, garanti ilişkisinin daha güvenli ve pratik işlemesi amacıyla muhabir banka devreye girmektedir. Garantör banka, garanti taahhüdünü muhataba bildirmek için,

²⁹ Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2021, s. 81

³⁰ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 90.

³¹ Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017, s. 270 (Genel); Oğuzman, K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 2005, s. 59.

³² Doğan (Teminat), s. 53.

³³ Bkz. dn. 25

muhatabın bulunduğu ülkedeki bir bankadan (muhabir bankadan) herhangi bir sorumluluk almaksızın, garanti taahhüdünü muhataba bildirmesini talep eder³⁴.

Muhabir bankanın, garanti sözleşmesinden doğan tazmin dahil herhangi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Muhabir banka yalnızca, garantör banka ile muhatap arasındaki iletişimi gerçekleştirir³⁵. Bu kapsamda muhabir bankanın görevi, garantör bankanın kendisine bildirdiği garanti taahhüdünü muhataba iletmek ve muhataptan aldığı talimatları garantör bankaya iletmekle sınırlıdır³⁶.

URDG 758 m. 3(a) uyarınca, garantör bankanın farklı ülkelerdeki şubeleri, farklı bankalar olarak kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, muhabir banka, garantör bankanın muhatap ile farklı ülkedeki şubesi olabileceği gibi tamamen başka bir banka da olabilir³⁷.

5. Kontrgarantör

Bankalar düzenledikleri teminat mektupları karşılığında, lehtardan komisyon adı altında ödemeler almaktadırlar. Bankaların hak ettikleri komisyonlar miktar itibarıyla teminat mektubu ile garanti ettikleri tutarın oldukça altında kalmakta olup, bu sebeple bankanın teminat mektubu kapsamında ödeme yapması halinde, ödediği tutarı geri alabilmesi önem teşkil etmektedir³⁸.

³⁴ Ekici/Durukanoğlu, s. 382.

³⁵ Doğan (Teminat), s. 54; Ekici/Durukanoğlu, s. 382. Ekici/Durukanoğlu, muhabir bankanın garantiden kaynaklanan herhangi bir yükümlülüğünün bulunmadığının teyidi adına, garantör bankanın, muhabir bankaya garantinin muhataba bildirilmesi yönündeki talebini iletirken, talebine genellikle *“Please advise this bank guarantee to the beneficiary without any responsibility on your part”* ifadesini eklediğini belirtmiştir.

³⁶ Ekici/Durukanoğlu, s. 382.

³⁷ Ekici/Durukanoğlu, s. 382; Doğan (Teminat), s. 54.

³⁸ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 355.

Garantör banka, teminat mektubu kapsamında muhataba ödeme yapması durumunda, ödediği tutarları rücu edebilmek amacıyla lehtarla veya lehtar haricinde üçüncü bir kişi ile “kontrgaranti” ilişkisi kurar³⁹.

Lehtar haricinde, üçüncü bir kişinin daha teminat mektubu kapsamında bankanın ödediği tutarları bankaya geri ödeyeceğini taahhüt etmesi halinde, teminat mektubu ilişkisine “kontrgarantör” de dahil olmaktadır⁴⁰. Kontrgaranti ilişkisinin tesis edilmesi amacıyla, ayrı bir kontrgaranti sözleşmesi imzalanabileceği gibi garantör banka ile lehtar arasında mevcut bir kredi sözleşmesinde de bu yönde düzenlemelere yer verilebilir⁴¹.

URDG 758’de kontrgaranti teriminin karşılığı olarak kullanılan *counter-guarantee* terimi, “ne şekilde adlandırıldığı ve tanımlandığı önem arz etmeksizin, kontrgarantör tarafından, başka bir tarafın, garanti veya kontrgaranti vermesini temin etmek amacıyla yapılan ve söz konusu başka taraf lehine düzenlenen kontrgaranti kapsamında sunulan uygun ödeme talebine istinaden ödeme yapılması sonucunu doğuran imzalı taahhütler” olarak tanımlanmıştır⁴². Kontrgarantör kavramı için kullanılan *counter-guarantor* terimi ise “garantör veya başka bir kontrgarantör lehine olacak şekilde, kendi hesabına hareket edip etmediği önem arz etmeksizin kontrgaranti düzenleyen taraf” olarak tanımlanmıştır⁴³.

³⁹ Teminat mektubunun tarafları arasındaki rücu ilişkilerine dair detaylı açıklamalar için bkz. Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 357 vd.; Doğan (Teminat), s. 567 vd.; Önder, s. 148 vd.

⁴⁰ Doğan (Teminat), s. 54.

⁴¹ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 395.

⁴² URDG 758, m. 2 “Tanımlar (*Definitions*)”.

⁴³ URDG 758, m. 2 “Tanımlar (*Definitions*)”.

II. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ TÜRLERİ

Banka teminat mektuplarına ilişkin yasal bir düzenleme olmadığından, banka teminat mektubunun türleri de tarafların ihtiyaçları ve iradeleri kapsamında ortaya çıkmıştır⁴⁴. Bu doğrultuda uygulamada kullanılan teminat mektuplarının türlerine ilişkin olarak farklı sınıflandırmalar yapılması mümkün olmakla birlikte, çalışmamızda uygulamada en sık kullanılan teminat mektubu türleri inceleme konusu yapılmıştır.

A. İçerdikleri Kayıtlara Göre Yapılan Ayrım

Tüm banka teminat mektuplarının, içerdikleri kayıtlara göre yapılan ayrıma tâbi tutulması mümkündür. Bir başka anlatımla, bu ayrım türü tüm banka teminat mektupları açısından geçerlidir. Zira bir teminat mektubu ya şarta bağlıdır ve belirli şartların gerçekleşmesi halinde teminat mektubu kapsamında ödeme yapılır ya da ilk talepte ödeme kaydı içerdiğinden, usulüne uygun bir ödeme talebi üzerine garantörün tazmin borcu doğar.

1. İlk Talepte Ödeme Kaydı İçeren Teminat Mektubu

Banka teminat mektubunda, garantör bankanın, muhatabın ilk yazılı talebi üzerine ödeme yapmayı taahhüt ettiği yönünde bir ifadenin bulunması halinde, ilk talepte ödeme kaydı içeren bir teminat mektubu söz konusu olacaktır⁴⁵. Bu tür teminat mektuplarında banka, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmakla yükümlü

⁴⁴ Önder, s. 34.

⁴⁵ Yener Coşkun, H.: Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012, s. 117.

olmadığı gibi ödeme talebinde bulunan muhatabın da rizikonun gerçekleştiği yönünde bir ispat faaliyetinde bulunmasına gerek yoktur⁴⁶. Dolayısıyla bu tür teminat mektuplarında ispat yükü ters çevrilmiştir⁴⁷. Yine bu doğrultuda, ilk talepte ödeme kaydı içeren teminat mektuplarında “önce öde, sonra dava et (*pay first, argue later*)” ilkesinin geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴⁸. Banka, muhatabın ödeme talebine istinaden, ödeme talebinin, temel borç ilişkisi kapsamında haklı olup olmadığını araştırmaksızın ödeme yapacağından, eğer lehtar, muhatabın ödeme talebinin temel borç ilişkisi kapsamında haksız olduğu kanaatinde ise muhataba karşı dava açması gerekecektir⁴⁹.

İlk talepte ödeme kaydını içeren teminat mektuplarında, her ne kadar banka yalnızca ödeme talebinin usulüne uygun olup olmadığı konusunda inceleme yapma yetkisine ve yükümlülüğüne sahip olsa da bankanın istisnai durumlarda, ödeme yapmaktan imtina etmesi mümkündür⁵⁰.

İlk olarak banka, garantör sıfatıyla sahip olduğu defî ve itirazları öne sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir⁵¹. Bu kapsamda öncelikle banka, teminat mektubu metninden anlaşılan (örneğin sahtelik, temsil yetkisinin bulunmaması, belge ibrazı aranan

⁴⁶ Tekinalp, U.; Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 516.

⁴⁷ Doğan (Teminat), s. 117.

⁴⁸ Önder, s.34; Doğan (Teminat), s. 79.

⁴⁹ Doğan (Teminat), s. 79.

⁵⁰ Yarg. HGK, T. 28.11.2007, E. 2007/11-852, K. 2007/892 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2007-11-852.htm&kw='ilk+talepte+ödeme'+`kesin+delil`&cr=yargitay#fm> (E. T.: 01.07.2023): “(...) Kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisini haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir. Bu sebeple de ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarının esas itibarıyla muhatap lehine olduğu kabul edilmektedir. Bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır. Birincisi, banka, teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan defileri ileri sürerek ödemedenden kaçınabilecektir. İkinci istisna da lehtarın mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı alarak, bankanın ilk talepte ödeme kaydını havi teminat mektuplarının ödenmesine engel olabilmesi halidir. Öte yandan, muhatabın talebinin haksız olduğunu, dürüstlük kuralı ile (MK. m. 2) bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın "ilk talepte" kaydına rağmen muhataba ödeme yapmaktan kaçınabilmesi gerekir. (...)”

⁵¹ Doğan (Teminat), s. 79.

hallerde gerekli belgenin ödeme talebi ile birlikte ibraz edilmemesi, ödeme talebinin teminat mektubu kapsamı dışında kalması⁵², teminat mektubunun zamanaşımına uğramış olması gibi) itiraz ve defileri öne sürebilir⁵³.

Bankanın, teminat mektubunun kesin hükümsüzlük sebebiyle geçersiz olduğu veya hata, hile, ikrah gibi sebeplerle iptal edilmiş olduğu yönündeki itiraz sebeplerine dayanarak ödeme yapmaktan imtina etmesi de ihtimal dahilindedir⁵⁴. Ayrıca bankanın, kesin bir şekilde muhatabın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği (TMK m. 2/2) taşıdığını bildiği hallerde ödeme yapmaması gerektiği öğretide⁵⁵ ve Yargıtay⁵⁶ kararlarında kabul edilmektedir. Bir başka anlatımla, her ne kadar bankanın muhatabın talebi üzerine, ispat faaliyetinde bulunmasını beklemeksizin ödeme yapma yükümlülüğü mevcut olsa da, banka yine de rizikonun gerçekleşmesi halinde ödeme yapmakla yükümlü olduğundan, rizikonun gerçekleşmemiş olmasına rağmen ödeme talebinde bulunulduğu sabit ise bankanın ödeme yapma yükümlülüğü doğmayacaktır⁵⁷.

⁵² Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 286. Reisoğlu, muhatabın ödeme talebinde, lehtarın teminat mektubu ile garanti altına alınan yükümlülüğünü yerine getirmediğini belirtmesinin zorunlu ve yeterli olduğunu ifade etmiştir. Ödeme talebinin teminat mektubu kapsamı dışında kaldığı, ancak ve ancak ödeme talebinin kendisinden anlaşılıyor ise bankanın ödeme yapmaması gerekecektir. Ödeme talebinden anlaşılmayan hallere ilişkin olarak banka herhangi bir inceleme gerçekleştiremeyecektir.

⁵³ Teminat mektubu metninden anlaşılan itiraz ve defilere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Yener Coşkun, s. 249 vd.

⁵⁴ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 293; Yener Coşkun, s. 256.

⁵⁵ Doğan (Teminat), s. 81; Önder, s. 129; Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 294; Yener Coşkun, s. 268.

⁵⁶ Yarg. 11. HD, T. 17.10.2014, E. 2013/11660, K. 2014/15876 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2013-11660.htm&kw='ilk+talepte+odeme'+`hakkın+kötüye`&cr=yargitay#fm> (E. T.: 01.07.2023)

⁵⁷ Develioğlu, H.: Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 40.

Bankanın ödeme yapmaması gereken bir diğer hal ise, lehtar tarafından teminat mektubu kapsamında ödeme yapılmaması yönünde alınmış olan bir ihtiyati tedbir kararının mevcudiyetidir⁵⁸.

Esasında ilk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektupları nitelikleri itibariyle, URDG 758'in konusunu oluşturan "talep garantisinden" başka bir şey değildir. Bir diğer ifadeyle, ilk talepte ödeme kaydı içeren bir banka teminat mektubunda garantör bankanın taahhüdü, URDG 758'in konusunu teşkil eden "talep garantisi" olarak nitelendirilmelidir. URDG 758'de talep garantisi, "uygun ödeme talebi üzerine ödeme yapma borcu doğuran taahhüt" olarak tanımlanmıştır⁵⁹. İlk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında da garantör banka, muhatabın ilk yazılı talebi üzerine ödeme yapmayı taahhüt ettiğinden, URDG 758 anlamında bir talep garantisi söz konusudur.

Özellikle milletlerarası boyuttaki ticari ilişkilerde, tarafların birbirlerine duydukları güvensizliğin giderilmesi bakımından ilk talepte ödeme kaydı içeren teminat mektupları büyük rol oynamaktadır. Çünkü bu tür teminat mektupları, muhatap açısından oldukça yüksek seviyede güvence sağlamaktadır⁶⁰. Bu sebeple milletlerarası ticarete, banka teminat mektuplarının neredeyse tamamı, ilk talepte ödeme kaydı içerir şekilde düzenlenmektedir.

İlk talepte ödeme kaydı içeren teminat mektuplarında, garantör banka sadece ödeme talebinin usulüne uygun olup olmadığı konusunda şekli bir inceleme yapma yetkisine

⁵⁸ İhtiyati tedbir kararı alınmak suretiyle bankanın ödeme yapmaktan men edilmesine ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Doğan (Teminat), s. 442 vd.; Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 303 vd.; Tekinalp, s. 535 vd.

⁵⁹ URDG 758 m. 2 "Tanımlar (*Definitions*)".

⁶⁰ Bertrams, s.40; Tekinalp, s. 516.

ve yükümlülüğüne sahip olduğundan, usulüne uygun bir ödeme talebi alan banka kural olarak ödeme yapmalıdır⁶¹. Bu kural, URDG 758’e hâkim olan bağımsızlık ilkesine, belgeler üzerinden inceleme yapılması ilkesine ve belgeye dayanmayan şartların geçersizliği ilkesine ilişkin olarak URDG 758’de yer alan düzenlemeler ile somutlaştırılmıştır⁶².

İlk talepte ödeme kaydı içeren teminat mektupları, esasında garantör banka açısından da kolaylık sağlamaktadır. Bankanın yalnızca kendisine sunulan ödeme talebinin usulüne uygun olup olmadığını incelemekle yükümlü olması, bankayı lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinin dışında tutmakta ve dolayısıyla temel borç ilişkisine dair inceleme yapma külfetinden kurtarmaktadır. Bu sayede bankalar, teminat mektubu mukabilinde elde edecekleri komisyon gibi menfaatleri, risk üstlenmeden elde edebilmektedir⁶³.

2. Şarta Bağlı Banka Teminat Mektubu

İlk talepte ödeme kaydı içerir banka teminat mektuplarında, muhatabın haksız ödeme talebinde bulunması ihtimalinin önüne geçilebilmesi için ödemenin belirli şartların

⁶¹ Bertrams, s. 40; Yargıtay’ın görüşü de bu yöndedir. Bkz. Yarg. 15. HD, T. 26.05.2021, E. 2020/1907, K. 2021/2280, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2020-1907.htm&kw='ilk+talepte+odeme'&cr=yargitay#fm> (E. T.: 01.07.2023): “(...) Davalının elinde tuttuğu teminat mektubu, ilk talepte ödeme kaydını havi, kesin hiçbir koşula bağlı kalmaksızın, ilk yazılı başvuru üzerine derhal ve gecikmeksizin nakde çevrilebilir nitelikte bir mektuptur. İlk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, muhatabın talebi üzerine herhangi bir itirazda bulunmadan ve muhatabın teminat mektubuna dayanarak talepte bulunma hakkının olduğunu ispat etmesine gerek kalmadan ödeme yapmayı taahhüt etmektedir. Kural olarak bu tür teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisini haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisine haiz değildir. Bu sebeple bu tür banka teminat mektuplarının esas itibarıyla muhatap lehine olduğu kabul edilmekte olup, banka, lehtarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır. (...)”

⁶² Bkz. 2. Bölüm, II.

⁶³ Doğan (Teminat), s. 78.

mevcudiyeti halinde yapılacağı kararlaştırılan teminat mektupları ortaya çıkmıştır. Şarta bağlı banka teminat mektuplarında, banka tarafından ödeme yapılması, belirli şartların gerçekleşmesine bağlanmaktadır. Bu tür teminat mektuplarında banka, ödeme yapmadan önce, mektup metninde yer alan şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemekle yükümlüdür⁶⁴.

Şarta bağlı teminat mektuplarında genellikle, garantör bankanın ödeme yapabilmesi için, muhatabın ödeme talebinin haricinde, teminat mektubu metninde tespit edilmiş olan bir kısım belgelerin de bankaya sunulmuş olması şartı öngörülmektedir⁶⁵. Bir başka ifadeyle, ödeme yapılabilmesi, belirli şartların gerçekleştiğini gösteren belgelerin bankaya ibrazına bağlanmaktadır. Böyle bir durumda banka, muhatap ile lehtar arasındaki temel borç ilişkisi bakımından öngörülen şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini, kendisine sunulacak olan belgeler çerçevesinde değerlendirmek ve şartların gerçekleştiği kanaatine varırsa ödeme yapmak, aksi takdirde ödeme yapmaktan imtina etmekle yükümlüdür⁶⁶.

Tam bu noktada belirtmek gerekir ki, bankanın inceleme yükümlülüğü, kendisine sunulan belgelerin şeklen incelenmesinden ibaret olup, söz konusu belgelerin dayandığı işlerin banka tarafından incelenmesi mümkün değildir⁶⁷. Bu kural, URDG madde 6'da da açıkça düzenlenmiştir⁶⁸.

Banka teminat mektuplarında, herhangi bir belge ile özdeşleştirilmeyen şartlara yer verilmesi de ihtimal dahilindedir. Bir başka ifadeyle, mektup metninde bir şart

⁶⁴ Yener Coşkun, s. 117.

⁶⁵ Doğan (Teminat), s. 83.

⁶⁶ Doğan (Teminat), s. 84.

⁶⁷ Doğan (Teminat), s. 84.

⁶⁸ URDG 758 m. 6'da garantörün sadece belgeler ile ilgileneceği, bu belgelerin ilgili olabileceği mal veya hizmetlerin garantörü alakadar etmediği açıkça düzenlenmiştir. Detaylı açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, B.

öngörölmüş olmakla birlikte, bu şartı tevsik edici bir belgenin bankaya sunulacağı kararlaştırılmamış olabilir. Böyle bir durumda yine şarta bağı bir teminat mektubu söz konusu olacaktır. Bu tür şartların akıbeti, URDG 758'e hâkim olan, belgeye dayanmayan şartların geçersizliği ilkesinin düzenlendiğı URDG madde 7'de açıkça yaptırma bağlanmıştır. Bu madde uyarınca, tarih veya sürenin dolması dışında, söz konusu koşula uyulduğunu gösteren bir belge ile özdeşleştirilmeyen bir şarta, garanti metninde yer verilmemelidir. Eğer böyle bir şarta garanti metninde yer verilmişse ve bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğı bankanın kendi kayıtlarından veya garanti metninde yer alan bir endeksten de anlaşılamıyorsa, bu durumda söz konusu şart yazılmamış sayılacaktır⁶⁹.

Ödemenin şarta bağlandığı teminat mektupları lehtarın risklerini azaltmakla birlikte, muhatabın güvence ihtiyacını yeteri kadar tatmin etmediğinden uygulamada sıklıkla tercih edilmemektedir⁷⁰.

B. Konusuna Göre Yapılan Ayrım

1. Geçici Teminat Mektubu

Geçici teminat mektupları milletlerarası hukukta ve iç hukukta, ihalelere ilişkin olarak kullanılmaktadır⁷¹. Milletlerarası uygulamada *tender guarantee* olarak anılan geçici teminat mektuplarının formatının ne şekilde olacağı ve bankanın ödemeyi garanti altına alacağı tutar genellikle ihale dokümanlarında belirtilmekte olup, ihale mercileri, geçici teminat mektuplarının daha kolay paraya çevrilebilmesi amacıyla yukarıda

⁶⁹ Detaylı açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, C.

⁷⁰ Önder, s. 37.

⁷¹ Yener Coşkun, s. 119.

incelenen “ilk talepte ödeme kaydı içerir” şekilde düzenlenmesini talep etmektedirler.⁷²

Geçici teminat mektuplarında, ihale üzerine kalan kişinin, daha sonra şartnameye uygun olarak ihale sözleşmesini akdetmekten imtina etmesi halinde, ihale merciinin uğrayabileceği zararlar teminat altına alınmaktadır⁷³. Eğer şartnameye uygun olarak ihale sözleşmesinin imzalanmaması haline ek olarak, başka bir kısım rizikoların da garanti altına alınması amaçlanıyorsa (örneğin kesin teminat mektubu sunulacağı), söz konusu ilave rizikolar da teminat mektubu metninde belirtilmelidir⁷⁴.

İhaleyi kazanan lehtarın şartnameye uygun bir şekilde ihale sözleşmesini imzalamaması veya geçici teminat mektubu bakımından ihale merci tarafından bildirilen sair yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde, ihale mercii teminat mektubunun tazminini talep edebilecektir⁷⁵. İhale mercii, ihale konusu işin gereği gibi ifa edilmediğini gerekçe göstererek, geçici teminat mektubunun tazminini talep etme hakkını haiz değildir. Bu risk, kesin teminat mektubunun kapsamında kalmaktadır⁷⁶.

İhalenin tamamlanması akabinde, ihale üzerine kalmamış olan isteklilerin geçici teminat mektupları iade edilmeli veya bu istekliler ibra edilmelidir⁷⁷. İhale üzerine kalan istekli bakımından ise şartnameye uygun olarak ihale sözleşmesinin imzalanması ve kesin teminat mektubunun ibrazı üzerine, geçici teminat mektubunun güvence altına aldığı risk sona erecektir.

⁷² Bertrams, F.: Bank Guarantees in International Trade, 2. Baskı, Amsterdam 1996, s. 29.

⁷³ Bertrams, s. 30; Doğan (Teminat), s. 86.

⁷⁴ Doğan (Teminat), s. 87.

⁷⁵ Önder, s. 39.

⁷⁶ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 143.

⁷⁷ Doğan (Teminat), s. 87.

2. Kesin Teminat Mektubu

Kesin teminat mektuplarında, muhatap ile lehtar arasındaki temel borç ilişkisinde, lehtarın edimini gereği gibi ifa edeceği banka tarafından garanti edilmektedir. Lehtarın temel borç ilişkisindeki yükümlülüğünü süresinde ve gereği gibi ifa etmemesi halinde muhatap, teminat mektubunun tazmini için garantör bankaya başvurabilecektir⁷⁸. Kesin teminat mektupları öğretide ve uygulamada ifa garantisi olarak da isimlendirilmektedirler⁷⁹. Temel borç ilişkisi kapsamında lehtarın gereği gibi ifade bulunmaması sebebiyle muhatapın uğramış olduğu zarar, kesin teminat mektubu bedelinden fazla ise, mektup bedelini aşan kısım için muhatapın lehtara karşı yasal yollara başvurması mümkündür⁸⁰.

Milletlerarası uygulamada *performance guarantee* olarak anılan kesin teminat mektupları, milletlerarası nitelikteki satış sözleşmelerinde, genellikle akreditifin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Akreditif, satıcının yükümlülüğünü gereği gibi ifa etmesi halinde, ödeme almasının güvencesini teşkil etmektedir. Kesin teminat mektupları ise, satıcının gereği gibi ifade bulunmaması halinde, alıcının uğrayacağı zararları güvence altına almaktadır. Dolayısıyla, milletlerarası satışlarda genellikle iki farklı teminat aracı kullanılmakta olup, akreditif satıcı lehine, kesin teminat mektubu ise alıcı lehine teminat işlevi görmektedir⁸¹.

⁷⁸ Bertrams, s. 31; Yener Coşkun, s. 118.

⁷⁹ Yener Coşkun, s. 118.

⁸⁰ Doğan (Teminat), s. 96.

⁸¹ Bertrams, s. 31.

3. Avans Teminat Mektubu

Avans teminat mektupları, temel borç ilişkisi çerçevesinde muhatap tarafından lehtara yapılan avans ödemelerinin, muhataba geri dönüşünün olacağının garanti altına alındığı teminat mektuplarıdır. Milletlerarası uygulamada *advance payment guarantee* olarak anılan avans teminat mektupları, muhatap tarafından lehtara yapılan avans ödemesinin tamamını karşılayacak miktar üzerinden düzenlenmektedir.⁸²

Uygulamada yüklenici ve tedarikçilerin, temel borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerinin ifasını sağlamak üzere ihtiyaç duydukları finansmanın sağlanması için işverenler tarafından avans olarak ödeme yapılmaktadır.⁸³ Avans olarak ödenen tutarlar, yüklenici veya tedarikçi yükümlülüklerini yerine getirdikçe hakkedişlerinden mahsup edilmek suretiyle işveren tarafından geri tahsil edilir⁸⁴. Avans olarak ödenen tutarların işverene geri döneceğinin garantisi, avans teminat mektupları ile sağlanmaktadır.

Avans teminat mektuplarında, kesin teminat mektubuna benzer bir şekilde, lehtarın temel borç ilişkisine aykırı davrandığı hallerde de bankanın ödeme yükümlüğü doğacağı yönünde kayıtlar yer almaktadır. Bu tür ifadelere rağmen, avans teminat mektuplarının kesin teminat mektubu yerine kullanılması mümkün değildir⁸⁵.

⁸² Bertrams, s. 32.

⁸³ Bertrams, s. 32.

⁸⁴ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 144.

⁸⁵ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 145; Doğan (Teminat), s. 91; Yarg. 11. HD, T. 12.10.2022, E. 2021/1364, K. 2022/6906, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2021-1364.htm&kw=`avans+teminat+mektupları`+garanti&cr=yargitay#fm> (E. T.: 01.07.2023)

C. Süreye Göre Yapılan Ayrım

Öğretide banka teminat mektupları, vadeli teminat mektupları ve vadeli olmayan teminat mektupları şeklinde ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır. Bir teminat mektubunun bu ayrımındaki yeri, garantör bankanın sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresinin belirlenmesinde özel önem arz etmektedir⁸⁶. Bankanın sorumluluğuna ilişkin olarak süre sınırı getirilen teminat mektupları vadeli olarak nitelendirilmekte olup, eğer herhangi bir süre sınırlaması yoksa vadeli olmayan teminat mektubu söz konusu olacaktır⁸⁷.

1. Vadeli Teminat Mektubu

Bankanın sorumluluğunun belirli bir süre ile sınırlandırıldığı vadeli teminat mektuplarında, teminat mektubunun garanti altına aldığı rizikonun, mektup metninde öngörülen süre içerisinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde, bankanın sorumluluğu sona erecektir⁸⁸.

Eğer teminat mektubu metninde, ödeme yükümlülüğünün doğması için öngörülen süre içerisinde hem rizikonun gerçekleşmesi gerektiği hem ödeme talebinde bulunulması gerektiği düzenlenmişse, bankanın ödeme yükümlülüğünün doğması için bu iki şartın birden gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bir başka anlatımla, mektupta öngörülen sürede riziko gerçekleşmiş olmasına rağmen, bu süre içinde muhatap tazmin talebinde bulunmazsa, bankanın sorumluluğu sona erecektir⁸⁹.

⁸⁶ Doğan (Teminat), s. 97.

⁸⁷ Önder, s. 43.

⁸⁸ Doğan (Teminat), s. 98.

⁸⁹ Doğan (Teminat), s. 99.

Ancak, eğer mektup metninde yalnızca öngörülen süre içinde rizikonun gerçekleşmesi gerektiği yönünde bir vade varsa (ödeme talebinin belirli bir vadeden önce ulaştırılması gerektiği yönünde bir kayıt yoksa), bu durumda banka, vade içinde gerçekleşen riziko nedeniyle TBK’da düzenlenen genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre boyunca sorumlu olmaya devam edecektir⁹⁰.

Türk bankacılık uygulamasında genellikle, bankanın ödeme yükümlülüğünün doğabilmesi için hem belirli bir vade içerisinde rizikonun gerçekleşmesi gerektiği hem bu vade içerisinde tazmin talebinin bankaya iletilmiş olması gerektiği yönünde kayıtlar kullanılmaktadır⁹¹.

2. Vadeli Olmayan Teminat Mektubu

Teminat mektubu metninde mektubun geçerli olduğu süre yönünden herhangi bir belirleme yapılmamışsa, vadeli olmayan teminat mektubu söz konusu olacaktır⁹². Bu tür teminat mektuplarında banka, garanti edilen rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren on yıllık genel zamanaşımı süresinin sonuna kadar sorumlu olmaya devam edecektir⁹³.

⁹⁰ Yener Coşkun, s. 122.

⁹¹ Doğan (Teminat), s. 99.

⁹² Önder, s. 44.

⁹³ Doğan (Teminat), s. 99; Yarg. 11. HD, T. 10.11.2015, E. 2014/16685, K. 2015/11819 K., <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2014-16685.htm&kw='vadesiz+teminat+mektubu'&cr=yargitay#fm> (E. T.: 01.07.2023): “(...) Teminat mektuplarının vadeli (süreli) ya da vadesiz (süresiz) olarak düzenlenmeleri mümkündür. Üzerinde belirli bir geçerlilik süresi bulunmayan teminat mektupları vadesizdir. Vadesiz teminat mektuplarında zamanaşımı, bu tür ilişkiler için yasalarda ayrı bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden 10 yıl olup yine genel hükümler uyarınca bu süre alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlayacaktır. Teminat mektubunu düzenleyen banka yönünden borç, riskin gerçekleşmesinden sonra bankadan ödeme talebinde bulunulmasıyla muaccel hale gelecektir. (...)”

Vadesiz teminat mektuplarına ilişkin olarak URDG 758 madde 25(c)'de özel bir düzenleme yer almaktadır⁹⁴. Bu madde uyarınca, URDG 758'in uygulanacağı vadeli olmayan teminat mektuplarında bankanın sorumluluğu, teminat mektubunun düzenlendiği tarihten itibaren üç yılın geçmesi ile sona erecektir. Görüldüğü üzere URDG 758 vadeli olmayan teminat mektubu uygulamasını ortadan kaldırmak amacıyla bir hüküm içermekte olup, bu hüküm emredici nitelikte olmadığından taraflarca teminat mektubunun süresinin üç yıldan fazla olması amaçlanıyorsa bu yönde bir kararlaştırma yapılması mümkündür⁹⁵.

III. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Genel Olarak

Çalışmamızın başında belirttiğimiz üzere Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta, banka teminat mektuplarını kapsamlı olarak düzenleyen pozitif mevzuat hükümleri bulunmamaktadır⁹⁶. Bununla birlikte, Türk hukuku bakımından, TBK'da, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda⁹⁷, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun'da⁹⁸, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda⁹⁹, 4734 sayılı Kamu İhale

⁹⁴ Eğer bir garanti veya kontrgaranti ne bir sona erme tarihi ne de bir sona erme olayı belirtmişse, bu durumda garanti düzenlendiği tarihten itibaren üç yılın geçmesi ile kontrgaranti ise garantinin sona ermesinden itibaren otuz takvim gününün geçmesiyle sona erecektir. Bkz. URDG 758 m. 25(c) "İndirim ve sona erme (*Reduction and termination*)"

⁹⁵ Affaki, G./Goode, R.: Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758, International Chamber of Commerce 2011, s. 365.

⁹⁶ Doğan (Teminat), s. 54.

⁹⁷ RG. 1 Kasım 2005, Sa:25983 (Mükerrer), <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2005/11/20051101M1.htm> (E.T.: 27.07.2023)

⁹⁸ RG. 25 Şubat 1930, Sa:1433, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/1433.pdf> (E.T.: 27.07.2023)

⁹⁹ RG. 14 Şubat 2011, Sa:27846, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214.htm> (E.T.: 27.07.2023)

Kanunu'nda¹⁰⁰ ve 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda¹⁰¹, banka teminat mektuplarına uygulanabilecek nitelikte hükümler bulunmaktadır.

Herhangi bir pozitif düzenlemeye konu olmayan banka teminat mektupları, irade serbestisi ilkesi kapsamında uygulamada ortaya çıkmış sözleşme ilişkileridir¹⁰². Öğretide, Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta teminat mektuplarının hukuki yapısını niteleyen herhangi bir pozitif düzenleme bulunmuyor oluşu da dikkate alınarak, banka teminat mektuplarının, irade serbestisi kapsamında iktisadi hayatın ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla ortaya çıkmış, kişisel teminatlar olduğu vurgulanmıştır¹⁰³.

Milli hukuk sistemlerinde, banka garantilerine ilişkin pozitif düzenlemelerin yer almadığı gerçeği karşısında, MTO tarafından oluşturulan ve çalışmamızın da temel konusunu oluşturan URDG 758'de banka garantilerine ve dolayısıyla banka teminat mektuplarına ilişkin bir kısım düzenlemeler yer almaktadır. Ancak URDG 758'de de teminat mektuplarının hukuki niteliklerine ilişkin bir belirleme yapılmamıştır¹⁰⁴.

Bu açıklamalar ışığında, banka teminat mektuplarının hukuki niteliğine ilişkin öğretide ve yargı kararlarında farklı görüşler bulunmaktadır. Çalışmamızın devamında, teminat mektuplarının hukuki niteliklerine ilişkin olarak öğretide ve yargı kararlarında yer verilen görüşler inceleme konusu yapılmıştır.

¹⁰⁰ RG. 22 Ocak 2002, Sa:24648, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2002/01/20020122.htm> (E.T.: 27.07.2023)

¹⁰¹ RG. 10 Eylül 1983, Sa:18161, <https://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/18161.pdf> (E.T.: 27.07.2023)

¹⁰² Yener Coşkun, s. 22.

¹⁰³ Doğan (Teminat), s. 7.

¹⁰⁴ Koç, H.: *Hukuki Açıdan Banka Teminat Mektupları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 69, Sayı: 2, 2020, s. 571.

B. Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliğine Dair Görüşler

1. Kefalet Sözleşmesi Görüşü

Kefalet sözleşmesi, TBK'nın 581 ila 602. maddeleri arasında düzenlenmiştir. TBK madde 581'de yer alan "Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir" hükmü ile kefalet sözleşmesi tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşıldığı üzere kefalet sözleşmesinin amacı, alacağın güvence altına alınmasıdır¹⁰⁵. Kefalet sözleşmesi kapsamında kefilin, borçlunun alacaklıya karşı olan asıl borcu ifa etmeye zorlanması mümkün olmayıp, kefilin sorumluluğu, borçlunun borcunu yerine getirmemesi halinde alacaklının uğradığı zararların tazmin edilmesidir¹⁰⁶.

Kefalet sözleşmesinin en belirgin özelliği, fer'i nitelikte oluşudur. Bunun anlamı kefalet sözleşmesinin mevcudiyetinin asıl borcun varlığına bağlı olmasıdır¹⁰⁷. Kefaletin fer'i nitelikte olmasına bağlı olarak asıl borcun sona ermesiyle kefalet de sona erer. Ayrıca, kefilin sorumluluğunun asıl borçlunun sorumluluğundan daha fazla olması mümkün değildir. Yine kefaletin fer'i nitelikte olması sebebiyle, asıl borcun ayrıksı tutularak, yalnızca kefalet borcunun bir başkasına temlik edilmesi mümkün olamayacaktır. Bununla birlikte, kefil alacaklıya karşı borçlunun ileri sürebildiği defileri ileri sürmek imkanına sahiptir¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 759 (Özel); Oğuzman/Öz, s. 802; Ayan, S.: Kefalet Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 18.

¹⁰⁶ Akıntürk, T.: Borçlar Hukuku, Ankara 1991, s. 227; Eren (Özel), s. 760; Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 8.

¹⁰⁷ Reisoğlu, S.: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 2 (Kefalet); Eren (Özel), s. 764; Ayan, s. 23; Gümüş, A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Cilt, 1. Baskı, s. 533; Özen, B.: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul 2017, s. 88.

¹⁰⁸ Ayan, s. 26-28; Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2013, s. 1366.

REİSOĞLU'na göre kural olarak tarafların iradeleri ile dahi kefaletin fer'i niteliğini ortadan kaldırmaları mümkün olmayıp, ancak ve ancak taraflarca asıl borç sona erse bile teminat yükümlülüğünün devam edeceği yönünde bir kararlaştırılma yapılmışsa, bu durumda hukuki ilişkinin niteliği değişecek ve çoğunlukla bir garanti sözleşmesi ortaya çıkacaktır¹⁰⁹.

Eski tarihli Yargıtay içtihatlarında, banka teminat mektuplarının hukuki nitelikliğinin kefalet sözleşmesi olduğu yönünde kararlara rastlamak mümkündür¹¹⁰. Banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi olduğu yönündeki görüşe, teminat mektubunu düzenleyen bankanın, temel borç ilişkisindeki alacaklının hiç zarara uğramayacağını taahhüt etmediği; bunun yerine, temel borç ilişkisinin ihlali halinde alacaklının uğrayacağı zararları tazmin etmeyi taahhüt ettiği gerekçesi dayanak gösterilmiştir¹¹¹. Bununla birlikte, banka teminat mektubu metinlerinde yer alan, bankanın “kefil olduğu” yönündeki ifade de banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesine yol açmıştır¹¹².

2. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Garanti sözleşmesi TBK'da özel olarak düzenlenmemiş olmakla birlikte, TBK m. 128'in garanti sözleşmelerine kıyas yolu ile uygulanabileceği kabul edilmektedir¹¹³.

¹⁰⁹ Reisoğlu (Kefalet), s. 3.

¹¹⁰ Yarg. TD, T. 23.01.1968, E. 1967/1558, K. 1968/400: “Teminat mektupları açıklanan münderecatı itibarıyla Borçlar Kanunu'nun 493. Maddesine uygun mahdud 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 (...)”, Doğan (Teminat), s. 8, dn. 7 (naklen).

¹¹¹ Doğan (Teminat), s.8

¹¹² Tekinalp, s.517; Reisoğlu (Kefalet), s.29

¹¹³ Eren (Genel), s.1182-1183. Eren'e göre TBK m. 128'de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme, garanti sözleşmesinden daha dar kapsamlı bir sözleşmedir. Üçüncü kişinin edimini üstlenmede, yalnızca üçüncü kişinin edimi taahhüt edilmekte ve edimin yerine getirilmemesi halinde doğacak zararların

Öğretide genel kabul gören görüş, garanti sözleşmesinin, TBK m. 128’de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenmeden farklı bir nitelik taşımadığı yönündedir¹¹⁴.

Garanti sözleşmelerinin mevzuatta detaylıca düzenlenmemiş olması sebebiyle öğretide ve Yargıtay içtihatlarında farklı şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Tekinalp, garanti sözleşmesini “*garanti edenin, garanti verdiği kişiye belli bir ekonomik başarıyı veya onun devamını veya belli bir tehlikenin gerçekleşmeyeceğini vadettiği ve vaadinin aksinin gerçekleşmesi halinde bundan doğan sorumluluğu yüklendiği tek taraflı bir borç*” sözleşmesi olarak tanımlamaktadır¹¹⁵. Eren ise garanti sözleşmesini “*garanti verenin bir ivaz elde etmek kastı olmaksızın garanti alanı, bir teşebbüse sevk etmek amacı ile teşebbüsün tehlikesini bağımsız olarak üzerine aldığı sözleşme*” olarak tanımlamıştır¹¹⁶. İsviçre hukuku öğretisinde ise garanti sözleşmesinin “*bir tarafın üçüncü bir kişinin üstlendiği edimi ifa edeceğini ya da belirli bir davranışta bulunacağını karşı tarafa taahhüt ettiği ve söz konusu ifanın veya davranışın gerçekleşmemesi durumunda zararı karşılama yükümlülüğü altına girdiği sözleşme*” olarak tanımlandığı görülmektedir¹¹⁷.

tazmin edileceği garanti edilmektedir. Daha geniş kapsamlı olan garanti sözleşmelerinde ise üçüncü kişinin edimi üstlenilmekle birlikte, başkaca fiil ve risklerin de garanti edilmesi mümkündür.; Oğuzman/Öz, s. 801. Oğuzman/Öz, üçüncü kişinin edimini üstlenmenin, garanti sözleşmesinin özel bir türü olduğunu kabul etmekle, garanti sözleşmesi kanunda açıkça düzenlenmediği için, üçüncü kişinin edimini üstlenmeyi düzenleyen hükümlerin kıyas yolu ile garanti sözleşmelerine uygulanabileceğini kabul etmiştir.

¹¹⁴ Yavuz, s. 1438.

¹¹⁵ Tekinalp, s. 510.

¹¹⁶ Eren (Genel), s. 182; Benzer bir tanımlama için bkz. Yarg. 11. HD, T. 15.10.1985, E. 4169/1985, K. 5613/1985: “(...) garanti sözleşmesi fer’i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek içinde değil, fakat onu bir teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır”, Reisoğlu (Kefalet), s. 78 (naklen).

¹¹⁷ Atasoy, K.: *Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, 2019, s. 104.

Öğretide, garanti sözleşmesi, bağımsız (saf) garanti sözleşmesi ve bağımlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesi olmak üzere ikili bir ayrıma tâbi tutulmaktadır¹¹⁸. Garanti veren tarafından, borç ilişkisindeki edimin ifasının garanti edildiği ve edimin ifa edilmemesi halinde doğan zararın karşılanacağı taahhüt edilen garanti sözleşmeleri, kefalet benzeri garanti sözleşmeleridir¹¹⁹. Saf garanti sözleşmelerinde ise garanti veren, garanti alanı, belirli bir davranışa yöneltmek amacıyla, bu davranıştan doğacak riskleri üzerine almaktadır¹²⁰.

Garanti sözleşmesi de kefalet sözleşmesi gibi şahsi teminat sözleşmelerinden olmakla birlikte, bu iki sözleşmenin birbirlerinden farklılıkları mevcuttur. İlk olarak, kefalet sözleşmesinde kefilin borcu fer'i nitelikte iken, garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu asli niteliktedir. Buna bağlı olarak, garanti verenin borcu, kefilin borcundan farklı olarak, asıl borcun mevcudiyetine bağlı değildir¹²¹. Ayrıca, kefil alacaklıya karşı asıl borçlunun sahip olduğu bütün def'ileri ileri sürme hakkına sahip iken, garanti veren asıl borçlunun def'ilerini ileri süremeyecektir¹²². Adi kefalette kefilin sorumluluğuna başvurulabilmesi için kefil aleyhine yapılan takibin semeresiz kalması aranırken, garanti sözleşmesi kapsamında garanti alanın garanti verene doğrudan başvurması mümkündür¹²³. Bunun yanı sıra kefil, ödeme yaptığı oranda kanun gereği

¹¹⁸ Eren (Özel), s. 766; Gümüş, s. 649; Kahraman, Z.: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017, s. 17.

¹¹⁹ Tekinalp, s. 515. Tekinalp, kefalet benzeri garanti sözleşmesini açıklarken, B bankasının, on adet otobüsü, satım bedelini bir yılda 6 eşit taksitler halinde ödemek şartı ile satan S'ye, alıcı A'nın bu borcunu ifa etmemesi halinde, belirli bir meblağa kadar ödemeyi garanti etmesi halini, kefalet benzeri garanti sözleşmelerine örnek olarak göstermiştir; Gümüş, s. 655. Gümüş, banka teminat mektuplarının kefalet benzeri garanti sözleşmesinin en yaygın örneği olduğunu belirtmiştir.

¹²⁰ Kahraman, s. 21; Eren (Özel), s. 766. Eren, turistik bir yerin belediyesi A'nın, orada turistik otel yatırımı yapacak girişimci B'ye 10 yıl süreyle yılda %25 kar garantisi vermesi halinde, A ile B arasında kurulan sözleşmenin bağımsız (saf) garanti sözleşmesi niteliğinde olacağını belirtmiştir.

¹²¹ Eren (Özel), s. 767; Oğuzman/Öz, s. 806; Gümüş, s. 657.

¹²² Reisoglu (Kefalet), s. 79; Oğuzman/Öz, s. 802; Gümüş, s. 657.

¹²³ Reisoglu (Kefalet), s. 79; Eren (Özel), s. 768

asıl borçlunun haklarına halef olmakta iken, garanti veren kanun gereği kendiliğinden böyle bir hakka sahip değildir¹²⁴.

Yargıtay, bir taşıma sözleşmesi kapsamında, taşıma işinin yerine getirilmesini garanti altına almak amacıyla düzenlenen banka teminat mektubunun geri alınmasına ilişkin açılan dava kapsamında, 1967 yılında verdiği İBK’nda banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi olmadığı, garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymuştur¹²⁵. Anılan 1967 tarihli İBK’nın gerekçe kısmında aynen aşağıdaki ifadeler yer verilmiştir: “Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü; esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akitten ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsın vecibesini yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alır”.

Anılan İBK’nın gerekçe kısmındaki bu ifadelerle rağmen, muhtemelen, sonuç kısmında banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğu yönünde bir tespitin yer almaması sebebiyle, Yargıtay daireleri tarafından banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi olduğu yönünde kararlar vermeye devam edilmiştir¹²⁶.

Devam eden süreçte, Yargıtay İBGK 1969 yılında, banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu yönünde bir başka karar daha vermiştir¹²⁷. Bu defa, yukarıda zikrettiğimiz 1969 yılında verilen İBK’nın sonuç kısmında, aynen şu ifadeler yer verilmiştir: “...teminat mektupları mahiyet itibariyle Borçlar Kanununun

¹²⁴ Eren (Özel), s. 768; Oğuzman/Öz, s. 803; Gümüş, s. 657.

¹²⁵ Yarg. İBGK, T. 13.12.1967, T. 1966/16, K. 1967/7 (RG. 5 Nisan 1968, Sa:12867)

¹²⁶ Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 30.

¹²⁷ Yarg. İBGK, T. 11.06.1969, E. 1969/4, K. 1969/6 (RG. 5 Ekim 1969, Sa:13317)

110. maddesinde sözü edilen 3. şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akti olduğuna ve bu sebeple garanti veren bankanın alacaklı gümrük idaresine bu sebeple ödediği parayı fiili taahhüt edilen 3. şahıs mevkiindeki muvakkat ithalatçıdan rücu istemeyeceğine, 11.6.1969 tarihinde yapılan birinci görüşmede oyçokluğuyla karar verilmiştir”.

1969 yılında verilen İBK’nın gerekçe¹²⁸ kısmında, banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabul edilmelerinin sebepleri de açıklanmıştır. Gerekçe incelendiğinde, Yargıtay’ın, banka teminat mektuplarını garanti sözleşmesi olarak kabul etmesindeki temel gerekçenin, hemen hemen her mektup metninde yer alan “ilk yazılı talep üzerine”, “önceden bir ihtarname çekilmesine, hüküm alınmasına ve borçlunun iznine gerek olmaksızın”, “derhal” ödeme yapılacağı yönündeki ifadeler olduğu görülmektedir. Yargıtay’a göre bu ifadeler banka teminat mektubu metninde yer aldığı takdirde, güvenceyi veren bankanın, asıl borçludan daha ağır bir yükümlülük altına girmesi ve kefalette kefilin asıl borçludan daha ağır bir yükümlülük altına girmemesinin mümkün olmamasına bağlı olarak, banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

¹²⁸ Yarg. İBGK, T. 11.06.1969, E. 1969/4, K. 1969/6: “(...) Burada banka gümrük idaresine karşı onun isteği üzerine, hiçbir itiraz dermeyeran etmeden ve hüküm istihsaline mahal kalmadan bu parayı ödemeyi kabul etmekle esas borcun hukuken mevcut, muteber ve dava edilebilir olduğuna dair kefilin Borçlar Kanununun 497. maddesine göre ileri sürmekle mükellef olduğu defileri dermeyeran etmekten feragat etmek suretiyle asıl borçtan müstakil olarak bir taahhüt altına girmiş durumdadır. Asıl borçlu bu defileri dermeyeran etmek hakkını haiz ve kefilde kanunen buna mecbur olduğu halde banka bunları ileri sürmekten feragat etmek suretiyle asıl borçludan daha ağır bir külfet altına girmiş durumdadır. Kefil asıl borçludan daha fazla mükellefiyet altına giremez. Bu sebeple defilerden bidayette feragat bu şarkın hükümsüzlüğünü icap ettirmeyip akdin vasfını tayinde bir kıstas olarak alınması gerekmektedir. Borçlar Kanununun 497. maddesi uyarınca bu şart hükümsüz sayılarak akdin kefalet akdi olarak nitelendirilmesine ilişkin görüş ile sözü edilen (itirazsız ve hükümsüz ödeneceğine) dair şart defilerden feragati tazammun eder bir şart olmayıp, tediye kolaylaştırıcı ve ödenmenin hemen yapılmasını temine matuf bir şart olduğuna ilişkin görüş, çoğunluk tarafından benimsenmeyerek mektubun bu niteliği vasfını tayinine kafi görülmüştür (...)” (RG. 5 Ekim 1969, Sa:13317)

1969 yılında verilen İBK öğretide, Yargıtay'ın yalnızca aslilik-fer'ilik kıstasına göre değerlendirme yaparak banka teminat mektuplarını garanti sözleşmesi olarak kabul etmesi ve diğer kriterleri inceleme konusu yapmaması sebebiyle eleştirilmiş, mektup metninde yer alan ve kararda atıf yapılan ifadelerin, mektubun garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi yönünden tek başına yeterli olmadığı ifade edilmiştir¹²⁹.

Anılan İBK sonrasında, uygulamada istikrarlı bir şekilde banka teminat mektuplarının, TBK m. 128 uyarınca düzenlenmiş üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olarak genel bir kabul gördüğü söylenebilir¹³⁰.

Kanaatimizce, banka teminat mektubunun içeriğinde herhangi bir inceleme yapılmaksızın, doğrudan tüm banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi isabetli olmayacaktır. Bir alt başlıkta detaylıca açıklanan karma nitelik görüşü çerçevesinde, her banka teminat mektubu özelinde inceleme yapılmalı ve bankanın taahhüdünün garanti sözleşmesinin unsurlarını taşıdığının tespiti halinde, incelemeye konu banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

¹²⁹ Yener Coşkun, s. 31.

¹³⁰ Doğan (Teminat), s. 13; Yarg. 11. HD, T. 01.11.2011, E. 2011/2661, K. 2011/14743: “Teminat mektubu, mevzuatımızda açıkça düzenlenmemiştir. Pozitif bir temele dayanmayan teminat mektubu kurumu, ticari hayatın bir gereği olarak ve sözleşme serbestisi kapsamında vücut bulmuştur. Muhatap, lehtar ve garanti eden olmak üzere bünyesinde üçlü bir ilişki içeren teminat mektubu, (doktrinde tartışmalar mevcut olmakla birlikte) esas olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olması nedeniyle bir tür garanti sözleşmesidir. 11.06.1969 Tarih 1969-4 Esas 1969-6 Karar sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da teminat mektubunun mahiyeti itibarıyla BK.nun 110. maddesinde sözü edilen üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir.” (Lale, s. 62.)

3. Karma Nitelik Görüşü

Bu görüşe göre, banka teminat mektuplarının hepsini garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi olarak kabul etmek mümkün olmayıp, her banka teminat mektubu özelinde değerlendirilme yapılması ve metnin içeriğine göre bir sonuca varılması gerekmektedir¹³¹. Bu görüşü savunan yazarlar, bankanın, teminat mektubunu garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi olarak düzenlenmesi gerektiği yönünde herhangi bir düzenleme bulunmadığından bahisle, teminat mektuplarının garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi olarak düzenlenebileceği gibi her iki sözleşme türünün niteliklerini taşıyacak şekilde karma nitelikte de düzenlenebileceğini savunmaktadır¹³².

Kanaatimizce, sözleşmenin konusunu ve içeriğini belirleme yönündeki irade serbestisini, banka teminat mektupları açısından kısıtlayan bir düzenleme bulunmadığı gerçeği karşısında, bankaların teminat mektuplarını hem garanti sözleşmesi hem kefalet sözleşmesi olarak düzenleyebileceğinin kabulü isabetli olacaktır. Bu doğrultuda, banka teminat mektubunun içeriğinde, ifası garanti edilen borcun geçerliliğine bağlı bir taahhüt bulunmuyorsa, teminat mektubunun garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi, aksi takdirde ise kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekecektir¹³³.

Esasında, Yargıtay'ın konumuza ilişkin olarak özel önem arz eden ve yukarıda atıf yapılan 1969 yılında verilen İBK'nda¹³⁴ inceleme konusu teminat mektubu metninde

¹³¹ Başara, İ.: *Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 83, 2009, s. 309.

¹³² Yener Coşkun, s. 32.

¹³³ Tandoğan, H.: *Garanti Mukavelesi*, Ankara 1959, s. 32.

¹³⁴ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu'nun 11.06.1969 T. 1969/4 E. 1969/6 K. sayılı ilamı (RG. 5 Ekim 1969, Sa:13317)

yer alan ifadelerden hareket edilerek, karma görüşe paralel bir şekilde değerlendirilme yapılmış ve ilgili banka teminat mektubu garanti sözleşmesi olarak kabul edilmiştir. Bir başka ifadeyle, Anılan İBK’nda, Yargıtay’ın tüm banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiği yönünde bir tespiti yer almamaktadır. Ancak söz konusu İBK’da, teminat mektubu metninde yer alan “ilk yazılı talep üzerine”, “önceden bir ihtarname çekilmesine, hüküm alınmasına ve borçlunun iznine gerek olmaksızın”, “derhal” gibi ifadeler dikkate alınarak sonuca ulaşılmış olduğu görülmektedir. Kanaatimizce, karma görüş doğrultusunda; bu ifadelerin yer almadığı ve bankanın garanti taahhüdünün asıl borcun geçerliliğine bağlı olduğu şekilde düzenlenen bir teminat mektubunun, kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi de mümkün olabilecektir.

Gerçekten de her ne kadar banka teminat mektupları genelde garanti sözleşmesi olarak nitelendiriliyor olsalar da kefalet sözleşmesi niteliğinde veya hem kefalet hem garanti sözleşmesi niteliğinde banka teminat mektubu düzenlenmesi hukuken mümkün olduğundan, bir banka teminat mektubunun hukuki niteliği tayin edilirken, bankanın garanti taahhüdünün içeriği ve nitelikleri incelenmeli ve tüm bunlar dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır¹³⁵.

4. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü

Bu görüşü savunan yazarlara göre banka teminat mektupları kefalet sözleşmesi niteliğinde olmadığı gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğindeki garanti

¹³⁵ Kahraman, s. 143; Şanlı, C./Nuray, E.: Uluslararası Ticaret Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2000, s. 217.

sözleşmeleri ile de birebir uyuşmamaktadır¹³⁶. Dolayısıyla banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi karması, kendine özgü bir teminat ilişkisi olarak kabulü gerekmekte olup, mevzuatımızda banka teminat mektuplarına ilişkin açık düzenlemeler yer almadığından, kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile banka teminat mektuplarına uygulanması gerekmektedir¹³⁷.

Kanaatimizce, bir banka teminat mektubunun hem garanti sözleşmesinin unsurlarını hem kefalet sözleşmesinin unsurlarını taşıyacak şekilde düzenlenmesi imkân dahilinde olmayacaktır. Zira yukarıda aktardığımız üzere, garanti sözleşmeleri ile kefalet sözleşmeleri arasında belirgin farklar mevcuttur. En temel farklılık, garanti sözleşmesinin asli nitelikte, kefalet sözleşmesinin ise fer'i nitelikte oluşudur. Hal böyleyken, bir banka teminat mektubunun her iki sözleşme türünün unsurlarını ihtiva edecek şekilde düzenlenmesi mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla, aynı banka teminat mektubuna, hem garanti sözleşmesi (TBK m.128), hem kefalet sözleşmesi hükümlerinin (TBK m. 581 vd.) kıyas yolu ile uygulanması fiilen ortaya çıkabilecek bir durum değildir.

Dolayısıyla kanaatimizce, karma nitelik görüşü çerçevesinde, her banka teminat mektubu özel olarak incelenmeli, içerdiği niteliklere göre bir değerlendirme yapılarak ya garanti sözleşmesi ya da kefalet sözleşmesi olduğu sonucuna varılmalıdır.

¹³⁶ Akyazan, S.: Banka ve Ticaret Hukuku ile İlgili İncelemeler, Yargıtay Kararları, Kanuni Mevzuat, Ankara 1972, s. 12.

¹³⁷ Akyazan, s. 12.

İKİNCİ BÖLÜM
MTO’NUN 758 SAYILI TALEP GARANTİLERİ İÇİN BİRÖRNEK
KURALLARI (URDG 758)

I. URDG 758’İN TARİHSEL GELİŞİMİ

A. Genel Olarak

MTO, Birinci Dünya Savaşı sonrasında, Dünya ticaretine ilişkin uluslararası boyutta herhangi bir düzenlemenin henüz bulunmadığı bir dönemde 1919 yılında Paris’te kurulmuştur¹³⁸. MTO, milletlerarası anlaşmalar ile oluşan bir organizasyon değildir; sanayici, tüccar ve finansçıların inisiyatifi ile kurulan tamamen özel nitelikli bir kuruluştur¹³⁹.

MTO’ya üye olmak için herhangi bir sınırlandırma bulunmamakta olup, ticaretin herhangi bir alanında faaliyet gösteren şirketler, meslek örgütleri, işçiler ve işverenler, hukuk büroları, ticaret ve sanayi odaları başta olmak üzere uluslararası ticaret ile ilgisi bulunan tüm hukuk sùjeleri MTO’ya üye olabilmektedir.

MTO’nun amacı, uluslararası ticareti geliştirmek ve kolaylaştırmak olup, bu amaç çerçevesinde MTO, uluslararası ticarete ilişkin örnek kurallar oluşturmakta ve uygulamaya yönelik kararlar yayınlamaktadır¹⁴⁰. Ayrıca MTO, milletlerarası nitelikteki ticari uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünü amacıyla 1923 yılında

¹³⁸ International Chamber of Commerce, “Our Mission, History and Values”, erişim: 25.06.2023, <https://iccwbo.org/about-icc-2/our-mission-history-and-values/>

¹³⁹ Şanlı, C.: Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2016, s. 597 (MÖH).

¹⁴⁰ Özalp, A.: *ICC’nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları – URDG 758*, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları - Makaleler, Ed. Nuray Ekşi, 1. Baskı, İstanbul 2011, s. 3 (Garanti Kuralları).

“Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Divanı (*ICC Arbitration Court*)” adıyla bir divan oluşturmuştur¹⁴¹.

Dünya ticaretine yön veren MTO’nun Paris dışında da üye ülkelerde temsilcilikleri mevcuttur. Bu kapsamda Türkiye’de kurulan MTO Türkiye Milli Komitesi, Türkiye Odalar ve Borsa Birliği bünyesinde çalışmalarına devam etmektedir¹⁴².

Milletlerarası boyuttaki ticari faaliyetlerde, garanti taahhütleri bakımından ülke yasalarındaki farklılıklar ve çoğu zaman ülke yasalarında bu konuda herhangi bir düzenleme yer almıyor oluşuna bağlı olarak ortaya çıkan ihtiyaca cevap vermek üzere MTO harekete geçmiştir.

Garanti taahhütlerine ilişkin olarak MTO tarafından öncelikle, 1978 yılında Akdi Garantiler İçin Birörnek Kurallar (URCG 325) yayınlamıştır. Bu kurallar, teminat mektubunun paraya çevrilmesine ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesinde yetersiz kaldığından çok fazla uygulama alanı bulamamıştır¹⁴³.

URCG 325’in yaygınlaşmaması sebebiyle MTO, 458 sayılı Talep Garantileri İçin Birörnek Kurallar’ı (URDG 458) 1992 yılında yayınlamıştır. Bu kurallar, 1992’den 2009’a kadar yoğun bir şekilde olmasa da kullanılmıştır. 2009 yılında ise MTO Bankacılık Komisyonu toplantısında yapılan ve 50 ülkenin oy kullandığı bir oylama neticesinde, Türkiye’nin de aralarında bulunduğu 49 ülkenin olumlu oyu ile URDG 758 kabul edilmiştir¹⁴⁴. URDG 758 yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2010 tarihinden itibaren ve bugün itibarıyla halen türünün son revizesidir. Çalışmamızın devamında,

¹⁴¹ Şanlı (MÖH), s. 597.

¹⁴² Ekici/Durukanoglu, s. 202.

¹⁴³ Özalp (Garanti Kuralları) s. 3.

¹⁴⁴ Özalp (Garanti Kuralları) s. 4.

URDG 758'den önce MTO tarafından yayınlanan URCG 325 ve URDG 458'e ilişkin genel açıklamalara yer verilecektir.

B. URCG 325

URCG 325, MTO tarafından 20 Haziran 1978'de kabul edilmiştir¹⁴⁵. Toplam 11 maddeden oluşan URCG 325'de; "ihale teminatı (geçici teminat)", "gereği gibi ifa teminatı (kesin teminat)" ve "geri ödeme teminatı (avans teminatı)" olmak üzere üç farklı teminat türüne yer verilmiştir. Bu sebeple URCG 325 sınırlı olarak, ihalelere ilişkin sözleşmesel ilişkilerde uygulama alanı bulabilmiştir¹⁴⁶.

URCG 325'de yalnızca lehtarların endişelerine ve ihtiyaçlarına yönelik düzenlemelere yer verilmiş, muhatabın ve garantörün endişe ve ihtiyaçlarına yönelik düzenlemeler yapılmamıştır¹⁴⁷. URCG 325'in uygulayıcılar tarafından benimsenmesinin önündeki en büyük engel, bu kurallara tâbi olan bir garantide muhatabın tazmin talebinde bulunulabilmesi için bir mahkeme veya hakem heyeti kararı almış olması gerektiği yönündeki düzenleme olmuştur¹⁴⁸. Bu sebeplerle URCG 325 uygulamada kabul görmemiştir. MTO Bankacılık Komisyonu hali hazırda URCG 325'e yayınları arasında yer vermemekte ve URCG 325'in uygulanmasını desteklememektedir¹⁴⁹. Bununla birlikte, eğer taraflar banka teminat mektubuna URCG 325'in uygulanması

¹⁴⁵ Ekşi, N.: *ICC'nın Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bir Örnek Kuralları*, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları - Makaleler, Ed. Nuray Ekşi, 1.Baskı, İstanbul 2011, s. 109 (Kurallar).

¹⁴⁶ Ekşi (Kurallar), s. 110.

¹⁴⁷ Affaki/Goode, s. 19.

¹⁴⁸ Seppala, C.: "A Contractor's View of the URDG", ICC Conference, Paris, 15 Mayıs 2001; konuşmanın tam metni için bkz. <https://fidic.org/sites/default/files/3%20The%20ICC%20Uniform%20Rules%20for%20Demand%20Guarantees.pdf> (E.T.: 25.06.2023)

¹⁴⁹ Affaki/Goode, s. 19.

yönünde iradelerini ortaya koyarlarsa, URCG 325'in garanti ilişkisine uygulanması önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır¹⁵⁰.

C. URDG 458

URCG 325'in başarıya ulaşamamasından gerekli dersleri alan MTO, Bankacılık Komisyonu ile Ticaret Hukuku ve Uygulamaları Komisyonunun delegelerinden seçilen bir grup oluşturmuştur. Bu grup, URCG 325'deki başarısızlığın tekrarlanmaması için garanti ilişkisine dahil olan tüm tarafların hukuki çıkarları arasında denge sağlayan bir metin oluşturmak amacıyla 10 yıl boyunca (1981-1991) çalışmıştır¹⁵¹. Uzun yıllar süren bu çalışmaların sonucunda 28 maddeden oluşan URDG 458, MTO Yönetim Kurulu tarafından Nisan 1992'de yürürlüğe girmek üzere, 20 Aralık 1991'de kabul edilmiştir.

Garanti ilişkisine dahil olan tarafların hukuki çıkarları arasında dengenin sağlanması amacıyla URDG 458 üç farklı esas dikkate alınarak oluşturulmuştur¹⁵². Bunlardan ilki, muhatabın, lehtarın temel borç ilişkisini ihlal ettiğini ispatlamakla yükümlü olmaksızın, yalnızca temel borç ilişkisinin lehtar tarafından ihlal ettiği yönünde beyanda bulunmak suretiyle tazmin talebinde bulunma hakkına sahip olmasıdır. Bugün itibariyle talep garantilerine ilişkin uygulamada, evrensel olarak kabul görmüş olan bu ilke “önce öde, sonra dava et (*pay first, argue later*)” olarak adlandırılmakta olup, bu ilke kapsamında muhatabın haksız bir şekilde tazmin talebinde bulunduğunu

¹⁵⁰ Ekşi (Kurallar), s. 110.

¹⁵¹ Affaki/Goode, s. 20.

¹⁵² URDG 458'de tarafların çıkarları arasındaki dengenin tesis edilebilmesi adına kabul edilen esaslara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Affaki/Goode, s. 20-21.

ve bankadan ödeme aldığını düşünen lehtarın, ödemenin banka tarafından yapılmasını takiben muhataba karşı dava açması mümkündür¹⁵³.

Taraflar arasındaki menfaatler dengesini tesis etmek amacıyla URDG 458’de kabul edilen ikinci esas, URDG 458’e tâbi bir garanti düzenlemesi yönünde bankadan talepte bulunan lehtarın, muhatap ile olan temel borç ilişkisinden doğan def’i ve itirazlara (temel borç ilişkisinin hükümsüz olduğu, sona ermiş olduğu veya muhatabın karşılıklı edimini ifa etmemiş olduğu gibi) dayanma hakkından vazgeçmesidir. Bununla birlikte muhatap, teminat mektubunun tazmini yönünde talepte bulunurken, aksi taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe, lehtarın temel borç ilişkisini hangi açıdan ihlal ettiği yönünde de açıklama yapmalıdır¹⁵⁴.

URDG 458’e hâkim olan bir diğer esas, garantörün bağımsız ve belgeye dayalı bir rolünün olmasıdır. Bu esas kapsamında, garantör, lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinin tamamen dışında kalmakta ve sadece kendisine iletilen belgeleri kontrol ederek, bu belgeler kapsamında ödeme yapmakta veya yapmamaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, URDG 458 kapsamında garantörün, muhatap tarafından kendisine iletilen tazmin talebinin haklılığı veya doğruluğuna ilişkin bir inceleme yapma yükümlülüğü bulunmadığı gibi, lehtar ile muhatap arasındaki uyuşmazlığa ilişkin herhangi bir değerlendirme yapması da gerekmemektedir¹⁵⁵. URDG 458 ile kabul edilen bu esas, bankalar açısından öngörülebilirliği arttırmakta ve tazmin talebine bağlı olarak lehtara veya muhataba karşı, bankanın olası sorumluluğu

¹⁵³ Doğan (Teminat), s. 78.

¹⁵⁴ Affaki/Goode, s. 21.

¹⁵⁵ Reisoğlu, URDG 458’e tabi bir garantide, taraflarca aksi açıkça kararlaştırılmamış ise muhatabın tazmin talebini alan garantörün, ödeme yapmadan önce lehtar ile bilgi ve belge paylaşımında bulunmakla yükümlü olması, lehtara ihtiyati tedbir kararı almak suretiyle garantör tarafından yapılacak ödemeyi durdurma şansı tanıdığından öğretilde eleştirilmiştir. Bkz. Reisoğlu (Teminat Mektupları), s. 523.

bakımından riskleri azaltmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu esasın kabul edilmiş olması, bankaların, tazmin talebinin haklılığı bakımından inceleme yapabilmek amacıyla organizasyonel anlamda fazlaca kaynak ayırmalarının önüne geçmiş ve dolayısıyla teminat mektubu maliyetlerinin daha düşük olmasını sağlamıştır.

Yukarıda açıklanan esasları benimsemek suretiyle teminat ilişkisinin tarafları arasında dengeli kurallardan oluşan URDG 458, bankacılar başta olmak üzere uluslararası hukuk süjelerinin dikkatini çekmiş ve yayın olarak kullanılmıştır. Dünya Bankası dahi garantör sıfatıyla düzenlediği teminat mektuplarında URDG 458'in uygulanacağını belirtmek suretiyle, URDG 458'i aktif olarak kullanmı tır¹⁵⁶.

MTO Bankacılık Komisyonu tarafından 26 Nisan 2007 tarihinde Singapur'da gerçekleştirilen bir toplantıda, URDG 458'in kabul edildiği 1991 yılından itibaren geçen süreçteki gözlemler ışığında, ticaret hayatının güncel ihtiyaçlarını daha iyi bir şekilde karşılayabilmesi için diğer MTO kuralları gibi revize edilmesi gerektiği ifade edilmi tir¹⁵⁷.

URDG 458'in uygulandığı on be  yılı aşkın süre boyunca uygulayıcılardan gelen d n  ler dikkate alınmak suretiyle URDG 458'in daha kapsamlı ve açık (yoruma açık ifadelerden arındırılmış) bir hale getirilmesi gerektiği yönündeki fikir birliği çerçevesinde 35 maddeden oluşan URDG 758 taslağı olu turulmu tur¹⁵⁸. Bu taslak, 3 Aralık 2009 tarihinde Yeni Delhi'de gerçekleştirilen toplantıda MTO Yönetim Kurulu tarafından, 1 Temmuz 2010 tarihinden itibaren yürürlüğe girmek üzere kabul edilmiştir.

¹⁵⁶ Ek i (Kurallar), s. 112.

¹⁵⁷ Affaki/Goode, s. 22.

¹⁵⁸ URDG 458 ile URDG 758 arasındaki farklara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Ekici/Durukano lu, s.117-220

II. URDG 758'E HAKİM OLAN İLKELER

A. Bağımsızlık İlkesi

URDG 758'in konusunu "talep garantisi (*demand guarantee*)" oluşturmaktadır. Talep garantisi düzenleyen garantör banka, teminat mektubu metninde belirtilen şartları sağlayan ödeme talebinin kendisine sunulması üzerine, belirli bir miktarda parayı ödemeyi taahhüt etmektedir¹⁵⁹.

Talep garantisinin en karakteristik özelliği, garanti taahhüdünün, muhatap ile lehtar arasındaki temel borç ilişkisinden ve banka ile lehtar arasındaki teminat mektubunun düzenlenmesini konu edinen ilişkiden bağımsız oluşudur¹⁶⁰. Bu ilke kapsamında talep garantisi, yalnızca teminat mektubu metninde yer alan hükümlere ve/veya atıf yapılmak suretiyle teminat mektubu metnine dahil edilen kurallara tâbidir¹⁶¹. Dolayısıyla talep garantisinde, lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazlar (temel borç ilişkisinin geçersizliği, sona ermiş olması veya muhatabın lehtara karşı edimini ifa etmemiş olması gibi) gündeme getirilemeyecektir. Ayrıca, banka ile lehtar arasındaki teminat mektubunun düzenlenmesine dair ilişki kapsamında kalan (örneğin, lehtarın teminat mektubu masraflarını bankaya ödememiş olması gibi) savunmaların da talep garantisi kapsamında ileri sürülmesi mümkün değildir. Kısacası, garantörün ödeme taahhüdü, garantör ile muhatap arasındaki ilişki haricindeki başka bir ilişkiye dayanan itiraz ve savunmalara bağlı değildir¹⁶².

¹⁵⁹ URDG 758'de "talep garantisi (*demand guarantee*)", ne şekilde isimlendirilmiş veya tanımlanmış olursa olsun, uygun ödeme talebi üzerine ödeme yapma borcu doğuran imzalı taahhüt olarak tanımlanmıştır. Bkz. URDG 758 m. 2 "Tanımlar (*Definitions*)".

¹⁶⁰ Affaki/Goode, s.7

¹⁶¹ Affaki/Goode, s.7

¹⁶² Ekşi (Kurallar), s. 117.

Örneğin, garantör tarafından düzenlenen “*A Şirketinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ifa etmekte temerrüde düşmesi halinde, uğramış olduğunuz zararları 1.000.000,00 TL’ye kadar karşılamayı taahhüt ediyoruz*” şeklindeki bir taahhüt, garantörün ödeme yükümlülüğünün, lehtarın temerrüde düşmesi halinde doğacak olması ve temel borç ilişkisinden bağımsızlığın tam anlamıyla tesis edilmemiş olması sebebiyle “talep garantisi” olarak değerlendirilemeyecektir. Garantör tarafından düzenlenen “*ilk talebiniz üzerine, talep miktarında belirtilen tutarı 1.000.000,00 TL’ye kadar ödemeyi taahhüt ediyoruz*” şeklindeki taahhüt ise bir talep garantisidir. Zira bu taahhütte garantör, temel borç ilişkisi kapsamında başkaca bir şartın gerçekleşmesini aramaksızın yalnızca yazılı talep üzerine ödeme yapmayı taahhüt ettiğinden, garantinin temel borç ilişkisinden bağımsızlığı tesis edilmiş durumdadır.

Garanti sözleşmesi niteliğindeki talep garantilerinin bağımsız niteliği, onları kefalet sözleşmelerinden ayrılmakta olup, kefalet sözleşmesi niteliğindeki bir teminat taahhüdüne URDG 758’in uygulanması mümkün değildir¹⁶³. Yukarıda incelenen, ilk talepte ödeme kaydı içeren banka teminat mektupları¹⁶⁴ talep garantilerine örnek teşkil etmektedir. Şarta bağlı teminat mektuplarında ise, garantör talep üzerine ödeme yapmayı taahhüt etmemekte, ödemenin yapılması belirli şartların gerçekleşmesine bağlanmaktadır. Kanaatimizce URDG 758’in bu tür teminat mektuplarına da uygulanması mümkündür. Ancak şarta bağlı bir teminat mektubuna URDG 758’in uygulanması yönünde kararlaştırma yapan taraflar, URDG 758’in garanti metninde yer alan şartların geçerliliğine ilişkin düzenlemelerine dikkat etmeleri gerekir. Zira

¹⁶³ Affaki/Goode, s. 7; Özalp, A.: Garantiler, URDG ve ISDGP Rehberi, Ed. Nuray Ekşi, İstanbul 2022, s. 4.

¹⁶⁴ Bkz. 1. Bölüm, II, A, 1.

teminat mektubunda öngörülen şart, URDG 758 uyarınca geçersiz ve yazılmamış olarak kabul edilmektedir¹⁶⁵.

Talep garantilerini konu alan URDG 758’de açıkça garanti ilişkisinin, lehtar ile muhatap arasındaki temel borç ilişkisinden bağımsız olduğu kabul edilmiştir. Bağımsızlık ilkesi URDG 758’in “Garanti ve kontrgarantinin bağımsızlığı” başlıklı 5. maddesinde açıkça düzenlenmiştir.

URDG 758’in 5(a) maddesi uyarınca, garanti, doğası gereği temel borç ilişkisinden ve garantinin düzenlenmesine ilişkin başvurudan (lehtar tarafından bankaya yapılan) bağımsızdır. Garantör bu ilişkilerle bağlı veya ilgili değildir. Garantörün garanti kapsamında ödeme yapma taahhüdü, garantör ile muhatap arasındaki ilişki haricinde başka bir ilişkiye dayanan savunma ve itirazlardan etkilenmeyecektir.

Garanti taahhüdünde, garanti konusunu belirlemek amacıyla temel borç ilişkisine yapılan atıflar, garantinin bağımsız oluşunu etkilememektedir¹⁶⁶. Nitekim URDG 758’in 8(d) maddesinde temel borç ilişkisini tanımlayan bir referans numarasının veya başka bir bilginin garanti metninde yer alması tavsiye edilmiştir¹⁶⁷.

URDG’nin 5(b). maddesinde de benzer bir düzenlemeye yer verilmek suretiyle, bağımsızlık ilkesi kontrgaranti ilişkisi bakımından da kabul edilmiştir.

¹⁶⁵ Bkz. 2. Bölüm, II, C.

¹⁶⁶ International Chamber of Commerce, International Standart Demand Guarantee Practice for URDG 758 (ISDGP), Paris 2021, para. 52: URDG 758 m. 8’de ifade edildiği ve URDG 758’e eklenen örnek garanti metinlerinde yer aldığı üzere, garantör tarafından garantiye dayanak teşkil eden temel borç ilişkisinin garanti metninde gösterilmesi tavsiye edilmektedir. Bununla birlikte, garanti metninde temel borç ilişkisine atıf yapılmasının, URDG 758 m. 5’de düzenlenen bağımsızlık ilkesini aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir. Ancak, garanti kapsamında yapılacak ödemenin, temel borç ilişkisi kapsamında gerçekleşebilecek bir olguya bağlanmaması gerektiği (örneğin temel borç ilişkisinin ihlal edilmesi halinde ödeme yapılacağı yönünde bir kaydın yer almaması gerektiği), aksi takdirde teminat ilişkisinin kefalet sözleşmesi olarak yorumlanabileceğine dikkat çekilmiştir.

¹⁶⁷ URDG 758, m. 8 “Talimatların ve garantilerin içeriği (*Content of instructions and guarantees*)”.

B. Belgeler Üzerinden İnceleme Yapılması İlkesi

URDG'nin 6. maddesinde garantörün yalnızca belgeleri dikkate alacağı, temel borç ilişkisinin konusunu oluşturan malların veya hizmetlerin garantörü ilgilendirmediği düzenlenmiştir¹⁶⁸. Bu maddeye göre, garantör yalnızca kendisine ibraz edilen belgelerin garanti metninde ve/veya URDG 758'deki kurallarda belirtilen şartlara uygun olup olmadığını incelemekle yükümlü olup; belgelerin ilgili olduğu mal veya hizmetin tedarik edilip edilmediği veya temel borç ilişkisine herhangi bir aykırılık olup olmadığını incelemek gibi bir yükümlülüğü bulunmamaktadır¹⁶⁹.

Esasında bu ilke, bağımsızlık ilkesinin özel bir görünümünü teşkil etmektedir. URDG'nin 6. maddesinde yer alan düzenleme ile 5. maddede tanımlanan bağımsızlık ilkesi daha somut ve güçlü bir hale getirilmiştir. Gerçekten de ödeme talebini alan garantörün, kendisine sunulan belgeler dışında, özellikle temel borç ilişkisi kapsamında kalan herhangi bir olguyu incelemekle yükümlü olmaması bağımsızlık ilkesinin bir gereğidir¹⁷⁰.

C. Belgeye Dayanmayan Şartların Geçersizliği İlkesi

URDG 758'e tâbi olan bir garantide, garantörün ödeme yapma yükümlülüğünün doğması için ödeme talebine ilave olarak bir veya birden çok belgenin de garantöre sunulması gerektiği yönünde bir düzenleme yapılması mümkündür¹⁷¹. Örneğin,

¹⁶⁸ Ekşi (Kurallar), s. 117.

¹⁶⁹ Affaki/Goode, s. 244.

¹⁷⁰ URDG 758'e tabi bir teminat mektubunda bankanın kendisine sunulan belgeler haricinde inceleme yapmakla yükümlü olmadığına ilişkin bkz. Yarg.11. HD, T. 23.11.2022, E. 2021/3137, K. 2022/8231, <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2021-3137.htm&kw=`teminat+mektubu`+`sarta+bagli`&cr=yargitay#fm> (E. T.: 01.07.2023)

¹⁷¹ Affaki/Goode, s. 6.

lehtarın hangi açıdan temel borç ilişkisini ihlal ettiği yönünde muhatap tarafından düzenlenmiş bir beyanın (*supporting statement*)¹⁷², bir ekspertiz raporunun, mahkeme veya hakem heyeti kararının, ödeme talebi ile birlikte garantöre sunulması gerektiği yönünde bir kararlaştırma yapılabilecektir. Böyle bir durumda, eğer muhatap, ödeme talebi ile birlikte garantide öngörülen diğer belgeyi veya belgeleri garantöre sunmazsa, uygun bir ödeme talebinden söz edilmesi mümkün olamayacağından ödeme talebinin garantör tarafından reddedilmesi gerekecektir.

URDG 758'in "Belgeye dayanmayan koşullar" başlıklı 7. maddesinde, garantinin, söz konusu koşulun sağlandığını gösteren bir belge açıkça belirtilmeden, tarih veya sürenin dolması dışında başkaca bir şarta bağlanamayacağı düzenlenmiştir. Bir başka anlatımla, eğer garanti taahhüdünde, süre dışında herhangi bir şart öngörülecekse, bu şartın mutlaka bir belge ile özdeşleştirilmesi gerekmektedir. Örneğin, "*A Şirketi tarafından yapımı taahhüt edilen inşaatın tamamlanmaması halinde*" olarak belirlenen bir şartın garantide yer alması mümkün olmamakla birlikte, "*İnşaatın tamamlanmadığını gösteren FIDIC müşavir mühendisi tarafından düzenlenen iş ilerleme raporunun*" ödeme talebi ile birlikte ibraz edilmesi halinde ödeme yapılacağı yönünde bir kaydın garanti taahhüdünde yer alması mümkündür¹⁷³. Zira ikinci örnekteki şart, bir belge ile özdeşleştirilmiştir¹⁷⁴.

¹⁷² URDG 758 m. 15(a)'da, muhatapın garantörden ödeme talebinde bulunurken, kural olarak lehtarın temel borç ilişkisindeki yükümlülüğünü hangi açıdan ihlal ettiğini belirten bir beyanı da (*supporting statement*) garantöre sunması gerektiği düzenlenmiştir. Bununla birlikte, URDG 758 m. 15(c)'de, tarafların garantiyi düzenlerken, m.15(a) belirtilen destekleyici beyanın (*supporting statement*) sunulması yönündeki zorunluluğun uygulanmayacağını kararlaştırmalarının mümkün olduğu belirtilmiştir.

¹⁷³ Ekşi (Kurallar), s. 118.

¹⁷⁴ MTO Bankacılık Komisyonu Görüş Numarası TA.568rev (R625): "(...) bir garantinin bağımsız fakat yine de şartlara tabi olabileceğini belirtmek isteriz. Örneğin, bir olayın gerçekleşmesiyle yürürlüğe girecek veya 20. Madde (URDG 758'de 15. madde) gereği ihlal beyanı dahil, bir belgenin ibrazı üzerine ödenecek bir garanti, iş konusu sözleşmeden bağımsızdır. Garantör şartın gerçekleştiğini sözleşme

URDG 758'in "Belgeye dayanmayan koşullar" başlıklı 7. maddesi uyarınca, garanti taahhüdünde, herhangi bir belge ile özdeşleştirilmeksizin süre dışında bir şart öngörülmüşse ve bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediği garantörün kendi kayıtlarından veya garanti taahhüdünde belirtilen bir endeksten de anlaşılamıyorsa, bu durumda söz konusu şart yazılmamış sayılacaktır.

Bu düzenleme, esasında garantörün yalnızca belgeler üzerinden inceleme yapacağı yönündeki ilkenin ve dolayısıyla bağımsızlık ilkesinin bir gereğidir. Nitekim, belgeyle özdeşleştirilmeyen veya garantörün kendi kayıtlarından da teyit edilemeyen şartların geçerli kabul edilmesi, garanti taahhüdü ile temel borç ilişkisi arasında bir bağ kurulmasına ve dolayısıyla bağımsızlık ilkesinin ihlal edilmesine yol açacaktır¹⁷⁵.

III. URDG 758'İN HUKUKİ AÇIDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Milletlerarası ticarete ilişkin kuralları yeknesak hale getirme amacıyla olan MTO'nun, kanun yapma yetkisi olmayan bir özel hukuk organizasyonu olduğu dikkate alındığında, URDG 758'in de aralarında bulunduğu MTO'nun bir örnek kurallarının, pozitif hukuk normu niteliğinde olmadığı kabulü gerekmektedir¹⁷⁶. Zira MTO'nun ticari hayatta uygulama ile gelişen kuralları yazılı hale getirmek suretiyle hazırladığı

şartlarını inceleyerek değerlendirmek zorunda değildir. Öte yandan ilgili belge garanti şartlarına uygunluğu bakımından sadece dış görünüş itibarıyla incelenir. Banka belgenin içeriğinin doğruluğunu inceleyemeyeceği gibi amir de iş konusu sözleşmeye dayalı savunmayla ödemeye karşı çıkamaz.(...)" [Özalp (Garanti Kuralları) s.69 (naklen)]

¹⁷⁵ Affaki/Goode, s. 6.

¹⁷⁶ Doğan, V.; Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 13 (Akreditif).

birörnek kuralların, devletlerin yasama organları tarafından yapılan yasal düzenlemelerden olmadıkları açıktır¹⁷⁷.

Bu duruma paralel olarak, taraf iradeleri ile sözleşmeye dahil edilmek suretiyle taraflar arasında bağlayıcılık kazanan bu kuralların¹⁷⁸, esnek hukuk kuralı (*soft law*) niteliğini haiz olduğu aşıkardır¹⁷⁹.

Milletlerarası kuruluşlar tarafından hazırlanan, kendiliğinden bağlayıcılık ve yaptırım gücü bulunmayan, tarafların iradelerinin mevcudiyeti halinde taraflar arasında bağlayıcı hale gelen standart kurallar, ulusal hukuk düzenlerinin karşıtı olarak, esnek hukuk kuralları olarak tanımlanmaktadır¹⁸⁰.

Esnek hukuk kuralları, devletler tarafından, yaptırım gücüne sahip yasa hükmü haline getirilmemiş, tarafların iradeleri ile sözleşmeye dahil edebildikleri ve böylece aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku daralttıkları araçlardır¹⁸¹. Sözleşmeye dahil edilen esnek hukuk kuralları, düzenledikleri konularda öncelikle uygulanarak, esasa

¹⁷⁷ Ekşi, N.: *Kanunlar İhtilafı Alanında "Incorporation"*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:19, Sayı 1-2, 1999, s. 274-275 (İnkorporasyon).

¹⁷⁸ Ekşi (İnkorporasyon), s. 276; Erdem, B.: *Incoterm'in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:10, Sayı 1-2, 1990, s.70 (Incoterm'in Niteliği); MTO Birörnek kurallarının taraf iradelerinin mevcudiyeti halinde sözleşmenin hükmü haline gelerek uygulama alanı bulabileceğine ilişkin olarak ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, T. 01.11.2004, E. 2004/1535, K. 2004/10618 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2004-1535.htm&kw=ICC+yeknesak&cr=yargitay#fm> (E.T.: 14.07.2023): "(...) Nitekim, somut olayda da,

dava dışı amir bankanın davacıya gönderdiği akreditif açılış küşat mektubunda, İCC (Uluslararası Ticaret Odası, Dünya İş Organizasyonu) 500 sayılı kurallardan bazılarına atıf yapılmıştır. Bu kurallara atıf yapılmakla, bu kurallar her iki banka arasında sözleşme hükmü haline getirilmiş olmaktadır. Bu hükümler arasında, davanın tarafları ve konusu ile ilgili, çözüm gösteren kuralların bulunma olasılığının ele alınması gerekir(...)"

¹⁷⁹ Ekşi, N.: Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2020, s. 2 (Milletlerarası). Ekşi, milletlerarası kuruluşlar tarafından hazırlanan kuralların, devletin yarattığı hukukun (*state made law*, *hard law*) karşılığı olarak, ancak tarafların iradelerinin mevcudiyeti halinde uygulama alanı bulabileceğinden bahisle, *soft law* niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Aynı yönde bkz. Babayev, I.: Uluslararası Ticari Sözleşmeler Hukukunun Yeknesaklaştırılması, 1. Baskı, Ankara 2022, s. 154, 170;

¹⁸⁰ Ağaoğlu, C.: *Incoterms 2020*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt: 40, Sayı 2, 2020, s. 1116.

¹⁸¹ Babayev, s. 154.

uygulanacak hukukun aynı konudaki emredici olmayan hukuk kurallarının (tamamlayıcı ve yorumlayıcı kurallarının) uygulanmasının önüne geçmektedir. Esasa uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olan, taraflarca sözleşme hükmü haline getirilmiş esnek hukuk kurallarının, bu aykırılık sebebiyle uygulanması mümkün olmayacaktır.

MTO'nun bağlayıcı ve yaptırım gücü olan, normatif kurallar koyma yetkisini haiz bir kuruluş olmadığı gerçeği karşısında, URDG 758 ve diğer MTO bir örnek kurallarının, taraflarca atıf yapılması durumunda sözleşme hükmü olarak uygulama alanı bulabilen esnek hukuk kuralları olduğu kabul edilmelidir¹⁸². Nitekim, çalışmamızın devamında detaylıca incelenecek¹⁸³ olan URDG 758 m. 1(a)'da bu kuralların, taraflarca kararlaştırılmış olmaları halinde uygulama alanı bulacağı kabul edilmiştir.

MTO'nun birörnek kurallarının *lex mercatoria* niteliğinde olduğu öğretide savunulan baskın görüş olmakla birlikte¹⁸⁴, bu kuralların hukuki niteliklerine ilişkin olarak savunulan başkaca görüşler de mevcuttur. Birörnek kuralların hukuki niteliği konusunda ileri sürülen görüşleri üç başlık altında toplamak mümkündür.

A. Genel İşlem Şartı Görüşü

MTO tarafından yayınlanan birörnek kuralların genel işlem şartı olduğu yönündeki görüş, birörnek kuralların pozitif hukuk kuralı veya örf ve âdet hukuku kuralı olarak

¹⁸² Yener Keskin, C.: Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Lex Mercatoria'nın Uygulanması, 1. Baskı, İstanbul 2022 s. 93.

¹⁸³ Bkz. 2. Bölüm, IV, B, 3.

¹⁸⁴ Yener Keskin, s. 90; Aygül, M.: Milletlerarası Ticareti Sözleşmelerde Lex Mercatoria'nın Uygulanması, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 3-4, 2004, s. 68; Doğan (Teminat), s. 17.

doğrudan uygulanma imkanları bulunmadığı yönündeki tespite dayandırılmaktadır¹⁸⁵.

Bu görüşü savunan yazarlara göre, birörnek kurallar yalnızca, tarafların bu kuralların uygulanacağı yönünde iradelerinin mevcudiyeti halinde uygulanabilecek olup, bu sebeple birörnek kuralların genel işlem şartı niteliğinde olduğunun kabulü gerekmektedir¹⁸⁶. Ayrıca, birörnek kuralların, sözleşmenin kurulmasından önce birden çok sözleşmede kullanılmak üzere hazırlandıkları ve karşı tarafa sunuldukları dikkate alındığında, genel işlem şartının mevcudiyeti için aranan tüm şartların bu kurallarda mevcut olduğu değerlendirilmelidir¹⁸⁷.

Kanaatimizce, bir kurallar bütününün genel işlem şartı olarak kabul edilmesi için, soyut ve genel nitelikte olması ve sözleşmenin yalnızca bir tarafınca önceden tek yanlı olarak hazırlanıp karşı tarafa sunulması gerektiği dikkate alındığında¹⁸⁸; MTO tarafından hazırlanan, teminat mektubu ilişkisinde tarafların hak ve yükümlülükleri ile prosedürün ne şekilde işleyeceğini düzenleyen kuralların, genel işlem şartı olarak kabul edilmesi isabetli olmayacaktır¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Şit, B.: *Kanunlar İhtilafı Hukukunda Akreditif ve Milletlerarası Ticaret Odasının Akreditife İlişkin Yeknesak Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:21, Sayı 1-2, 2011, s. 114.

¹⁸⁶ Akyazan, s. 157; Ekşi (Milletlerarası), s. 71; Doğan (Akreditif), s. 16; Tekinalp, s. 571.

¹⁸⁷ Doğan (Akreditif), s. 16.

¹⁸⁸ Eren (Genel), s. 219; Kılıçoğlu, s. 166-168; Aydoğdu, M.: *Genel İşlem Koşulları Şerhi*, 1. Baskı, Ankara 2018, s. 71-108.

¹⁸⁹ Şit, s.115; Kuyucu, S.: *Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler)*, İstanbul 2011, s.15. Kuyucu, *Incoterms* açısından değerlendirme yapmış, genel işlem şartından bahsedebilmek için önceden oluşturulan şartların sözleşmenin bir tarafınca diğer tarafına kabul ettirilmesi gerektiğini, ancak *Incoterms*'ün tarafların menfaatlerini farklı şekillerde karşıladıklarını ve dolayısıyla genel işlem şartı olarak kabul edilemeyeceklerini belirtmiştir.

B. Ticari Örf ve Adet veya Teamül Görüşü

1. Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından Değerlendirme

Yukarıda açıklandığı üzere, URDG 758 dahil olmak üzere MTO'nun çeşitli alanlara ilişkin yayınladığı birörnek kuralların, taraf iradelerinin varlığı halinde uygulama alanı bulacağı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hâkim veya hakem tarafından, esasa uygulanacak hukuk kapsamında, URDG 758'in ticari örf ve âdet veya teamül olarak kabul edilmesi halinde, tarafların bu yönde bir iradesi olmasa dahi, esasa uygulanacak hukukun ticari örf ve adete veya teamüle tanıdığı etki çerçevesinde URDG 758'in uygulama alanı bulabileceği öğretide ve uygulamada kabul edilmektedir¹⁹⁰. URDG 758 haricinde diğer MTO kurallarının da taraflarca atıf yapılmayan hallerde dahi uygulama alanı bulabildiği örneklerle karşılaştırmalı hukukta rastlamak mümkündür¹⁹¹.

Esasında MTO, URDG 758'in uygulanmasının yalnızca taraf iradelerinin bu yönde olduğu durumlar ile sınırlı olmaması, dolayısıyla daha yaygın olmasını istemektedir. Zira URDG 758 için düzenlenen birinci ve ikinci taslakların ilk maddesinde *“Bu kurallarda yer alan herhangi bir düzenleme, kurallara atıf yapılmış olmasa dahi, uygulanacak hukuk kapsamında kuralların ticari adet veya taraflar arasında süre gelen teamül olarak kabul edilmesine bağlı olarak doğan etkilerini ortadan*

¹⁹⁰ Affaki/Goode, s. 35.

¹⁹¹ Alman hukukunda, MTO tarafından akreditiflere ilişkin olarak hazırlanan birörnek kurallar olan UCP'nin ticari teamül olarak kabul edildiği ve Alman hukukunda yer alan ticari teamüllerin normatif karaktere sahip olduğu yönündeki düzenleme gereği, taraflarca atıf yapılmasa dahi bu kuralların doğrudan uygulandıkları görülmektedir. Bkz. Doğan (Akreditif), s. 15; İsviçre mahkemesi bir kararında, MTO tarafından milletlerarası nitelikteki ticari satımlara uygulanmak üzere hazırlanan *Incoterms*'ü taraflarca atıf yapılmış olmamasına rağmen, yorum aracı olarak kabul etmiştir. Bkz. Özkan, I.: *Yeni Lex Mercatoria'nın Tanımı ve Kapsamı*, Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları, Ed.: Işıl Özkan, Ceyda Süral Efeçınar, Bengül Kavlak, 1. Baskı, İstanbul 2021, s. 15.

kaldıramaz” ifadesine yer verilmiştir¹⁹². Ancak, MTO Bankacılık Komisyonu’nun 10-13 Mart 2009 tarihlerinde Dubai’de gerçekleştirilen toplantısında, URDG 758’in uygulanacak hukukun izin vermesi halinde ticari örf ve âdet veya teamül olarak uygulanabileceği kabul edilmekle birlikte, taslaklarda yer alan söz konusu hüküm metinden çıkarılmıştır¹⁹³.

Karşılaştırmalı hukukta, URDG’ye atıf yapılmayan banka teminat mektuplarına dahi, URDG’nin ticari teamül olarak uygulanması gerektiği yönünde kararlara rastlanmaktadır.

Brüksel Ticaret Mahkemesi’nin 15 Aralık 1992 tarihinde vermiş olduğu bir kararında¹⁹⁴ incelenen, inşaat sözleşmesi kapsamında yüklenicinin yükümlülüklerini gereği gibi ifa edeceğinin garantisi olarak düzenlenen banka teminat mektubunda, URDG 458 hükümlerinin uygulanacağı yönünde bir karşılaştırma bulunmamaktadır. Dolayısıyla söz konusu hükümler taraflarca enkorpare edilmemiştir. Buna rağmen Mahkeme, ilgili banka teminat mektubunda, garanti taahhüdünün sona ermesi için hem bir olayın kararlaştırılmış olduğunu (inşaatın teslimi olgusu) hem belirli bir vade tarihinin öngörüldüğünü (31 Temmuz 1988) belirterek, URDG 458 m. 22’deki düzenlemeyi gerekçe göstermek suretiyle, garanti taahhüdünün sona ermesi için öngörülen olaydan veya vade tarihinden hangisi önce gerçekleşmişse o tarihte garanti taahhüdünün sona ermiş olacağını kabul etmiştir. Bu karardan anlaşıldığı üzere, Brüksel Ticaret Mahkemesi, URDG 458’in milletlerarası ticari teamül niteliğinde

¹⁹² Affaki/Goode, s. 35.

¹⁹³ Affaki/Goode, s. 35.

¹⁹⁴ Brüksel Ticaret Mahkemesi, 1992, (S.A. Fabricom and S.A. Laurent Bouillet Ingénierie v. Générale de Banque and ACEC Union Minière) Bkz. Affaki/Goode, s. 438.

olduğunu kabul etmek suretiyle, açıkça banka teminat mektubu metnine enkorpare edilmediği hallerde dahi uygulanabileceğini kabul etmiştir.

Çin Halk Cumhuriyeti Temyiz Mahkemesi'nin 1998 yılında vermiş olduğu bir kararı¹⁹⁵ da konumuz bakımından özel önem arz etmektedir. İlgili kararda uyuşmazlık konusu, Çin'deki alıcının İtalya'daki bir satıcıya, aralarındaki satış sözleşmesi kapsamında avans olarak ödediği tutarı garanti altına almak üzere İtalya'da bulunan bir banka tarafından düzenlenen bir avans teminat mektubudur. Söz konusu teminat mektubunda URDG'ye atıf yapılmamış ve ayrıca uygulanacak hukuk ile yetkili mahkemelere ilişkin de bir düzenleme yapılmamıştır. Yüksek Mahkeme kararında, uyuşmazlık konusu teminat mektubu metni incelenmek suretiyle söz konusu teminat mektubunun bir "talep garantisi" olduğu sonucuna varılmış ve aynen şu ifadelere yer verilmek suretiyle, URDG'nin milletlerarası teamül olarak teminat mektubuna uygulanması gerektiği kabul edilmiştir: *"MTO'nun Talep Garantileri İçin Birörnek Kuralları milletlerarası ticari teamül olarak uyuşmazlığa uygulanmalıdır. URDG uyarınca, garantörün garanti kapsamındaki yükümlülüğü, kendisine sunulan yazılı talep ve garantide belirlenmiş olan diğer belgeler mukabilinde ödeme yapmaktır. Somut olayda, muhatabın, garantinin sona erdiği tarihten önce uygun bir ödeme talebinde bulunduğu uyuşmazlık konusu değildir. Bu durumda garantörün ödeme yapmış olması gerekmekte olup, aksi takdirde sözleşmesel yükümlülüğünün ihlali sebebiyle sorumluluğu doğacaktır."*

Bu örneklerden anlaşıldığı üzere, karşılaştırmalı hukukta, banka teminat mektubunun esasına uygulanacak olan hukukta milletlerarası ticari teamüllere tanınan etki

¹⁹⁵ Çin Halk Cumhuriyeti Temyiz Mahkemesi, 1998, (Banca Commerciale Italiana V. Jiangsu Liyang Shafeite Non-woven Co. Ltd. Civil Ruling (1998), Jing Zhong Zi No. 289) Bkz. Affaki/Goode, s. 448.

doğrultusunda, URDG 758’e açıkça atıf yapılmış olmasa dahi, URDG 758’in milletlerarası ticari teamül olarak kabul edilmek suretiyle uygulama alanı bulabileceği kabul edilebilmektedir.

Çalışmamızın devamında, banka teminat mektuplarında esasa uygulanacak olan hukukun Türk hukuku olarak belirlendiği durumlarda, URDG 758’in ticari örf ve âdet hukuku veya teamül olarak kabul edilebilip edilemeyeceği; varılacak sonuca göre etkileri inceleme konusu yapılacaktır.

2. Türk Hukuku Bakımından Değerlendirme

a. Banka Teminat Mektubundan Doğan Uyuşmazlıklarda Türk Hukukunun Uyuşmazlığın Esasına Uygulanması

URDG 758 madde 34’de¹⁹⁶, banka teminat mektuplarından doğan uyuşmazlıklarda esasa uygulanacak hukuka ilişkin özel bir düzenleme yer almaktadır. Bu maddeye göre, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe garanti, garantiyi düzenleyen garantörün şubesinin veya ofisinin bulunduğu yer hukukuna tabi olacaktır. Benzer bir düzenleme, kontrgarantiler için de öngörülmüştür. Söz konusu maddede yer alan, “taraflarca kararlaştırılmadığı müddetçe” ifadesi URDG 758’in irade muhtariyeti kapsamında öncelikle tarafların iradelerini esas aldığını açıkça göstermektedir.

Taraflarca URDG 758’in uyuşmazlığa uygulanacağı kararlaştırılmış olsun veya olmasın, esasa uygulanacak hukuk bakımından seçim yapılmamışsa, yabancı unsurlu banka teminat mektubundan doğan bir uyuşmazlık önüne gelen Türk hâkimi, MÖHUK

¹⁹⁶ URDG 758, m. 34 “Uygulanacak Hukuk (*Governing Law*)”.

madde 24 kapsamında değerlendirme yapmalıdır. Bu madde kapsamında yine öncelikle taraflarca bir hukuk seçimi yapılmışsa, seçilen hukuk uyuşmazlığa uygulanacaktır. Eğer taraflarca hukuk seçimi yapılmamışsa, bu durumda esasa uygulanacak hukuk MÖHUK madde 24/4’de yer alan karakteristik edim karineleri dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir¹⁹⁷.

Banka teminat mektubu ilişkisinde karakteristik edim, garantör bankanın edimi olduğundan MÖHUK madde 24/4 kapsamında, garantör banka ile muhatap arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk, garantör bankanın mutat mesken veya yerleşim yeri hukuku olarak belirlenmelidir¹⁹⁸. Bu açıklamalar ışığında, somut uyuşmazlığın kaynağı olan, yabancı unsurlu banka teminat mektubu, Türkiye’de konumlu bir banka tarafından tanzim edilmişse, muhatap ile garantör banka arasındaki bu uyuşmazlığın esasına Türk hukuku uygulanmalıdır.

b. Türk Hukukunda Ticari Örf ve Adetler ile Teamüllere İlişkin Düzenlemeler

Hukukun kaynakları, yazılı kaynaklar ve yazılı olmayan kaynaklar şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Yazılı kaynaklar Anayasa, kanunlar, kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, yönetmelikler, içtihadı birleştirme kararları, uluslararası anlaşmalardır. Yazılı olmayan kaynak ise örf ve âdet hukukudur¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Toker, G.: *Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Özel S., 2010, s. 991-1052.

¹⁹⁸ Doğan (Teminat), s. 245.

¹⁹⁹ Öztan, B.: *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, Ankara 2005, s. 107.

TMK m. 1/1’de kanunun sözü ve özüyle değindiği bütün konulara uygulanacağı belirtilmiş, ardından TMK m. 1/2’de kanunda uygulanabilir bir hüküm bulunmaması halinde hâkimin örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermesi gerektiği belirtilmiştir. Bu düzenleme ile Türk hukukunda boşluk olduğu hallerde, hâkimin bu boşluğu öncelikle örf ve âdet hukukuna göre doldurması gerektiği kabul edilmiştir²⁰⁰. Bir başka ifadeyle, TMK m. 1 uyarınca hâkimin, öncelikle uyuşmazlığı çözmek amacıyla kanunlarda bir düzenleme araması, eğer uyuşmazlığa uygulanacak bir kanun bulamazsa, uyuşmazlığa ilişkin örf ve âdet kuralı araması gerekmektedir. Dolayısıyla, hâkim, bu sıralamadan farklı şekilde, kanunlarda uyuşmazlığa uygulanacak bir düzenleme olmasına rağmen, doğrudan örf ve âdet hukukunu uygulayamayacaktır.

Ticaret hukuku alanında ise durum daha farklıdır. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda (TTK)²⁰¹ yasa koyucunun, ticari örf ve âdet ile ticari teamül olmak üzere iki farklı kavram kullandığı görülmektedir. Yasa koyucu tarafından ticari örf ve âdete hukuk kaynağı niteliği tanınmış, teamüller ise irade beyanlarının yorumlanmasında yardımcı kaynaklar olarak kabul edilmiştir²⁰².

TTK m. 1/2’de mahkemenin, hakkında ticari bir hüküm bulunmayan işlerde, ticari örf ve adete, bu da yoksa genel hükümlere göre karar vereceği hüküm altına alınmıştır. Ticari örf ve âdet başlıklı TTK m. 2/1’de ise, teamüller ile ticari örf ve adetlerin farklı kavramlar olduğu açıkça ortaya konulmak suretiyle, kanunda aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ayrıca ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmediği

²⁰⁰ Öztan, s. 142; Oğuzman, K./Barlas, N.: Medeni Hukuk, 27. Baskı, İstanbul 2021, s. 105; Serozan, R.: Medeni Hukuk, 7. Baskı, İstanbul 2017, s. 105.

²⁰¹ RG. 14 Şubat 2011, Sa:27846, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110214.htm> (E.T.: 27.07.2023)

²⁰² Tekil, F.: Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1997, s. 36.

müddetçe, teamüllerin mahkemenin yargısına esas olamayacağı, ancak tarafların iradelerinin yorumunda esas alınabileceği hüküm altına alınmıştır.

Arkan²⁰³, ticari örf ve âdet kurallarını, uzun zamandan beri uygulanan ve bunun sonucunda toplumda -ya da en azından ilgili çevrelerde- uyulmasının zorunluğu olduğu yönünde yaygın bir inancın yerleşmiş olduğu kurallar olarak tanımlamıştır. Karahan²⁰⁴ da benzer bir tanımlama yaparak, uzun zamandır uygulana gelen ve ona uyulmasının zorunlu olduğu şeklinde halkta genel bir inanış oluşan, yazılı olmayan ticari uygulamaların, ticari örf ve adeti oluşturacağını belirtmiştir. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, bir kuralın, ticari örf ve âdet kuralı olarak kabul edilebilmesi için iki farklı özelliği bir arada taşıması gereklidir. Bunlardan ilki, ticari ilişkilerde aynı olay karşısında sürekli ve kesintisiz olarak uygulanıyor olmasıdır. Diğeri ise ticari ilişkinin taraflarında, kurala uymanın zorunlu olduğu yönünde bir inanç kazanılmış olmasıdır²⁰⁵.

Ticari teamüller ise örf ve âdet kuralı seviyesine çıkamayan, fiili alışkanlıklardır²⁰⁶. Ticari teamüller, kanunda açıkça aksi yönde bir düzenleme olmadığı müddetçe hükme esas alınabilecek objektif hukuk kuralı niteliğinde değildir. Ticari teamüller yalnızca taraf iradelerinin yorumlanmasında dikkate alınabilecektir²⁰⁷. Yine bu doğrultuda uluslararası nitelikteki ticari teamüller, uluslararası sözleşmelerin yorumunda rol alacaktır²⁰⁸.

²⁰³ Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2018, s. 100.

²⁰⁴ Karahan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2004, s. 61.

²⁰⁵ Tekil, F.: s. 36; Şener, H.: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 109; Kayıhan, Ş.: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 107.

²⁰⁶ Tekinalp, s.62; Arkan, s. 103.

²⁰⁷ Tekinalp, s.62; Arkan, s. 103; Kayıhan, s. 109; Şener, s. 112.

²⁰⁸ Eriş, G.: Ticari İşletme ve Şirketler, Cilt 1, 1. Baskı, İstanbul 2013, s. 294.

TTK’da ticari örf ve adetler ile teamülleri birbirlerinden ayırmak için herhangi bir kıstasa yer verilmemiştir. Öğretide ise bir teamülün, yani fiili alışkanlığın, ticari örf ve âdet seviyesine çıkabilmesi için; uzun süredir uygulanmış olması ve söz konusu alışkanlığa uyma zorunluluğu yönünde toplumda inanç gelişmiş olması gerektiği belirtilmektedir²⁰⁹.

c. Türk Hukuku Kapsamında URDG 758’in Ticari Örf ve Adet veya Teamül Niteliğinin İncelenmesi

Örf ve âdet kurallarının uzun zaman içerisinde kendiliğinden oluşan kurallar olduğu dikkate alındığında, URDG 758’in de aralarında bulunduğu, MTO tarafından sektörün ihtiyaçları doğrultusunda şekillendirilen ve belirli aralıklarla güncellenen MTO birörnek kurallarının, örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmesi mümkün değildir²¹⁰. URDG 758’in 2010 yılında kabul edilmesinden önce, teminat ilişkilerine dair MTO, 1978 yılında URCG 325’i, 1992 yılında ise URDG 458’i yayınlamıştır. Teminat ilişkilerine uygulanmak üzere MTO tarafından yayınlanan birörnek kuralların, sektörün ihtiyaçları doğrultusunda belirli aralıklarda revize edilmesi, bu kuralların ticari örf ve âdet olarak kabul edilmesinin önüne geçmektedir.

Öğretide, MTO tarafından yayınlanan birörnek kuralların, ticari örf ve âdet hukuku olarak kabul edilemeyeceği yönünde değerlendirme yapılırken ileri sürülen bir diğer gerekçe, uygulama şekli bakımından birörnek kuralların örf ve âdet hukuku

²⁰⁹ Poroy, R., Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2001, s.86; Tekil, s. 36; Bozer, A./Göle, C.: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021, s. 49.

²¹⁰ Doğan (Akreditif), s.14; Şit, s. 114. UCP açısından değerlendirme yapan Şit, bu kurallar bakımından uzun süre uygulanma şartının gerçekleşmiş olduğunu ancak, bu kurallara uyulmasının zorunlu olduğu yönünde genel bir kanaat var olup olmadığı kuşku olduğundan, kuralların örf ve âdet hukuku olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

kurallarından ayrılıyor oluşudur. Bu görüşe göre, MTO'nun birörnek kuralları yalnızca tarafların iradelerinin mevcudiyeti halinde uygulama alanı bulabilmekteyken, örf ve âdet hukuku, uyuşmazlığa uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde, taraf iradelerine gerek olmaksızın uygulanmaktadır²¹¹. Kanaatimizce, MTO'nun birörnek kurallarının örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmemesi isabetli olmakla birlikte, gerekçesi bu şekilde olamayacaktır. Zira, MTO tarafından yayınlanan bir örnek kuralların, ticari örf ve âdet olarak kabul edilmesi halinde, söz konusu birörnek kurallar da uyuşmazlığa uygulanacak bir hüküm bulunmaması halinde doğrudan uygulanır hale gelecektir. Örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmenin şartları arasında, uyuşmazlığa uygulanacak hüküm bulunmaması halinde doğrudan uygulanma gibi bir şart yer almamaktadır. Bu durum, örf ve âdet hukuku olmanın şartı değil sonucudur. Dolayısıyla, birörnek kuralların, uyuşmazlığa uygulanacak bir hüküm bulunmadığı hallerde doğrudan uygulanmadıkları gerekçesiyle örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmemesi, kanaatimizce isabetli bir gerekçe değildir. MTO tarafından yayınlanan birörnek kuralların örf ve âdet hukuku olarak kabul edilmemesinin gerekçesi, bu kuralların sektörün ihtiyaçları doğrultusunda belirli periyotlarda revize ediliyor olmalarıdır.

Aksi yönde görüşler mevcut olmakla birlikte²¹², kanaatimizce ticari örf ve âdet seviyesinde olmayan MTO'nun birörnek kuralları, ticari teamül niteliğindedir²¹³.

²¹¹ Ağaoğlu, s. 1120; Kuyucu, s. 15.

²¹² Ekici/Durukanoglu, s. 212. Yazarlar, URDG 758'in ne örf ve âdet hukuku ne ticari teamül olarak kabul edilebileceğini belirtmişlerdir.; Ağaoğlu, s. 1120. Ağaoğlu, *Incoterms* açısından değerlendirme yaparak, bu kuralların ancak sözleşmeye dahil edilmeleri halinde uygulanabilecek olmasını gerekçe göstererek, ticari teamül niteliğinde olmadığını belirtmiştir.; Kuyucu, s. 17. Kuyucu, *Incoterms*'ün geçmiş olduğu revizyonlar sebebiyle, uzun süre boyunca uygulanır olma şartını taşımadığından, ticari teamül olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

²¹³ Tekinalp, s. 62. Yazar, MTO tarafından oluşturulan UCP'nin bankacılıkla ilgili ticari teamüllere ilişkin ilgi çekici bir örnek olduğunu belirtmiştir.; Oğuz, A.: *Lex Mercatoria*, Ankara 2004, s. 104. Oğuz,

Nitekim öğretide, MTO tarafından yayınlanan birörnek kuralların, milletlerarası ticari teamül ve uygulamalar kodifiye edilmek suretiyle oluşturulduğu kabul edilmektedir²¹⁴. Zira karşılaştırmalı hukuk uygulamasında da URDG 758'in ticari teamül olarak kabul edilmek suretiyle, uyuşmazlıklara doğrudan uygulandığı veya taraf iradelerinin yorumunda dikkate alındığı örneklerle rastlamak mümkündür²¹⁵.

Türk hukukundaki uygulamaya bakıldığında, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 21.05.2014 tarihinde vermiş olduğu, 2013/927 E. 2014/9496 K. sayılı ilamından²¹⁶ anlaşıldığı üzere, Yargıtay'ın da URDG 458'i ve dolayısıyla URDG 758'i milletlerarası alanda geçerli ticari teamül kuralları olarak kabul ettiği görülmektedir. Türk hukuku kapsamında URDG 758'in hukuki niteliğinin değerlendirilmesi bakımından bu karar özel önem arz etmektedir. İlgili karara konu olayda, Suriye Elektrik Kurumu tarafından düzenlenen ihaleyi kazanan davalıların, bu ihale kapsamında banka teminat mektubu sunmakla yükümlü olması sebebiyle, davacı banka tarafından, Suriye'deki Byblos Bank'a hitaben kontrgaranti teminat mektubu düzenlendiği, söz konusu kontrgaranti teminat mektubu kapsamında davacı bankanın ödeme yapmak zorunda kaldığı belirtilerek, ödenen tutarın davalılardan tahsili talep edilmiştir.

MTO tarafından Incoterms'ün yayınlanmasının objektif hukuk kuralı oluşturmayacağını, bununla birlikte ticari teamüllerin belirlenmesi konusunda önemli bir adım olduğunu, Incoterms'lerin mahkemeler tarafından sözleşme taraflarınca açıkça belirtilmeseler bile, ikincil nitelikte yorum aracı olarak dikkate alındığını belirtmiştir.; Reisoğlu, S.: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, 2. Baskı, Ankara 2009, s.32. Reisoğlu, MTO tarafından akreditiflere uygulanmak üzere yayınlanan UCP'nin, taraflarca atıf yapılmasa dahi, tüm milletlerarası bankacılıkta devamlı olarak uygulandığından hareketle, mahkemeler tarafından taraf iradelerinin yorumlanmasında göz önünde bulundurulabileceğini ifade etmiştir.

²¹⁴ Şit, s. 115; Aygöl, s. 67; Farkı bir değerlendirme için bkz. Ayhan İzmirli (Culpa) s. 270. Ayhan İzmirli, birörnek kuralların uygulamada sıklıkla kullanılmaları halinde ticari teamül olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.

²¹⁵ Bkz. 2. Bölüm, III, B, 1.

²¹⁶ Yarg. 11. HD, T. 21.05.2014, E. 2013/927, K. 2014/9496 <https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2013-927.htm&kw=ICC+garanti&cr=yargitay#fm> (E. T.: 30.06.2023)

Yerel mahkeme tarafından, dosya kapsamında düzenlenen bilirkişi raporu çerçevesinde URDG 458 tartışılmak suretiyle, garanti taahhüdünde bulunan Byblos Bank'ın bu kurallara uygun bir ödeme talebini kontrgarantiyi veren davacı bankaya ulaştırmadığı ve davacı bankanın bankacılık kuralları kapsamında gerekli araştırmayı yapmaksızın ödemede bulunduğu gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı bankanın temyiz başvurusunda bulunması üzerine dosyayı inceleyen Yargıtay ise yerel mahkemenin uyuşmazlık konusu teminat mektubuna URDG'yi uygulamasının hatalı olduğuna karar vermiştir:

“(...) Uluslararası özel hukukta yeknesaklığın ve uyumun sağlanması amacıyla taraf ülkeler arasında çok taraflı anlaşmalar (konvansiyonlar), protokol ve ek protokoller tanzim edilmekte, ulusal meclislerin uygun bulma kanunuyla katılımcı ülkelerin iç hukukunun parçası haline gelen söz konusu sözleşmelerle asgari uygulama birliği sağlanmaktadır. Uygulama birliğini sağlamanın yollarından bir diğeri ise uluslararası ticaret, sigorta ve taşıma birlikleri gibi kurumlar tarafından temelleri belirlenen teamül kurallarıdır. Uluslar arası teamül kurallarının zaman içinde uluslar arası bir konvansiyona dönüşmesi ya da buna zemin teşkil etmesi mümkündür. Davaya konu uyuşmazlıkta bahsi geçen Uluslararası Ticaret Odası (ICC) tarafından yayımlanan Garantiye İlişkin Birörnek Kurallar da garanti hukukuna dair olarak düzenlenen bir uluslar arası teamül kuralıdır.”

Buna karşın somut olayda, davacı tarafından keşide edilen kontrgaranti teminat mektubu içeriğinde, uyuşmazlık halinde Suriye hukukunun uygulanacağını kararlaştırıldığı anlaşılmaktadır. Her ne kadar eldeki

davanın tarafları Türk tabiiyetli şirketler ve gerçek kişilerden oluşmaktaysa da taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümüne etki edecek olan temel husus olan konrgaranti teminat mektubunun usulüne uygun şekilde nakde çevrilip çevrilmediği ve bunun sonucu olarak davacının yaptığı ödemeye dair olarak davalıdan talepte bulunup bulunamayacağının tespitinde, uygulanacak olan hukukun belirlenmesi önem arz etmektedir. Bir başka anlatımla, davanın tarafları arasında yapılmış bir gayrinakdi kredi sözleşmesi kapsamında Türk hukukunun uygulanacağı ve İstanbul mahkemelerinin yetkili olduğu belirlenmiş olsa dahi mevcut nakde çevirme işleminin tabi olduğu hukuk kurallarının ayrıca tespiti gerekmektedir. Nitekim söz konusu teminat mektubu üzerinde ıcc teamül kurallarının uygulanacağına dair bir açıklık bulunmadığı gibi yukarda belirtildiği üzere bilakis teminat mektubu prosedürüne yönelik olarak Suriye hukukunun uygulanması öngörülmüş ancak mahkemece, söz konusu husus üzerinde durulmamıştır. Bu durumda mahkemece, davaya konu konrgaranti teminat mektubunun nakde çevrilmesi sürecine dair olarak uygulanacak hukukun tespiti ile söz konusu işlemlerin tabi olduğu hukuk kuralları kapsamında, usulüne uygun bir başvuru ve nakde çevirme işleminin bulunup bulunmadığının ve bunun sonucu olarak davacının eldeki davayı açmakta haklı olup olmadığının belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde ve gerekçesi gösterilmeden ıcc Garantiye İlişkin Birörnek Kurallarından hareketle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir.”

Görüldüğü üzere Yargıtay, URDG 458’in, garanti hukukuna dair milletlerarası teamül kuralları niteliğinde olduğunu kabul etmiştir. Bununla birlikte Yargıtay, taraflarca

enkorpore edilmemiş olmasına rağmen, yerel mahkemenin URDG 458'i uygulamasını doğru bulmamıştır. Yargıtay, uyuşmazlık konusu teminat mektubunda Suriye hukukunun uygulanacağını kararlaştırılmış olduğunu dikkate alarak, yerel mahkeme tarafından Suriye hukuku kapsamında değerlendirme yapılması gerektiğini işaret etmiştir. Bir başka ifadeyle Yargıtay, URDG 458'in ve dolayısıyla URDG 758'in, garanti hukukuna ilişkin "milletlerarası teamül kuralı" niteliğinde olduğunu kabul etmekle birlikte, bu durumun birörnek kuralların doğrudan uygulanması için yeterli olmadığını, taraflarca atıf yapılmadığı sürece, birörnek kuralların doğrudan uygulanamayacağını kabul etmiştir.

URDG'yi milletlerarası ticari teamül olarak nitelendiren Yargıtay'ın, bu kurallara atıf yapılmaması sebebiyle doğrudan uygulanamayacağı yönündeki yaklaşımı, TTK m. 1 ve 2 hükümleri ile uyumludur. Yukarıda ifade edildiği üzere, Türk hukukunda, TTK m. 1/2'de yer alan düzenleme kapsamında, ticari teamüller, kanunda aksi yönde bir hüküm bulunmadığı müddetçe, yalnızca tarafların iradelerinin yorumlanmasında esas alınabilecektir. Milletlerarası alana ilişkin ticari teamüller ise, milletlerarası nitelikteki sözleşmelerin yorumlanmasında dikkate alınmalıdır²¹⁷.

Milletlerarası nitelikteki banka teminat mektuplarından doğan uyuşmazlığın esasına Türk hukukunun uygulanacağı hallerde, tarafların URDG 758'in uygulanacağı yönünde bir kararlaştırılmaları bulunmuyorsa, TTK m. 1/2'de yer alan düzenleme sebebiyle, URDG 758'in hükme esas alınması mümkün olmayacaktır. Zira URDG 758'in ticari örf ve âdet niteliği bulunmadığından, taraflarca kararlaştırılmayan hallerde, doğrudan uygulanması mümkün değildir. Bununla birlikte, URDG 758'in

²¹⁷ Eriş, s. 294.

milletlerarası ticari teamül niteliğinde olduğu dikkate alındığında, milletlerarası nitelikteki banka teminat mektubundan doğan bir uyuşmazlığa bakan hâkimin, tarafların iradelerinin yorumlanması noktasında yardımcı kaynak olarak URDG 758'den faydalanması kanaatimizce mümkündür.

C. *Lex Mercatoria* Görüşü

Farklı devletlerin hukuk sistemlerine tâbi tacirler arasında kurulan milletlerarası nitelikteki ticari ilişkilerde, hukuk sistemlerindeki farklılıklar ve bu sistemlerin milletlerarası ticari ilişkileri düzenlemekte yetersiz kalmasının yarattığı pek çok sorun bulunmaktadır. Bu durum, milletlerarası ticaretin aktörlerini, kendi kurallarını bizzat belirlemeye itmiş olup, belirlenen bu kurallar çerçevesinde tacirler arasında devamlı olarak tekrarlanan uygulamalar sonucunda milletlerarası ticarete örf, adet ve teamül hukuku kuralları oluşmaya başlamıştır²¹⁸.

Milletlerarası ticarete özgü olan, herhangi bir milli hukuk sistemine bağlı olmaksızın kendiliğinden oluşan bu normlar, bir bütün olarak öğretilde ve uygulamada *lex mercatoria* olarak isimlendirilmektedir²¹⁹. *Lex mercatoria*, arkasında devlet desteği olmaması ve bu kurallara uyulmaması halinde herhangi bir yaptırım mekanizmasının bulunmaması sebebiyle hukuk sistemi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.²²⁰

²¹⁸ Aygöl, s. 45.

²¹⁹ Ercüment, E.: *Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Adetin Önemi*, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiyyörük, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 38.

²²⁰ Ayhan İzmirli, L.: *Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması*, 1. Baskı, Ankara 2017, s. 17 (Müzakere).

Lex mercatoria'nın kapsamına nelerin dahil olduğu ve hangi kaynakların *lex mercatoria* olarak kabul edilebileceği öğretide oldukça tartışmalı olmakla birlikte, bu konuda iki temel görüş savunulmaktadır. Schmitthoff'un öncülüğünü yaptığı sınırlayıcı ve dar yorum yapan görüşe göre, *lex mercatoria*, milletlerarası ticarete herhangi bir hukuk düzenine bağlı olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkan ticari örf ve âdet kurallardan, milletlerarası sözleşmelerden ve model kanunlardan oluşmaktadır²²¹. Goldman'ın temsil ettiği geniş kapsamlı görüşe göre ise, milletlerarası sözleşme hukukunun genel prensipleri, ticari örf ve âdet, uluslararası sözleşmeler, model kanunlar, birörnek kurallar, standart formlar ve şartlar, davranış kuralları ve hakem kararları *lex mercatoria*'yı oluşturmaktadır²²².

URDG 758'in de aralarında bulunduğu MTO tarafından oluşturulan birörnek kuralların, milletlerarası alanda geçerli olan ticari teamüller kodifiye edilmek suretiyle oluşturuldukları dikkate alındığında, bu kuralların *lex mercatoria*'ya dahil olan kaynaklar olduğu kabul edilmelidir²²³.

Öğretide, birörnek kuralların 10-15 yılda bir MTO tarafından günün şartlarına ve ihtiyaçlarına göre hazırlanan ve revize edilen kurallar olduğu, bu sebeple *lex*

²²¹ Özkan, s. 4; Doğan (Akreditif), s. 18; Aygül, s. 60; Güven, K.: *Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:34, Sayı 2, 2014, s. 12.

²²² Özkan, s. 4; Doğan (Akreditif), s. 17; Aygül, s. 60.

²²³ Aygül, s. 68; Can, H.: *Milletlerarası Özel Hukuk*, 6. Baskı, Ankara 2023, s. 145. Can, milletlerarası ticari örf ve âdet ile teamül kurallarının MTO gibi kuruluşlar tarafından kodifiye edildiğini belirterek, *Incoterms* ve UCP'yi bu uygulamaya örnek olarak göstermiştir. Buna bağlı olarak, söz konusu birörnek kuralların, *lex mercatoria* kapsamına dahil olduğunu ifade etmiştir; Durgut, R.: *Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:25, Sayı 1-2, 2005, s. 109. Durgut, eğer MTO'nun ilgili birörnek kuralları ile milletlerarası ticari örf, adet veya teamüller kodifiye edilmiş ise, bu kuralların *lex mercatoria*'nın kaynaklarından biri olarak kabul edilmesi gerektiğini, bununla birlikte eğer MTO'nun ilgili birörnek kuralları ile kodifikasyon değil de yeni bir takım kurallar getiriliyorsa, bu durumda söz konusu birörnek kuralların *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak kabul edilemeyeceğini ifade etmiştir. Bir başka ifadeyle Durgut, tüm MTO birörnek kurallarını doğrudan *lex mercatoria* olarak kabul etmenin doğru olmayacağını, her bir kural bazında inceleme yapılması gerektiğini, aynı zamanda milletlerarası ticari örf, adet veya teamül niteliği olan birörnek kuralların *lex mercatoria*'nın kaynağı olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir.

mercatoria'nın kapsamına dahil olamayacağı da savunulmakla birlikte²²⁴, baskın görüş, MTO tarafından oluşturulan birörnek kuralların *lex mercatoria*'nın kaynaklarından biri olduğu ve *lex mercatoria*'ya dahil olduğu yönündedir²²⁵. Kanaatimizce, yukarıda açıkladığımız üzere milletlerarası ticari teamül niteliğini haiz olan URDG 758'in *lex mercatoria*'nın kaynaklarından biri olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Zira, milletlerarası ticari teamüller, *lex mercatoria*'nın çekirdeğini oluşturmaktadır²²⁶.

URDG 758'in, *lex mercatoria*'nın kaynaklarından biri olduğu dikkate alındığında, *lex mercatoria*'nın devlet mahkemelerinde ve milletlerarası tahkimde uygulama alanı bulabileceği halleri ayrı ayrı incelemek faydalı olacaktır.

²²⁴ Tekinalp, s. 570. Tekinalp, UCP bakımından değerlendirme yapmak suretiyle, her 10-15 yılda bir MTO tarafından günün şartlarına göre "konulmuş" kuralların *lex mercatoria* olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşmıştır; Kuyucu, s. 18. Kuyucu, *Incoterms*'ün ticari örf ve âdetveya teamül olarak kabul edilemeyeceği, bu sebeple *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında da yer almadığını belirtmiştir.

²²⁵ Yener Keskin, s. 96; Özkan, s. 17; Doğan (Akreditif), s. 17; Erdem (Incoterm'in Niteliği), s. 75-76. Erdem, milletlerarası ticaretin aktörleri arasındaki uygulamalardan doğan örf, adet ve tatbikatları yazılı şekilde ortaya koyan kodların, milletlerarası ticaret hukukunun (*lex mercatoria*) en önemli kaynaklarından biri olduğunu belirtmiştir. Buna mukabil, MTO tarafından oluşturulan UCP ve *Incoterms*'ü *lex mercatoria*'nın maddi normları olarak kabul etmiştir.; Yıldırım, C.: *Solid, Liquid and Gas Forms of The New Lex Mercatoria: How Do They Operate in Practice?*, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 22. Yıldırım, hukukun yeknesaklaştırılması kapsamında oluşturulan esnek hukuk kurallarının, *lex mercatoria*'nın vazgeçilmez bir parçası olduğunu ifade etmiştir.; Taşveren, S.: Uluslararası Doğal Gaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 152. Taşveren, MTO tarafından oluşturulan birörnek kuralların, *lex mercatoria*'ya dahil olduğunu belirtmiştir.; Doğan, V./Yılmaz, Ç./Ayhan İzmirli, L.: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, Ankara 2023, s. 405; Çalışkan, Y.: Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 66; Ayhan İzmirli, L.: *Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:37, Sayı 2, 2017, s. 259 (Culpa).

²²⁶ Oğuz, s. 107; Ayhan İzmirli (Müzakere), s. 23; Çalışkan, s. 29.

1. Devlet Mahkemelerinde *Lex Mercatoria*'nın Uygulanması

Devlet mahkemelerinde, *lex mercatoria*'nın uygulanabilmesi iki ihtimalde gündeme gelebilecektir. Bunlardan ilki, taraflarca herhangi bir ülkenin hukuku belirtilmeksizin, *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk olarak seçilmesidir. Diğer bir ihtimal ise, taraflarca uygulanacak hukuk olarak bir ülke hukuku tayin edilmekle birlikte, *lex mercatoria*'nın uygulanacağını kararlaştırılmış olmasıdır²²⁷.

Neredeyse bütün hukuk sistemlerinin, irade muhtariyeti ilkesi çerçevesinde tarafların, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmelerine müsaade ettiği görülmektedir. İrade muhtariyeti ilkesi tüm milli hukuk sistemlerinde ve milletlerarası sözleşmelerde kabul görmüş evrensel nitelikte bir ilkedir²²⁸.

URDG 758 m. 34'de evrensel kabul gören irade muhtariyeti ilkesine paralel olarak, taraflarca aksi belirtilmediği müddetçe, garanti taahhüdünün ve kontrgarantinin, bunları düzenleyen bankanın şubesinin veya ofisinin bulunduğu yerin hukukuna tâbi olacağı düzenlenmiştir²²⁹. Anılan maddede yer alan “aksi belirtilmediği müddetçe (*unless otherwise provided*)” ifadesinden, URDG 758'in esasa uygulanacak hukukun belirlenmesinde tarafların iradelerine öncelik tanıdığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bununla birlikte, URDG 758 m. 34'de taraflara yalnızca milli hukukları seçme konusunda yetki tanındığı kabul edilmekte olup, *lex mercatoria* gibi milli hukuk olarak kabul edilemeyecek kuralların seçiminin, URDG 758'in kapsamı dışında kaldığı ve bu

²²⁷ Aygöl, s. 74. Aygöl, *lex mercatoria*'nın devlet mahkemelerinde uygulanmasının iki ihtimalde söz konusu olabileceğini; ilk olarak tarafların hiçbir ülke hukuku belirtmeksizin *lex mercatoria*'yı uygulanacak hukuk olarak belirlemeleri ihtimalinde, ikinci olarak ise tarafların bir ülke hukukunu seçmekle birlikte *lex mercatoria*'nın uygulanacağını kararlaştırmaları halinde *lex mercatoria*'nın uygulanmasının gündeme gelebileceğini belirtmiştir.

²²⁸ Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 19; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, s. 398.

²²⁹ URDG 758 m. 34 “Uygulanacak Hukuk (*Governing Law*)”.

yönde yapılan seçimlerin geçerliliğinin esasa uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir²³⁰.

URDG 758 m. 34'de yer alan düzenlemeden bağımsız bir şekilde, milletlerarası ticari sözleşmelerde taraflar, aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukukun seçiminde sınırsız bir özgürlüğe sahip değildir²³¹. Öğretide genel kabul gören görüşe göre, tarafların ancak egemen devletler tarafından oluşturulan hukuk düzenlerini, aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak seçmeleri mümkün olduğundan, akde uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçmeleri mümkün değildir²³². *Lex mercatoria*'nın tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlemekte yetersiz oluşu ve başlı başına bu kurallara göre uyuşmazlığın çözülmesinin mümkün olamayacağı dikkate alındığında tarafların *lex mercatoria*'yı akde uygulanacak hukuk olarak seçmeleri kabul edilmemelidir²³³. Bununla birlikte, taraflar akde uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı tayin etmişlerse, bu tür bir seçimin tamamen etkisiz olduğunu kabul etmek isabetli olmayacaktır. Böyle bir durumda, *lex mercatoria*'nın sözleşme metnine aktarım yolu ile dahil edildiği sonucuna ulaşılmalıdır²³⁴. Hukuk seçimi geçersiz olarak kabul edileceğinden, sözleşmeye uygulanacak hukuk objektif bağlama kurallarına göre belirlenmelidir. Sözleşme hükmü haline getirildiği kabul edilen *lex mercatoria* kuralları, objektif bağlama kuralları uyarınca esasa uygulanacağı tespit

²³⁰ Affaki/Goode, s. 405.

²³¹ Hukuk seçiminin sınırlarına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Tiryakioğlu, s. 21 vd.

²³² Tiryakioğlu, s. 24; Şanlı (MÖH), s. 263; Güngör, G.: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, Ankara 2021, 2. Baskı, s.181; Doğan, V.: Milletlerarası Ticaret Hukuku, 1. Cilt, 2. Baskı, İstanbul 2023, s. 98 (Milletlerarası); Özel, S./Erkan, M./Pürselim, S./Karaca, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2022, s. 409; Can, H./Tuna, E.: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022, s. 264 (Özel); Can, H.: s. 513; Ekşi (Milletlerarası), s. 34; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, s. 405.

²³³ Aksi yöndeki görüş için bkz. Aygül, s. 77.

²³⁴ Şanlı (MÖH), s. 263; Can/Tuna, s.264; Ekşi (Milletlerarası), s. 68; Çalışkan, s. 20.

edilen hukukun emredici kurallarına aykırı olmadığı ölçüde uygulama alanı bulacaktır²³⁵.

Lex mercatoria'nın devlet mahkemeleri tarafından uygulamasının gündeme gelebileceği ikinci ihtimal, taraflarca sözleşmenin tabi olacağı milli bir hukuk seçilmekle birlikte, *lex mercatoria*'nın sözleşmeye uygulanacağını kararlaştırılmış olmasıdır. Bu durumda, akit statüsü olarak seçilen milli hukuktaki emredici kuralların sınırları çerçevesinde, *lex mercatoria* uygulama alanı bulacaktır²³⁶. Örneğin, taraflarca banka teminat mektubuna Türk hukukunun uygulanacağı kararlaştırılmış olmakla birlikte, *lex mercatoria*'ya atıfta bulunulmuşsa, Türk hukukundaki emredici hükümlere aykırı olmamak uyuşmazlığa *lex mercatoria* uygulanabilecektir²³⁷.

Önemle belirtmek gerekir ki, *lex mercatoria*'nın kapsamına dahil olan kurallardan bazılarının, milli hukuka dahil edilmiş olması ihtimal dahilinde olup, böyle bir durumda hâkim, esasa uygulanacak hukuk kapsamında bu hukukun parçası haline gelmiş kuralları *lex mercatoria* olarak değil de milli hukuk olarak uygulamakla yükümlüdür²³⁸. Mahkemelerin milli hukukun parçası haline gelmiş olan, *lex mercatoria* kapsamındaki örf, adet ve teamülleri uygulaması gerektiği yönünde herhangi bir tartışma yoktur²³⁹. Aynı zamanda *lex mercatoria*'ya dahil olan ticari örf ve adetlere veya teamüllere, esasa uygulanacak hukukun tanımış olduğu etki

²³⁵ Şanlı (MÖH), s. 264; Güngör, s. 181; Doğan/Yılmaz/Ayhan İzmirli, s. 406; Doğan, V. (Milletlerarası), s. 98. Doğan, milletlerarası nitelik içeren sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde, tarafların uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı seçmelerinin, milli mahkemelerde görülecek davalarda, hükme esas alınamayacağını belirtmekle birlikte, bu yönde bir seçimin tamamen göz ardı edilmemesi gerektiğini, objektif bağlama kurallarına göre bulunacak hukukta kabul edilen sözleşme serbestisi çerçevesinde *lex mercatoria*'nın da uygulanması gerektiğini ifade etmiştir.

²³⁶ Yener Keskin, s. 141

²³⁷ Aygöl, s. 80.

²³⁸ Aygöl, s. 77.

²³⁹ Yener Keskin, s. 125.

çerçevesinde, bu kuralların hâkim tarafından doğrudan uygulanması veya yorum aracı olarak kullanılması ihtimal dahilinde olabilecektir²⁴⁰.

2. Milletlerarası Ticari Tahkimde *Lex Mercatoria*'nın Uygulanması

Tahkim, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın devlet mahkemeleri yerine, hakem adı verilen kimselerce kesin ve bağlayıcı olarak çözümlenmesi yönündeki anlaşmaları olarak tanımlanmaktadır²⁴¹. Milletlerarası ticari tahkim ise, yabancılık unsuru ihtiva eden ticari ve ekonomik ihtilâfları konu edinen tüm tahkim usullerini kapsayan genel bir terimdir²⁴².

Yetkisini tarafların iradesinden alan bir uyuşmazlık çözüm yöntemi olan tahkimde, birden çok noktada kanunlar ihtilafı meselesi gündeme gelecektir. Taraflar arasındaki uyuşmazlığın esasına, tahkim anlaşmasına ve tahkim yargılamasının usulüne uygulanacak hukukun belirlenmesi, tahkimde kanunlar ihtilafı meselesinin gündeme geleceği noktalardır²⁴³. *Lex mercatoria*'nın milletlerarası tahkimde uygulanması, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuka ilişkin bir mesele olup, iki şekilde mümkün

²⁴⁰ Esasa uygulanacak hukuk kapsamında *lex mercatoria*'ya dahil olan ticari örf ve adet veya teamüllerin uygulanabilirliğine ilişkin olarak ilişkin olarak bkz. 2. Bölüm, III, B, 1.

²⁴¹ Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, İstanbul 2019, s. 5.

²⁴² Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Baskı, İstanbul 2011, s. 235 (Ticari Akitler). Şanlı, milletlerarası tahkimin farklı biçimlerini incelerken, bu biçimleri dörde ayırmıştır. İlk olarak, milletlerarası anlaşmalarla oluşturulan kurallara göre ve yine bu anlaşmalar kapsamında kurulan kuruluşlar nezdinde, devletler arası uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin prosedürleri incelemiştir. Devletler Genel Hukukunun konusu olmakla konumuz kapsamı dışında kalan bu tahkim türüne, Birleşmiş Milletler nezdindeki Daimî Hakem Mahkemesi'ni örnek olarak göstermiştir. İkinci olarak, yine milletlerarası anlaşmalarla oluşturulan kurallara göre ve bu anlaşmalara kapsamında kurulan kuruluşlar nezdinde, bu defa ticari ve ekonomik menfaatleri konu alan tahkim türünü incelemiştir. Bu tahkim türüne, ICSID'i WIPO'yu örnek olarak göstermiştir. Üçüncü başlıkta ise, doğrudan milletlerarası ticaret camiası tarafından oluşturulan, herhangi bir milletlerarası anlaşmaya dayanmayan tahkim biçimine değinmiştir. MTO ve LCIA bu tahkim türüne örnek olarak göstermiştir. Son olarak, hiçbir kurumsal tahkim merkezi nezdinde görülmeyen, doğrudan taraflarca belirlenen milli veya milletlerarası tahkim kurallarına göre yürütülen tahkim prosedürleri olduğunu belirtmiştir.

²⁴³ Güven, s. 21.

olabilecektir²⁴⁴. Bu ihtimallerden biri, tarafların *lex mercatoria*'yı aralarındaki uyumsuzlığa uygulanacak hukuk olarak seçmiş olmalarıdır. Diğer ihtimal ise, taraflarca açıkça *lex mercatoria*'nın seçilmiş olmamasına rağmen, hakemlerin milli bir hukuk sistemi yerine *lex mercatoria*'yı uygulamasıdır.

Devlet yargısından farklı olarak milletlerarası ticari tahkimde, tarafların esasa uygulanacak hukuku belirlemekteki serbestileri, milli bir hukuk sisteminin seçilmesiyle sınırlı olmayıp, tarafların, milli bir hukuk sistemi niteliğinde olmayan *lex mercatoria* gibi kuralları seçmeleri de mümkündür²⁴⁵. Nitekim modern tahkim kanunlardaki düzenlemelerde, taraflarca *lex mercatoria*'nın seçilmesine müsaade edildiği görülmektedir²⁴⁶.

Taraflar, *lex mercatoria*'yı seçtiklerine dair iradelerini farklı şekillerde ortaya koyabilirler. Taraflar akdi ilişkide, açıkça *lex mercatoria*'nın veya “milletlerarası ticaret hukukunda kabul edilen genel prensiplerin (*general principles of transnational commercial law*)” uygulanacağını düzenleyebilirler. Bunlar haricinde uyumsuzluğun, “hukukun genel ilkelerine (*general principles of law*)” veya “milletlerarası ticarete geçerli adet ve teamüllere (*trade usages and practices in international law*)” göre çözümleneceğini belirtebilirler. Bunların veya benzer ifadelerin kullanılması halinde,

²⁴⁴ Aygöl, s. 81.

²⁴⁵ Taşveren, s. 151; Yener Keskin, s. 186; Erdem, B.: *Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda “Lex Mercatoria”*, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiyyörük, 1. Baskı, İstanbul 2014, s. 127 (Tahkimde Lex Mercatoria); Can, H./Tuna, E.: *Milletlerarası Tahkim Hukuku*, 1. Baskı, Ankara 2021, s. 487-488 (Tahkim); Durgut, s. 117. Durgut, taraflarca *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk olarak seçilmiş olmasına rağmen, hakemlerin *lex mercatoria*'yı uygulamamaları halinde, bu durumun New York Sözleşmesi'nin madde V-1c kapsamında kararın tenfiz edilmemesine sebebiyet verebileceğini ifade etmiştir.

²⁴⁶ Güven, s. 27. Güven, *lex mercatoria*'nın seçilmesine cevaz veren tahkim kanunlarını inceleyen Yazar, UNCITRAL Model Kanunu'nun 28(1) maddesinde yer alan “hukuk kuralı” ifadesinin *lex mercatoria*'yı da kapsadığını belirtmiştir. Ayrıca, Hollanda, İtalya, İsviçre, Lübnan, Mısır, Hindistan, Almanya ve İngiltere'nin tahkim kanunlarında “hukuk kuralı” ifadesi tercih edilmek suretiyle *lex mercatoria*'nın seçimine cevaz verildiğini ifade etmiştir. Ayrıca, MTK m. 12/C ile Türk hukukunda aynı yaklaşımın benimsendiğini belirtmiştir. ICSID Ana Sözleşmesinde ve MTO Tahkim Kurallarında da *lex mercatoria*'nın seçiminin mümkün kılındığını değerlendirmiştir.

lex mercatoria'yı oluşturan kuralların bir bütün olarak uyumsuzluğun esasına uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmalıdır²⁴⁷. Bununla birlikte taraflar, *lex mercatoria*'nın bir bütün olarak değil de yalnızca belirli kaynaklarının uygulanacağı yönünde bir kararlaşırma da yapabilirler. Bu durumda, hakemler tarafından esasa uygulanacak hukuk tespit edilirken, taraf iradelerine uygun bir sonucuna ulaşılmalıdır.

Milletlerarası ticari tahkimde taraf iradelerine verilen önem çerçevesinde, tarafların esasa uygulanacak olan hukuku örtülü olarak da seçebilecekleri kabul edilmektedir.

Dolayısıyla hakemler, esasa uygulanacak hukuku tespit ederken, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralını uygulamadan önce, tarafların açıkça veya örtülü olarak hukuk seçimi yapıp yapmadıklarını araştırmalıdır²⁴⁸.

Milletlerarası ticari tahkimde taraflarca *lex mercatoria*'nın uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği dikkate alındığında, hakemler tarafından *lex mercatoria*'nın, aktarım yolu ile sözleşmeye dahil edilen sözleşme hükümleri olarak değil de herhangi bir milli hukukun emredici hükümler süzgecinden geçirilmeksizin doğrudan uygulanması gerekecektir²⁴⁹. Bununla birlikte, hakemler tarafından verilen kararın icra edilebilir hale gelmesi için, ilgili milli hukuk sistemlerinde tenfiz kabiliyetine sahip olması gerekmekte olup²⁵⁰, bu sebeple, *lex mercatoria* uygulanırken, kararın icra edilme ihtimali bulunan milli hukuk sistemindeki emredici kurallar ve özellikle kamu düzeni de dikkate alınmalıdır. Zira aksi yöndeki uygulama, hakem kararının tenfiz

²⁴⁷ Erdem (Tahkimde Lex Mercatoria), s. 128; Taşveren, s.152; Çalışkan, s. 22.

²⁴⁸ Erdem (Incoterm'in Niteliği), s. 68.

²⁴⁹ Yener Keskin, s. 186; Doğan (Milletlerarası), s. 99.

²⁵⁰ Hakemler tarafından *lex mercatoria* uygulanmak suretiyle çözümlenen uyumsuzluklarda verilen kararların İtalya, Avusturya, İngiltere ve İsviçre milli mahkemeleri nezdinde tenfiz edildiği yönünde örnekler için bkz. Oğuz, s. 192-201.

edilememesi ve dolayısıyla icra kabiliyetine sahip olamaması sonucunu doğurabilecektir²⁵¹.

Lex mercatoria'nın milletlerarası ticari tahkimde uygulama alanı bulabileceği ikinci ihtimal, taraflarca açıkça *lex mercatoria* seçilmiş olmamasına rağmen, hakemlerin milli bir hukuk sistemi yerine, *lex mercatoria*'yı uygulamalarıdır. Taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması halinde, hakemlerin uyuşmazlığı taraflarca seçilen hukuku uygulamak suretiyle çözmekle yükümlü oldukları tartışmasızdır. Zira aksi yöndeki uygulamalar, örneğin taraflarca bir hukuk seçimi yapılmış olmasına rağmen hakem heyetinin uyuşmazlığa *lex mercatoria*'yı uygulaması halinde “hakemlerin yetkilerini aşarak karar vermiş olmaları” sebebiyle tenfiz edilemeyecektir²⁵².

Milli tahkim kanunları ve kurumsal tahkim kuralları incelendiğinde, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olan hallerde, hakemlerin esasa uygulanacak hukuku belirlemelerine ilişkin olarak dört farklı yöntem benimsendiği görülmektedir²⁵³. İlk yöntem, tahkim yerinin²⁵⁴ kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmak suretiyle tespit edilecek hukukun uyuşmazlığa uygulanmasıdır. Bugün itibarıyla milli hukuk ve kurumsal tahkimlerde tercih edilmeyen bu yöntem, yalnızca Zürih Ticaret Odası Tahkim Kuralları'nda benimsenmiş durumdadır²⁵⁵.

²⁵¹ Aygöl, s. 81; Taşveren, s.153. Taşveren, hakemler tarafından verilen bir kararın, sırf *lex mercatoria* uygulandığı için iptal edilmesinin veya tenfiz talebinin reddedilmesinin isabetli olmayacağını belirtmiştir. Yazara göre, tahkim yerinin veya kararın tenfizinin talep edileceği yerin kamu düzenine ilişkin kuralları başta olmak üzere, re'sen dikkate alınacak iptal veya tenfiz reddi sebepleri dikkate alınmak suretiyle verilen hakem kararlarının tenfizine karar verilmesinde bir engel yoktur.

²⁵² Erdem (Tahkimde Lex Mercatoria), s. 131.

²⁵³ Güven, s. 29; Yener Keskin, s. 192 vd.

²⁵⁴ Tahkim yeri, hakemlerin kararını verecekleri yeri ifade etmektedir. Detaylı açıklamalar için bkz. Akıncı, s. 237.

²⁵⁵ Yener Keskin, s. 193.

İkinci yöntem, herhangi bir kanunlar ihtilafı kuralına atıfta bulunulmaksızın, milletlerarası tahkimde kullanılmak üzere özel bir kanunlar ihtilafı kuralı düzenlenmesidir. 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu (MTK) m. 12/C/3’de yer alan²⁵⁶, hakemlerin uyuşmazlık ile en yakın bağlantı içinde olduğu sonucuna vardıkları devletin maddi hukuk kurallarını uygulayacakları yönündeki düzenleme ve İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 187/1’de yer alan düzenleme²⁵⁷, bu ikinci yönteme örnektir²⁵⁸. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, MTK m. 12/C/3’deki düzenlemede açıkça, “en sıkı ilişki içindeki” devletin maddi hukuk kurallarının uygulanacağı belirtilmek suretiyle, hakemlerce uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*’nın tayin edilmesinin önüne geçilmiştir. Bununla birlikte, MTK m. 12/C/1’de yer alan “... sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında bu hukuka ilişkin ticari örf ve adetler ile ticari teamüller de göz önüne alınır...” düzenlemesi, ticari örf ve adetler ile teamülleri, tahkim yargılamasında tamamlayıcı hukuk kaynağı olarak kabul etmiştir. Her ne kadar bu maddenin lafzında “bu hukuka ilişkin” ifadesi tercih edilmiş olsa da bu ifadenin, milletlerarası ticari örf ve âdet ile teamüllerin ve dolayısıyla *lex mercatoria*’nın tamamlayıcı kaynak olarak kullanılmasının önüne geçtiğini kabul etmek isabetli olmayacaktır²⁵⁹. MTK m. 12/C/1’deki düzenleme kapsamında, ticari örf ve adetler ile teamüllerin, sözleşme hükümlerinin yorumunda ve tamamlanmasında dikkate alınmaları, esasında uygulanmaları anlamına gelecektir. Ancak bu uygulanma, ikincil ve dolaylı nitelikte

²⁵⁶ RG. 5 Temmuz 2001, Sa:24453, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2001/07/20010705.htm> (E.T.: 27.07.2023)

²⁵⁷ Confédération Suisse, La plateforme de publication du droit fédéral (Fedlex), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en (E.T.: 28.07.2023)

²⁵⁸ Güven, s. 29.

²⁵⁹ Durgut, s. 111.

olup, esasa uygulanacak hukukta sözleşmenin yorumu ve tamamlanması için elverişli hükümler bulunmaması halinde hakemler *lex mercatoria*'ya başvuracaktır.²⁶⁰

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 187/1'de yer alan düzenlemede ise, devletin maddi hukuk kuralı ifadesi yerine, hukuk kuralı (*les règles de droit*) ifadesi tercih edilmiş olduğundan, hakemlerin doğrudan uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı uygulamalarının önü açılmıştır.

Üçüncü yöntem, hakemlerin “uygun buldukları” kanunlar ihtilafı kurallarına göre tespit ettikleri maddi hukuk kurallarını uyuşmazlığa uygulamalarıdır. UNCITRAL Model Kanunu m. 28/2'de yer alan düzenleme, bu yöntem kapsamında kalmaktadır²⁶¹.

Dördüncü ve son yöntem ise, *voie directe* olarak isimlendirilen, hakemlerin uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk kurallarını doğrudan kendilerinin belirlemeleri şeklindeki yöntemdir. Hakemlere uygun gördükleri maddi hukuk kurallarını doğrudan uygulama yetkisi veren MTO, UNCITRAL, LCIA ve WIPO Tahkim Kuralları bu yöntemi benimseyen kurallara örnek teşkil etmektedir²⁶².

Tahkim yerinin kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukukun tespit edileceği ve hakemlerin uygun buldukları kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukukun tespit edecekleri yaklaşımları benimseyen sistemlerde, *lex mercatoria*'nın esasa uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira, bir devletin kanunlar ihtilafı kurallarının uygulanması neticesinde, milli hukuk sistemi niteliği olmayan *lex mercatoria*'nın uygulanması gündeme gelemeyecektir. Milletlerarası tahkimde uygulanmak üzere düzenlenen özel nitelikteki kanunlar ihtilafı kuralları öngören ve

²⁶⁰ Durgut, s. 122.

²⁶¹ Yener Keskin, s. 193.

²⁶² Güven, s. 31; Taşveren, s. 181.

hakemlerin doğrudan doğruya uyuşmazlığa uygulanacak maddi kuralları belirleyebileceği kabul edilen sistemlerde²⁶³ ise, *lex mercatoria*'nın uygulanması ihtimal dahilinde olabilecektir²⁶⁴.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, devlet yargısından farklı olarak milletlerarası ticari tahkimde, taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olan hallerde, kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuk tespit dahi edilmeksizin *lex mercatoria*'nın uygulanması gündeme gelebilecektir²⁶⁵.

D. Görüşümüz

Kanaatimizce, MTO tarafından, talep garantisi niteliğindeki milletlerarası ticari ilişkilerde, uygulamayı yeknesak hale getirmek ve öngörülebilirliği arttırmak amacıyla hazırlanan URDG 758, esnek hukuk (*soft law*) niteliğini haizdir. Kuralları hazırlayan MTO'nun bağlayıcı ve normatif kurallar oluşturma yönünde yetkisi olmadığından, URDG 758 ve diğer birörnek kuralların, taraflarca atıf yapılmaları halinde sözleşme hükmü olarak uygulanabilecek esnek hukuk kuralı niteliğinde olduğu kabul edilmelidir.

Bununla birlikte, URDG 758'in, talep garantilerine ilişkin milletlerarası camiada uygulana gelen teamüller (fiili alışkanlıklar) kodifiye edilmek suretiyle oluşturulduğu dikkate alındığında, bu kurallar milletlerarası ticari teamül kuralları niteliğindedir. Milletlerarası ticari teamüllerin, *lex mercatoria*'nın çekirdeğini oluşturduğu görüşten

²⁶³ Şanlı, C.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 335. Şanlı, MTO tarafından hazırlanan birörnek kuralların, milletlerarası ticari tahkimde, hakemler tarafından *lex mercatoria*'nın bir parçası olarak doğrudan uygulanabileceğini belirtmiştir.

²⁶⁴ Güven, s. 32; Çalışkan, s. 23.

²⁶⁵ Erdem (Tahkimde Lex Mercatoria), s. 128.

hareketle²⁶⁶, URDG 758 aynı zamanda, *lex mercatoria*'nın kaynaklarından biri olarak kabul edilmelidir²⁶⁷.

IV. URDG 758'in 1. MADDESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

URDG 758'in "URDG'nin Uygulanması (*Application of URDG*)" başlıklı 1. maddesi, kuralların uygulama alanı bulabileceği hallere ilişkin bir düzenlemedir. URDG 758 m. 1(a)'da, URDG 758'in, bu kuralların uygulanacağı kararlaştırılan tüm garanti taahhütlerine ve kontrgarantilere uygulanacağı açıkça düzenlenmiştir.

URDG 758 m. 1(b) ve (c)'de ise, taraflarca URDG 758'e atıf yapılmamasına rağmen, bu kuralların uygulanacağı iki farklı durum belirtilmiştir. URDG 758 m. 1(b) uyarınca bu kuralların asimetrik garantilerde uygulanması; m. 1 (c) uyarınca ise muhabir banka açısından uygulanması gündeme gelmektedir.

Çalışmamızın devamında, URDG 758 m. 1'de öngörülen uygulanma usulleri sırasıyla inceleme konusu yapılacaktır.

²⁶⁶ Oğuz, s. 107.

²⁶⁷ Doğan (Akreditif), s. 19.

B. URDG 758'in Aktarım²⁶⁸ (*Incorporation*) Yolu ile Uygulanması

1. Genel Olarak Aktarım

Ulusal ve uluslararası boyutta faaliyet gösteren pek çok kurum, uyuşmazlıklara uygulanacak hukuku yeknesaklaştırmak ve bu sayede hukuki öngörülebilirliği arttırmak amacıyla, ticari hayatın belirli alanlarına ilişkin olarak örnek kurallar (örneğin MTO tarafından oluşturulan URDG 758), genel şartlar veya standart sözleşmeler geliştirmektedirler. Söz konusu metinler, tarafların bu yöndeki iradeleri doğrultusunda ile taraflar arasındaki sözleşmeye dahil edilebilmekte ve uygulanabilir hale gelmektedir²⁶⁹.

Kanunlar ihtilafı alanında aktarım, “sözleşmeye dahil etme, sözleşmenin bir parçası haline getirme” olarak tanımlanmaktadır²⁷⁰. Dolayısıyla, aktarım yolu ile sözleşmeye dahil edilen kurallar, sözleşmenin hükmü haline gelmektedir. Tarafların aktarım yolu ile sözleşmeye dahil etmek istedikleri kuralları, sözleşmeye aynen yazmalarına gerek olmaksızın, söz konusu kuralların uygulanacağını belirtmek suretiyle gerçekleştirecekleri aktarıma bağlı olarak, söz konusu kurallar sözleşmenin bir parçası haline gelmektedir.

²⁶⁸ Yabancı bir terim olan *incorporation*'un karşılığı olarak, Türk hukuk öğretisinde, farklı kullanımların tercih edildiği görülmektedir. Ayhan İzmirli ise Türkçe'de “aktarım” kelimesinin, *incorporation* terimini en iyi karşılayan seçenek olduğunu belirtmiştir. Bkz. Ayhan İzmirli (Müzakere), s. 260, dn. 1167.

²⁶⁹ Şanlı (MÖH), s. 263.

²⁷⁰ Ekşi (İnkorporasyon), s. 263.

2. Aktarımın Hukuk Seçiminden Ayrılması

Tarafların aktarım yolu ile sözleşmeye bazı kuralları dahil etmeleri ile aralarındaki uyuşmazlığa uygulanacak hukuku seçmeleri farklı kavramlardır. Tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçebilmeleri, sözleşme serbestisi ilkesinin milletlerarası özel hukuktaki görünümüdür²⁷¹.

Taraflarca hukuk seçimi yapılmasıyla, seçilen hukuk bir bütün olarak; emredici, tamamlayıcı ve yorumlayıcı normları ile birlikte taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine uygulanır hale gelir²⁷². Bir başka ifadeyle hukuk seçimi ile birlikte, yalnızca bazı kuralların değil, belirli bir hukuk düzeninin tüm kurallarının taraflar arasındaki ilişkiye uygulanması gündeme gelecektir²⁷³.

Aktarım yolu ile sözleşmenin bir parçası haline getirilen kurallar ise, sözleşmeye uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak suretiyle uygulama alanı bulabilecektir²⁷⁴. Dolayısıyla, hukuk seçimi ile aktarım arasındaki en temel farklılık; seçilen hukuk, emredici, tamamlayıcı ve yorumlayıcı bütün kuralları ile uygulanma alanı bulurken, aktarım yolu ile sözleşmeye dahil edilen kurallar, esasa uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla uygulanabilecektir.

Aktarım ile hukuk seçimi arasındaki bir diğer farklılık ise, sözleşmenin yapıldığı an ile uyuşmazlığın çözüme kavuşturulacağı anda, seçilen hukukta veya aktarım yolu ile

²⁷¹ Bayata Canyaş, A.: Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, 1. Baskı, Ankara 2012, s. 7; Can/Tuna, s. 89.

²⁷² Güngör, s. 179; Özel/Erkan/Pürselim/Karaca, s.411. Yazarlar, hukuk seçimi yapılmasıyla, seçilen devlet hukukunun emredici ve tamamlayıcı tüm normları ile birlikte uygulanacağını, aktarım yapılması halinde ise, atıf yapılan kuralların sözleşme hükmü haline geleceğini ve seçilen veya objektif bağlama kurallarının uygulanması sonucu tespit edilen hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak kaydıyla uygulanabileceğini ifade etmişlerdir.

²⁷³ Ekşi (İnkorporasyon), s. 266.

²⁷⁴ Şanlı (MÖH), s. 262.

sözleşmeye dahil edilen kurallarda değişiklik yapılması halinde ortaya çıkar²⁷⁵. Aktarım yolu ile sözleşmeye dahil edilen kurallarda sonradan bir değişiklik yapılsa dahi, aktarım yolu ile dahil edilen kurallar ilk hali ile sözleşmede bulunmaya devam ederler. Örneğin, URDG 458'in aktarım yolu ile teminat mektubu metnine dahil edilmesi halinde, daha sonra MTO tarafından URDG 758'in kabul edilmiş olması, söz konusu teminat mektubuna URDG 758'in uygulanması sonucunu doğurmayacaktır.

Taraflarca hukuk seçimi yapılmış olması halinde ise, seçilen hukukta meydana gelen değişiklikler, hukuk seçimi sırasında aksi yönde bir kayda yer verilmediği müddetçe tarafları bağlayacaktır²⁷⁶.

3. URDG 758 m. 1(a)

URDG 758 m. 1(a)'da kuralların, açıkça URDG 758'e tâbi olduğu belirtilerek düzenlenen tüm garanti ve kontrgarantilere uygulanacağı ifade edilmek suretiyle, aktarım yolu ile uygulanma kabul edilmiştir.

URDG 758'de aktarımın, teminat mektubu metninde hangi şekilde yapılması gerektiğine ilişkin olarak herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Dolayısıyla, teminat mektubu metninde *“İşbu teminat mektubundan doğan uyuşmazlıklarda URDG 758 uygulanacaktır”*, *“URDG'ye tabidir”* ve hatta yalnızca *“URDG”* ifadesinin yer alması yeterli olacaktır. Böyle bir durumda yapılan aktarıma bağlı olarak, URDG 758'in 35 maddesinin tamamı teminat mektubu metnine eklenmiş olarak kabul edilecektir.

²⁷⁵ Ekşi (İnkorporasyon), s. 267.

²⁷⁶ Ekşi (İnkorporasyon), s. 267; Şanlı (MÖH), s. 266.

URDG 758 m. 1(d)'de yer alan düzenleme uyarınca, teminat mektubu metninde URDG'ye atıf yapılmakla birlikte hangi versiyonun (URDG 458 veya URDG 758) tercih edildiği açıkça belirtilmemişse, teminat mektubunun tarihi 1 Temmuz 2010 veya daha sonraki bir tarih ise URDG 758 uygulama alanı bulacaktır.

URDG m. 34(a) uyarınca garanti taahhüdünde aksi yönde bir kayıt bulunmadıkça, garanti taahhüdüne, garanti taahhüdünü düzenleyen, garanti taahhüdünü düzenleyen şubesinin veya ofisinin bulunduğu yer hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk öncelikle tarafların seçimi doğrultusunda belirlenecek, eğer taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa, teminat mektubunu düzenleyen banka şubesinin bulunduğu yer hukuku uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıda açıklandığı üzere, aktarım yolu ile sözleşme ilişkisine dahil edilen kurallar, esasa uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla geçerlidir. Dolayısıyla, eğer URDG 758'in herhangi bir hükmü, teminat mektubu ilişkisinin esasına uygulanacağı tespit edilen hukukun emredici kurallarına aykırılık teşkil eder nitelikteyse, ilgili URDG 758 hükmünün uyuşmazlıkta uygulanma imkânı olmayacaktır.

URDG 758'in esasında sözleşmeye aktarım yolu ile dahil edilen hükümler olduğu dikkate alındığında, URDG m. 1(a)'daki açık düzenleme²⁷⁷ doğrultusunda, tarafların URDG 758'in bir veya daha çok hükmünün uygulanmayacağını kararlaştırmaları veya URDG 758'de yer alan hükümleri değiştirerek sözleşmeye dahil etmeleri

²⁷⁷ Talep Garantiler ile ilgili Birörnek Kurallar, açıkça bu kurallara tabi olduğu kararlaştırılan her türlü talep garantisine ve kontrgarantiye uygulanır. Kurallar, talep garantisinde veya kontrgarantide hariç tutulmadıkça veya tadil edilmedikçe, tüm taraflar açısından bağlayıcıdır. Bkz. URDG 758 m. 1(a) "Birörnek Kuralların Uygulanması (*Application of URDG*)".

mümkündür²⁷⁸. Örneğin, “İşbu teminat mektubundan doğan uyuşmazlıklarda, madde 15(a)’daki destekleyici beyan sunma yükümlülüğü hariç olmak üzere URDG 758 uygulanacaktır.” şeklinde bir kararlaştırma yapılması mümkündür. Böyle bir durumda, muhatabın tazmin talebinde bulunurken aynı zamanda temel borç ilişkisinin lehtar tarafından hangi açıdan ihlal edildiği yönünde destekleyici beyan (*supporting statement*) sunma yükümlülüğü hariç olmak üzere, URDG 758’in tüm hükümleri uygulama alanı bulacaktır²⁷⁹.

AFFAKI/GOODE²⁸⁰, her ne kadar tarafların URDG 758’in bir kısım hükümlerini hariç tutma veya tadil etme konusunda serbestisi mevcut olsa da bu serbestinin aşağıdaki üç sınıra tâbi olduğunu belirtmiştir:

- i. URDG 758’e konu talep garantisinin, kefaletten farklı olarak, bağımsız nitelikte olması gerektiği gerçeği karşısında, bağımsızlık ilkesine ilişkin URDG 758 m. 5’in veya URDG m. 7’nin taraflarca hariç tutulması veya tadil edilmesi durumunda, olası bir uyuşmazlıkta yargı merciinin garantiyi kefalet olarak değerlendirmesi ihtimal dahilinde olabilecektir.
- ii. Garanti taahhüdünde ilk talepte ödeme yapılacağına belirtilmesi, başlı başına URDG 758 m. 15(a)’da öngörülen destekleyici beyan sunma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaya yeterli olmayacaktır. Eğer URDG 758 m. 15(a)’daki destekleyici beyan sunma yükümlülüğünün kaldırılması hedefleniyorsa, bunun açıkça belirtilmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

²⁷⁸ Affaki/Goode, s. 33.

²⁷⁹ Tarafların garantide, URDG 758’in herhangi bir hükmünün uygulanmasını hariç tutmaları ve bunun yerine herhangi bir düzenleme de yapmamaları durumunda, hariç tutulan hükmün tam tersinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. ICC, International Standart Demand Guarantee Practice for URDG 758 (ISDGP), Paris 2021, para. 66.

²⁸⁰ Affaki/Goode, s. 33.

- iii. Garanti taahhüdüne herhangi bir belge ile özdeşleştirilmemiş bir şart eklenmesi, URDG 758 m. 7’de öngörülen kuralı ortadan kaldırmayacaktır. Böyle bir durumda, söz konusu şart yazılmamış olarak kabul edilecektir²⁸¹.

C. URDG 758’in Asimetrik Garantilerde Uygulanması

URDG 758’in taraflarca aktarım yapılmış olmamasına rağmen uygulama alanı bulabildiği hallerden biri, asimetrik garantilere uygulanmasıdır. Bu ihtimal, kontrgarantörün garantörden (veya başka bir kontrgarantörden) URDG 758’e tabi bir garanti taahhüdü düzenlemesini talep ettiği, ancak kendi kontrgarantisinin URDG 758’e tabi olduğunu belirtmeyi ihmal ettiği durumlarda gündeme gelecektir²⁸².

Garanti taahhüdünün URDG 758 tabi olduğu ancak kontrgarantinin URDG 758’e tabi olmadığı durumlarda ortaya çıkan asimetri, tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlenmesi bakımından öngörülebilirliği azaltacak ve uyuşmazlık çıkma ihtimalini arttıracaktır²⁸³. Örneğin, garanti taahhüdü URDG 758’e tabi olduğunda, URDG 758 m. 15(a) uyarınca ödeme yapılması için garantöre destekleyici beyanın (temel borç ilişkisinin hangi yönden ihlal edildiğine dair beyan) sunulması gerekecektir. Ancak

²⁸¹ URDG 758 m. 7’ye ilişkin açıklamalar için bkz. 2. Bölüm, II, C.

²⁸² Affaki/Goode, s. 34.

²⁸³ MTO Bankacılık Komisyonu Görüş Numarası TA 454rev (R621): “(...) tarafların garanti ve kontrgaranti altında yapılacak ödeme taleplerinin şartları arasında uyum sağlanmasına dikkat etmeleri önerilir. Pratik olarak URDG’ye tabi bir kontrgaranti veren kontrgarantör aksi kontrgarantide şart koşulmadığı sürece URDG’ye tabi bir garanti vermemiş olan garantörden sadece 20(b) fıkrasında (URDG 758 madde 15(b)) sözü edilen, yani Garantörün garanti altında garanti şartlarına ve 20. Maddeye uygun bir ödeme talebi aldığını belirten bir beyan isteme hakkına sahiptir. Garantör verdiği garantide ödeme talebinin Amirin ilgili sözleşme altındaki yükümlülüklerini ihlal ettiğini ve bu ihlalin hangi konuda olduğunu belirten Lehtar beyanı ile desteklenmesini açık biçimde şarta bağladığı takdirde 20(b) fıkrasının gereğini karşılayabilecek durumdadır. Bunun tersine, URDG’ye tabi olmayan bir garanti 20(a) fıkrasının gereği doğrultusunda bir beyan şart koşmadığı ve 20(b) fıkrası ilgili kontrgarantide uygulama dışı bırakılmadığı takdirde Garantör kontrgaranti altında yapacağı ödeme talebini destekleyecek gerçek bir beyan veremeyecektir.” [Özalp (Garanti Kuralları) s. 61 (naklen)]

kontrgaranti URDG 758'e tabi olmadığından, garantörün kontrgarantörden ödeme talep etmesi halinde, kontrgarantörün, garantörün yaptığı ödemeye dayanak teşkil eden ödeme talebinin uygunluğunu denetleme imkânı olmayacaktır²⁸⁴.

Bu gibi durumları önlemek amacıyla URDG 758 m. 1(b) hükmü kabul edilmiştir²⁸⁵.

Bu hükme göre, kontrgarantörün talebi üzerine talep garantisinin URDG 758'e tabi olarak düzenlendiği durumlarda, kontrgaranti URDG 758'i hariç tutmadığı takdirde, kontrgaranti de URDG 758'e tabi olacaktır²⁸⁶.

Gerçekten de, garantörden URDG 758'e tabi bir talep garantisi düzenlemesini talep eden kontrgarantörün, kendi iradesinin de URDG 758'de kontrgarantörler bakımından öngörülen düzenlemeleri uygulama yönünde olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim garantörden URDG 758'e tabi bir talep garantisi düzenlemesini talep eden ancak kendi kontrgarantisini URDG 758'e tabi olarak düzenlemeyen kontrgarantörün, kontrgarantiye URDG 758'in aktarım yolu ile dahil edilmediği, dolayısıyla URDG

²⁸⁴ Affaki/Goode, s. 34.

²⁸⁵ Eğer kontrgarantörün talebi üzerine, bir talep garantisi URDG'ye tabi olarak düzenlenirse, kontrgarantör URDG'yi hariç tutmadığı sürece, kontrgaranti de URDG'ye tabi olacaktır. Ancak, yalnızca kontrgarantinin URDG'ye tabi olarak düzenlendiği gerekçesi ile talep garantisinin URDG'ye tabi olarak düzenlendiği kabul edilemez. Bkz. URDG 758, m. 1 (b) "Bir örnek Kuralların Uygulanması (*Application of URDG*)".

²⁸⁶ MTO Bankacılık Komisyonu Görüş Numarası TA 761rev2 (R685): "Düzenlenen kontrgarantinin 40C (Uygulanacak Kurallar) bölümünde, 'HİÇBİRİ (NONE)' ifadesine yer verilmiştir. SWIFT rehberine göre, bu ifadenin anlamı, garanti/kontrgaranti HERHANGİ BİR KURALA tabi değildir. 77C (Garantinin Detayları) bölümünde ise tırnak işareti içerisinde aktarım gerçekleştirilmiştir ve garantinin madde 16, 22 ve 35 hariç olmak üzere URDG 758'e tabi olacağı işaret edilmiştir. Bununla birlikte, garantiye ilişkin 77C kısmını takip eden kontrgaranti metninde, kontrgarantinin İngiliz hukukuna tabi olacağı belirtilmiş ve İngiliz mahkemelerine yargı yetkisi tanınmıştır. 40 C kısmında yer alan 'HİÇBİRİ (NONE)' ifadesinden ve 77 C kısmında yer verilen kontrgarantiye ilişkin uygulanacak hukuk maddesinden hareketle; URDG 758 madde 1(b)'nin içeriğinin aksine, kontrgarantinin yalnızca İngiliz hukukuna tabi olacağı anlaşılmaktadır. Madde 1(b) kontrgarantide URDG hariç tutulmadıkça uygulanabilecektir. Madde 1(b)'de (örneğin madde 15(c)'nin aksine) söz konusu hariç tutmanın 'açıkça' yapılması gerekli görülmemiştir. Somut olayda, 40 C kısmından anlaşılması gereken, kontrgarantinin herhangi bir kurala tabi olmaksızın düzenlenmesinin tercih edildiğidir. Kanaatimizce, garanti taahhüdü, hariç tutulan maddeler dışında URDG'ye tabi olacaktır. Bununla birlikte kontrgaranti URDG'ye tabi olmayacaktır ancak İngiliz hukukuna ve İngiliz mahkemelerinin yargı yetkisine tabi olacaktır. (...)" bkz. International Chamber of Commerce, ICC Banking Commission Opinions 2012-2016, Ed. Gary Collyer, Paris 2016, s. 144.

758'in uygulanamayacağı yönündeki savunmasının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi gerekir²⁸⁷.

Buna karşılık, URDG m. 1(b)'nin ikinci cümlesinde, yalnızca kontrgarantinin URDG 758'e tabi olarak düzenlenmiş olmasının, talep garantisini URDG 758'e tabi olmasına yol açmayacağı açıkça düzenlenmiştir²⁸⁸.

D. URDG 758'in Muhabir Banka Açısından Uygulanması

URDG 758 m. 1 kapsamında, taraflarca aktarım yapılmış olmamasına rağmen, URDG 758'in uygulama alanı bulacağı ikinci hal, muhabir bankanın URDG 758 kapsamındaki hak ve yükümlülüklerine ilişkindir. Esasında, muhabir banka ile garantörün veya kontrgarantörün ilişkileri URDG 758'in düzenleme alanı dışında bırakılmış ve bu ilişkilerin, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin şartlarına veya esasa uygulanacak hukuka tabi olacağı kabul edilmiştir²⁸⁹.

Bununla birlikte, URDG 758'de muhabir bankanın hak ve yükümlülüklerine ilişkin düzenlemeler de mevcuttur. URDG 758 m. 16, 22, 23, 25 ve 26 başta olmak üzere çeşitli maddelerinde, garantörün ve kontrgarantörün, muhabir bankaya belge ve bilgi aktarımı sağlamakla yükümlü olduğu yönünde düzenlemeler; madde 21'de yer alan muhabir bankanın yabancı para cinsinden yapılan ödemelerle bağlı olacağı yönündeki düzenleme; madde 27, 28 ve 29'da yer alan, muhabir bankanın garantörü iyi niyetli

²⁸⁷ Affaki/Goode, s. 34.

²⁸⁸ Eğer kontrgarantörün talebi üzerine, bir talep garantisi URDG'ye tabi olarak düzenlenirse, kontrgaranti URDG'yi hariç tutmadığı sürece, kontrgaranti de URDG'ye tabi olacaktır. Ancak, yalnızca kontrgarantinin URDG'ye tabi olarak düzenlendiği gerekçesi ile talep garantisinin URDG'ye tabi olarak düzenlendiği kabul edilemez. Bkz. URDG 758, m. 1 (b) "Bir örnek Kuralların Uygulanması (*Application of URDG*)".

²⁸⁹ Affaki/Goode, s. 198.

olarak gerçekleştirilen eylemlerin sonuçların sorumlu tutamayacağı yönündeki düzenlemeler, URDG 758 kapsamında muhabir bankanın hak ve yükümlülüklerine örnek olarak gösterilebilecektir.

URDG 758 m. 1(c)'de yer alan düzenleme uyarınca, muhabir bankanın talimatı veya onayı zerine, URDG 758'e tabi olan bir talep garantisi düzenlenmiş ise muhabir bankanın URDG 758'de kendisine atfedilen hak ve yükümlülükleri kabul etmiş olduğu varsayılacaktır²⁹⁰. Bu madde ile, URDG 758'e tabi bir talep garantisi düzenlenmesi yönünde talimat veya onay veren muhabir bankanın, kendisi ile teminat ilişkisinin diğer tarafları arasındaki ilişkiler bakımından da URDG 758'in uygulanması yönünde iradesinin mevcut olduğu varsayılmıştır.

²⁹⁰ Muhabir bankanın talebi veya onayı zerine URDG'ye tabi olan bir talep garantisi veya kontrgaranti düzenlenirse, muhabir bankanın URDG'de kendisine atfedilen hak ve borçları kabul etmiş olduğu varsayılır. Bkz. URDG 758, m. 1 (c) "Birörnek Kuralların Uygulanması (*Application of URDG*)".

SONUÇ

Banka teminat mektuplarının hukuki nitelendirmesi yapılırken, mektup metninde yer alan ifadeler özel önem arz etmektedir. Bankanın, “ilk yazılı talep üzerine”, “önceden bir ihtarname çekilmesine, hüküm alınmasına veya borçlunun iznine gerek olmaksızın”, “herhangi bir itirazı dikkate almadan”, “derhal” ödeme yapmayı taahhüt ettiği teminat mektuplarının, TBK m. 128’de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini üstlenme niteliğinde, garanti sözleşmesi olduğunu kabul etmek gerekecektir. Zira, teminat mektubu metninde, yukarıda anılan ifadeleri kullanan banka, garanti taahhüdünü temel borç ilişkisinden bağımsız hale getirmiş olduğundan, bu ilişkinin fer’i nitelikteki kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Nitekim, Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararlarının, diğer tüm yargı organlarını bağlayıcı nitelikte olduğu dikkate alındığında, çalışmamızda incelenen, 1969 yılında verilen İBK²⁹¹ doğrultusunda, yukarıda atıf yapılan ifadeler kullanılmak suretiyle temel borç ilişkisinden bağımsız nitelikte garanti taahhüdü içeren banka teminat mektuplarının, garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini düşünüyoruz.

URDG 758, milletlerarası nitelikteki talep garantilerine uygulanmak üzere MTO tarafından yayınlanan birörnek kurallardır. URDG 758’de açıkça tanımlandığı üzere talep garantisi, garantörün, muhatabın, garantide belirtilen şartlara uygun ödeme talebi üzerine ödeme yapmayı taahhüt etmesidir. Talep garantisinin en temel özelliği, muhatap ile lehtar arasındaki temel borç ilişkisinden tamamen bağımsız oluşudur. Talep garantilerinin bu niteliği dikkate alınarak, URDG 758’deki kuralların

²⁹¹ Bkz. 1. Bölüm, III, B, 2.

“bağımsızlık ilkesi”, “belgeler üzerinden inceleme yapılması ilkesi” ve “belgeye dayanmayan şartların geçersizliği ilkesi” çerçevesinde hazırlandığı görülmektedir. URDG 758’in garantiyi, temel borç ilişkisinden tamamen ayrı tutan bu yapısı, URDG 758’in fer’i nitelikteki kefalet sözleşmelerine uygulanmasının önüne geçmektedir. Garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul ettiğimiz banka teminat mektupları ise temel borç ilişkisinden bağımsız oluşları sebebiyle, URDG 758’in düzenleme alanının kapsamı içinde kalmaktadır. Banka teminat mektuplarının, temel borç ilişkisinden bağımsız nitelikteki garanti sözleşmeleri olduğu yönündeki tespit, banka teminat mektuplarının URDG 758’in düzenleme alanına dahil olduğu yönündeki kanaatimize dayanak teşkil etmektedir.

Banka teminat mektupları, URDG 758’in düzenleme alanı içerisinde kalmakla birlikte, teminat mektubu ilişkisine hangi hallerde URDG 758’in uygulanabileceği ayrıca incelenmesi gereken bir konudur. URDG 758’in hukuki niteliğinin belirlenmesi, uygulanabilirliğinin tespiti açısından özel önem arz etmektedir. URDG 758’i hazırlayan MTO’nun bir özel hukuk organizasyonu olduğu dikkate alındığında, normatif ve bağlayıcı kurallar koyma yetkisi olmadığı aşikardır. Dolayısıyla URDG 758’in hukuk kuralı olarak kabulü mümkün olmamalıdır. URDG 758 m. 1(a)’da da açıkça belirtildiği üzere, taraflarca, bu kuralların uygulanacağı yönünde atıfta bulunulması halinde, bu kurallar aktarım yolu ile sözleşme hükmü haline gelecek ve taraflar arasında bağlayıcılık kazanacaktır. Dolayısıyla, URDG 758’in yasa hükmünde olmayan ve taraf iradeleri ile bağlayıcı hale gelebilen esnek hukuk kuralı (*soft law*) niteliğinde olduğu sonucuna ulaşılmalıdır. Bununla birlikte, URDG 758’in de aralarında bulunduğu MTO’nun çeşitli alanlara ilişkin yayınladığı birörnek kuralların, milletlerarası camiada uygulana gelen teamüller (fiili alışkanlıklar) kodifiye edilmek

suretiyle oluşturuldukları dikkate alındığında, URDG 758'in milletlerarası ticari teamül kuralları olarak kabul edilmesinin isabetli bir yaklaşım olduğu kanısındayız. Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun, milletlerarası ticari teamül kurallarına tanıdığı etki kapsamında, URDG 758'in taraflarca aktarım yapılmış olmamasına rağmen uyuşmazlığa doğrudan uygulanması veya en azından taraf iradelerinin yorumunda yardımcı kaynak olarak dikkate alınmasının mümkün olacağını düşünüyoruz.

Karşılaştırmalı hukukta, URDG 758'in milletlerarası ticari teamül kuralı olarak kabul edildiği ve esasa uygulanacak hukukun tanıdığı etki çerçevesinde, taraflarca atıf yapılmamasına rağmen doğrudan uygulandığı örneklere rastlamak mümkündür. Türk hukuku bakımından, TTK m. 2/1'de yer alan düzenleme uyarınca, ticari teamüllerin, mahkeme yargısına esas olması mümkün olmamakla birlikte, bunların taraf iradelerinin yorumlanmasında yardımcı kaynak olarak dikkate alınması gerekecektir. Yine bu düzenleme kapsamında, milletlerarası ticari teamüller, milletlerarası ticari sözleşmelerde taraf iradelerinin yorumlanmasında esas alınabilecektir. Yargıtay²⁹², kanaatimizce isabetli bir şekilde, URDG 758'in MTO tarafından garanti hukukuna ilişkin teamüllerin kodifiye edilmek suretiyle hazırlandığı ve dolayısıyla bu kuralların, milletlerarası ticari teamül kuralı niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. Bu doğrultuda Türk hukukunda, hâkimin, milletlerarası nitelikteki bir banka teminat mektubundan doğan uyuşmazlıkta, taraflarca URDG 758'in uygulama alanı bulması yönünde bir kararlaştırılma yapılmadığı (aktarım olmadığı) müddetçe, bu kuralları

²⁹² Bkz. 2. Bölüm, III, B, 2.

doğrudan uygulanması mümkün olmayacaktır. Bununla birlikte, URDG 758 taraf iradelerinin yorumlanmasında başvurulabilecek yardımcı bir kaynak niteliğindedir.

URDG 758, milletlerarası ticari teamül kuralları kodifiye edilmek suretiyle MTO tarafından oluşturulan birörnek kurallar olmakla, *lex mercatoria*'nın kaynakları arasında yer almaktadır. Devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalarda, tarafların aralarındaki uyuşmazlığa *lex mercatoria*'nın uygulanacağı yönündeki hukuk seçimleri geçerli kabul edilmemektedir. Zira taraflar, yalnızca milli hukuk sistemlerini uygulanacak hukuk olarak tayin edebilir. Hâkim, taraflarca *lex mercatoria*'nın uygulanacağı yönünde bir hukuk seçimi yapılmış olması halinde, bu seçimi geçersiz olarak kabul etmeli ve kanunlar ihtilafı kurallarına göre uygulanacak hukuku belirlemelidir. Bununla birlikte, taraflarca *lex mercatoria*'ya yapılan atfın, *lex mercatoria*'nın aktarım yolu ile sözleşmeye dahil edildiği şeklinde değerlendirilmesi ve esasa uygulanacak hukukun emredici kurallar süzgecinden geçirilmek suretiyle *lex mercatoria*'nın uygulanması taraf iradelerine uygun bir çözüm olacaktır. Devlet mahkemelerinde görülmekte olan bir uyuşmazlıkta, taraflarca akde uygulanacak milli bir hukuk sistemi tayin edilmekle birlikte, *lex mercatoria*'nın da uygulanacağı kararlaştırılmışsa, bu durumda yine *lex mercatoria*, akde uygulanacağı kararlaştırılan hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak şartıyla uygulama alanı bulacaktır.

Devlet yargısından farklı olarak, milletlerarası ticari tahkimde, tarafların esasa uygulanacak hukuku belirleme yetkilerinin milli hukuk sistemleri ile sınırlı olmadığı, taraflarca milli olmayan hukuk sistemlerinin de esasa uygulanacak hukuk olarak seçilebileceği kabul edilmektedir. Bu kapsamda tahkim yargısında görülen milletler arası ticari bir uyuşmazlıkta, tarafların uygulanacak hukuk olarak *lex mercatoria*'yı

kararlaştırdığı durumlarda bu seçim geçerli kabul edilecektir. Bunun sonucu olarak hakemler, *lex mercatoria*'yı uyuşmazlığa doğrudan doğruya uygulayacaklardır.

Milletlerarası ticari tahkimde, eğer taraflarca uygulanacak hukuk seçilmemiş ise esasa uygulanacak hukukun tespiti açısından, hakemlerin bir *lex fori*'si olmadığından, devlet yargısından daha esnek yöntemlerin kabul edilmesinin önü açılmıştır. MTO, LCIA ve WIPO Tahkim Kurallarında olduğu gibi, hakemlere esasa uygulayacakları hukuku doğrudan doğruya belirleme yetkisi veren (*voie directe*) kurumsal tahkim kurallarında hakemlerin *lex mercatoria*'yı uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk olarak tayin etmeleri ve *lex mercatoria*'yı uygulamak suretiyle karar vermeleri mümkündür. Bazı milletlerarası ticari tahkim sistemlerinde, hakemlerin uyuşmazlığa uygulayacakları hukukun belirlenmesine ilişkin özel kanunlar ihtilafı kuralları yer almaktadır. Bu tür sistemlerde, öngörölen kanunlar ihtilafı kuralının, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu m. 187/1'de olduğu gibi, hakemlere *lex mercatoria*'yı uygulama yetkisi tanıyor olması ihtimal dahilindedir.

URDG 758'in "URDG'nin Uygulanması (*Application of URDG*)" başlıklı 1. maddesinde, URDG 758'in uygulama alanı bulabileceği üç farklı ihtimal düzenlenmiştir. URDG 758 m. 1(a)'da belirtildiği üzere, taraflarca atıf yapılması halinde bu kurallar, sözleşmenin bir parçası haline gelmekte ve sözleşme hükümleri gibi uygulanmaktadır. Hukuk seçimi olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan bu durumlarda URDG 758 esasa uygulanacak hukukun emredici kurallarına aykırı olmamak kaydıyla, taraflar arasındaki ilişkiye uygulanacaktır. URDG 758 m. 1 (b) kapsamında bu kuralların asimetrik garantilerde uygulama alanı bulmaları mümkündür. URDG 758 m. 1(c) ise kuralların, muhabir banka açısından uygulanmasına ilişkin özel bir düzenlemedir.

URDG 758 m. 1’de, URGD 758’in milletlerarası ticari teamöl olarak veya *lex mercatoria* sıfatıyla uygulanması konusunda herhangi bir düzenleme yer almaması, MTO’nun URGD 758’in milletlerarası ticari teamöl veya *lex mercatoria*’nın kaynaklarından biri olarak uygulanmasına karşı çıktığı şeklinde yorumlanmamalıdır.



KAYNAKÇA

Affaki, G., Goode, R.: Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG 758, International Chamber of Commerce, Paris 2011.

Ağaoğlu, C.: *Incoterms 2020*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:40, Sayı 2, 2020, s. 1113-1149

Akıncı, Z.: Milletlerarası Tahkim, 5. Baskı, İstanbul 2019.

Akıntürk, T.: Borçlar Hukuku, Ankara 1991

Akyazan, S.: Banka ve Ticaret Hukuku ile İlgili İncelemeler, Yargıtay Kararları, Kanuni Mevzuat, Ankara 1972.

Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2018.

Atasoy, K.: “*Garanti Sözleşmesinin Türleri, Hukuki Özellikleri ve Sonuçları*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 1, s.101-134

Ayan, S.: Kefalet Sözleşmesi, 1. Baskı, Ankara 2018

Aydoğdu, M.: Genel İşlem Koşulları Şerhi, 1. Baskı, Ankara 2018

Aygül, M.: “*Milletlerarası Ticareti Sözleşmelerde Lex Mercatoria’nın Uygulanması*”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 3-4, 2004 s. 45-85

Ayhan İzmirli, L.: Milletlerarası Ticari Sözleşmelerin Müzakeresi ve Hazırlanması, 1. Baskı, Ankara 2017 (Müzakere)

Ayhan İzmirli, L.: *Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:37, Sayı 2, 2017, s. 170-229 (Culpa)

Babayev, I.: Uluslararası Ticari Sözleşmeler Hukukunun Yeknesaklaştırılması, 1. Baskı, Ankara 2022.

Başara, İ.: “*Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği*”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 83, 2009, s. 302-317.

Bayata Canyaş, A.: Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural, 1. Baskı, Ankara 2012.

Bertrams, F.: Bank Guarantees in International Trade, 2. Baskı, Amsterdam 1996.

Bozer, A./Göle, C.: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021.

Can, H./Tuna, E.: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2022 (Özel).

Can, H./Tuna, E.: Milletlerarası Tahkim Hukuku, 1. Baskı, Ankara 2021 (Tahkim).

Can, H.: Milletlerarası Özel Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2023

Çalışkan, Y.: Uluslararası Satım Hukukunda Kanunlar İhtilafı Meseleleri, 1. Baskı, İstanbul 2014

Develioğlu, H.: Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, 1. Baskı, İstanbul 2021.

Doğan, V.: Milletlerarası Ticaret Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 2023, 1. Cilt (Milletlerarası).

Doğan, V.: Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, 4. Baskı, Ankara 2016 (Akreditif).

Doğan, V.: Teminat Mektupları, 6. Baskı, Ankara 2020 (Teminat).

Doğan, V./Yılmaz, Ç./Ayhan İzmirli, L.: Milletlerarası Özel Hukuk, 9. Baskı, Ankara 2023

Durgut, R.: *Lex Mercatoria'nın Esasa Uygulanabilir Hukuk Olması*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:25, Sayı 1-2, 2005, s. 105-127

Ekici, A./Durukanoğlu, N.: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları, 1. Baskı, İstanbul 2016.

Ekşi, N.: “ICC’nın Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bir Örnek Kuralları”, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları - Makaleler, Ed. Nuray Ekşi, 1. Baskı, İstanbul 2011. (Kurallar)

Ekşi, N.: *Kanunlar İhtilafı Alanında “Incorporation”*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:19, Sayı 1-2, 1999, s.274-275. (İnkorporasyon)

Ekşi, N.: Milletlerarası Ticaret Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 2020. (Milletlerarası)

Ercüment, E.: “*Lex Mercatoria ve Uluslararası Ticarete Örf ve Adetin Önemi*”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük, 1. Baskı, İstanbul 2014, s.37-73

Erdem, B.: “*Incoterm’in Uluslararası Satımlarda Uygulanacak Hukuka Etkisi ve Hukuki Niteliği*”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:10, Sayı 1-2, 1990, s.65-79 (Incoterm’in Niteliği)

Erdem, B.: *Türk Milletlerarası Tahkim Hukukunda “Lex Mercatoria”*, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük, 1. Baskı, İstanbul 2014, s.125-150 (Tahkimde Lex Mercatoria).

Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, Ankara 2017 (Genel).

Eren, F.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Baskı, Ankara 2018 (Özel).

Eriş, G.: Ticari İşletme ve Şirketler, 1. Cilt, 1. Baskı, İstanbul 2013.

Gümüş, A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 2. Cilt, 1. Baskı

Güngör, G.: Türk Milletlerarası Özel Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2021.

Güven, K.: *“Lex Mercatoria ve Milletlerarası Tahkim”*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:34, Sayı 2, 2014 s.1-57.

International Chamber of Commerce, International Standart Demand Guarantee Practice for URDG 758 (ISDGP)

International Chamber of Commerce, ICC Banking Commission Opinions 2012-2016, Ed.: Gary COLLYER, Paris 2016

Kahraman, Z.: Saf Garanti Taahhütleri, İstanbul 2017

Karahan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2004.

Kayhan, Ş.: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2021

Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara 2021.

Koç, H.: *“Hukuki Açıdan Banka Teminat Mektupları”*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 69, Sayı: 2, 2020, s.567-602

Kuyucu, S.: Incoterms (Uluslararası Ticari Terimler), İstanbul 2011

Lale, M.: Yargıtay Uygulamasında Banka Teminat Mektupları, 1. Baskı, Ankara 2015

Oğuz, A.: Lex Mercatoria, Ankara 2004.

Oğuzman, K./Barlas, N.: Medeni Hukuk, 27. Baskı, İstanbul 2021

Oğuzman, K./Öz, T.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 2005

Önder, B.: Banka Teminat Mektupları, 1. Baskı, Ankara 2020.

Özalp, A.: “ICC’nin Yeni Uluslararası Garanti Kuralları – URDG 758”, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları - Makaleler, Ed. Nuray Ekşi, 1. Baskı, İstanbul 2011 (Garanti Kuralları)

Özalp, A.: Garantiler, URDG ve ISDGP Rehberi, Ed. Nuray Ekşi, İstanbul 2022

Özel, S./Erkan, M./Pürselim, S./Karaca, A.: Milletlerarası Özel Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2022

Özen, B.: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 4. Baskı, İstanbul 2017

Özkan, I.: *Yeni Lex Mercatoria’nın Tanımı ve Kapsamı*, Yeni Lex Mercatoria ve Kaynakları, Ed. Işıl Özkan, Ceyda Süral Efeçinar, Üyesi Bengül Kavlak, 1. Baskı, İstanbul 2021, s.3-23.

Öztan, B.: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2005

Poroy, R., Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, 9. Baskı, İstanbul 2001.

Reisoğlu, S.: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Ankara 2003 (Teminat Mektupları).

Reisoğlu, S.: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, 2. Baskı, Ankara 2009

Reisoğlu, S.: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992 (Kefalet).

Şanlı, C.: Milletlerarası Özel Hukuk, 5. Baskı, İstanbul 2016 (MÖH)

Şanlı, C.: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. Baskı, İstanbul 2011 (Ticari Akitler)

Şanlı, C.: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 335 (Tahkim)

Şanlı, C., Nuray, E.: Uluslararası Ticaret Hukuku, 1. Baskı, İstanbul 2000.

Şener, H.: Ticari İşletme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020

Şit, B.: *Kanunlar İhtilafı Hukukunda Akreditif ve Milletlerarası Ticaret Odasının Akreditife İlişkin Yeknesak Kuralları*, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:21, Sayı 1-2, 2011, s.75 -123

Serozan, R.: Medeni Hukuk, 7. Baskı, İstanbul 2017

Tandoğan, H.: Garanti Mukavelesi, Ankara 1959

Taşveren, S.: Uluslararası Doğal Gaz Sözleşmelerinden Kaynaklanan Uyuşmazlıkların Tahkim Yolu ile Çözümünde Esasa Uygulanacak Hukuk, 1. Baskı, İstanbul 2022

Tekil, F.: Ticari İşletme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1997.

Tekinalp, U.: Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 2009.

Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.

Toker, G.: *Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Özel S., 2010, s.991-1052

Yavuz, C.: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, İstanbul 2013.

Yener Coşkun, H.: Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul 2012.

Yener Keskin, C.: Milletlerarası Ticari Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıklara Lex Mercatoria'nın Uygulanması, 1. Baskı, İstanbul 2022

Yıldırım, C.: “*Solid, Liquid and Gas Forms of The New Lex Mercatoria: How Do They Operate in Practice?*”, Uluslararası Ticari Tahkim ve Yeni Lex Mercatoria, Ed. Ahmet Cemil Yıldırım, Serhat Eskiörük, 1. Baskı, İstanbul 2014, s.5-26

ELEKTRONİK KAYNAKÇA

International Chamber of Commerce, “Our Mission, History and Values”, <https://iccwbo.org/about-icc-2/our-mission-history-and-values/> (E.T.: 25.06.2023)

Seppala, C.: “A Contractor’s View of the URDG”, ICC Conference, Paris, 15 Mayıs 2001, <https://fdic.org/sites/default/files/3%20The%20ICC%20Uniform%20Rules%20for%20Demand%20Guarantees.pdf> (E.T.: 25.06.2023)

Confédération Suisse, La plateforme de publication du droit fédéral (Fedlex), https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/1988/1776_1776_1776/en (E.T.: 28.07.2023)

YARGI KARARLARI

Yarg. 11. HD, T. 17.04.2013, E. 2012/7485, K. 2013/7548, Lale, s.118-119

Yarg. HGK, T. 28.11.2007, E. 2007/11-852, K. 2007/892,
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2007-11852.htm&kw='ilk+talepte+ödeme'+`kesin+delil`&cr=yargitay#fm>
(E.T.:01.07.2023)

Yarg. 11. HD, T. 17.10.2014, E. 2013/11660, K. 2014/15876,
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2013-11660.htm&kw='ilk+talepte+ödeme'+`hakkın+kötüye`&cr=yargitay#fm>
(E. T.: 01.07.2023)

Yarg. 15. HD, T. 26.05.2021, E. 2020/1907, K. 2021/2280,
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=15hd-2020-1907.htm&kw='ilk+talepte+ödeme`&cr=yargitay#fm>
(E. T.: 01.07.2023)

Yarg. 11. HD, T. 12.10.2022, E. 2021/1364, K. 2022/6906,
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2021-1364.htm&kw='avans+teminat+mektupları'+garanti&cr=yargitay#fm>
(E. T.: 01.07.2023)

Yarg. 11. HD, T. 10.11.2015, E. 2014/16685, K. 2015/11819 K.,
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2014-16685.htm&kw='vadesiz+teminat+mektubu`&cr=yargitay#fm>
(E. T.: 01.07.2023)

Yarg. 11. HD, T. 15.10.1985, E. 4169/1985, K. 5613/1985, Reisoğlu (Kefalet), s.78

Yarg. İBGK, T. 13.12.1967, T. 1966/16, K. 1967/7, RG. 5 Nisan 1968, Sa:12867

Yarg. İBGK, T. 11.06.1969, E. 1969/4, K. 1969/6, RG. 5 Ekim 1969, Sa:13317

Yarg. 11. HD, T. 01.11.2011, E. 2011/2661, K. 2011/14743, Lale, s.62

Yarg. 11. HD, T. 23.11.2022, E. 2021/3137, K. 2022/8231,
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2021-3137.htm&kw=`teminat+mektubu`+`şarta+bağlı`&cr=yargitay#fm>

(E. T.: 01.07.2023)

Yarg. 11. HD, T. 01.11.2004, E. 2004/1535, K. 2004/10618
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2004-1535.htm&kw=ICC+yeknesak&cr=yargitay#fm>

(E.T.: 14.07.2023)

Brüksel Ticaret Mahkemesi, 1992, (S.A. Fabricom and S.A. Laurent Bouillet Ingénierie v. Générale de Banque and ACEC Union Minière), Affaki/Goode, s.448

Çin Halk Cumhuriyeti Temyiz Mahkemesi, 1998, (Banca Commerciale Italiana V. Jiangsu Liyang Shafeite Non-woven Co. Ltd. Civil Ruling (1998), Jing Zhong Zi No. 289), Affaki/Goode, s.448

Yarg. 11. HD, T. 21.05.2014, E. 2013/927, K. 2014/9496
<https://lib.kazanci.com.tr/kho3/ibb/files/dsp.php?fn=11hd-2013-927.htm&kw=ICC+garanti&cr=yargitay#fm>

(E. T.: 30.06.2023)