

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ULUSLARARASI BANKA GARANTİ SÖZLEŞMELERİ
VE BANKANIN SAVUNMA ARAÇLARI

Firuze Dilem BULGAN

Danışman
Prof. Dr. Serkan AYAN

İZMİR-2021

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Uluslararası Banka Garanti Sözleşmeleri ve Bankanın Savunma Araçları” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

27/09/2021

Firuze Dilem BULGAN

İmza

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Uluslararası Banka Garanti Sözleşmeleri Ve Bankanın Savunma Araçları

Firuze Dilem BULGAN

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Özel Hukuk Programı

Küreselleşen dünyada iş hayatında belli bir standarda ulaşan girişimciler, kendi ülkeleri kadar ülke sınırları dışında da yatırım yapmakta ve büyük projelere imza atmaktadır. Girişimcilerin taahhütlerini zamanında ve istenilen kalitede yerine getirmelerinin sağlanması, taahhütlerini güvence altına alma zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu noktada, taahhüt altına alınan asıl sözleşmeden bağımsız olarak üçüncü kişiler tarafından düzenlenen garanti sözleşmeleri, uluslararası ticarete etkin araçlar haline gelmiştir. Kuşkusuz, özellikle büyük ölçekli yatırımlar için tacirler, uluslararası kredisi yüksek garantörler tarafından garanti düzenlenmesini tercih etmektedir. Bu bağlamda bankalar, uluslararası ticarete garanti ilişkilerinde saygın bir garantör olarak kilit rol oynamaktadır.

Banka garantileri, sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında ele alınmakta olup, uygulama esasları ulusal kanunlarla düzenlenmekten ziyade genel olarak içtihatlarla geliştirilmektedir. Bu doğrultuda Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da banka garanti sözleşmeleri doğrudan kanunlarla düzenlenmemektedir. Bununla birlikte, her ulusal hukuk sisteminin banka garantisinin uygulanmasına ve esaslarına ilişkin kendi yaklaşımı söz konusudur. Bu noktada, ICC'nin dikkat çekici çabaları sayesinde, uluslararası garantileri uyumlu hale getirmek için UNCITRAL ve URDG gibi bazı uluslararası standartlar uluslararası aktörler tarafından kabul edilmeye başlanmıştır.

Bu çalışmada, bankaların yklenebilecekleri riskleri belirlemek, uluslararası uygulamacılara yol göstermek ve banka garantilerinde uluslararası standartları ortaya koymak amacıyla uluslararası banka garantileri ve bankanın savunma imkanları, farklı ulusal düzenler ve içtihat hukuku açısından karşılaştırmalı olarak ele alınmıştır.

Anahtar Kelimeler: Uluslararası Banka Garanti Sözleşmesi, İlk Talepte deme, Hakkın Kötüye Kullanılması, Uygun Olmayan deme Talebi, UCP, URDG 758, ISP98, Uluslararası Yetki, Yetki ve Hukuk Seçimi, Uygulanacak Hukuk, İhtiyati Tedbir.



ABSTRACT
Master's Thesis
International Bank Guarantees and Bank's Defences
Firuze Dilem BULGAN

Dokuz Eylül University
Graduate School of Social Sciences
Department of Private Law
Private Law Program

The entrepreneurs who have reached a certain standard in business life in the globalizing world tend to invest outside of the country borders and undertake big projects as well as their own countries. Ensuring the fulfillment of the commitments of the entrepreneurs on time and in the desired quality leads to the necessity of securing their commitments. At this point, guarantee contracts, issued by third party independently from the underlying transaction, have been effective instruments in international trade. Undoubtedly, especially for the large-scale investments, the merchants prefer to be under the guarantee issued by of a high standing guarantor. In this regard, banks play a key role in guarantee relations for international trade and business transactions as a reputable guarantor.

Bank guarantees are recognized within the principle of party autonomy and generally developed by case law rather than to be regulated by statutes in different legal systems. Within this direction, similar to in German and Swiss Law, in Turkish law the bank guarantee is not a subject of codes directly. However, each national legal system has its own approach to the implementation and fundamentals of bank guarantee. In other respects, Owing to the remarkable effort of ICC, some international guarantee-standards such as UNCITRAL and URDG are accepted by various international actors in order to harmonise international guarantees issued under the different national laws.

In this study, International bank guarantees and bank's defences are scrutinized comparatively regarding to different aspects of national laws and

their practices in order to identify the risks banks would bear, guide international legal practitioners and to contribute to the international harmonised implementation of bank guarantees.

Keywords: International Bank Guarantee; First-Demand Guarantee, Fraud, Abuse of Right, Improper demand, ICC Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP); ICC Uniform Rules for Contract Guarantees (URCG); ICC Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG); International Standby Practices (ISP98); International Jurisdiction, Choice of Forum, Applicable Law, Injunction.

ULUSLARARASI BANKA GARANTİ SÖZLEŞMELERİ VE BANKANIN SAVUNMA ARAÇLARI

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTACT	vi
İÇİNDEKİLER	viii
KISALTMALAR	xv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİ VE LEHDARIN ÖDEME TALEBİ

I. BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİ	3
A. Genel Olarak	3
B. Banka Garanti Sözleşmesinin Tarihi Gelişimi	3
1. Banka Garanti Sözleşmesinin Karşılaştırmalı Hukukta Gelişimi	3
2. Banka Garanti Sözleşmesinin Türk Hukukunda Gelişimi	5
C. Banka Garanti Sözleşmesinin Tanımı	7
D. Banka Garanti Sözleşmesinin Amacı	10
E. Banka Garanti Sözleşmesinin Tarafları	11
1. Garantör (Garanti Veren Banka)	12
2. Lehdar (Garanti Alan)	13
3. Amir (Garanti Talebinde Bulunan)	14
4. Kontrgaran (İkinci Banka)	14
F. Banka Garanti Sözleşmesinin Hukuki Niteliği	15
1. Banka Garanti Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine Yönelik Görüşler	16
a. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Görüşü	16

b. Kendine Özgü (<i>sui generis</i>) Sözleşme Görüşü	17
c. Değerlendirme	18
2. Banka Garanti Sözleşmesinin Kıymetli Evrak Niteliğinde Olmaması	19
G. Banka Garanti Sözleşmesinin Çeşitleri	20
1. Genel Olarak	20
2. Garantinin Amacı Bakımından Çeşitleri	21
a. Yöneltmeyi Amaçlayan (Saf) Garanti	21
b. Teminatı Amaçlayan (Kefalet Benzeri) Garanti	22
3. Garantinin Süresi Bakımından Çeşitleri	23
a. Süreli Garanti	24
b. Süresiz Garanti	26
4. Garantinin Konusu Bakımından Çeşitleri	28
a. Kesin Garanti (İfa Garantisi)	28
b. Geçici Garanti	29
c. Avans (Ön Ödeme) Garantisi	30
d. Serbest Konulu Garantiler	31
5. Ödeme Talebinin Şekli Bakımından Çeşitleri	32
a. “İlk Talepte Ödeme” Kaydı İçeren Garanti	32
b. Şarta Bağlı Garanti	35
6. İkinci Bankanın Devreye Girmesi Bakımından Çeşitleri	35
a. Doğrudan Garanti	37
b. Dolaylı Garanti (Kontrgaranti)	38
c. Sendikasyon Garantileri	39
H. Banka Garanti Sözleşmesinin Kefalet Sözleşmesinden Farkı	40
II. BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	45
A. Banka Garanti Sözleşmesinin Kurulması	45
1. Genel Olarak	45
2. Sözleşmenin Şekli	47
3. Sözleşmenin Süresi	49
4. Garantörün Sorumluluğunun Sınırları	50
a. Riskin Kapsamı ve Limiti	50

b. Türk Hukukundaki Bazı Düzenlemeler	53
(1) 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, 32 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Karar ve 02.05.2018 Tarihli TCMB Sermaye Hareketleri Genelgesi	53
(2) 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun	56
(3) 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu	58
5. Sözleşmede Değişiklik Yapılması	59
6. Sözleşmenin Sona Ermesi	62
B. Banka Garanti Sözleşmesinin Kurduğu Hukuki İlişkiler	65
1. Amir ile Lehdar Arasındaki Hukuki İlişki (Temel İlişki)	65
2. Amir ile Garantör Banka Arasındaki Hukuki İlişki (Karşılık İlişkisi)	67
3. Garantör Banka ile Lehdar Arasındaki Hukuki İlişki (Garanti İlişkisi)	70
III. LEHDARIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNMASI	71
A. Ödeme Talebi	71
1. Genel Olarak	71
2. Ödeme Talebinin Şartları	72
3. Ödeme Talebinin Zamanı	73
4. Ödeme Talebinin Şekli ve İçeriği	74
5. Ödeme Talebine İlişkin Şartların Gerçekleştiğinin İspatı	75
B. Ödeme Talebinde Bulunulmasının Hukuki Sonuçları	76
1. Banka Garanti Sözleşmesine İlişkin Hukuki Sonuçları	76
a. Garanti Borcunun Muacceliyeti ve Bankanın Ödeme Yükümü	76
b. Garanti Borcunun Ödeme Yerinde ve Zamanında İfası	78
2. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları	79
a. Bankanın Ödeme Talebinde Bulunulduğunu Amire Bildirme Yükümlülüğü	79
b. Bankanın Ödeme Talebini İnceleme Yükümlülüğü	80
c. Bankanın Def'i ve İtirazlarını İleri Sürme Yükümlülüğü	82

İKİNCİ BÖLÜM**BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE BANKANIN SAVUNMA ARAÇLARI**

I. BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN İTİRAZ VE DEFİLER	85
A. Genel Olarak	85
B. Banka Tarafından İleri Sürülmesi Mümkün Olmayan İtiraz ve Defi'ler	85
1. Temel İlişkiye Dayanan İtiraz ve Def'iler	85
2. Karşılık İlişkisine Dayanan İtiraz ve Def'iler	87
3. Kontrgarantide İki Banka Arasındaki İlişkiye Dayanan İtiraz ve Def'iler	88
C. Garanti Sözleşmesine Dayanan İtiraz ve Def'iler	88
1. Hakkın Doğumuna Engel Olan İtirazlar	88
a. Şekle aykırılık	89
b. Başlangıçtaki İmkânsızlık	90
c. Hukuka ve Ahlaka Aykırılık	91
d. İrade Sakatlıkları	92
(1) Hata (Yanılma)	93
(2). Hile (Aldatma)	95
(3). İkra (Korkutma)	96
e. Temsil Yetkisinin Bulunmaması	96
2. Hakkı Sona Erdiren İtirazlar	97
a. İfa	98
b. İbra	99
c. Sonraki İmkânsızlık	100
d. Takas	102
3. Ödeme Talebinin Geçersizliğine İlişkin İtirazlar	103
4. Garanti Sözleşmesinden Doğan Def'iler	107
a. Zamanaşımı Def'i	107
b. Erteleme Def'i	109

II. ÖDEME TALEBİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI NİTELİĞİNDE OLDUĞU SAVUNMASI

A. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	110
B. Garanti İlişkisinde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	117
1. Ödeme Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Niteliğinde Olduğunun Kabulü İçin Aranılan Ön Şartlar	118
a. Bir Talep Hakkının Varlığı	119
b. Talep Hakkının Açıkça Dürüstlük Kuralına Aykırı Kullanılması	120
2. Garanti İlişkisinde Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Edebilecek Durumlar ve Mahkeme Kararları	121
a. Genel Olarak	121
b. Lehdarın Garanti Sözleşmesinin Konusunu Oluşturan Edime İlişkin Bir Hakkının Bulunmadığını Kabul Etmesine Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması	122
c. Lehdarın Garanti Sözleşmesinin Konusunu Oluşturan Edimin İfası İçin Süre Vermesine Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması	123
d. Lehdarın, Garanti Sözleşmesi Konusu Olayın Gerçekleşmesine Kendi Davranışı Yol Açmasına Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması	123
e. Garanti Edilen Edimin Talep Edilmesi Açıkça Batıl veya Dava Edilemez Olmasına Rağmen Lehdarın Ödeme Talebinde Bulunması	126
f. Garanti ile Teminat Altına Alınan Edimin Objektif Bakımdan Sonradan İmkansızlığı Halinde Ödeme Talebinde Bulunulması	128
3. İspat	129
4. Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edilmesinin Hukuki Sonuçları	133
a. Banka Garanti İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları	133
b. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları	136

c. Temel İlişki Bakımından Hukuki Sonuçları	137
III. GARANTİ BEDELİNİN GARANTİ AMACINA AYKIRI OLARAK TALEP EDİLMESİ	138
A. Genel Olarak	138
B. Garanti Bedelinin Amacına Aykırı Olarak Talep Edilmesi Teşkil Edecek Haller	139
1. Garanti Kapsamında Bulunmayan Bir Konuda Ödeme Talep Edilmesi	140
2. Garanti Riskinin Henüz Gerçekleşmemiş Olması	142
3. Garanti Riskinin Gerçekleşmesinin Mümkün Olmaması	143
C. İspat	144
D. Garanti Bedelinin Garanti Amacına Aykırı Olarak Talep Edilmesinin Hukuki Sonuçları	145
1. Banka Garanti İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları	145
2. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları	147
3. Temel İlişki Bakımından Hukuki Sonuçları	147

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ULUSLARARASI NİTELİKLİ BANKA GARANTİ SÖZLEŞMELERİNDE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

I. ULUSLARARASI NİTELİKLİ BANKA GARANTİ SÖZLEŞMELERİ	149
A. Genel Olarak	149
B. Yabancılık Unsurunun Tespiti	150
1. Genel Olarak	150
2. Banka Garanti Sözleşmelerinde Yabancılık Unsurunun Tespiti	151
C. Milletlerarası Yetki	154
1. Genel Olarak	154
2. Banka Garantilerinde Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tespiti	158
3. İhtiyati Tedbir Taleplerinde Yetkili Mahkeme	164
D. Uygulanacak Maddi Hukukun Belirlenmesi	166
1. Genel Olarak	166

2. Garanti Sözleşmesi Metninde Uygulanacak Hukuk Kızunun Bulunması	171
3. Garanti Sözleşmesi Metninde Uygulanacak Hukuk Kızunun Bulunmaması	172
4. İhtiyati Tedbir Kararlarına Uygulanacak Hukuk	173
5. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Bazı Problemlı Hususlar	174
II. ULUSLARARASI GARANTİ SÖZLEŞMELERİ İLE İLİŞKİLİ DÜZENLEMELER	178
A. Uluslararası Düzenlemeler	178
1. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri	178
a. UNCITRAL 1995 Konvansiyonu	178
b. Uluslararası Mal Alım Satım Sözleşmesi (CISG)	179
2. Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tarafından Yapılan Düzenlemeler	183
a. URDG 458	184
b. URDG 758	185
c. ISP 98	186
d. UCP 500 / 600	188
B. Banka Garantilerinin Benzer Uluslararası Hukuki Müesseseler İle İlişkisi	189
1. Banka Garantilerinin Akreditifler İle İlişkisi	189
2. Banka Garantilerinin Standby Akreditifleri ile İlişkisi (ISP 98)	191
C. Banka Garantilerine İlişkin Diğer Ülkelerin Düzenlemeleri	195
1. Rusya Federasyonu	195
2. Çin Halk Cumhuriyeti	196
3. Orta Doğu Ülkeleri (Riskli Bölgeler)	199
SONUÇ	203
KAYNAKÇA	209

KISALTMALAR

ABGB.	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AD.	Adalet Dergisi
Alm.	Almancaşı
Art.	Artikel / Article
ATİBK.	Akdi Teminatlara İlişkin Birörnek Kurallar
Aufl.	Auflage
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB.	Betriebs-Berater
BGB.	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE.	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGH.	Bundesgerichtshof
BGHZ.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bkz.	bakınız
BM	Birleşmiş Milletler (UN)
Brussel Reg. I.	Regulation (EU) 1215/2012 of European Parliament and of the Council
C.	Cilt
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Çev.	Çeviren
DB.	Der Betrieb
Diss.	Dissertation
dn.	dipnotu
DZWir.	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E.	Esas
EDT	Editör
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerliches Gesetzbuch
EU	European Union

EWIR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Aktuelle Rechtsprechung mit Kurzkomentaren für die Praxis
FIDIC	International Federation of Consulting Engineers
FS.	Festschrift
HD.	Hukuk Dairesi
HGB	Handelsgesetzbuch
HGK.	Hukuk Genel Kurulu
HMK.	6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
I.	Issue
ICC	International Chamber of Commerce
ICSID	International Centre of Settlement of Investment Disputes
IGP	Provisions of the Supreme Court of the People's Republic of China on Several Issues Concerning the Trial of Disputes over Independent Guarantees
INCOTERMS	International Commercial Terms
Ing.	İngilizcesi
IPLA	Swiss Federal Act on International Private Law (IPRG)
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax.	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IPRG	Internationales Privatrechtsgesetz (IPLA)
ISP 98	International Standby Practices
İBD.	İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	İçtihatı Birleştirme Kararı
İİK.	İcra İflas Kanunu
İÜHFM.	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA.	Juristische Arbeitsblätter
K.	Karar
karş.	karşı görüş
LG.	Landesgericht
m.	madde
MHAD.	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÖHUK.	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

MTK	Milletlerarası Tahkim Kanunu
MTO	Milletlerarası Ticaret Odası (ICC)
NJW.	Neue Juristische Wochenschrift
OLG.	Oberlandesgericht
OHADA	Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires
OR.	(Schweizerisches) Obligationenrecht
RabelsZ.	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Reg.	Regülasyon
RG.	Resmi Gazete
RIW.	Recht der Internationalen Wirtschaft
S.	Sayı
s.	sayfa
SJZ.	Schweizerische Juristenzeitung
SZW.	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
SWIFT	Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication
T.	Tarih
TBBD.	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK.	Türk Medeni Kanunu
TTK.	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
UCC	Uniform Commercial Code
UCP	Uniform Customs and Practices for Documentary Credits
UN	United Nations
UNCITRAL	United Nations Commissions on International Trade Law
URDG	The Uniform Rules for Demand Guarantees
Urt	Urteil
V.	Volume
v.	versus
vd.	ve devamı

WM.	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier Mitteilungen
Yarg.	Yargıtay
YD.	Yargıtay Dergisi
YİBK.	Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi
ZBB.	Zeitschrift für Bankwirtschaft und Bankrecht
ZfBR.	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZGB.	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR.	Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht
ZHR.	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP.	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

GİRİŞ

Uluslararası ticaret standartlarının gelişmesi, tacirleri sınır ötesi alanlarda da ticaret yapmaya itmiştir. Bu mivalde, ticari ilişkilerden doğan edimlerin yerine getirilmesinin sağlanması veya edimlerin yerine getirilmemesi riskine karşı diğer yanın uğradığı zararların karşılanması için etkili hukuki araçlara ihtiyaç duyulmuştur. Bu amaçla, ticari sözleşmelerden doğan edimlerin teminat altına alınması veya edimin ifa edilmemesi nedeniyle oluşacak zararların hızlı ve etkili bir şekilde telafi edilmesi için likidite fonksiyonu yüksek garanti sözleşmelerinin düzenlenmesi uygulama alanı bulmuştur. Uluslararası ticari sözleşmelerden doğan riskin yüksek olması ve tarafların birbirini yeteri kadar tanımıyor olması gibi hususlar nazara alınarak tarafların ekonomik gücü ile uluslararası itibarı yüksek garantör arayışı banka garantilerinin yaygın olarak kullanılmaya başlanmasına sebep olmuştur.

Garanti sözleşmesi gerek Türk hukukunda gerek ise karşılaştırmalı hukukta sözleşme serbestisi ilkesi kapsamında taraf iradelerine bağlı olarak düzenlenmektedir. Genel kural bu olmakla birlikte, bazı ulusal hukuklar garanti sözleşmelerini de düzenleme yoluna gidebilmektedir. Banka garanti sözleşmeleri, bankanın garantör sıfatıyla dahil olduğu genellikle ilk talepte ödeme emrini haiz olarak düzenlenen garanti sözleşmelerinin bir alt türüdür.

Banka garanti sözleşmesinin yarattığı hukuki ilişkiler ele alınırken Türk hukuku ile uluslararası hukuk metnlerinin terminoloji yönünden farklılık arzettiği görülmüştür. Zira Türk hukukunda garanti alan “muhatap” olarak adlandırılırken uluslararası metinlerde “lehdar” olarak adlandırılmıştır. Benzer şekilde, garanti talebinde bulunan Türk hukukunda “lehdar” olarak ifade edilir iken uluslararası metinlerde “amir” olarak ifade edilmektedir. Çalışmamızın konusunu uluslararası banka garanti sözleşmeleri oluşturduğundan ICC kurallarında yer alan terminolojinin benimsenmesinin çalışmanın amacıyla daha uygun düşeceği kanaatine varılmıştır. Bu bağlamda, çalışmamızda garanti veren “garantör”; garanti alan “lehdar” ve garanti talebinde bulunan “amir” olarak anılacaktır. Bununla birlikte, Türk hukukunda banka garanti sözleşmeleri, banka teminat mektubu olarak düzenlenmekte olduğundan, doktrinde ve mahkeme kararlarında “banka teminat mektubu” ibaresi kullanılmaktadır.

Çalışmamızda karşılaştırmalı hukuk analizi kapsamında başta Alman, Türk ve İsviçre hukukları olmak üzere banka garantisine ilişkin farklı ulusal düzenlemeler ile mahkeme içtihatlarına yer verilerek, uluslararası banka garantilerinde farklı uygulamalardan kaynaklanacak uyuşmazlıkların ele alınması, banka garanti sözleşmeleri düzenlenirken sözleşme ile bağlantısı bulunan hukuk düzenleri arasında ne tür farklılıkların ortaya çıkabileceği analiz edilerek doktrin ve uygulama açısından farklı bir bakış açısı kazandırılması amaçlanmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde genel olarak banka garanti sözleşmelerinin unsurları, hukuki nitelikleri, çeşitleri, sözleşmenin kurulması, garantinin kurduğu hukuki ilişkiler, lehdarın ödeme talebi ve ödeme talebinde bulunulmasının sonuçları ele alınacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde banka garanti sözleşmesinde bankanın savunma araçları incelenecektir. Bu bağlamda, garantör banka tarafından ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar, ileri sürülmesi mümkün olmayan def'i ve itirazlar, bankanın istisnai hallerde ödeme yapmama savunmasında bulunabileceği, garantinin amacına aykırı olarak ödeme talebinde bulunulması ve lehdarın hakkın kötüye kullanılması suretiyle talepte bulunması halleri ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Garantinin amacına aykırı olarak ödeme talebinde bulunulması ile hakkın kötüye kullanılması suretiyle talepte bulunulması arasında hakkın varlığı hususunda ortaya çıkan farklılık nedeniyle çalışmamızda sistematik bir ayırım tercih edilmiştir. Buna karşın, özellikle hem ulusal hem de uluslararası mahkeme kararlarında bu iki kavramın birbiri yerine kullanıldığına yaygın olarak rastlanılmaktadır. Nitekim, bu iki kurumun hukuki sonuçları bakımından farklılık söz konusu olmamaktadır.

Çalışmamızın üçüncü kısmını ise uluslararası nitelikli banka garanti sözleşmeleri ve uluslararası düzenlemeler oluşturmaktadır. Bu kapsamda, uluslararası nitelikli banka garantilerinin unsurları, milletlerarası yetki, esasa uygulanacak hukukun tespiti, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanınması ve tenfizi, Birleşmiş Milletler'in konu ile bağlantılı olan düzenlemeleri, ICC tarafından oluşturulan URDG 458, URDG 758, ISP 98 ve UCP 500/600 kuralları, banka garanti sözleşmelerinin uluslararası diğer hukuki müesseseler ile ilişkisi ve banka garantilerine ilişkin farklı ulusal hukuklardaki düzenlemeler ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİ VE LEHDARIN ÖDEME TALEBİ

I. BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİ

A. Genel Olarak

Banka garantisi, garanti sözleşmesinin bir alt türünü oluşturmaktadır. Bu nedenle, garanti sözleşmesinin esaslarına ilişkin yapılan tespitler, banka garantileri için de geçerli olacaktır. Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda banka garantileri sözleşme özgürlüğü çervesinde düzenlenmekte olup, kanuni düzenlemelere doğrudan konu olmamaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında, banka garantisinin tarihi gelişimi, tanımı, unsurları, hukuki niteliği, amacı, tarafları, çeşitleri ve benzer hukuki kurumlarla olan ilişkisi ayrıntılı olarak incelenmiştir.

B. Banka Garanti Sözleşmesinin Tarihi Gelişimi

1. Banka Garanti Sözleşmesinin Karşılaştırmalı Hukukta Gelişimi

Uluslararası ticarete aktif olarak kullanılan garanti sözleşmeleri pozitif düzenlemelere konu olmak yerine, sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucu olarak serbest şekilde düzenlenebilmektedir. Dolayısıyla garanti sözleşmelerine bağlı ortaya çıkan uyuşmazlıklar mahkeme içtihatları yardımıyla çözüme kavuşturulmaktadır. Garanti sözleşmesinin kökenleri irdelendiğinde, Roma hukukundaki saf garanti sözleşmesi görünümünde olan *Stipulatio*¹ ve *Promissio indemnitis*² hukuki muameleleri karşımıza çıkmaktadır.³ Roma hukukundaki bu hukuki taahhütlere

¹ Stipulatio: Sözlü biçime uyruk, tek yanlı, dar hukuk davaları doğuran sözleşme. Bkz. Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 4. baskı, Ankara, 2010, s.686.

² Promissio indemnitis: Herhangi bir hukuki muameleden kaynaklanan muhtemel zararın tazmin edileceğine dair üçüncü kişinin yaptığı taahhüt. Bkz. Akın Ekici ve Nihayet Durukanoğlu, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları, Garanti ve Kontrgarantiler**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2016, s.32.

³ Ekici ve Durukanoğlu, s.31 ; Ferhat Canbolat, **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009. s.6.

ilişkin tanımlamalar, modern anlamdaki garanti sözleşmeleri bakımından eksik kalmaktadır.

Modern anlamda garanti kavramı ise faiz ve temettü garantileri görünümünde Fransız hukukunda ortaya çıkmıştır. Bu garantilerin amacı, şirketin paylarını almak isteyen üçüncü kişilerin, şirketin faizleri ödemede temerrüde düşmesini ve muhtemel iflasını önlemek amacı ile, ortaklığa belli bir kar payı temin etmesi şeklinde ifade edilmektedir.⁴ Zamanla, Avrupa’da bu tür garantiler yayılmaya ve ticaret alanında kullanılmaya başlanmıştır. Bu bağlamda, garanti sözleşmelerinin tanımı ilk kez Alman hukukçu *Rudolf Stammler* tarafından yapılmaya çalışılmıştır.⁵ *Stammler*, modern anlamda ortaya çıkan bu taahhütlerin, kefalet sözleşmesinden farklı esaslara dayanan ve bağımsız bir sözleşme türü olduğunu vurgulamıştır. *Stammler*’a göre garanti mukavelesi ile bir kimse, başkasının kazanç kastı güden teşebbüsüne bağlı olan risklerin tamamını ve bir kısmını tek yanlı olarak üstlenir.⁶ Bu tanımlama doktrinde, kazancın zaruri unsur olmaması ve yalnızca saf garantileri kapsamaması hasebiyle eleştirilmiş olsa da birçok ülkede garanti uyumsuzluklarının çözümlenmesinde mahkemelere genel bir çerçeve oluşturmuştur.

Birçok ulusal hukuk, garanti sözleşmelerini hüküm altına alan pozitif düzenlemelere yer vermekten kaçınmıştır. Örneğin; Alman hukukunda *Alman Medeni Kanunu(BGB)*’nin düzenlenmesi sırasında, garanti sözleşmelerinin hüküm altına alınması gerekip gerekmediği çokça tartışılmış olsa da, ihtivasının geniş olması nedeni ile *BGB*’de düzenlenmemesi kararlaştırılmıştır.⁷ Benzer bir eğilim ile, İsviçre hukukunda da garanti sözleşmeleri pozitif düzenlemelerin dışında bırakılmıştır ve sözleşme serbestliği ilkesi gereğince taraflar garanti sözleşmesinin esaslarını kendileri belirleyebilmektedir.⁸ Aynı nedenlerle, Fransa⁹, İngiltere¹⁰ ve Avusturya

⁴ Seza Reisoğlu, **Garanti Mukavelesi**, Ankara, 1963, s.39.

⁵ Meral Sungurtekin, “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme”, **TBB Dergisi** Cilt: II, 1990, s.546.

⁶ Rudolf Stammler, **Der Garantievertrag**, Archiv für die civilistische Privatrecht 69/19, 1886, s.1.

⁷ Jens Nielsen ve Nicolai Nielsen, “The German Bank Guarantee: Lesson to Be Drawn for China”, **Geo. Mason J. Int’l Com.L.**171, 2014, s.172. ; Manfred Pieck, “A Study of the Significant Aspects of German Contract Law”, **Annual Survey of International & Comparative Law**, Cilt:3, Sayı:1, Art. 7, (111), 1996, s.173; Reisoğlu, *Garanti*, s.37.

⁸ Alexandre Both ve Tervel Stoyanov, “Chapter 28: Switzerland”, **International Bank and Other Guarantees Handbook-Europe**, Ed. Aubin,Yann; de Longeaux, Louis; Vecchiato, Jean-Claude, Kluwer Law International B.V., The Netherlands, 2017, ss.1239-1292., s.1240.

⁹ Michel Vasseur, “Fransız Hukuku’nda Banka Teminat Mektupları”, Çev. Murat Yavaş, , **MÜHF-HAD**, Cilt:14, Sayı:1-2, s.242.

gibi ulusal hukuklar da garanti sözleşmelerini hüküm altına almamıştır. Buna karşın, uluslararası ticaretin gelişmesi ve ticari güvenliğin sağlanabilmesi için uluslararası yeknesak kuralara olan ihtiyaç artmıştır. Bu ihtiyaca cevap vermek adına, *Uluslararası Ticaret Odası (ICC)* bir dizi kural yayınlamıştır.¹¹ Bunlardan ilki 1978 yılında yürürlüğe giren 325 No’lu “*Sözleşmeden Doğan Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar*”dır. Fakat bu kurallar özellikle ilk talepte ödeme kaydı içeren banka garantileri bakımından yetersiz kalmış ve banka teamül ve uygulamalarına cevap verememiştir. Bunun üzerine, ICC tarafından 1992 yılında 458 No’lu “*Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar*”¹² kabul edilmiştir. Bu kuralların yerini ise, 2010 yılında yürürlüğe giren 758 No’lu kurallar almıştır. ICC kuralları genel anlamda geniş uygulama alanı bulamamış olsa da özellikle 758 No’lu kurallar banka garantileri bakımından uluslararası bankacılık alanında kabul edilmiştir.¹³ Öte yandan, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (*UNCITRAL*) tarafından 11.12.1995 tarihinde “*Bağımsız Garantilere ve Standby Letters of Credit’e İlişkin Konvansiyon*” yayınlamıştır. Konvansiyonu az sayıda ülke imzalamıştır. Fakat, belirtmek gerekir ki, bu kuralların, taraflarca açıkça kabul edilmesi durumunda daima uygulanabilmesi mümkündür.¹⁴ Diğer bir ifade ile, ulusal hukuklar bu kuralların uygulanmasına yönelik kesin düzenlemeler yapmak yerine, taraflara bu konuda anlaşabilme imkanı tanımakla yetinmişlerdir.

2. Banka Garanti Sözleşmesinin Türk Hukukunda Gelişimi

Türk hukukunda da garanti sözleşmeleri pozitif düzenlemelere konu olmamıştır. Bu nedenle garanti sözleşmesinin esaslarının ortaya konulmasında doktrin ve mahkeme kararları başlıca rol oynamıştır. Garanti sözleşmesine yönelik

¹⁰ İngiliz Hukuku, Common Law Hukuku esasına dayanmakta ve genel olarak mahkeme içtihatları ile gelişmektedir. Bu bakımdan, Kara Avrupası hukukundan farklı olarak pozitif düzenlemeler oldukça sınırlıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Geoffrey Samuel, **Introduction to the Common Law**, Edward Elgar Pub, 2014.

¹¹ ICC’nin uluslararası düzenlemelerine, garanti sözleşmeleriyle irtibatlı olduğu ölçüde bu çalışmanın üçüncü bölümünde ayrıntılı olarak yer verilecektir.

¹² URDG 458

¹³ Örneğin; Birleşmiş Milletler, 05.07.2011 tarihinde; Uluslararası Mühendisler Federasyonu (FIDIC), 14.03.2012 tarihinde; Dünya Bankası (WB) 26.06.2012 tarihinde URDG 758 No’lu kuralları kabul etmişlerdir. (Ekici ve Durukanoğlu, s.213)

¹⁴ Nuray Ekşi, **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 2.bası, Beta Yayınları,2015. (Milletlerarası Ticaret), s.320.

ilk monografik çalışmayı yapmış olan *Tandoğan*, garanti sözleşmesini şu şekilde tanımlamıştır¹⁵; “*Garanti sözleşmesi, garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisi ile borç ilişkisine girdiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhüt ile üzerine aldığı sözleşmedir.*”

Buna karşın garanti sözleşmesi konusunda bir diğer monografik çalışmayı yapmış olan *Reisoğlu* ise¹⁶; “*Garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile müstakil olarak teşebbüsün tehlikesini üzerine alır.*” Şeklinde bir açıklama yaparak garanti sözleşmesinin zararın temin altına alınması amacından ziyade bir yöneltme amacının bulunduğunu vurgulamıştır. Gerçekten de, garanti sözleşmesi mutlaka bir zararın tazminini amaçlamamakta olup, çok daha geniş kapsamda uygulama alanı bulmaktadır.

Banka garanti sözleşmeleri ise garanti sözleşmelerinin bir alt türünü oluşturmaktadır. Bu bağlamda, banka garanti sözleşmesi, garanti verenin banka olduğu garanti sözleşmesi olarak tanımlanabilir. Çalışmamızda daha önce de vurgulandığı üzere, Türk hukukunda banka garanti sözleşmeleri, banka teminat mektupları şeklinde düzenlenmektedir. Başka bir anlatımla, Türk hukukundaki banka teminat mektupları, banka garanti sözleşmeleri ile aynı amaçta olup ortaya çıkış şekilleri bakımından farklılık göstermektedir.¹⁷ Banka teminat mektubu kavramı ilk olarak Devlet ve Kamu kuruluşlarınca yapılan ihalelere verilecek teminatları düzenleyen 1025 Sayılı Kanun’un birinci maddesinin verdiği yetkiyle Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan 08.01.1928 tarihli 6048 Sayılı Kararname’de kullanılmıştır.¹⁸ Böylece, banka teminat mektupları ilk olarak devlet ve kamu ihalelerine teminat sağlanması için dar anlamda kullanılmış ve zamanla uygulama alanı genişletilerek özel borç ilişkilerinde de düzenlenmeye başlanmıştır. Bu bağlamda, önceki yıllarda banka teminat mektuplarının hukuki niteliği bakımından kefalet yaklaşımı hem doktrinde hem de Yargıtay Kararlarında benimsenmiştir.¹⁹ Fakat banka teminat mektuplarının kullanım sahası genişledikçe, hukuki niteliği

¹⁵ Haluk Tandoğan, **Garanti Mukavelesi**, Ankara, 1963., (Garanti), s.12.

¹⁶ Seza Reisoğlu, **Banka Garanti Mektupları ve Kontrgarantiler**, Ankara, 2003, s.34.

¹⁷ Canbolat, s.34.

¹⁸ Reisoğlu, Banka Teminat, s.21,22. ; Nami Barlas, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul, 1986, s. 10-13.

¹⁹ TD 16.12.1959 tarih E.58 ve K.377 ; TD. 30.04.1959 tarih E.892 ve K.1213 (Tandoğan, Garanti, s.35, dn.129)

bakımından tartışmalar ortaya çıkmıştır. Sonunda banka teminat mektuplarıyla verilen teminatların kefalet niteliğinde olmayan ve bağımsız bir borç doğuran garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu doktrinde ve Yargıtay İçtihat Birleştirme Kararında²⁰ açıkça benimsenmiştir. Böylece, Türk hukukundaki banka teminat mektupları, banka garanti sözleşmesi olarak kabul edilmiş ve ikili ayırım sona ermiştir.²¹ Uygulamada, Türk bankaları banka garantisi ile aynı işleve ve anlama sahip banka teminat mektupları düzenlemektedir.

C. Banka Garanti Sözleşmesinin Tanımı

Banka garanti sözleşmesi, garanti sözleşmesinin bir alt türüdür. Garanti sözleşmelerinin pozitif düzenlemeler dışında bırakılmasının bir sonucu olarak kesin bir tanımı da yapılmamıştır. Garanti sözleşmesi, sözleşme serbestliği ilkesinin bir sonucu olarak çeşitli unsurları farklı şekillerde ihtiva edebilir. Bununla birlikte, garanti sözleşmesine karakterini veren unsurların neler olduğu doktrinlerde tartışılmıştır. Tekinalp'a²² göre;

“Banka garantisi; Bankanın, müşterisinin istemi üzerine, müşterisi ile herhangi bir hukuki ilişkiye girme durumunda bulunan üçüncü kişiye, müşterisinin bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi veya herhangi bir edimin ifa edilmemesi ile alakalı olmadan sadece korkulan bir olayın vuku bulması halinde belirli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı garanti etmesidir.”

Bir diğer tanımlamayı yapan Büsser'e göre ise banka garantisi, vuku bulacağı belli olmayan ve garanti alan tarafından arzu edilmeyen bir olayın gerçekleşmesi halinde, bir bankanın belirli bir parayı garanti alana ödemeyi tek yanlı olarak üstlendiği akittir.²³ Bu tanımlamalar ışığında, banka garanti sözleşmesinin *bağımsızlık, ivazsızlık ve geri alınamazlık* unsurları tek tek ele alınmalıdır.

Bağımsızlık unsuru, doktrinde garanti sözleşmesine karakterini veren unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin bağımsızlığının ne anlama geldiğinin

²⁰ YİBK 11.06.1969 tarih ve E.1969/4 K.1969/6 Sayılı kararı için bkz. Resmi Gazete 03.10.1969, N.13317.

²¹ Ünal Tekinalp, **Banka Hukukunun Esasları**, Cilt: I, İstanbul,1988, s.376. ; Benzer yönde bkz. Michelle Kelly-Louw, , “Illegality as an Exception to the Autonomy Principle of Bank Demand Guarantees”, **Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, 2009, Cilt:42, Sayı:3, s. 339-386. (Illegality), s.344.

²² Tekinalp, s.372.

²³ Andres Büsser, **Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten**, Friburg-Schweiz, 1997, s.24.

anlaşılabilmesi için “Aslilik” ve “Fer’ilik” kavramlarının açıklanması gerekmektedir. Sözleşmenin asliliği; herhangi bir başka hukuki ilişkiye bağlı bulunmaksızın, sözleşmenin kendi varlığı nedeniyle asli bir borç ilişkisi doğurmasıdır.²⁴ Buna karşın, sözleşmenin fer’iliğinde ise başka bir hukuki ilişkiye bağlı, ikincil nitelikli bir borç doğmaktadır. Böylece, ilk durumda yüklenilen borcun bağımsız olarak talep edilmesi ve geçerliliğinin başka bir hukuki ilişkiden etkilenmemesi söz konusu iken, ikinci durumda ise borcun bağımsız olarak talep edilmesi mümkün olmayıp, sözleşmenin geçerliliği de başka bir hukuki ilişkinin geçerliliğine bağlıdır. Tüm bu bilgiler ışığında bir tanım yapılacak olursa; Banka garanti sözleşmesi, bankanın tek yanlı olarak asli bir para borcu yüklendiği ve geçerliliği başka bir hukuki ilişkiye bağlı olmayan sözleşmedir. Bunun bir sonucu olarak, banka garanti sözleşmesi, temel sözleşme ilişkisinden bağımsız ve asli bir borç yaratır.²⁵

Burada önemli bir nokta ise “*bağımsız borç*” kavramı ile “*soyut borç*” kavramının arasındaki farkın ortaya konulmasıdır. Zira birçok ulusal hukukta bu iki kavram birbirlerinin yerine kullanılmakta olsa da farklı anlamlara gelen kavramlardır.²⁶ Bağımsız borç, geçerliliği başka bir hukuki ilişkiye bağlı olmayan bir borç olsa da sebebini başka bir hukuki ilişkiden alabilir. Bu durum, borcun fer’iliği

²⁴ Unal Somuncuoglu, “A Decision by the Court of Cassation and Bank Letters of Guarantee”, 8 **Banka Hukuk Dergisi** 165 (1975), 169.

²⁵ Claus-Wilhelm Canaris, **Bankvertragsrecht** 1.Teil, 3.Aufl., Berlin, 1988, s.754 ; Beat Kleiner, **Bankgarantie**, 4.Aufl., Zurich, 1990, s.7,8. ; Vasseur, s.240. ; Reisoğlu, Garanti, s.19. ; Hans Giger, “Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law”, 1987 **Ariz. J. Int’l Comp. L.** 38 (1987), s.36, 43. ; Both ve Stoyanov, s.1240. ; Wolfgang Melzer, “Germany: recent decisions and tendencies affecting the German law on guarantees”, **I.B.F.L.** 1996, 15(4), ss.46-48. (German Law on Guarantees), s.46 ; Wolfgang Melzer, “Germany: first demand guarantees - recent decisions by the German Supreme Court”, **I.B.F.L.** 1997, 15(10), s.117. (recent decisions) ; Michelle Kelly-Louw, “Limiting Exceptions to the Autonomy Principle of Demand Guarantees and Letters of Credit”, **Essays in Honour of Frans Malan**, LexisNexis, 2014, s. 197-218. (Autonomy Principle) (www.academia.edu) s.198.

²⁶ Örneğin, İngiliz hukukunda “*soyutluk*” anlamına gelen “*abstract*” terimi sık sık kullanılsa da doktrinde genellikle “*bağımsızlık*” kavramını ifade etmektedir. (Bkz. Martin Hughes, “When is a Guarantee Not a Guarantee”, 3 **Law & Fin. Mkt. Rev.** 31 (2009), s.31) ; Fransız hukukunda ise garanti sözleşmesi önceleri soyut borç taahhüdü niteliğinde olarak kabul edilmiş fakat daha sonra mahkeme kararları ile bu görüşten vazgeçilmiştir.(Bkz. Vasseur, s.242.) ; Alman hukukunda “*abstract*” kavramının kullanıldığı mahkeme kararlarında bu terimin “*bağımsızlık*” fonksiyonunu nitelediği belirtilmektedir. (Bkz. Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.200, 97 numaralı dipnot: BGH, WM91,103 kararı) ; Belçika hukukunda ise önceleri şartsız garantilerin soyut ve nedene bağlı olmayan taahhüt içerdiğini hüküm altına alan mahkeme kararları olsa da daha sonra bu görüş yeni tarihli mahkeme kararları ile terkedilmiştir. (Bkz. Friedrich Schwank, “New trends in international bank guarantees”, **Int. Bank. L.** 1987, 6(3), s.37-38 ; Max-Pianck-Institut for ausländisches und internationales Privatrecht. “The suretyship in the law of the Member States of the European Communities” , **Competition: Approximation Of Legislation Series-** 1971, Hamburg, s.57)

sonucunu doğurmaz. Borç yine asli ve sözleşmenin geçerliliği ise bağımsız olmaya devam eder. Öte yandan, borcun soyut olması ise, hem bağımsız hem de nedensellik içerisinde dahi başka bir hukuki ilişkiye bağlı olmamayı ifade eder. Banka garanti sözleşmesi bağımsız ve asli bir borç doğurmakta fakat sebebini bir başka hukuki ilişkiden²⁷ almaktadır.²⁸ Gerçekten de, *Kleiner*²⁹ garanti sözleşmesi bakımından ikili bir ayırım yapmış ve sözleşmenin nedenini oluşturanın temel ilişki olduğunu fakat garantiden doğan borcun asli nitelikte ve temel ilişkiden bağımsız olduğunu vurgulamıştır. Benzer bir görüş sergileyen *Canaris*³⁰ de garanti sözleşmesinin illi bir sözleşme olduğunun altını çizmiştir. Türk hukukunda da paralel bir görüş benimsenmiş ve garanti ilişkisinin bağımsız bir borç doğurmakla beraber, temel ilişkiye yönelik verilen sebebe bağlı bir teminat içerdiği hem doktrinde³¹ hem de Yargıtay kararlarında³² kabul edilmiştir. Nitekim, uygulamada hazırlanan banka garanti sözleşmelerine bakıldığında temel sözleşme ilişkisine atıf yapıldığı görülmektedir. Bu durum, garanti sözleşmesinin soyut borç taahhüdü olmamasına delil teşkil etmektedir. Benzer şekilde, garanti sözleşmesinin yorumlanması ve riskin belirlenmesi gibi durumlarda da mahkemeler sıkça temel sözleşme ilişkisinin teminata ilişkin hükümlerinden yararlanmaktadır. Sebebe bağlılık, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler için de geçerlidir. Buradaki fark, ispat bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira, “ilk talepte” ödeme kaydı içeren garantilerde lehdarın olayın gerçekleştiğini iddia etmesi yeterli olmakta, ispatlaması aranmamaktadır. Başka bir anlatımla, “ilk talepte” ödeme kaydı içeren garantilerde lehdarın ispat

²⁷ Doktrinde ve çalışmamızda, “temel ilişki” olarak adlandırmaktadır.

²⁸ Boris Kozolchyk, “Bank Guarantees And Letters Of Credit: Time For A Return To The Fold”, **Penn Law: Legal Scholarship Repository**, Cilt:11 Sayı:1, 2014, s. 33, 49. ; Büsser, s.128.; *Trib. Com. Brussels*, 12 December 2000, RDC 2001, s.812; *Geneva*,12 September 1985, D.1986 I.R., ss.165; *ICC Arbitration* No.5751/1990, J.D.I. 1990, s.1020.(Roeland F. Bertrams, **Bank Guarantees in International Trade**, Fourth Revised Editions, Wolters Kluwer Law&Business, 2013., s.31,37)

²⁹ Kleiner,s.165.

³⁰ Canaris, s.1125.

³¹ Reisoğlu, Banka Teminat, s.52 ; Fahrettin Aral, “Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki”, **BATİDER**, Cilt: XXIV, Sayı:21, Aralık 2007, s.190 (Hukuki İlişki)

³² YHGK. 28.02.1990 tarihli E.1990/6-1 K.1990/141. (www.kazanci.com.tr) ; Y.11.HD. 04.06.2007 tarihli, E.2006/5679, K. 2007/8483 Sayılı Kararında; “*Banka,teminat mektubu ile belirli ve bağımsız bir riski garanti eder. Bu risk gerçekleşirse ve gerçekleştiği ölçüde sorumludur.Bu itibarla, bankanın borcu sebebe bağlı olup, soyut bir borç taahhüdü değildir.*” (Muktedir Lale, **Yargıtay Uygulamasında Banka Teminat Mektupları**,Ankara, 2015, ss.48-51.)

yükümlülüğü altında olmaması, garantinin likidite fonksiyonunun arttırılması için öngörülmüş olup, garanti borcunu soyut borç haline getirmemektedir.

İvazsızlık kavramı, bankanın herhangi bir karşılık elde etmeksizin borç altına girmesini ifade etmektedir. Burada, hemen belirtmek gerekir ki bankanın, banka garanti sözleşmesi yapması nedeni ile alacağı komisyon³³, banka garanti sözleşmesini ivazlı hale getirmez. Zira, bankanın komisyona ilişkin alacağı, garanti talebinde bulunan amire karşı olup, lehdardan herhangi bir alacağı bulunmamaktadır. Böylece, banka garantisinde, garantör banka belli bir riskin gerçekleşmesi durumunda garanti alana tek yanlı olarak belli bir miktar parayı ödemeyi taahhüt etmektedir.³⁴

Geri alınamazlık kavramı ise banka garanti sözleşmesinin bir kez imzalandıktan sonra tarafların karşılıklı iradeleri olmaksızın değiştiremeyeceğini ve geri alınamayacağını ifade etmektedir.³⁵ Bu kavram, garantinin teminat amacının bir sonucu olarak, bankanın teminat altına aldığı riskin gerçekleşmesi durumunda bankanın ödeme yükümlülüğünün kesin ve geri dönülmez olduğunu vurgulamaktadır. Nitekim, çok sınırlı durumlarda bankanın ödeme yükümlülüğünden kaçınması mümkün olabilmektedir.³⁶

Sonuç olarak, tüm bu unsurlar ihtiva eden bir tanım yapılacak olursa, banka garanti sözleşmesi, teminat altına alınan bir riskin gerçekleşmesi durumunda bankanın, sözleşmenin sebebi bulunan temel hukuki ilişkiden bağımsız olarak garanti alana belli bir meblağ ödemeyi taahhüt ettiği tek yanlı ve geri alınamaz bir sözleşmedir.

D. Banka Garanti Sözleşmesinin Amacı

Banka garanti sözleşmesinin başlıca amacı teminat sağlamaktır.³⁷ Bankanın borcunun muaccel olması için ise lehdar tarafından teminat altına alınan riskin gerçekleştiğinin yazılı bir ödeme talebi ile iddia edilmesi gerekmektedir. Özellikle

³³ Komisyon ile ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s. 566 vd.

³⁴ Dr. Steffen ; Scheffen , Dr. Kullmann , Dr. Lepa ve Bischoff. "Bank Guarantee", Re (VI ZR 14/83), [1987] E.C.C. 26 (1984), s.4. ; Vahit Doğan, **Banka Teminat Mektupları**, Genişletilmiş 6.bası, Ankara, 2020 (Banka Teminat), s.21. ; Giger, s. 36,43.

³⁵ Giger, s. 36 ; Both ve Stoyanov, s.1240.

³⁶ Söz konusu sınırlı durumlar çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

³⁷ Kleiner, s.8 ; Canaris, s.748, 749.

ticaret alanında kullanılan banka garantilerinin bir amacı da likidite sağlamaktır.³⁸ Zira, teminat altına alınan riskin gerçekleşmesi durumunda, lehdar bir ödeme talebinde bulunmakla, banka tarafından verilen kişisel teminatı kolaylıkla likite yani nakte çevirebilmektedir. Banka garantilerinin bu fonksiyonunu arttırmak için, uygulamada “ilk talepte ödeme” kaydı içeren garantiler olarak düzenlendiği görülmektedir. Böylece, lehdar, riskin gerçekleştiğini yalnız iddia etmekle, garanti borcunu muaccel hale getirerek temel ilişkiden doğan itiraz ve def’ilerle muhatap olmaksızın bankadan, garantinin nakde çevrilmesini talep edebilecektir.³⁹ Buna karşın, likidite fonksiyonunun sınırlarını belirleyen garantinin teminat altına aldığı risktir.⁴⁰ Başka bir anlatımla, lehdar ödeme talebi ile riskin gerçekleştiğini iddia etmekte buna bağlı olarak bankadan ödeme yapmasını istemektedir. Mamafih, gerçekleştiği iddia edilen risk, teminat altına alınan riskten farklı olamayacağı gibi, teminat altına alınan risk tek taraflı olarak genişletilemez. Böyle bir ihtimalde, banka riskin aşkınılığı nedeni ile ödeme talebini reddedebilir.⁴¹ Benzer şekilde, yapılan ödeme talebinin açıkca hakkın kötüye kullanılması suretiyle ibrazı durumunda da banka, likit deliller⁴² sunmak kaydıyla ödemeyi reddetme hakkına sahiptir.

E. Banka Garanti Sözleşmesinin Tarafları

Banka garanti sözleşmesinin tarafları ile ilgili terminolojik bir karışıklık söz konusudur. Zira, uluslararası düzenlemeler hem kendi aralarında⁴³ hem de Türk hukuku ile, taraflara ilişkin terminoloji yönünden uyumsuzluk göstermektedir. Bu bağlamda, genellikle uluslararası düzenlemelerde⁴⁴; garanti veren garantör⁴⁵ olarak,

³⁸ Canaris, s.749 ; Kleiner, s.198. ; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.173; Alexandar Lukic, “The Role and Importance of Bank Demand Guarantees in International Trade”, **Int.J.Eco. Res.**, 2014, Cilt:5, Sayı:3, s.7.

³⁹ Graf Von Westphalen, **Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr**, 3.Auflage, Heidelberg 2005,s.963.

⁴⁰ Büsser, s.152-153.

⁴¹ Alman Mahkemesi, teminat altına alınmayan riske dayalı olarak ödeme talebi gönderen lehdarı hakkını kötüye kullandığı gerekçesi ile reddetmiştir. Zira, uyumsuzluk konusu olayda avans garantisini belirli bir ithalat işlemi için yapılan ön ödemeye ilişkin verilmiş, fakat lehdar ödeme talebini başka bir ön ödeme ilişkisine dayanarak talep etmiştir. (Nielsen ve Neilsen, German Bank Guarantee, s.210, dipnot no.140.) ; Y.11.HD. 06.05.2014 tarihli E.4961 K.8560 Sayılı ilamında; “..Teminat mektubunda yazılı risk yorum yoluyla değiştirilip, genişletilemez.” (Lale, s.69)

⁴² Bkz. İkinci Bölüm / II-3

⁴³ Schwank, s.35.

⁴⁴ URDG 758

garanti talebinde bulunan amir⁴⁶ olarak ve garanti alan ise lehdar⁴⁷ olarak adlandırılmaktadır. Buna karşın, Türk hukukunda ise garanti veren garantör olarak, garanti talebinde bulunan lehdar olarak ve garanti alan ise muhatap olarak adlandırılmaktadır.⁴⁸ Görüldüğü üzere uluslararası düzenlemelerdeki lehdar, garanti alanı ifade etmekten Türk hukukunda garanti talebinde bulunanı ifade etmektedir.

Çalışmamızda uluslararası nitelikli banka garantileri ele alındığından, uluslararası düzenlemeler ile terminolojik uyumun sağlanması için bankacılık uygulamasında en çok tercih edilen ICC düzenlemelerinin terminolojisi esas alınacaktır. Böylece; garanti sözleşmesinin tarafları; garanti veren yani garantör banka ve garanti alan yani lehdardır. Bunun yanı sıra, banka garanti sözleşmesinin sebebini oluşturan temel ilişkinin tarafları ise bankaya garanti talebinde bulunan amir ve garanti alan lehdardır. Son olarak, banka ile müşterilik ilişkisine dayanarak bankadan garanti talep eden amir ile banka ise karşılık ilişkisinin taraflarını oluşturmaktadır. Görüldüğü üzere, üçlü bir ilişki söz konusu olup hukuki ilişkinin tüm aktörleri birbirleri ile yakın ilişki içerisinde. Öte yandan, bazı garanti ilişkilerine ikinci bir bankanın da dahil olduğu görülmektedir. Bu ikinci banka, birinci bankaya garanti vermesi için kontrgaranti veren yani birinci bankanın garanti borcunu teminat altına alan bir kontrgaranti sağlayan kontrgaran⁴⁹ bankadır.⁵⁰

1. Garantör (Garanti Veren Banka)

Banka garanti sözleşmesinde garanti veren taraf bankadır. Garantör banka, bir müşterisinin talebi üzerine, müşterisi ile üçüncü kişi arasında kurulacak olan sözleşmeden doğan tüm veya bir kısım risklerin gerçekleşmesi durumunda üçüncü kişiye karşı belli bir para ödemeyi taahhüt eder. Bu taahhüt, tek yanlı bir taahhüttür. Yani, banka, garanti sözleşmesi ile teminat altına tek taraflı olarak girmekte buna karşın garanti alan üçüncü kişinin bankaya karşı herhangi bir borcu

⁴⁵ “*Guarantor*” ifadesi kullanılmaktadır.

⁴⁶ “*Applicant*” veya “*Principal*” ifadesi kullanılmaktadır.

⁴⁷ “*Beneficiary*” ifadesi kullanılmaktadır.

⁴⁸ Bkz. Reisoğlu, Banka Teminat, s.25; Emin C. Kahyaoğlu, **Banka Garantileri**, İstanbul, 1995, s.23.

⁴⁹ “*Counter-guarantor*” ifadesi kullanılmaktadır.

⁵⁰ Çalışmamızda tarafların birbirleri ile kurduğu ilişkiler bu bölümün ikinci kısmında ayrıntılı olarak incelenecek olup, bu kısımda yalnızca genel tanımlamalar yapılmakla yetinilecektir.

bulunmamaktadır.⁵¹ Bu tek yanlı sözleşmenin bir sonucu ise garanti taraflarının müzakare ederek sözleşme ilişkisi kurmuyor oluşudur. Bu bakımdan, banka tek yanlı bir metin hazırlamakta ve müşterisi aracılığı ile üçüncü kişiye iletmektedir. Doktrinde, hazırlanan bu metin, icap niteliğinde sayılmakta ve üçüncü kişinin kabulü ile sözleşmenin kurulduğu kabul edilmektedir.⁵²

Görüldüğü üzere, banka, sözleşmenin borçlusu konumundadır. Bankaların garanti sözleşmesi yapabilme ehliyeti, sözleşme yapma ehliyeti şartlarına tabi olmakla birlikte ayrıca 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun dördüncü maddesinde⁵³ bankanın yapabileceği işlemler altında sayılmıştır. Bunun yanı sıra, uygulamada bankalar, banka garanti sözleşmelerini, müşterileri ile yaptıkları gayrinakdi kredi sözleşmesine istinaden vermektedir.⁵⁴ Söz konusu madde ile hem teminat verebilme hem de gayrinakdi kredi sözleşmesi yapabilme yetkileri bankalara tanınmaktadır. Buna karşın, bankalar gayrinakdi kredi işlemi yaparken bazı sınırlandırmalara riayet etmekle mükelleftir.⁵⁵

2. Lehdar (Garanti Alan)

Lehdar hem banka garanti sözleşmesinin hem de temel ilişkinin tarafıdır ve her iki ilişkide de alacaklı konumundadır. Banka garanti sözleşmelerinde lehdarın belirli olması gerekmektedir. Kural bu olmakla birlikte, bazen uygulamada bankalar lehdar belirlemeksizin teminat altına alınan işlemin belirtilmesi ile garanti verebilmektedir.⁵⁶ Bu durumda amir, bankaya karşılık ilişkisi hükümlerince sorumlu olur. Mamafih, bankacılık uygulamasında bu yolla teminat verilmesine neredeyse hiç

⁵¹ Vahit Doğan, “Teminat Akreditifleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:VI, Sayı:1- 2, 2002, s.16.

⁵² Reisoğlu, Banka Teminat, s.99. ; Kahyaoğlu, s.45.

⁵³ Madde 4 c ve m bentleri:

c) Nakdi, gayrinakdi her cins ve surette kredi verme işlemleri.

m) Başkaları lehine teminat, garanti ve sair yükümlülüklerin üstlenilmesi işlemleri gibi garanti işleri.

⁵⁴ Ekici ve Durukanoğlu s, 86; Osman Oy ve Gülcan Güngüler, **Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları**, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2008, s.35.

⁵⁵ Örneğin; Garanti sözleşmelerinde taahhüt edilen para borcunun limitinin belirtilmesi zorunluluğu bulunmamasına rağmen Bankacılık Kanunu madde 12’de üstlenilen risk tutarının teminat mektubu üzerine yazılması zorunluluğu vardır. Dolayısıyla banka, bu tutarın gösterilmemesi durumunda bankacılık hukukunda sorumlu tutulacaktır. (Ekici ve Durukanoğlu s, 89, 90.)

⁵⁶ Canbolat,s. 44,45.

rastlanmamaktadır. Son olarak, belirtmek gerekir ki Türk hukukunda garanti alan, “*muhatap*” olarak da adlandırılmaktadır.

3. Amir (Garanti Talebinde Bulunan)

Amir, banka garanti sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte, banka garanti sözleşmesi düzenlenmesi için bankaya başvuran banka müşterisidir. Dolayısıyla banka ile amir arasında karşılık ilişkisi bulunmaktadır. Bununla birlikte, temel borç ilişkisinde lehdara karşı borçlu konumundadır. Amirin, bankaya garanti sözleşmesi yapması için başvurması bankacılık uygulamasında *talimat* olarak adlandırılmakta olup, bu yüzden talimat veren “*amir*” olarak adlandırılmaktadır. Amir, gerçek kişi olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişisi de olabilir. Bunun yanı sıra, edimi garanti edilen birden fazla kişi de olabilir. Bu durum genellikle adi ortaklığın ediminin garanti edilmesinde söz konusu olmaktadır.⁵⁷ Son olarak belirtmek gerekir ki Türk hukukunda garanti talebinde bulunan amir için “lehdar” ifadesi de kullanılmaktadır.⁵⁸

4. Kontrgaran (İkinci Banka)

Özellikle uluslararası nitelikli ticari ilişkilerde, bankadan teminat verilmesinin kararlaştırılması durumunda lehdar, kendi bulunduğu ülkenin bir bankasının teminat vermesini isteyebilir. Bu durumda amir, kendi bankasına başvurarak lehdarın istediği ülkedeki bir bankadan garanti sözleşmesi temin edilebilmesi için bir kontrgaranti ister. Amirin bankası, lehdarın talep ettiği ülkedeki bankaya kontrgaranti vererek lehdara bir garanti verilmesini sağlar. Bu durumda asıl garantiyi veren garantör banka, lehdarın ülkesindeki bankadır. Fakat bu banka amir ile herhangi bir ilişki içerisinde bulunmadığından, krediyi amire değil, kontrgaranti veren bankaya açar. Amirin başvurduğu banka ise garantör bankaya bir başka garanti olan kontrgaranti vererek, garantör bankanın garanti borcunu teminat altına alır. Böylece amirin başvurduğu banka bu dörtlü ilişkide kontrgaran olarak adlandırılmaktadır. Bazen, kontrgaranti düzenlemesi ulusal hukukun bir mecrubiyeti şeklinde ortaya çıkabilir. Örneğin; Türkiye’de kamu kuruluşları yalnızca Türkiye’deki bankalarca düzenlenen

⁵⁷ Reisoğlu, Banka Teminat, s.98 ; Canbolat, s.45,46.

⁵⁸ Kahyaoglu, s.23 ; Reisoğlu, Banka Teminat, s.94 ; Doğan, Banka Teminat, s.52.

teminat mektuplarını kabul ederler.⁵⁹ Sonuç olarak, ikinci bir bankanın devreye girdiği bu tür garanti ilişkilerinde bankalardan biri kontrgaran, diğeri ise garantör konumunda olacaktır.

F. Banka Garanti Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Garanti sözleşmeleri pozitif düzenlemelere konu olmamıştır. Bu nedenle garantinin hukuki niteliği doktrinde ve yargı kararlarında sıkça tartışılmıştır. Banka garantisi, garanti sözleşmesinin bir alt türü olduğundan garanti sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin değerlendirmeler, banka garantilerini de kapsar. Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından iki görüş önem arz etmektedir. Birinci görüş, garanti sözleşmesini pozitif hukukta düzenlenen hiçbir hukuki kuruma dahil etmeyerek, kendine özgü yani *sui generis* niteliğinde kabul eden görüştür. Bu görüş özellikle Alman hukukunda gelişmiş olup bunun temel sebebi, Alman hukukunda “*üçüncü kişinin fiilini taahhüt*” kurumunun düzenlenmemiş olmasıdır. Böylece Alman hukukunda, garanti sözleşmesinin, kendine özgü sözleşme olduğu mahkeme kararları ile kabul edilmiş ve “*bir yükümlülüğü yerine getirmeye ilişkin verilen taahhüt*” şeklinde tanımlanmıştır.⁶⁰ İkinci görüş ise garantilerinin hukuki niteliğini üçüncü kişinin fiilini taahhüt olarak kabul etmektedir. Özellikle İsviçre ve Türk hukukundaki pozitif düzenlemelerde üçüncü kişinin fiilini taahhüt kavramı hüküm altına alınmış olduğundan, garantinin hukuki niteliği açısından bu iki görüş de tartışılmıştır. İsviçre hukukunda, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 110. maddesinde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt kavramı kaynağını Fransız Medeni Kanunu’nun 1120. maddesinden almaktadır. Fakat Fransız hukukunda bu kavram dar olarak ele alınmış ve yalnızca sözleşme yapma taahhütünün üçüncü kişi tarafından teminat altına alınabileceği kabul edilmiştir.⁶¹ Buna karşın, İsviçre Borçlar Kanunu’ndaki söz konusu düzenleme geniş anlamda kabul edilmiştir. Böylece garanti sözleşmenin de bu kapsamda değerlendirilebileceği ortaya konmuştur. Sonuç olarak, İsviçre hukukunda garantilerin hukuki niteliğini, söz konusu maddeye

⁵⁹ Ekici ve Durukanoğlu, s.111.

⁶⁰ Canaris, s.750 ; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.192.

⁶¹ Reisoğlu, Garanti, s.31. ; Canbolat, s.57.

dayandıran yazarlar⁶² çoğunlukta olmakla birlikte *sui generis* görüşünü kabul edenler⁶³ de vardır. Türk hukukunda ise Türk Borçlar Kanunu’nun 128. maddesinde yer alan “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” hükmünü genişleterek garantinin hukuki niteliğine dayanak temin eden görüş, *sui generis* görüşüne göre hakim görüş olarak kabul edilmiştir.⁶⁴

1. Banka Garanti Sözleşmesinin Hukuki Niteliğine Yönelik Görüşler

a. Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt Görüşü

Üçüncü kişinin fiilini taaahhütte, taahhüt eden, üçüncü bir kişinin bir edimi yerine getireceğini vaat etmekte ve bu edim yerine getirilmediği takdirde zararlardan sorumlu olmayı üstlenmektedir. Burada, taahhütte bulunulan, edimin taahhüt eden tarafından ifa edilmesini isteyememekte yalnızca edimin ifa edilememesinden doğan zararı taahhütte bulunandan talep etmektedir.⁶⁵ Burada gündeme gelen zarar, ifa menfaatinin gerçekleşmemesinden doğan müspet zarardır.⁶⁶ Bu hukuki kurumun garanti sözleşmelerini de kapsamına aldığını ileri süren görüş, garantinin tazminat niteliğinin ön planda tutulmasıyla şekillenmiştir.⁶⁷ Taahhüt altına alınan edim, fiili veya hukuki bir yapma edimi olabileceği gibi yapmama yani kaçınma edimi de olabilir. Burada önemli olan taahhüt altına alınan edimin hukuka ve ahlaka aykırı olmamasıdır. Zira aykırılık durumunda TBK mad.27 gereğince taahhüt batıl olur.⁶⁸ Edimin imkansız olması ise kural olarak taahhüdün geçerliliğine etki etmeyecektir. Görüldüğü üzere burada da asli nitelikli bir borç yükleyen taahhüt söz konusu olmaktadır.⁶⁹ Bunun yanı sıra, edimi taahhüt edilenin ismen belli olması

⁶² Kleiner, s. 132,133. ; Giger, s.44

⁶³ Büsser, s.27 ; Both ve Stoyanov, s.1240.

⁶⁴ Reisoğlu, Garanti, s.31.; M. Kemal Oğuzman ve M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası İstanbul 2006, s.811; ; Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 14.Baskı, 2012, s.1159.

⁶⁵ Büsser, s.28.

⁶⁶ Oğuzman ve Öz, s.811 ; Eren, s.1159.

⁶⁷ Kozolchyk, s.33; Karşı görüş için bkz. Kleiner, s.216, 217 (Burada yazar garanti borcunun garantörün kendi borcu olduğundan bahisle tazminat hükümlerinin uygulama alanı bulmayacağını ileri sürmektedir.)

⁶⁸ Oğuzman ve Öz, s.805. ; Eren, s.317.

⁶⁹ Oğuzman ve Öz, s.807 ; Eren, s.1154.

gerçekmemekte, belirlenebilir olması yeterli görülmektedir. Bu bağlamda üçüncü kişi gerçek veya tüzel kişi olabilir.

Türk ve İsviçre hukukunda hakim görüş, garantinin hukuki niteliğini, “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” ile açıklayan bu görüştür.⁷⁰ Bununla birlikte yazarlar arasında fikir ayrılıkları bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁷¹, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt aynı şeydir. Bir diğer görüş, üçüncü kişinin fiilini taahhütün, garanti sözleşmesinin bir alt türü olduğunu kabul etmektedir.⁷² Yargıtay ise, garantinin hukuki niteliğinin TBK’nın 128. hükmüne dayandığını kabul etmektedir.⁷³ Buna rağmen, Yargıtay’ın garanti ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt müesseselerinin kapsamına ilişkin farklı görüşleri bulunmaktadır. Zira, bazı kararlarında üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin aynı anlama geldiğini belirtirken⁷⁴, bazı kararlarında ise üçüncü kişinin fiilini taahhütün, garantinin bir alt türü olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁷⁵

b. Kendine Özgü (*sui generis*) Sözleşme Görüşü

Garanti sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin doktrindeki bir diğer görüş ise garanti sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme türü olup, üçüncü kişinin fiilini taahhüt kavramına uygun düşmediği görüşüdür.⁷⁶ Bu görüşün temelini, üçüncü kişinin fiilini taahhütten doğan borç ile garanti sözleşmesinden doğan borcun farklı niteliklere sahip olması oluşturmaktadır. Bu bağlamda, garanti sözleşmesindeki vaat garanti konusu olayın gerçekleşmemesi durumunda belirlenen bir miktar paranın ödenmesidir. Buna karşın, üçüncü kişinin fiilini taahhütte, vaat edilen şey bir

⁷⁰ Kleiner, s.132 ; Reisoğlu, Garanti, s.178-179 ; Oğuzman ve Öz s.800-801.

⁷¹ Gauch, Schluep, Engel ve Pestalozzi (Eren, s. 1153, 66. Dipnottan naklen)

⁷² Eren, s.1154 ; Reisoğlu, Garanti, s.178.

⁷³ YİBK, 11.06.1969 tarihli E.69/4 ve K.69/6 Sayılı İlamı (Lale, s.4-15) ; Y.11.HD. 22.04.2010 tarihli E. 2008/12622 ve K.2010/4389 Sayılı ilamı (Lale, s.57-58)

⁷⁴ YİBK, 11.06.1969 tarihli E.69/4 ve K.69/6 Sayılı İlamında; “...teminat mektupları mahiyet olarak Borçlar Kanununun 110.maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir.” (Lale, s.4-15)

⁷⁵ Y.19.HD., 13.6.1995 tarihli E. 1994/4559, K.1995/5295 Sayılı İlamında; “Üçüncü kişinin edimini taahhüt sözleşmesinin garanti sözleşmesinin bir türü olduğuna...” (www.kazanci.com) ; Y.13.HD., 04.04.2003 tarihli E. 2002/12569, K. 2003/3985 Sayılı İlamında; “O nedenle, sözleşmenin hukuki mahiyeti itibariyle BK.nın 110. maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi olduğu açıktır.” (www.kazanci.com) ; Y.11.HD 01.11.2011 Tarihli E.2661 K.14743 Sayılı ilamında; “..teminat mektubu esas olarak üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olması nedeniyle bir tür garanti sözleşmesidir.” (Lale, s.60-62)

⁷⁶ Büsser, s. 27 ; Tandoğan, Garanti, s.44,45. ; Canbolat, s.93,94.

edimdir. Bu bakımdan garanti sözleşmesinin borcu, garantörün kendi borcu olup bir miktar parayı lehbara ödeme borcudur. Öte yandan, üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhütte bulunanın borcu, edimin ifa edilmemesi nedeniyle uğranılan zararın tazmin edilmesi borcudur.⁷⁷ Görüldüğü üzere, üçüncü kişinin fiilini taahhütte bir zarar ve tazminat söz konusu iken, garantide zarar şartı aranmamakta ve borç tazminat niteliği taşımamaktadır.⁷⁸

c. Değerlendirme

Garantinin hukuki niteliğini ortaya koyan iki farklı görüşün değerlendirilmesi bakımından garanti ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt müesseselerinin ortak ve farklı noktalarının ortaya konulması gerekmektedir. Garanti ve üçüncü kişinin fiilini taahhütün benzerliklerine bakıldığında; ikisi de teminat amacı ön planda olan hukuki kurumlardır. Bu bağlamda iki hukuki ilişkiden de doğan borç, asli nitelikte bir borçtur. Dolayısıyla temel ilişkiden doğan def'i ve itirazlar kural olarak ileri sürülemez. Buna karşın, garanti ve üçüncü kişinin fiilini taahhüt müesseseleri arasında farklar da bulunmaktadır. Şöyle ki, garanti sözleşmesinde garanti veren kendi borcunu (riskin gerçekleşmesi durumunda bir miktar para ödeme borcu) taahhüt eder, üçüncü kişinin fiilini taahhütte ise başkasının edimi taahhüt edilmektedir. Bunun bir sonucu olarak, üçüncü kişinin taahhüt altına alınan edimi gerçekleşmediğinde, taahhütte bulunan, taahhütte bulunulananın edimin gerçekleşmemesi nedeniyle uğradığı zararını karşılamakla yükümlüdür. Yani, taahhütte bulunanın borcu bir tazminat borcudur fakat garanti ilişkisinde garantörün borcu bir zararın karşılanmasına yönelmiş tazminat niteliğinde değildir. Başka bir anlatımla, garanti edilen borcun talep edilmesi için, lehbarın zarara uğraması gerekmemektedir.

Tüm bu bilgiler ışığında, kaanatimizce garantinin kapsamının daha geniş olması nedeni ile TBK mad.128' de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt müessesesi ile tam olarak uyuşmaması göz önüne alındığında, garanti sözleşmesinin

⁷⁷ Büsser, s.34.

⁷⁸ Büsser, s.35. ; Karşı görüş için Bkz. Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Cilt II, Ankara 1987, (Borçlar Hukuku) s.855. (Tandoğan, garanti sözleşmesinin sui generis olduğunu savunmakta olsa da garanti borcunun, bir tazminat borcu olduğunu kabul etmektedir.)

sui generis sözleşme olarak kabul edilmesi görüşüne üstünlük tanınması gerekmektedir.

2. Banka Garanti Sözleşmesinin Kıymetli Evrak Niteliğinde Olmaması

Garanti sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesi için bir diğer önemli nokta garantinin kıymetli evrak niteliğinde olup olmaması konusunda ortaya çıkmaktadır. Zira, garantinin kıymetli evrak niteliğinde sayılması durumunda soyut bir borç taahhüdü söz konusu olmakta ve senede bağlı bir borç gündeme gelmektedir.⁷⁹ Buna karşın, kıymetli evrak niteliğinde olmaması durumunda ise bağımsız bir borç olma özelliği korunmakla birlikte, soyut bir borç yani nedene bağlı olmayan bir borçtan söz edilemeyecektir. Böylece, banka garanti sözleşmesi kıymetli evrak niteliğinde olamayacağından, sözleşmenin kaybedilmesi durumunda borç sona ermeyecektir.

Türk hukukunda banka garanti sözleşmeleri, banka teminat mektubu düzenlenmesi şeklinde yapılmaktadır. Banka teminat mektuplarının lehdar tarafından kaybedilmesi veya bankaya iade edilmemesi durumlarında borcun devam edip etmeyeceği tartışılmıştır. Doktrinde ve Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere banka teminat mektupları yani banka garanti sözleşmeleri kıymetli evrak niteliğinde değildir.⁸⁰ Bu nedenle, borç senede bağlı bir borç olmadığından borcun akibeti banka garanti sözleşmesinin maddesel varlığından bağımsızdır. Bu kabul ile birlikte iki önemli sonuç ortaya çıkmaktadır. İlk olarak, garanti borcu bağımsız bir borç niteliğinde fakat soyut bir borç değildir. Başka bir anlatımla, garanti borcu asli fakat sebebe bağlı bir borçtur. İkinci olarak, banka teminat mektubunun kaybolması, borcu sona erdirmeyeceği gibi bankaya iade edilmemesi de borcun sona ermesine engel teşkil etmeyecektir. Bu bağlamda, özellikle uygulamada banka teminat mektuplarının kaybolması nedeniyle açılan senedin zayi davaları, teminat

⁷⁹ Sami Karahan, Zekeriyya Arı, Hayri Bozgeyik, Tahir Saraç ve Mücahit Ünal, **Kıymetli Evrak Hukuku**, Mimoza Yayınları, 2013, s.25.

⁸⁰ Reisoğlu, Garanti, s.377 ; Ekici ve Durukanoğlu, s.156-157. ; Y.15.HD. 02.10.2013 tarihli E.2012/ 6732, K.2013/ 5356 Sayılı kararda; “*Teminat mektupları kıymetli evrak niteliğinde olmayıp mektup metninin lehdar tarafından bankaya iade edilmiş olması garanti edilen borcu sona erdirmez.*” şeklinde hüküm kurulmuştur (Lale, s. 158-159.)

mektuplarının kıymetli evrak niteliğinde olmaması nedeni ile mahkemece reddedilmektedir.⁸¹

Sonuç olarak banka garantilerinin kıymetli evrak niteliğinde olmadığı kabul edilmiştir. Böylece, sözleşme metninin kaybedilmesi veya yanlışlıkla iadesi gibi durumlarda borç sona ermediği gibi; iade edilmemesi de tek başına borcun sona ermesine engel olmayacaktır.⁸²

G. Banka Garanti Sözleşmesinin Çeşitleri

1. Genel Olarak

Garanti sözleşmeleri, sözleşme sertbestliği ilkesinin bir sonucu olarak düzenlendiğinden kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Bununla birlikte, taraflar kural olarak istediklerini konuda ve şartlarda garanti sözleşmesi düzenleyebilirler.⁸³ Bunun bir sonucu olarak da zaman içinde farklı türde garanti sözleşmeleri ortaya çıkmıştır. Banka garanti sözleşmeleri, garanti sözleşmesinin bir alt türünü oluşturmaktadır. Bu nedenle, garantinin çeşitleri konusunda yapılan ayrımlar banka garantileri bakımından da geçerli olmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında, doktrinsel ayrımlar dikkate alarak , garanti sözleşmelerinin türleri ele alınacaktır. Bu bağlamda, garantinin amacı bakımından türleri, garantinin süresi bakımından türleri, garantinin konusu bakımından türleri, ödeme talebinin şekli bakımından türleri ve son olarak ikinci bankanın devreye girmesi bakımından türleri incelenecektir.

⁸¹ Y.11.HD., 10.04.2008 tarihli E.2007/3143 K.2008/4787 Sayılı kararında; “*Dava, teminat mektubunun zayi nedeniyle iptali istemine ilişkin olup, mahkemece, iptali istenen teminat mektubunun TTK’nın 557.maddesinde tanımlanan kıymetli evrak niteliğinde olmadığı gerekçesi ile davanın reddine ilişkin verilen karar isabetlidir.*” (Lale, s.339-340) ; Y.11.HD. 01.04.2002 tarihli E.2001/ 10912 K.2002/2992 (Lale, s.325)

⁸² Nielsen ve Neilsen, German Bank Guarantee, s.202. ; Schwank, s.37.

⁸³ Sözleşme özgürlüğü kural olmak ile birlikte, sınırsız değildir. Örneğin; ahlaka ve hukuka aykırı bir konuda sözleşme yapılamaz. Sözleşme özgürlüğünün sınırları banka garanti sözleşmeleri kapsamında ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. Garantinin Amacı Bakımından Çeşitleri

Garantilerin veriliş amaçlarına göre garantiler; Yöneltmeyi amaçlayan (saf) garantiler ve teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garantiler olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir. Bu ayrım, doktrinde garanti edilen rizikonun niteliğine göre yapılan ayrım olarak da adlandırılmaktadır.⁸⁴

a. Yöneltmeyi Amaçlayan (Saf) Garanti

Yöneltmeyi amaçlayan garantiler, lehdarın belli bir iş dolayısıyla önceden belli olmayan ve lehdar tarafından arzu edilmeyen bir olayın vuku bulması durumunda garantörün belli bir miktar para ödemeyi taahhüt ettiği garantidir.⁸⁵ Bu tür garantilerde üçüncü kişinin edimini taahhüt söz konusu olmamaktadır.⁸⁶ Zira burada garanti verilmesindeki amaç, lehdarı bir iş yapmaya yöneltmektir. Bu bakımdan, kayıpların ve zararların tazmin edilmesi amaçlanmamakta, lehdarı, garanti verilerek bir davranışta bulunması için etkilemek amaçlanmaktadır. Başka bir anlatımla, bu tür garantilerde borcun niteliği tazminat değildir. Bu nedenle, TBK mad.128' de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt müessesesi ile tam olarak bağdaşmayan garantilerdir.⁸⁷

Yöneltmeyi amaçlayan garantilerde garantör, gerçek veya tüzel bir kişiyi belirli bir işe ikna etmek için, bu kişi aleyhinde söz konusu işten doğabilecek kayıpları telafi etmeyi veya belli bir kar oranını elde etmeyi taahhüt edebilir.⁸⁸ Doktrinde bu tür garantilere örnek olarak, kar ve temettü garantileri, açığı kapama garantileri gösterilmektedir.⁸⁹ Örneğin; bir bankanın, A'ya, X Anonim şirketinin hisse senetlerini alması için, şirketin en az % 30 kar dağıtımını yapamaması

⁸⁴ Canbolat, s.56 vd.

⁸⁵ Tekinalp, s. 374 ; Doğan, Banka Teminat, s.73.

⁸⁶ Kahyaoğlu, s.23.

⁸⁷ Önceki bölümde garantinin hukuki niteliği kısmında yer verilen tartışmalarda, saf garantinin, TBK mad.128 kapsamına alınmaması gerektiğine yönelik görüş, temelde saf garanti sözleşmelerinde borcun tazminat niteliğinde olmamasına dayandırılmaktadır.

⁸⁸ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.806

⁸⁹ Canbolat, s.57.

durumunda belirlenen meblağı A'ya ödeyeceğini taahhüt ettiği garanti sözleşmesi, bir kar garanti sözleşmesidir.⁹⁰

Görüldüğü üzere, yöneltmeyi amaçlayan garantilerde üçüncü kişinin lehdara karşı bir borcu bulunmamaktadır. Diğer bir anlatımla, garantör ile lehdar arasında bir garanti ilişkisi söz konusu olmakta fakat henüz üçüncü kişi ile lehdar arasında temel hukuki ilişki bulunmamaktadır.⁹¹

b. Teminatı Amaçlayan (Kefalet Benzeri) Garanti

Teminat amaçlı garanti, üçüncü bir kişinin borcunu ifa etmemesi veya edimin ifasından bağımsız olarak belirlenen bir riskin gerçekleşmesi durumlarında garantörün, belli bir meblağı ödemeyi, garanti alan lehdara taahhüt ettiği garanti sözleşmesidir. Amacının benzer olması nedeniyle bu tür garantiler, kefalet sözleşmeleri ile karşılaştırılmakta ve bu nedenle kefalet benzeri sözleşme olarak da adlandırılmaktadır.⁹² Fakat belirtmek gerekir ki garanti sözleşmesinden doğan borç, üçüncü kişinin temel sözleşmesinden bağımsız ve asli nitelikli olmasına karşın, kefalette borç ve sorumluluk fer'idir. Teminat benzeri garanti ile garanti altına alınan risk, üçüncü kişiye ait olumlu veya olumsuz bir ifa ile ilişkili olabilir. Olumsuz ifa, üçüncü kişinin belli bir davranıştan kaçınmasını ifade etmekte iken olumlu ifade üçüncü kişinin bir davranışta bulunması söz konusudur. Örneğin, bir bankanın, bir mal teslim sözleşmesinde üçüncü kişinin malları kusursuz ve eksiksiz şekilde belirli bir süre içerisinde teslim edeceğine dair borcunu yerine getirmemesi durumunda, mal teslim sözleşmesinin alacaklısına karşı bir meblağ ödemeyi taahhüt ettiği garanti sözleşmesi, teminat amaçlı bir garanti sözleşmesidir. Burada, bir temel ilişkinin varlığı söz konusu olmakla birlikte, garantörün, malların eksiksiz ve kusursuz belirlenen sürede teslim edilmemesi durumunda ödemekle yükümlü olduğu para borcu, temel ilişkiden bağımsız olup garantörün kendi borcudur.

⁹⁰ Burada belirtmek gerekir ki, anonim şirketlerde kar elde edilmesi amaçlanabilmekte fakat borçlanılamamaktadır. Bu bakımdan anonim şirketle, pay alımı yapan A arasında bir temel borç ilişkisi bulunmamaktadır.

⁹¹ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.808.

⁹² Tekinalp, s.374 ; Doğan, Banka Teminat, s.75 ; Kahyaoğlu, s.22-23.; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.804 ; Fahrettin Aral ve Hasan Ayrancı, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 9.Bası, Ankara, 2012, s.421-422.

Görüldüğü üzere, teminat amaçlı garantilerde üçüncü kişi ile lehdar arasında bir temel ilişki söz konusudur. Bu bakımdan üçüncü kişinin, lehbara karşı bir borcu bulunmaktadır. Bu husus, teminat amaçlı garantileri, yöneltmeyi amaçlayan garantilerden ayıran en önemli farklardan biridir. Öte yandan, teminat amaçlı garantilerde belli bir zararın karşılanması da söz konusu olabildiğinden, tazminat karakterinin ön planda olması mümkün olabilmektedir.⁹³

3. Garantinin Süresi Bakımından Çeşitleri

Garanti sözleşmesinin geçerliliğinin belli bir süreye bağlı olup olmaması açısından garanti sözleşmeleri süreli ve süresiz olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Doktrinde bu ayrım, vadeli ve vadesiz garantiler şeklinde de adlandırılmaktadır. Garanti sözleşmelerinin süreli olup olmaması uygulamada önemli sonuçlar doğurmaktadır. Zira garantinin süresi, garanti sözleşmesinden doğan zamanaşımının belirlenmesinde ve garantörün sorumluluk süresinin hesaplanmasında nazara alınacak en önemli kriterdir. Özellikle zamanaşımı süresinin hesaplanmasında Yargıtay tartışmalı kararlara imza atmıştır. Örneğin, Yargıtay önceki tarihli kararlarında banka teminat mektuplarının süreli dahi olsa, eğer süre genel zamanaşımı süresi olan on yıldan az olarak belirlenmişse, süre bitmiş dahi olsa riskin ortaya çıkış tarihinden itibaren on yıllık süre zarfında bankanın sorumluluğunun devam edeceğine karar vermiştir.⁹⁴ Daha sonra bu görüşten dönülerek, banka teminat mektubundaki sürenin bitimi ile bankanın sorumluluğunun sona erdiği yönünde kararlar verilmiştir.⁹⁵ Bir diğer tartışma ise banka teminat sözleşmelerinin “hükümsüzlük” kaydı içermemesi halinde söz konusu olmakta, Yargıtay hükümsüzlük şartı konulmayan banka teminat mektupları için süresi bitmiş olsa dahi genel zamanaşımı kurallarınca bankanın sorumluluğunun devam ettiğine yönelik kararlar vermektedir.⁹⁶

⁹³ Garanti borcunun tam anlamıyla bir tazminat borcu olmadığına yönelik görüşümüzü yineliyoruz.

⁹⁴ Yargıtay’ın 06.07.1971 tarihli E.1626 K.5187 Sayılı ilamı ve HGK. 26.01.1974, E.972T-1585 K.76 Sayılı ilamı (Haluk Tandoğan, “Report Prepared by the Study Group of the International Chamber of Commerce on the Preliminary Draft of Revised Uniform Rules concerning Contract Guarantees”, 8 **Banka Huk. Dergisi** 1 (1976),s.13.)

⁹⁵ Schwank, s.36. ; Tandoğan, Letters of Guarantee, s.13.

⁹⁶ Canbolat, s. 61,62 ; Ekici ve Durukanoğlu, s.90,91, 120 vd.

a. Süreli Garanti

Süreli garanti, garanti sözleşmesinin geçerliliğinin belli bir süreye bağlanması durumunda söz konusudur. Başka bir anlatımla, süreli garantide garantör banka, belirlenen süreye kadar garanti edilen riskin gerçekleşmesi halinde, lehbara karşı sorumlu olacak, sürenin bitiminden sonra doğan risk için ise herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır. Bununla birlikte, bazı hallerde garanti metnine geçerlik süresi yazılmasa dahi süreli olduğuna ilişkin ibarelerin yer alması durumunda banka garanti sözleşmesinin süreli olduğunun kabulü mümkündür.⁹⁷

TBK'nın 128.maddesinin ikinci fıkrasında belirtildiği üzere, belirli süre için yapılan üstlenmelerde süre bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması durumunda sorumluluğun sona ereceği kararlaştırılabilir. Görüldüğü üzere, burada süre bitimine kadar yazılı başvuruda bulunulması şartı, sözleşmenin ana unsuru olmayıp taraflarca sözleşmeye konulması durumunda mümkün olacaktır. Uygulamada bu durum *“hükümsüzlük kaydı”*⁹⁸ konulması suretiyle gerçekleştirilmektedir.⁹⁹ Dolayısıyla kanun hükmünün lafzi yorumundan da çıkarılabileceği üzere asıl olan sözleşme süresi içerisinde doğan risk için, süre bitiminden sonra da talepte bulunulabileceğidir. Burada, süre yönünden riskin gerçekleşmesi ile ödeme talebinde bulunma arasında bir ayrım yapılmalıdır. Şöyle ki, süreli garantilerde riskin süre içerisinde gerçekleşmesi ile ödeme talebinin belirlenen süre içerisinde yapılması farklı kavramlardır. Süreli bir garanti, riskin gerçekleşmesi bakımından bir süre belirleyebileceği gibi aynı zamanda bu süreyi, lehbarın ödeme talebinde bulunabileceği en son süre olarak da belirleyebilir. Bu iki ihtimal uygulamada farklı sonuçlar doğurmaktadır.

⁹⁷ Y.11.HD. 03.07.2006 tarihli E.5520 K.7875 Sayılı ilamında; *“teminat mektubu vadesinin ihalenin geçerlilik süresinin sona ermesinden 28 gün yürürlükte kalacağının hükme bağlanması ve bu sürenin ihale makamlarınca uzatılmamış olması karşısında düzenlenen teminat mektuplarının süreli teminat mektubu olarak değerlendirilmesi gerekir.”* (Lale,s.278-279) ; Y.19.HD. 30.11.2006 tarihli E.8154 K.11360 sayılı ilamında; *“..teminat mektubu sermaye artırımı tarihine kadar doğabilecek taahhütlere ilişkindir. Sermaye artırımının 11.11.1998 tarihinde gerçekleştiğinde çekişme bulunmamaktadır. Eğer bu tarih itibariyle taahhütün karşılanmaması ortaya çıkmışsa teminat mektubunun hükümsüz kaldığının kabulü gerekir.”* (Lale, s.336.)

⁹⁸ Örneğin; *“.... en geç mektup üzerinde belirtilen vadeye kadar mektup bedelinin ödenmesi için bankamıza başvurulmaması halinde işbu taahhütümüz hükümsüz olacaktır.”* Şeklinde bir kayıt konulabilir.

⁹⁹ Ekici ve Durukanoğlu, s.91.

İlk durumda, süreli garanti yalnızca bir geçerlilik süresi öngörmektedir. Başka bir anlatımla, garanti süreli olarak düzenlenmiş fakat “hükümsüzlük şartı” konulmamıştır. Burada, belirlenen sürenin riskin gerçekleşebileceği en son süre olarak kabul edildiği görülmektedir. Zira, eğer risk sözleşmede yer alan tarihe kadar gerçekleşmemiş ise artık bankanın sorumluluğu sona erecek ve geçerlilik tarihinden sonra meydana gelecek risk, bankanın sorumluluğunu doğurmayacaktır. Buna karşın, bu garanti sözleşmesinde yazılı sürenin aynı zamanda ödeme talebinin en son yapılabileceği tarih olarak belirlendiği bir hükümsüzlük kaydı bulunmamaktadır. Burada ortaya farklı ihtimaller çıkmaktadır. İlk ihtimalde, risk belirlenen geçerlilik süresi içerisinde gerçekleşmiş ve lehdar aynı zamanda bu süre içerisinde ödeme talebinde bulunmuştur. Burada problemlili bir durum bulunmamakta olup, banka süre içerisinde gerçekleşen bir riskten sorumlu olacaktır. İkinci ihtimalde ise, risk belirlenen süre içerisinde gerçekleşmiş fakat lehdar bu süre içerisinde bir ödeme talebinde bulunmamıştır. Burada, lehtarın belirlenen süre içerisinde ödeme talep etmesi gerektiğine ilişkin bir kayıt bulunmadığından, bankanın sorumluluğu devam edecektir. Bankanın sorumluluğunun zaman yönünden sınırlandırılmasında genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre nazara alınacaktır. Nitekim, Yargıtay bu konuda yerleşmiş kararlarında¹⁰⁰ da belirttiği üzere riskin geçerlilik süresi içerisinde doğması koşulu ile, lehdarın geçerlilik süresinden sonraki bir tarihte fakat genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre içinde ödeme talebinde bulunması durumunda başkaca bir şart konulmamış ise ödeme talebinin haklı olduğu kabul edilmelidir. Burada, geçerlilik süresinden sonra yapılan ödeme taleplerinde, riskin belirtilen süre içerisinde doğmuş olduğuna ilişkin ispat yükü, iddia eden lehdarda olacaktır.¹⁰¹

¹⁰⁰ Y.11.HD. 06.05.1982 tarihli 1583/139 sayılı kararında ; “10.7.1981 tarihinde yürürlüğe giren 2486 sayılı Kanunla Borçlar Yasası’nın 110.maddesine eklenen fıkra hükmü gereğince taraflar arasında teminat süresi içinde başvurulması gerektiği hususunda bir anlaşmanın mevcut olmamasına, zararın teminat mektubu süresi içinde doğmuş olması kaydıyla 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman talepte bulunabileceğine göre davalı bankanın itirazlarının reddi gerekir”(Karar ve değerlendirmesi için bkz. Reisoğlu, Banka Teminat, s.156–157.) ; YHGK 30.03.1988 tarihli E.1987/11–642, K.1988/287 sayılı kararında; “Kural olarak belli bir süre için verilen garanti halinde, süresi içinde rizikonun gerçekleşmemesi, yükümlülüğün ortadan kalkması sonucunu doğurur. Garanti sözleşmesi Borçlar Kanunu’nun 110 uncu maddesine 8.7.1981 gün ve 2486 sayılı Yasa ile eklenen fıkrasına uygun bir biçimde yapılmışsa vade sonuna kadar yazılı istekle bulunulmadığı takdirde bankanın şarta bağlı sorumluluğu sona erer. Bu yolda bir kayıt garanti sözleşmesine konulmamış ise teminat mektubu süreli olsa dahi on yıllık zamanaşımı süresi doluncaya kadar tazmin talebi ileri sürülebilir.” (www.kazanci.com.tr)

¹⁰¹ Ekici ve Durukanoğlu, s.142.

İkinci durumda ise garanti sözleşmesinde hem süre öngörülmüş hem de hükümsüzlük kaydı konulmuştur. Bu durumda riskin süre içerisinde gerçekleşmesi durumunda eğer lehdar belirlenen süre içerisinde ödeme talebinde bulunmadıysa, bankanın sorumluluğu sona erecektir.¹⁰²

Görüldüğü üzere, bankalar süreli garantilerde mutlaka belirlenen süre içerisinde ödeme talebinde bulunulmaması halinde sorumluluklarının sona ereceğini belirten bir kaydı, garanti metnine eklemelidir.¹⁰³ Aksi halde, süresiz teminat mektuplarına benzer sonuçlar ortaya çıkacaktır.

b. Süresiz Garanti

Garantinin geçerliliğinin herhangi bir süre bağlanmamış ve garantör sorumluluğunun riskin gerçekleşmesinden itibaren genel zamanaşımı süresince devam ettiği garantiler, süresiz garantilerdir.¹⁰⁴ Bazı durumlarda yalnızca süresiz garanti düzenlenebilmesi ulusal kanunlarca hüküm altına alınmış olabilir. Bu durumlarda, süresiz garanti düzenlenmesi yasal bir zorunluluktur.¹⁰⁵ Bunun yanı sıra, özellikle sürekli nitelik arzeden hukuki ilişkiler bakımından da süresiz teminat mektubu düzenlemeleri söz konusu olmaktadır. Uygulamada risk yönetimi bakımından bankalar süresiz garanti düzenlemeyi tercih etmemektedirler. Çünkü, süresiz garanti verilmesi durumunda, risk herhangi bir süre sınırına bağlı olunmaksızın gerçekleştiğinde, bankanın sorumluluğu devam eder.¹⁰⁶ Bu durumda

¹⁰² Y.11.HD. 30.04.2001 tarihli E.2010 K.3690 Sayılı ilamında; “...teminat mektubunun kesin ve 1 yıl süreli olarak düzenlenmesi, sürenin 19.06.1999 tarihinde dolması, mektup metninde yürürlük tarihinin bitimine kadar tazmin ve yenileme isteminde bulunulmadığı takdirde hükümsüz olacağı ve teminat mektubunu alıp işleme koyan muhatabın bu şartı kabul etmiş sayılacağı belirtilmesi karşısında mahkemece bk.110 maddesi gereğince sürenin dolması nedeniyle teminat mektubunun hükümsüz kaldığının kabulü isabetlidir.” (Lale,s.268.)

¹⁰³ Reisoğlu, Banka Teminat, s.157 ; Doğan, Banka Teminat, s.97-98 ; Ekici ve Durukanoğlu, s.90, 120-121.

¹⁰⁴ Tekinalp,s.376 ; Reisoğlu, Banka Teminat, s.151 ; Kahyaoğlu, s.15.

¹⁰⁵ Örneğin; 6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun’un 10.maddesinde yer alan hükümde kamu alacakları için alınması gereken banka teminat mektuplarının süresiz olması gerektiği düzenlenmiştir. / 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu’nun 26.maddesinde resmi dairelere verilecek teminat mektuplarının süresiz olarak düzenlenmesi zorunluluğu hükme bağlanmıştır.

¹⁰⁶ Uluslararası banka garantilerinde tercih edilen ICC, URDG458 kuralları, vadesiz garantilere özel bir hüküm öngörmektedir. URDG mad.25’e göre, vadesiz olarak düzenlenen banka garantilerinde, bankanın yükümlülüğü, düzenlenme tarihinden itibaren üç yıl sonra sona erecektir. Bu itibarla, eğer düzenlenen banka garantisi, URDG758 kurallarına göre düzenlenmiş ise, vadesiz teminat bakımından bu hüküm nazara alınacaktır. Tarafların, bu hükmü hariç tutma hakları vardır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s.247-248)

kural olarak süresiz garanti sözleşmesinin lehdar tarafından ibra edilene kadar, bankaların risk çıkışı yapamayacakları kabul edilmektedir.¹⁰⁷ Buna karşın, bazı özel durumlarda lehdarın ödeme talep etmesi durumunda bankanın hakkın kötüye kullanılması savunması yapabilmesi mümkün olmakta ve fakat oldukça sınırlıdır.¹⁰⁸ Bununla birlikte, sürekli borç ilişkisinin garanti edilmesi halinde şartlarının oluşması durumunda garanti sözleşmesinin de feshedilebilmesi imkanı gündeme gelebilmektedir.¹⁰⁹ Lakin, sözleşmenin feshi için gereken katı koşulların oluşması aranmaktadır.¹¹⁰ Son olarak, amirin lehdara karşı bir borcunun kalmaması durumunda da garantör bankanın lehdara bildirimde bulunarak sorumluluğunu sona erdirebileceği de kabul edilmektedir.¹¹¹

Süresiz banka garantilerinde ele alınması gereken bir diğer husus ise zamanaşımı süresinin başlangıç tarihidir. Zamanaşımı, alacağın muaccel olması ile başlar. Muacceliyeti bildirimle bağlı borçlar için ise bildirimin yapılabileceği tarih, zamanaşımının başlangıç tarihi olarak kabul edilecektir.¹¹² Yargıtay bir kararında¹¹³ ;

...Vadesiz teminat mektuplarında zamanaşımı bu tür ilişkiler için yasalarda ayrı bir zamanaşımı öngörülmediğinden on 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... Bu durumda, zamanaşımı süresi ilk ödeme talebinin yapıldığı 09.02.1993 tarihinden itibaren işlemeye başlamış olup zamanaşımını kesen veya durduran herhangi bir halin varlığı da ispat edilemediğinden 09.02.2003 tarihinde de zamanaşımı süresi dolmuştur.

diyerek zamanaşımı süresini ödeme talebi tarihinden başlayarak hesaplamıştır. Kararda her ne kadar lafzi olarak ihbar tarihinin esas alındığı belirtilse de burada riskin o tarihte doğduğu varsayımına göre hareket edildiği kabul edilmelidir.¹¹⁴ Zira, TBK mad.149 da muacceliyet tarihi olarak, alacaklının ihbar tarihi değil, ihbarda bulunabileceği tarih esas alınarak bir düzenleme yapılmıştır.

¹⁰⁷ Ekici ve Durukanoğlu, s.125.

¹⁰⁸ Çalışmamızın ikinci bölümünde “Bankanın Savunma İmkanları” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenecektir.

¹⁰⁹ Reisoğlu, Banka Teminat, s.152 ; Kahyaoğlu, s.56.

¹¹⁰ Canarıs, s.789 ; Von Westphalen, s.129-130.

¹¹¹ Reisoğlu, Banka Teminat, s. 153.

¹¹² TBK mad.149 - Zamanaşımının başlangıcı

Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.

Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle bağlı olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlar.

¹¹³ Y.11.HD. 10.11.2015 tarihli E.2014/ 16685 K. 2015/ 11819 Sayılı İlamı (www.yargitay.gov.tr)

¹¹⁴ Benzer yönde kararlar için bkz. Y.11.HD. 24.09.2010 tarihli E.8698 K.9161 Sayılı ilamında; “Teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğinde olup, BK’nun 125. Maddesine göre on yıllık

4. Garantinin Konusu Bakımından Çeşitleri

Garanti sözleşmeleri, sözleşme serbestisi çerçevesinde farklı konulara yönelik düzenlenebilmektedir. Bu nedenle garantilerin konusu bakımından ayrımında tüm alt türlere yönelik bir tasnif mümkün olmamaktadır. Bu bağlamda, uygulamada en sık görülen konularla sınırlı olarak bir sınıflandırma yapılacaktır. Uygulamada konularına göre en yaygın olarak düzenlenen banka garantileri; kesin garantiler, geçici garantiler ve avans garantileridir. Bununla birlikte, serbest konulu garantiler başlığı altında uygulamada karşılaşılan diğer garanti türlerine örnekler verilecektir.

a. Kesin Garanti (İfa Garantisi)

Kesin banka garantileri uygulamada “ifa garantisi” olarak da adlandırılmaktadır.¹¹⁵ Kesin garantiler, temel ilişkinin tarafı olan üçüncü kişinin borçlandığı edimi sözleşmede kararlaştırılan şekilde ifa etmemesi riskine karşı banka tarafından, temel ilişkinin alacaklısı olan lehbara belli bir meblağ ödeyeceğini taahhüt ettiği garanti sözleşmesi türüdür.¹¹⁶ İfa garantilerinin birçok alt türü mümkündür. Bunlara örnek olarak, teslimat garantileri ve tam ifa garantileri verilebilir.

Garanti altına alınan ifanın, gerektiği gibi yerine getirilmemesi durumunda, lehdar bankaya başvurarak teminat miktarının kendisine ödenmesini talep edebilir. Bu bağlamda, lehdar kısmi ödeme talebinde bulunabileceği gibi, tam ödeme talebinde de bulunabilir. Kısmi ödeme talebi durumunda, banka belirtilen miktarı ödeyecek ve ödenen miktar kadar sorumluluğu azalacaktır.¹¹⁷ İfa garantileri, kararlaştırılması halinde cezai şartları da teminat altına alabilmektedir. Zira, Türk

zamanaşımı süresine tabidir ve zamanaşımı riskin doğduğu tarihten başlar.” (Lale, s.699) ; Y.11. HD. 27.05.2013 tarihli E.955/K.10925 Sayılı ilamında; “..teminat mektuplarında riskin gerçekleştiği anda tazmin yükümlülüğü muaccel olur ve zamanaşımı süresi de borcun muaccel olduğu bu tarihten başlar.(Lale, s.705); Y.11.HD. 30.04.2014 tarihli E.1806/K.8136 (Lale, s.705-706)

¹¹⁵ Ekici ve Durukanoğlu, s.132.

¹¹⁶ Canaris,s. 749- 750 ; Reisoğlu, Banka Teminat, s.144; Kahyaoğlu, s.7;

¹¹⁷ Ekici ve Durukanoğlu, s.133.

hukukunda kefalet sözleşmelerinde cezai şartın kefalet altına alınmasını yasaklayan düzenleme¹¹⁸, garantiler açısından öngörülmemektedir.

Uluslararası ifa garantilerinde, ifa garanti oranı genellikle sözleşme değerinin yüzde beşi ile yüzde yirmibeşi arasında değişmektedir.¹¹⁹ Buna karşın, Türk hukukunda bu oran, 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yüzde altı olarak belirlenmiş, Kamu İhale Kanunu'nda da benzer bir şekilde, ihale değerinin üzerinden yüzde altı olarak hüküm altına alınmıştır.¹²⁰

b. Geçici Garanti

Geçici banka garantileri, yurt içinde veya yurt dışında açılan ihalelere katılmak için katılımcı amirin, bankaya başvurarak, ihalenin amir tarafından kazanılması halinde teklifine bağlı kalmaması veya sözleşme imzalamaması risklerini teminat altına alan, ihale sahibi lehdara karşı sözleşme imzalanana kadar geçerli olacak bir teminatı talep ettiği banka garanti sözleşmesidir.¹²¹ Tanımdan da anlaşılacağı üzere bu tür garantiler sözleşme imzalanana kadar geçerli yani geçici nitelikte olan garantilerdir. Bunun bir sonucu olarak da geçici banka garanti sözleşmeleri, kesin garanti sözleşmesi olarak kullanılamaz. Diğer bir anlatımla, lehdar, amir ihale sözleşmesini imzaladıktan sonra, geçici garanti sözleşmesine dayanarak ödeme talebinde bulunamaz.¹²² Eğer imzalanan sözleşmede kesin garanti sözleşmesi yapılması öngörülüyor ise ve henüz bu garanti ilişkisi kurulmamışsa, lehdar kendisine verilen geçici banka garantisini, kesin garanti yerine kullanamaz. Buna karşın, istisnai olarak, geçici garanti sözleşmesinin metninde kesin teminat verilmediği durumda da geçici garantinin paraya çevrilebileceğini öngören bir klot varsa, bu durumda lehdar, sözleşme imzalanmış olsa da kesin teminat verilmediğinden, geçici banka garantisinin ödenmesini bankadan talep edebilecektir.¹²³ Burada dikkat edilecek husus, ödeme talebinin amacıdır. Zira böyle

¹¹⁸ TBK Madde 589- *"Kefilin, asıl borç ilişkisinin hükümsüz hâle gelmesinin sebep olduğu zarardan ve ceza koşulundan sorumlu olacağına ilişkin anlaşmalar kesin olarak hükümsüzdür."*

¹¹⁹ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.190.

¹²⁰ Canbolat, s.70.

¹²¹ Canaris, s.749 ; Doğan, Banka Teminat, s.86 ; Kahyaoğlu, s.10. ; Barlas, s.13. ; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.186.

¹²² YHGK, 20.03.2002 tarihli E.2002/11-94 K.2002/ 198 (www.kazanci.com)

¹²³ Reisoğlu, Banka Teminat, s.143-144.

bir kloz olmasına rağmen, lehdar, amirin sözleşme konusu işi yapması için cevaz vermiş ve ifa şartlara uygun yapılmamışsa, lehdar geçici garantiye dayanarak artık ödeme talebinde bulunamayacaktır.¹²⁴

Uluslararası geçici banka garanti sözleşmeleri genellikle ihale bedelinin yüzde ikisi ile yüzde beşi arasında teminat içermektedir.¹²⁵ Türk hukukunda ise bu oran 2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu'nda yüzde üç olarak ve Kamu İhale Kanunu'nda yüzde üçten az olmamak koşulu konularak belirlenmiştir.¹²⁶

c. Avans (Ön Ödeme) Garantisi

Avans garantileri, amir ile lehdar arasındaki temel hukuki ilişkiden doğan borcun, amir tarafından ifa edilebilmesi için lehdar tarafından işin başında amire belli bir miktar ön ödeme yapması durumunda, bu ön ödemenin teminat altına alındığı garantilerdir.¹²⁷ Burada, yapılan ön ödeme amirin hakedişinden belirli oranda kesilerek geri ödenmektedir. Teminat altına alınan riskin yapılan ön ödemenin iade edilmemesi olması nedeniyle, uygulamada avans garantilerine ön ödeme garantisi de denilmektedir. Avans garantileri, genellikle müteahhit firmalar ile ihracatçı firmalar tarafından bankadan talep edilmektedir.¹²⁸ Avans garantileri de, geçici garantiler gibi, kesin garanti yerine kullanılamaz. Zira, burada teminat altına alınan risk sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesi değil, yapılan ön ödemenin iadesidir. Nitekim Yargıtay da avans garantilerinin, kesin garanti yerine kullanılamayacağını birçok kararında hüküm altına almaktadır.¹²⁹ Buna karşın, bir banka garantisinin avans ve kesin garanti risklerini birlikte içermesinin mümkün olup olmayacağı akla gelebilmektedir. Garanti sözleşmelerinin, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olarak serbest şekilde düzenlenebilmesi göz önüne alındığında, doktrinde, bu iki riskin aynı garanti

¹²⁴ Ekici ve Durukanoğlu, s.131-132.

¹²⁵ **Unicredit**. "Bank Guarantees in Foreign Trade", Munich, October, 2017, s.11.

¹²⁶ Canbolat, s.72.

¹²⁷ Kahyaoğlu, s. 11. ; Doğan, Banka Teminat, s.90 ; Barlas, s.17

¹²⁸ Ekici ve Durukanoğlu, s.135.

¹²⁹ YHGK 23.02.2000 tarihli E.2000/11-121 K. 2002/139 Sayılı ilamı (Reisoğlu, Banka Teminat, s.144-145) ; Y.15.HD. 01.07.2008 tarihli E. 2522 K.4452 Sayılı ilamında; "...Avans teminat mektubunun iş sahibinin diğer alacaklarını karşılamak fonksiyonu bulunmamaktadır." (Lale, s.293-297) ; Y.15.HD. 21.06.2012 tarihli E.2011/2911 K.2012/4661 Sayılı ilamında; "öncelikle avans teminat mektubunun paraya çevrilebilmesi için verilen avans nedeni ile borcu bulunduğu kanıtlanmalıdır." (Lale, s.305-306.)

metni içerisinde yer alabilmesi de mümkün kabul edilmiştir.¹³⁰ Bunun yanı sıra, kural olarak avans garantileri cezai şartları teminat altına almamaktadır.¹³¹ Son olarak belirtmek gerekir ki avans garantilerinde dikkat edilmesi gereken hususlardan biri de faiz oranlarının belirlenmesidir. Zira, ön ödemenin iade edilmemesi durumunda yapılan ödeme faizi ile istenecek olduğundan faiz oranının belirlenmesi hem üst limit risk analizinde hem de amir firmaya açılacak kredide etkili olacaktır.¹³²

Uluslararası ihalelerde, avans mektuplarının miktarları değişkenlik göstermekte olup sözleşme değerinin ortalama yüzde beşi ile yüzde yirmisi arasındadır.¹³³ Türk hukukunda ise uygulamada devlet ihalelerinde verilecek avans mektubu miktarının resmi daireler avansına göre belirlendiği görülmektedir.¹³⁴

d. Serbest Konulu Garantiler

Garanti sözleşmeleri, sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak çok çeşitli konularda yapılabilmektedir. Uygulamada karşılaşılan serbest konulu garantilere bakıldığında; Gemi kurtarma garantisi, alıkonulan paranın ödeme garantisi, kullanım garantisi, bakım-onarım garantisi, konişmento garantisi, kiralama (leasing) garantisi, mahkeme ve icra dairesine verilen garantiler, gümrük garantisi ve finansman garantisi örnek olarak sayılabilir.

Kullanım garantisi, sözleşmede malın tesliminden sonra belirli bir süre içerisinde ortaya çıkabilecek hasarların veya kusurların satıcıya ait olacağının hüküm altına alınması durumunda, taraflar kararlaştırarak bu hükmün bankalarca verilen bir garanti ile teminat altına alınmasını kararlaştırdıkları durumda söz konusu olmaktadır. Kiralama garantisi, kiralama sözleşmesinin şartlarının yerine getirilmesinin teminat altına alınması için yapılabilmektedir. Mahkeme ve icra dairesine verilen garantiler, Türk mahkemelerinde görülen davalarda teminat verilmesi gereken durumlarda, teminat gösterme yükümlüsü olan kişi için Türkiye’de faaliyet gösteren bankalarca verilen garantilerdir. Bu garantiler kural olarak kesin

¹³⁰ Reisoğlu, Banka Teminat, s.146. ; Ekici ve Durukanoğlu, s.135.

¹³¹ Alman Federal Mahkemesinin bu görüşteki kararı için bkz. BGH WM 88,212 (Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.188,210.)

¹³² Ekici ve Durukanoğlu, s.137.

¹³³ Doğan, Banka Teminat, s.94.

¹³⁴ Doğan, Banka Teminat, s.91.

ve süresiz olarak verilmelidir. Gümrük garantileri¹³⁵, bir malın geçici olarak ithaline, transit rejimine veya gümrük antrepolarına alınan eşyalara yönelik verilen ve gümrük harç ve vergilerinin ödenmesini teminat altına alan garantilerdir. Bu tür garantiler, resmi örneklerle uygun olarak düzenlenmelidir.

Görüldüğü üzere, uygulamada birçok farklı konuda garanti sözleşmesi düzenlenebilmektedir. Taraflar garanti şartlarını belirlerken serbest olmalarına karşın, özellikle kamu kurumlarına ve resmi dairelere verilecek garanti teminatlarında süre, şekil, nitelik gibi çeşitli sınırlandırmalara tabi olabilmektedirler.

5. Ödeme Talebinin Şekli Bakımından Çeşitleri

Garantiler, lehdarın ödeme talebinin şekline göre ikili bir ayrıma tabi olmaktadır. Bunlar, lehdarın yalnızca riskin gerçekleştiğini iddia ettiği ve ispat yükümlülüğünde olmadığı “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler¹³⁶ ile bazı bir takım şartları da gerçekleştirmekle yükümlü olduğu “şartlı” garantilerdir. Fakat burada belirtmek gerekir ki, bazı garantiler hem herhangi bir şart hem de ilk talepte ödeme kaydı içermeyebilir. Bu durumda garantör, lehdarın riskin gerçekleştiğini ispat etmesi durumunda lehdara ödeme yapacaktır. Bu tür garantiler doktrinde “adi garantiler” olarak adlandırılmakta olup, lehdar tarafından hakkın kötüye kullanılmasını engellemek için riskin gerçekleştiğinin ispatını lehdara yükleyen garantilerdir.¹³⁷ Uygulamada banka garantilerinin, “ilk talepte ödeme kaydı” içeren garantiler şeklinde düzenlendiği görülmektedir.

a. “İlk Talepte Ödeme” Kaydı İçeren Garanti

Özellikle uluslararası ticarete taraflar, garantinin likidite fonksiyonunu güçlendirerek, yalnızca yapılacak bir ödeme talebi ile garanti teminatının paraya çevrilmesi kabiliyetinin artırılmasını arzu etmektedir.¹³⁸ Bu nedenle, garanti

¹³⁵ Gümrük garantilerine yönelik ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s.439-478.

¹³⁶ ICC düzenlemelerinde “*demand guarantee*” olarak adlandırılmaktadır (bkz. URGD 758 mad.2 tanımlar kısmı) Ayrıca doktrinde “*unconditional guarantee*” olarak da ifade edilmektedir.

¹³⁷ Canaris, s.768; Tekinalp, s.375.

¹³⁸ Kelly-Louw, Autonomy Principle, s.214. ; Canaris, s.748 ; Kleiner, s.198.

sözleşme metinlerine “ilk yazılı talepte ödenmek üzere” gibi klozlar dahil edilerek¹³⁹, ödeme talebinin haklılığına ilişkin ispat araçlarının varlığı aranmaksızın, garantörün yalnızca şekli bir inceleme yaparak garanti bedelini lehdara ödeyeceği garanti taahhütleri sağlanmıştır.¹⁴⁰ Böylece, “ilk talepte ödeme” kaydı içeren garantilerde, garantör ancak çok sınırlı olarak ödeme talebini reddedebilmekte ve dahi riskin gerçekleştiğinin ispatını lehdardan talep edememektedir.¹⁴¹

İlk talepte ödeme kaydı içeren garantiler özellikle uluslararası ticarete birbirlerini tanımayan tarafların birbirlerine güvensizlik duymasından ötürü ortaya çıkmıştır. Bu yüzden, uluslararası ticarete kullanılan banka garanti mektupları veya garanti sözleşmeleri, bankayı “kayıtsız, şartsız” ödeme yükümlülüğü altına sokan taahhütler içermektedir. Benzer şekilde, Türk hukukunda da banka teminat mektuplarının çoğunluğu “ilk talepte ödeme” kaydı içeren garanti mektupları olarak düzenlenmektedir. Bu tür garantiler lehdar açısından büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Şöyle ki, banka, lehdarın yazılı talebinde riskin gerçekleştiğini iddia etmesi ile garanti bedelini ödeme borcu altına girmekte olup, lehdarın bu iddialarını ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Öte yandan, bu garantiler banka açısından da kolaylıklar sağlamaktadır. Zira, garantör bankanın yükümlülüğü ödeme talebinin uygun olup olmadığı veya talepte bulunanın lehdar olup olmadığı gibi şekli incelemeler yapmaktan ibaret olup, banka temel ilişkiden doğan ihtilaflardan kaçınabilmektedir. Böylece, banka, amire karşı iddianın doğruluğunu araştırmakla yükümlü olmadığı için, ödemeyi yaptıktan sonra kolayca amire başvurabilmektedir. Bunun yanı sıra, banka, garanti sözleşmesi düzenlemesi karşılığında komisyon almak suretiyle menfaat de sağlamaktadır.

“İlk talepte ödeme” kaydının pratikte önemli sonuçları bulunmaktadır. Öncelikle, bu kayıt ile ispat yükü yer değiştirir.¹⁴² Nitekim, lehdar riskin gerçekleştiğini iddia etmekte fakat ispat etmesi gerekmemektedir. Buna karşın,

¹³⁹ Her zaman “ilk talepte” ibaresinin yer alması gerekmemektedir. Taraflar açıkça bu ibareyi kullanmasalar bile bu anlama gelebilecek başka ifadeleri kullanabilirler. Örneğin; “ *herhangi bir itiraz ve def'i ileri sürmeksizin*” veya “ *her türlü itiraz ve def'i ileri sürmekten vazgeçmek suretiyle*” gibi ifadeler yer verilebilir. (Canbolat, s.63- 65, Kahyaoğlu, s.19)

¹⁴⁰ Kleiner, s.46. ; Kahyaoğlu, s.19 ; *Trib.Com. Brussels*, 25 February 1982, JCB, 1982 sayılı davada; Talep halinde ödeme kaydını içeren garantilerin, klasik kefalet benzeri garanti olarak değil, “*bağımsız garanti sözleşmesi*” olarak yorumlanması gerektiği vurgulanarak, önceki kararlarda kabul edilen görüşten dönüldüğü görülmektedir.

¹⁴¹ Melzer, *Recent Decisions*, s.117.

¹⁴² Heinrich Von Mettenheim, “Die mißbräuchliche Inanspruchnahme bedingungsloser Bankgarantien”, **RIW/AWD**, [1981].

bankanın ödemededen kaçınması için bankanın veya amirin riskin gerçekleşmediğini likit deliller ile ispat etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, söz konusu kaydın bir diğer sonucu ise amirin, ödeme talebinin haksız olduğuna ilişkin itirazını bankaya bildirerek, bankanın ödeme yapmasına kural olarak engel olamamasıdır. Böylece, banka muaccel olan garanti borcunu ödeyecek, sonrasında amir haksız ödemeye ilişkin dava haklarını kullanabilecektir.¹⁴³ Bu ilke, doktrinde “*önce öde, sonra dava et*”¹⁴⁴ prensibi olarak adlandırılmaktadır.¹⁴⁵ Kural bu olmakla birlikte, bazı istisnai hallerde bankanın ödemededen kaçınma imkanı bulunmaktadır.¹⁴⁶ Örneğin, garanti bedelinin açıkça garantinin amacına aykırı olarak talep edilmesi veya hakkın kötüye kullanıldığına ilişkin açık ve likit delillerin varlığı gibi durumlarda banka ödeme yapmayı reddedebilecek ve dahi amire karşı reddetme yükümlülüğü altında olacaktır.¹⁴⁷ Ayrıca belirtmek gerekir ki, bankanın, garanti sözleşmesinden doğan itiraz ve def'i haklarını her zaman ileri sürmesi mümkündür.

Sonuç olarak, hem uluslararası ticarete hem de Türk bankacılık uygulamasında banka garanti sözleşmeleri çoğunlukla “ilk talepte ödeme” veya “koşulsuz ödeme” kaydı içeren garantiler olarak düzenlenmektedir. Bu nedenle, bankanın, ödeme talebine karşı savunma imkanları oldukça sınırlandırılmıştır. Çalışmamızın ikinci kısmında bankanın savunma imkanları başlığı altında bu istisnai

¹⁴³ Alman Federal Mahkemesi, “ilk talepte ödeme kaydı” içeren garantilerin amacını, temel ilişkiden doğan ve garanti ile teminat altına alınmış borcun varlığı ve kapsamına ilişkin her türlü ihtilaftan kaçınmak olarak açıklamıştır. (Stephan Konig, “Germany: requirements of claim under a guarantee on first demand”, *J.I.B.L.* 1994, 9(6), N122-123, s.122.)

¹⁴⁴ Alman hukukunda; “erst zahlen, dann prozessieren” olarak ifade edilmektedir. (bkz. Canaris, s.749)

¹⁴⁵ Canaris, s.749; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.173; Ekşi, Milletlerarası Ticaret, s.290 ; Melzer, Recent Decisions, s.117. ; Konig, s.122. ; Randolph Statius van Eps, ve Alan Steele-Nicholson, “Preventing Dutch Guarantee Abuse”, 7 *In'tl Fin. L. Rev.* 16 (1988), s.18.

¹⁴⁶ Çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

¹⁴⁷ Y.11.HD. 13.07.2006 tarihli E.5589 K.8345 Sayılı ilamında; “..kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yetkisini haiz olup esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir. Bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır.Birincisi, banka teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan def'ileri ileri sürerek ödemededen kaçınabilecektir.... Öte yandan, muhatabın talebinin haksız olduğunu, dürüstlük kuralı (MK.mad.2) ile bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın “ilk talepte”kaydına rağmen muhataba ödeme yaptıktan kaçınabilmesi gerekir.” (Lale, s.146-150) ; Y.11.HD. 25.10.2010 tarihli E.2009/3511 K. 2010/10747 Sayılı ilamı (Lale, s.154-155) ; Benzer bir yönelimle, Belçika Ticaret Mahkemesi önüne gelen uyumsuzlukta “ilk talepte ödeme kaydı” içeren garantilerde bankanın ödeme yapmadan kaçınmamasının iki istisnasına değinilmiş ve hakkın kötüye kullanılmasının açık ve likit delillerle ispatı hali ile garanti altına alınan borcun hukuka açıkça aykırı olması durumlarında bankanın ödeme yapmayı reddedebileceğine hükmetmiştir. (*Swedish Ltd. Co Alfa – Laval AB. v. Bank of America* davası, ayrıntılı bilgi için bkz. Kozolchuk, s.42) ; Benzer yönde kararlar için bkz. Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.208-209.

haller hem Türk hukukunda hem de karşılaştırmalı hukukta konu ile ilgili mahkeme kararları ışığında detaylı olarak incelenecektir.

b. Şarta Bağlı Garanti

Şarta bağlı garantiler, lehdarın ödeme talebinde bulunmasının ve buna bağlı olarak garantör bankanın ödeme yapma yükümlülüğü altına girmesinin, garanti metninde yazılan bazı şartlara bağlı olduğu garantilerdir. Bu şartlar, genellikle ödeme talebi ile ibraz edilmesi gereken bazı belgelere ilişkindir.¹⁴⁸ Burada, lehdarın ödeme talebi ile riskin gerçekleşmiş olduğunu iddia etmesi yeterli olmamakta, bu iddiasını ispat edecek bir takım belgeler sunması gerekmektedir. Bu belgelere örnek olarak, belirli kişi veya resmi kurumlardan alınan onaylar, mahkeme veya hakem kararları, bilirkişi raporları gösterilebilir. Burada belirtmek gerekir ki, bankanın bu belgeleri şekli anlamda inceleme yükümlülüğü olup, belgenin sahte olup olmadığını, belgedeki vakıaların gerçek olup olmadığı inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır.¹⁴⁹ Yine de, bankalara ek bir sorumluluk yükleyeceği için, uygulamada şartlı garanti sözleşmeleri tercih edilmemektedir. Öte yandan, bazen kararlaştırılan şartlar bir belgenin ibrazı olmamakta, talebin yapılabileceği koşullara yönelik de olabilmektedir. Örneğin, ödeme talebinin yapılması için belli bir sürenin geçmesi veya belli bir olayın vuku bulması şartı konulabilir. Garanti metninde belirlenen bu şartları sağlamayan bir ödeme talebi, bankanın başkaca bir inceleme yapması gerekmeksizin direkt reddedilecektir.

Belirtmek gerekir ki, garanti metninde kararlaştırılan bu şartlar, lehdarın haksız ödeme talep etmesinin önüne geçmek amacıyla konuluyor olsa da banka garantilerinin temel fonksiyonu olan teminat sağlama niteliğini zayıflatmaktadır.¹⁵⁰

6. İkinci Bankanın Devreye Girmesi Bakımından Çeşitleri

Banka garantisi, amirin başvurduğu banka tarafından doğrudan hazırlanarak lehdara verilebildiği gibi, özellikle uluslararası ticaret ilişkilerinde yabancılık

¹⁴⁸ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.199-200.

¹⁴⁹ Ekici ve Durukanoğlu, s.415.

¹⁵⁰ Kahyaoğlu, s.21.

unsuruna havi olmasından ötürü ikinci bir bankanın ilişkiye dahil olması yoluyla dolaylı olarak da verilebilmektedir. İlk durumda verilen banka garantisi doğrudan garanti olmakta; ikincisinde ise dolaylı garanti söz konusu olmaktadır. Burada uluslararası bankacılıkta sıkça kullanılan ve ikinci bankanın konumunu ifade eden bazı kavramların ele alınması gerekmektedir. Nitekim, ikinci bankanın ilişkiye dahil olması her zaman dolaylı garanti ilişkisi doğurmaz.

Garanti sözleşmesinin, başvuru alan ilk banka tarafından düzenlenip, yurtdışında bulunan lehdarın ödeme talebinde bulunması neticesinde ikinci bir banka aracılığıyla ödenmesi mümkündür. Bu durumda ikinci banka “*ihbar bankası*”¹⁵¹ olarak adlandırılmakta, yalnızca birinci banka tarafından verilen garantide belirlenen miktarı lehdara ödemekle yükümlü olup garanti ilişkisine gerçek anlamda dahil olmamaktadır. Başka bir anlatımla, burada ikinci banka lehdara karşı herhangi bir yükümlülük altına girmemekte, yalnızca birinci banka tarafından düzenlenen garantideki bedeli, makul özen göstererek lehdara ödemektedir. Dolayısıyla, buradaki garanti, doğrudan garantidir. Diğer yandan, lehdar yabancı banka tarafından garanti verilmesini istemeyerek, garantinin kendi ülkesinde faaliyet gösteren bir banka tarafından düzenlenmesini talep edebilmektedir. Bu durumda, amir kendi bankasına giderek bir garanti düzenlenmesini talep eder, banka, lehdarın bulunduğu ülkedeki bir bankaya kontrgaranti vererek, o bankadan lehdara garanti sözleşmesi düzenlemesini sağlar. Nihayetinde, bu durumda lehdar ile garanti ilişkisi içerisine giren banka, ikinci bankadır. Birinci banka ise ikinci bankaya, bu garanti borcunu teminat altına alan bir kontrgaranti vermektedir. Uygulamada garanti veren ikinci banka garantör olarak adlandırılırken, birinci banka ise kontrgaran olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda verilen garanti, dolaylı garantidir.

Bununla birlikte, bazen yüksek meblağlı hukuki ilişkilerden doğan borçlar için banka garanti sözleşmesi kurulması söz konusu olduğunda, tek bir bankanın o miktarda kredilendirme yapması mümkün olmayabilir. Bu durumda garanti sözleşmesinde yer alan garanti miktarı, birden çok banka tarafından belirli miktarlarla sınırlı olarak üstlenilebilir. Bu durumda garanti ilişkisine birden çok banka garantör sıfatıyla taraf olmaktadır. Bu tür garantiler, uygulamada “*sendikasyon garantileri*” olarak adlandırılmaktadır.

¹⁵¹ Uluslararası düzenlemelerde “*advising bank*” olarak adlandırılmaktadır. (Bkz. Unicredit,s.9)

a. Doğrudan Garanti

Banka, düzenlediği garanti sözleşmesindeki meblağı, lehdarın ödeme talebinde bulunması durumunda lehdara direkt olarak ödeyebilir. Bu durumda garantinin düzenlenmesi ve garanti bedelinin ödenmesinde ikinci bir bankanın rolü bulunmamaktadır. Buna karşın, bazen banka garanti sözleşmesini düzenledikten sonra, garanti bedelini, ikinci bir banka aracılığıyla yabancı lehdara ödemek durumunda kalabilir. Böyle bir durumda, başvuru alan ikinci banka *ihbar bankası* olarak adlandırılmakta olup garanti ilişkisine doğrudan taraf olmamakta, yalnızca ilk bankanın muaccel olan garanti borcunun, lehdara ödenmesini sağlamaktadır. Dolayısıyla, ihbar bankasının lehdara karşı herhangi bir sorumluluğu veya yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bilakis, ikinci banka, garantör bankanın talimatlarına uygun olarak ödeme yapmakla yükümlüdür. Burada, lehdar ödeme talebini ihbar banka aracılığı ile garantör bankaya iletmekte, ihbar bankası ise garantör bankanın talimatlarına uygun olarak bedeli ödemektedir.¹⁵² Sonuç olarak, ikinci banka aracı olsa da, garantinin türü değişmemekte ve doğrudan garanti olarak devam etmektedir. Uygulamada, doğrudan garanti ilişkisinde, garantör banka, amire bir gayrinakti kredi açar ve bu kredi üzerinden verdiği teminat nedeniyle ödediği miktarı, amire başvurarak geri alma hakkı elde eder. Zira bu kredi ilişkisi dışında, amir ile banka arasında ayrıca bir sözleşme imzalanmamaktadır.

Doğrudan garantilerde ihbar bankası aracılığı ile yapılan ödemelerde, iki bankanın arasındaki hukuki ilişki ise vekalet ilişkisi olarak kabul edilmekte olup, vekalet sözleşmesi hükümlerine tabidir.¹⁵³ Bu açıdan, ihbar bankası özen yükümlülüğü çerçevesinde lehdarın ödeme talebini, şekil şartlarıyla sınırlı olarak incelemekle yükümlüdür. Eğer garanti metninde ödeme talebi şarta bağlandıysa ihbar bankası, bu şartların var olup olmadığı inceleyecek ve varlığı halinde lehdara birinci banka adına ve hesabına ödeme yapacaktır.¹⁵⁴

¹⁵² Kahyaoğlu, s.16; Tekinalp, s.389; Doğan, Banka Teminat, s.101 ; Ekici ve Durukanoğlu, s.417.; Unicredit, s.9.

¹⁵³ Tekinalp, s.389.

¹⁵⁴ Canaris, s.754.

b. Dolaylı Garanti (Kontrgaranti)

Dolaylı garantide, amirin başvurduğu banka, garantiyi kendisi vermemekte ve lehdarın ülkesinde bulunan bir bankaya kontrgaranti vererek bu bankanın lehdara garanti vermesini sağlamaktadır. Görüldüğü üzere, gerçek anlamda dörlü bir ilişki söz konusudur. Bu bağlamda, amirin başvurduğu banka kontrgaran banka, lehdarın ülkesindeki banka ise garantör bankadır. Garanti ilişkisi lehdar ile lehdarın bulunduğu ülkedeki garantör banka arasında kurulmaktadır.¹⁵⁵ Bununla birlikte, iki banka arasındaki ilişki ise kontrgaranti ilişkisini oluşturmakta, amirin bankası, garantör konumundaki ikinci bankanın garantiden doğan borcuna teminat vermiş olmaktadır.¹⁵⁶ Bu ilişkide garantör olan ikinci banka ile amirin arasında ve birinci banka ile lehdar arasında doğrudan bir ilişki bulunmamakta ve dahi çoğunlukla garantör banka amiri hiç tanımamaktadır. Garantör banka, amirin temel ilişkiden doğan borcunu birinci banka aracılığı ile teminat altına almaktadır. Böylece, amir ile amirin başvurduğu banka arasında bir garanti sağlama taahhüdü anlaşması kurulmakta ve bu banka, ikinci bir bankanın lehdara garanti vermesini sağlamaktadır.¹⁵⁷ Uygulamada banka garantileri verilirken amire, garantör banka tarafından gayrinakdi kredi açılması hususu ise kontrgarantide farklı işlemektedir. Zira burada, ikinci banka garanti sözleşmesi düzenlerken, amire değil, amirin bankasına bir gayrinakdi kredi açar.¹⁵⁸ İkinci banka, kontrgaran bankaya açılan bu kredi üzerinden, kontrgaranın talimatı ile amir lehine bir garanti sözleşmesi düzenler.¹⁵⁹ Öte yandan, kontrgaranti sözleşmesi amirin getireceği ayni veya şahsi teminatları da ihtiva edebilmektedir. Kontrgaranti metninin amir dışında başka kişiler tarafından imzalanması halinde bu kişilerin teminat verdiği kabul edilir.¹⁶⁰ Üçüncü kişiler tarafından verilecek teminatlar, şahsi veya ayni teminat olabilir.

Sonuç olarak, uluslararası ticarete bazen ulusal kanunların zorunlu kılması bazen de lehdarın, hukuki düzenlemelerini iyi bildiği kendi ülkesindeki bir banka tarafından garanti verilmesini arzu etmesi neticesinde, ikinci bankanın da garanti

¹⁵⁵ Tekinalp,s.389; Doğan, Banka Teminat, s.103; Unicredit, s.7.

¹⁵⁶ Reisoğlu, Banka Teminat,s.395 ; Tekinalp,s.389.

¹⁵⁷ Kleiner,s.174; Tekinalp, s.389.

¹⁵⁸ Ekici ve Durukanoğlu, s.365.

¹⁵⁹ Seza Reisoğlu, **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Cilt I ve II, Ankara, 2007, Cilt I, s.172, 677.

¹⁶⁰ Reisoğlu,Banka Teminat,s.396 ; Canbolat, s.75.

ilişkinde dahil olduğu kontrgaranti ilişkileri kurulmaktadır. Kontrgarantilerin talep edilmesindeki en önemli faktör ise kontrgaranti üzerinden uygulanacak hukuk ve yetkili mahkemenin seçilebilmesidir.¹⁶¹ Zira, verilmiş olan kontrgaranti, ikinci bankanın vermiş olduğu garantiden ve temel ilişkiden bağımsızdır. Bu nedenle, verilen garanti metnindeki ya da temel ilişkinin dayandığı sözleşmedeki yetkili mahkeme ve uygulanacak hukuk seçimleri, kontrgarantiler üzerinde doğrudan bir etki yaratmayacaktır.¹⁶² Aynı şekilde, kontrgaranti metninde bir hukuk seçimi klozu söz konusu ise bu kloz, doğrudan garanti ve temel sözleşme üzerinde etkili olmayacaktır.

c. Sendikasyon Garantileri¹⁶³

Ticaret sözleşmelerinin değeri bazen çok yüksek olabilmektedir. Bu nedenle, bu ilişkiden doğan borcun banka garantisi ile teminat altına alınması gereken durumlarda, tek bir banka bu kadar büyük bir meblağın altına tek başına giremeyebilir. Zira, bankacılık düzenlemeleri de nazara alındığında bankalar, belli sınırlandırmalara tabi olarak kredi verebilmektedir. Bu durumda, söz konusu borcun teminatlandırılabilmesi için birden çok banka aynı borcun belli bir meblağ ile sınırlı kısmından sorumlu olarak birlikte garanti verebilmektedir. Uygulamada bu garantiler, sendikasyon garantisi olarak adlandırılmaktadır.¹⁶⁴ Bu tür garantilerde, bankalardan biri ajanlığında birden çok bankanın garantör olarak teminat bedelinin belli bir kısmından sorumlu olduğu bir garanti ilişkisi meydana gelmektedir. Bazen bu bankaların tümü aynı ükede faaliyet göstermekte, bazen ise farklı ülkelerde faaliyet gösteren bankalar sendikasyon ilişkisine dahil olabilmektedir. Burada nazara alınması gereken nokta, lehdarın ödeme talebi ibrazını hangi bankaya yapabileceğinin sözleşmede hüküm altına alınması gerekliliğidir. Zira, aksi halde lehdarın sendikasyon bankalarından herhangi birine yapacağı ödeme talebi ibrazı,

¹⁶¹ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.175.

¹⁶² Antonio Braggion, "Bank guarantees and international jurisdiction based on "connection" ", J.I.B.L.R. 2014, 29(6), s.321.

¹⁶³ Uygulamada "çok taraflı garantiler (multi-party guarantees)" olarak da ifade edilmektedir.

¹⁶⁴ Ekici ve Durukanoğlu, s.410

geçerli sayılacaktır. Sendikasyon garantileri, uygulamada özellikle büyük meblağlı kamu projelerinde verilmektedir.¹⁶⁵

Son olarak belirtmek gerekir ki, bazı yazarlar sendikasyon garantilerini, konsorsiyum garantileri olarak adlandırmayı tercih etmektedir.¹⁶⁶ Fakat, bizim de referans aldığımız terminoloji bakımından¹⁶⁷, konsorsiyum garantileri, birden fazla bankanın garanti ilişkisinin tarafı olduğu durumlarda değil, amirin bir iş ortaklığı içerisinde bulunması nedeniyle, ortaklar için verilen ve o iş ile sınırlı garantilerdir. Burada, belirli bir iş için bir araya gelen ve ortaklık bakımından bir tüzel kişiliği bulunmayanların o iş ilişkisinden doğan borçları banka tarafından teminatlandırılmaktadır.

H. Banka Garanti Sözleşmesinin Kefalet Sözleşmesinden Farkı

Banka garanti sözleşmeleri teminat amacıyla düzenlenen ve bir tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Bu bağlamda, diğer teminat sözleşmeleriyle aralarındaki farkların ortaya konulması daima çok kolay olmamaktadır. Nitekim, Yargıtay, banka teminat mektuplarını uzun bir süre kefalet sözleşmesi niteliğinde kabul etmiş daha sonra YİBK¹⁶⁸ ile banka teminat mektuplarının banka garanti sözleşmesinin bir alt türü olduğu yönünde görüş değiştirmiştir.

Geniş anlamda teminat sözleşmesi, gerçek veya tüzel bir kişinin, başkasının karşı karşıya kaldığı tehlikeyi kendi üzerine almasını öngören sözleşmelerdir.¹⁶⁹ Böylece teminat altına alınan tehlikenin gerçekleşmesi durumunda teminat verilen kimsenin uğradığı zararın tazmin edileceği taahhüt edilmektedir. Dar anlamda teminat sözleşmesi ise riskin bir borcun ifa edilmemesi olduğu durumda söz konusu olmaktadır. Bu ihtimalde, teminat veren, borcun ifa edilmemesinden doğan zararı tazmin etmeyi üstlenir.¹⁷⁰ Bununla birlikte, teminat sözleşmeleri temel olarak kişisel

¹⁶⁵ Ekici ve Durukanoğlu, s.435.

¹⁶⁶ Bkz. Kahyaoğlu, s.18 ; Canbolat, s.78.

¹⁶⁷ Ayrıntılı Bilgi için Bkz. George Affaki ve Roy Goode, **Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG758**, ICC Publication, 2011.; Bertrams, Roeland F. Bank Guarantees in International Trade, Fourth Revised Editions, Wolters Kluwer Law&Business, 2013.

¹⁶⁸ YİBK 11.06.1969 tarih ve E.1969/4 K.1969/6 Sayılı kararı için bkz. Resmi Gazete 03.10.1969, N.13317

¹⁶⁹ Burak Özen, **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, 4.bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s.1.

¹⁷⁰ Özen, s.2.

teminatlar ve aynı teminatlar olarak iki türe ayrılmaktadır. Kişisel teminatlar, teminat verenin itibarını ve ödeme gücünü ortaya koyduğu teminatlardır. Böylece, teminat veren, belli bir riskin gerçekleşmesi durumunda belli bir miktar parayı ödemeyi taahhüt eder.¹⁷¹

Uygulamada sıkça karşılaşılan uyuşmazlıklardan biri de, verilen kişisel teminatın kefalet niteliğinde mi yoksa garanti niteliğinde mi olduğunun belirlenmesi konusunda ortaya çıkmaktadır. Zira, Türk hukukunda iki sözleşme arasındaki ayrım gerek doktrinde gerek ise yargı kararlarında sıkça tartışılmış ve farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Garanti sözleşmesi de kefalet sözleşmesi gibi kişisel bir teminat sağlama amacıyla yapılmakta¹⁷² ve iki sözleşmenin de konusunu, üçüncü kişinin hukuki bir ilişkiden doğan borcu oluşturmaktadır. Bu bakımdan her iki sözleşme de tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olup, borcu teminat altına alınan, teminat veren ve teminat alan olmak üzere üçlü bir ilişki yaratmaktadır.¹⁷³ Ayrıca, iki sözleşmede de borcu teminat altına alınan kişi, sözleşmenin tarafı olmamaktadır.¹⁷⁴ Özellikle teminat amaçlı garantilerin, kefalet sözleşmeleriyle düzenlenme amaçları bakımından çok benzer olması nedeniyle doktrinde bu garantilere, “*kefalet benzeri garantiler*” de denilmektedir. Fakat bizim de katıldığımız görüşe göre, bu iki sözleşmenin konusunu oluşturan borcun niteliği farklılık arzetymekte olup, kefalet benzeri garantilerden doğan borç “*tazminat*” niteliğine tam olarak haiz değildir.¹⁷⁵

Öte yandan, doktrinde garanti sözleşmeleri ile kefalet sözleşmelerinin ayrımında çeşitli kıstaslar ileri sürülmüş ve iki sözleşmenin ayrımı yapılmaya çalışılmıştır. İlk olarak, kefalet sözleşmesinin ulusal hukukların kanunlarında ayrıntılı olarak hüküm altına alınmasına karşın garanti sözleşmeleri, sözleşme serbestisi ilkesinin bir gereği olarak kanunlarca ihtiva edilmemektedir.¹⁷⁶ Türk hukukunda da benzer bir eğilimle, TBK kefalet sözleşmesini ayrıntılı olarak düzenleme yoluna gitmiş ve kefil koruyucu hükümler getirmiştir.¹⁷⁷ Örneğin,

¹⁷¹ Özen, s.59.; Murat Aydoğdu ve Nalan Kahveci, **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İleri Kitapevi, İzmir, 2013, s.703.

¹⁷² Aydoğdu ve Kahveci, s.703.

¹⁷³ Aral ve Ayrancı, s.421- 422.

¹⁷⁴ Aydoğdu ve Kahveci, s. 702.

¹⁷⁵ Çalışmamızın “ Banka garanti sözleşmesinin hukuki niteliği” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

¹⁷⁶ Both ve Stoyanov, s.1240; Vasseur, s.240.

¹⁷⁷ Türk hukukunda kefalet sözleşmeleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Serkan Ayan, **Kefalet Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

kefaletin geçerliliği, sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasına ve sorumlu olunacak maksimum miktarın metne yazılmasına bağlanmıştır. Ayrıca, temel sözleşmede yer alan cezai şartın da kefalet altına alındığını belirten ibarelerin yok sayılacağını hükme bağlamıştır.¹⁷⁸ Buna karşın, garanti sözleşmelerinin kanunun kapsamı dışında bırakılması tercih edilmiş olup bunun bir sonucu olarak da herhangi bir sınırlamaya tabi tutulmamıştır.

İkinci olarak, her iki sözleşme de bağımsız birer sözleşme olsalar dahi, kefalet sözleşmesi temel ilişkiyle yakın ilişki içerisinde bulunmakta ve temel borç ilişkisinin geçerliliği, kefalet sözleşmesini de etkilemektedir. Lakin, garanti sözleşmelerinin bağımsızlık karakteri¹⁷⁹ yüksek olup, temel ilişkinin geçersizliği kural olarak garanti sözleşmesini geçersiz kılmaz.¹⁸⁰ Bununla birlikte, kefil, temel ilişkilerden doğan def'i ve itirazları kefalet verilene karşı ileri sürebilmekte iken garanti sözleşmelerinde garantörün böyle bir hakkı bulunmamaktadır.¹⁸¹

Son olarak, kefalet sözleşmesi neticesinde kefilin yaptığı ödeme sonucunda, kefil alacaklının haklarına kanunen halef olmakta ve asıl borçluya rücu edebilmektedir.¹⁸² Garanti sözleşmelerinde ise kural olarak doğrudan kanuni halefiyet ve rücu hakkı bulunmamaktadır. Uygulamada, bankalar, ödenen garanti bedeli sonucunda amire başvurabilmektedir. Fakat burada, kanuni anlamda doğrudan bir rücu hakkı söz konusu olmamakta, bankalar ya vekalet hükümlerinin kıyasen uygulanması ile ya da amire garanti sözleşmesi düzenlemek için açtıkları gayrinakdi kredi ilişkisi neticesinde amire başvurabilmektedir.¹⁸³

Uygulamada verilen teminatın niteliği sözleşme metninden anlaşılamıyorsa, sözleşmenin yorumlanması suretiyle tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerekmektedir.¹⁸⁴ Sözleşmenin yorumlanmasında çeşitli kriterler ileri sürülmekte

¹⁷⁸ Kefaletin, ana sözleşmede belirlenen cezai şartı ihtiva etmesi yasağının aşılabilmesinin, cezai şartın doğrudan kefalet sözleşmesinin asıl borcu olarak teminat altına alınması suretiyle mümkün olup olmadığına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Özen, s. 129-130.

¹⁷⁹ Özellikle Common Law hukuku sistemlerinde "*autonomy principle*" olarak adlandırılmaktadır. Bkz. Kelly-Louw, *Autonomy Principle*, s.198 vd. ; Agasha Mugasha, "Enjoining the beneficiary's claim on a letter of credit or bank guarantee", *J.B.L.* 2004, Sep, s.521-522 ;

¹⁸⁰ Büsser, s.34-35 ; Tekinalp, s.376 ; Reisoğlu, *Banka Teminat*, s.54 ; Canaris, s. 749, 754; Kleiner, s.7-8; Von Westphalen, s. 120; Vasseur, s.240. ; Max-Pianck-Institut fOr ausländisches und internationales Privatrecht, s.17.

¹⁸¹ Kleiner, s.196; Reisoğlu, *Banka Teminat*, s.77; Doğan, *Banka Teminat*, s.41.

¹⁸² Ayan, s.365, 381.

¹⁸³ Ekici ve Durukanoğlu, s.370 vd. ; Oy ve Güngöler, s.35.

¹⁸⁴ Canaris, s.761; Kleiner, s.37.

olup kesin bir yöntem izlenmemektedir. Bu kıstaslar başlıca, *aslilik-fer'ilik*, *teminat verenin özel menfaati* ve *aynen ifa* kıstaslarıdır.

İlk ayırmda nazara alınan kriter *aslilik-fer'ilik* kriteridir. Bu bağlamda eğer sözleşme yorumlanırken, teminat borcunun doğumu, kapsamı, savunma imkanları gibi olgular asıl sözleşmeye bağlı bulunmaktaysa, yani, asıl sözleşme, teminat sözleşmesi üzerinde doğrudan etki doğurmakta olduğu kanaati oluşmaktaysa, bu ilişkinin fer'i nitelikli olduğunun tespiti ile sözleşmenin kefalet sözleşmesi sayılacağı kabul edilmelidir.¹⁸⁵ Buna karşın, sayılan olgular asıl sözleşmeye bağımlı değil, yani, asıl sözleşmenin, teminat sözleşmesine doğrudan bir etki yaratması söz konusu değilse bu ilişkinin asli nitelikli olduğunun tespiti ile, sözleşmenin garanti sözleşmesi sayılacağı kabul edilmelidir.¹⁸⁶ Sözleşmenin asli yada fer'i nitelikli olduğu değerlendirilirken, temel borç ilişkisine atıfta bulunulması¹⁸⁷, def'i ve itirazların ileri sürülmesinden vazgeçilmesi¹⁸⁸, “ilk talepte ödeme” kaydı bulunması¹⁸⁹ gibi hususlar nazara alınabilir. Fakat belirtmek gerekir ki, bu hususlar birlikte değerlendirilmelidir. Zira, hiçbiri taraf iradelerinin belirlenmesinde tek başına yeterli olmamaktadır.

İkinci ayırmda ise *teminat verenin özel menfaati* kıstası esas alınmaktadır. Bu görüşte, kefalet sözleşmelerinin genel olarak hatır için verildiği hususu vurgulanmakta ve kefilin özel menfaatinin olmadığı çıkarımı yapılmaktadır.¹⁹⁰ Buna karşın, garantilerde garanti verenin bir menfaatinin bulunduğu varsayımı yapılmaktadır. Örneğin, banka garantilerinde, garantör banka amirden komisyon olarak menfaat sağlamaktadır. Mamafih, bu kıstasın yetersiz olduğu zira kefalette kefilin özel menfaatinin olmamasına yönelik yapılan varsayımının aksi de mümkün olabilmektedir.¹⁹¹

¹⁸⁵ Aral ve Ayrancı, s.422; Aydoğdu ve Kahveci, s.703; Feriliğin, kefalet sözleşmelerinin geçerlik koşuluna yönelik olduğuna ve Kanundaki tanımlama çerçevesinde kefalet sözleşmesinin niteliğini belirleyen zorunlu unsurlarından olmadığına yönelik görüş için bkz. Ayan, s.22.

¹⁸⁶ Reisoğlu, Banka Teminat, s.75 ; Von Westphalen, s.34; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.820-821

¹⁸⁷ Tekinalp, s.380; Kahyaoğlu, s.33

¹⁸⁸ Tekinalp, s.381.; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.824.

¹⁸⁹ Kleiner, s.46; Sabih Arkan, “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, **Batider**, 1992, Cilt:XVI, Say:4, s.63; Kahyaoğlu, s.36.

¹⁹⁰ Kahyaoğlu, s.40; YHGK 04.07.2001 tarihli E.19-534 K.583 Sayılı ilamında; “Hiçbir menfaati olmayan, ticari bir gaye gütmeyen sadece dostane ilişkiler nedeniyle tüketime yönelik banka kredi kartı kullanmasına imkan tanımak için verilen teminatın garanti beyanı adı altında da olsa bir garanti sözleşmesi amacı ile değil, kefalet amacı ile verildiğinin kabulü gerekir.” Şeklinde oy çokluğu ile hüküm kurmuştur. (Lale, s.22-28)

¹⁹¹ Kleiner, s.60.

Son olarak, teminat sözleşmesinin yorumlanmasında nazara alınan bir diğer kriter ise *aynen ifa* kriteridir. Bu kriterde, kefalet sözleşmesinden doğan borcun, asıl sözleşmedeki borcun aynen ifasından ibaret olduğu kabul edilirken, garanti borcunun ise yalnızca tazminat niteliğinde olduğu ileri sürülmektedir. Fakat, bu görüş birçok yazar tarafından eleştirilmektedir.¹⁹² Zira, kefalet sözleşmesi asıl sözleşmeyle sıkı ilişki içerisinde olsa da ayrı bir sözleşmedir ve burada teminatın amacı aynen ifa değil, borcun ifa edilmemesi durumunda meydana gelen zararın tazmin edildiği bir meblağ ödenmesidir. Ayrıca, bizim de katıldığımız görüşe göre garanti borcu, tazminat borcu ile tam olarak uyuşmamaktadır.

Özetle, kanaatimizce sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi için taraf iradelerinin yorumlanmasında ileri sürülen kriterler tek başına yeterli olmayıp, her somut ilişkiye göre farklılıklar arzedeabilmektedir.¹⁹³ Bu bakımdan, kriterlerin birlikte değerlendirilerek yorum yapılması daha adil bir sonuç doğuracaktır. Bununla birlikte, aslilik-fer'ilik kıstasının hem doktrinde hem de yargı kararlarında özel olarak nazara alındığı görülmektedir. Buna karşın, belirtmek gerekir ki sözleşme yorumlanırken şüphenin bertaraf edilememesi halinde, kefalet lehine yorum yapılması¹⁹⁴ ve daha ağır yükümlülükler içeren garanti sözleşmelerinin ikincil olarak değerlendirilmesi hakkaniyete daha uygun düşmektedir. Son olarak, banka teminat mektupları, YİBK

¹⁹² Kleiner, s.76 ; Reisoğlu, Garanti, s.73; Canbolat, s.102.

¹⁹³ Yargıtay HGK 23.05.2019 tarihli E.2017/ 1731 K.2019/ 608 Sayılı ilamında yukarıda yer alan kriterleri tek tek değerlendirerek sözleşmenin tespitini yapmıştır. “Öncelikle 818 sayılı BK’nın 484. maddesi gereğince kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin bu sözleşmede sorumlu olacağı miktarın gösterilmesine bağlıdır. 6098 sayılı TBK’nın 583/1. maddesi gereğince ise kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve ayrıca kefilin sorumlu olduğu azami miktar ile kefalet tarihinin kefilin kendi el yazısıyla yazılmasına bağlı olacağı düzenlenmiştir. Garanti sözleşmesinde ise şekil serbestisi geçerli olup, verilen garantinin belli bir limite bağlanmış olmasına da gerek yoktur. Öte yandan, 818 sayılı BK’nın 497. (6098 sayılı TBK’nın 591.) maddesi gereğince kefalet sözleşmesinde kefil, borçluya ait bütün def’ileri alacaklıya karşı ileri sürebilme hakkına sahipken, garanti sözleşmesinde üçüncü kişi sözleşme ilişkisine tamamen yabancı olduğundan garanti verenin üçüncü kişiye ait def’ileri ileri sürme hakkı bulunmamaktadır. 818 sayılı BK’nın 486. (6098 sayılı TBK’nın 585/1.) maddesi gereğince adi kefalette, kefilin sorumluluğu asıl borçlu aleyhine girişilecek takibin sonuçsuz kalması koşuluna bağlı olduğu halde garanti sözleşmesinde risk gerçekleştiğinde garanti alan derhal garanti verene başvurabilecektir. Bunların dışında 818 sayılı BK’nın 496. (6098 sayılı TBK’nın 596.) maddesi gereğince kefil kefaletten doğan borcunu ödedikten sonra ödeme nispetinde alacaklının haklarına halef olup, asıl borçluya rücu edebilirken, garanti sözleşmesinde garanti verene bu şekilde bir kanuni halefiyet hakkı tanınmış değildir. Nihayet 818 sayılı BK’nın 492. (6098 sayılı TBK’nın 598/1.) maddesi gereğince kefalet sözleşmesinde kefilin sorumluluğu asıl borcun geçerli oluşuna ve devamına bağlı iken, garanti sözleşmesinde ise sorumluluk asıl borçtan tamamen bağımsız olup, üçüncü şahsın borcunun herhangi bir nedenle geçersiz olması garanti verenin sorumluluğunu etkilemeyecektir.” Kararın tamamı için bkz. www.yargitay.gov.tr

¹⁹⁴ Canaris, s.762 ; Reisoğlu, Garanti, s.88 ; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.832; Both ve Stoyanov, s.1247.

ile garanti sözleşmesi sayıldığından artık uygulamada bu konuda hukuki uyuşmazlık söz konusu olmamaktadır.¹⁹⁵

II. BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

A. Banka Garanti Sözleşmesinin Kurulması

1. Genel Olarak

Banka garanti sözleşmeleri doğrudan ulusal hukuk düzenlemelerine konu olmamıştır. Bu nedenle, garanti sözleşmeleri, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde tarafların iradesi ile kurulmaktadır. Bunun bir sonucu olarak, banka garanti sözleşmesinin geçerliliği kanuni bir şekil şartına bağlı değildir.¹⁹⁶ Nitekim, garanti sözleşmelerinde kanunen yazılılık şartı dahi aranmamaktadır. Buna karşın, banka garantilerinde, garanti veren bankalar bankacılık uygulamalarından doğan yükümlülükleri nazara alarak teminat verdikleri için uygulamada yazılı olmayan banka garanti sözleşmelerine rastlanmamaktadır. Bununla birlikte, garanti sözleşmeleri de hukukun genel prensiplerine uygun olarak düzenlenmek zorundadır.¹⁹⁷ Örneğin, garanti sözleşmesinin konusu, hukuka veya ahlaka aykırı bir edimin teminat altına alınması olamaz.¹⁹⁸ Benzer şekilde, taraflar garanti sözleşmesinden doğan haklarını kullanırken Medeni Kanunu'nun dürüstlük ilkesine uygun olarak hareket etmekle mükelleftir. Zira, genel hükümlere aykırılık durumunda, tarafların hakları hukuk tarafından korunmaz.

Banka garanti sözleşmelerinin kurulabilmesi için öncelikle karşılıklı ve birbirlerine uygun bir irade beyanı bulunmalıdır. Banka garanti sözleşmeleri, bankanın belli bir meblağ ödemeyi taahhüt ettiği tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.¹⁹⁹ Bu nedenle, uygulamada garanti metni, banka tarafından hazırlanıp

¹⁹⁵ Banka teminat mektuplarının, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunun kesin kabulüne karşı doktrinde *Karma Nitelik Görüşü* tarafları için bkz. Doğan, Banka Teminat, s.13-14.

¹⁹⁶ Both ve Stoyanov, s.1255 ; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.192; Kleiner, s.154; Büsser, s.58; Canaris, s.759; Doğan, Banka Teminat, s.126.

¹⁹⁷ Both ve Stoyanov, s.1260; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.174.

¹⁹⁸ Oğuzman ve Öz, s.805. ; Eren, s.317

¹⁹⁹ Dr. Steffen ; Scheffen , Dr. Kullmann , Dr. Lepa ve Bischoff.,s.4; Doğan, Banka Teminat, s.21-22.

lehdara iletilir. Bankanın hazırlayıp lehdara sunduğu metin, icap niteliğindedir.²⁰⁰ İcabi alan lehdar zımni veya açık irade beyanı ile icabı kabul ettiği anda sözleşme ilişkisi kurulur.²⁰¹ Zımni kabul de mümkün olduğundan, lehdarın belli bir süre içerisinde reddetmemesi, uluslararası ticari teamülde kabul hükmü doğurmaktadır.²⁰² Öte yandan, banka, garanti metnine lehdarın belli bir süre içerisinde kabul etmesi gerektiğine dair bir “*kabul beyanı*” şartı koyabilir. Bu durumda, lehdarın zımnen kabulü yetmeyecek ve garanti sözleşmesini kabul ettiğini bildiren bir beyanda bulunması gerekecektir. Bu beyan, garantiyi düzenleyen bankaya yazılı şekilde ulaştırılabileceği gibi, bankanın şubelerinden birinden teyit ettirme yolu ile de yapılabilmektedir. Zira, şubeye teyidin, kabul anlamına geldiği doktrinde kabul edilmektedir.²⁰³

Öte yandan, bankalar sözleşmenin kurulması için bazı işlemlerin yapılmasını lehdardan talep etmiş olabilirler. Bu durumda, sözleşmenin yürürlüğe girmesi için belirlenen bu koşulların sağlanması gerekir. Banka tarafından konulabilecek bu ön koşulların hukuki mahiyeti doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre²⁰⁴, lehdarın bir belge sunması, bir işlem yapması gibi koşullar hukuken geciktirici şart mahiyetindedir. Dolayısıyla, sözleşmenin hüküm doğurabilmesi için bu şartların yerine getirilmesi gerekmektedir. Buna karşın, diğer bir görüşe göre²⁰⁵ ise, söz konusu koşullar, geciktirici şart niteliğinde olmayıp yalnızca lehdarın ödeme talep edebilmesi için öngörülmüş şartlar olarak kabul edilmelidir. Bu durumda, sözleşmenin geçerliliği bu koşuldan etkilenmeyecek ancak lehdar ödeme talep ettiğinde, bu şartların eksikliği nedeniyle ödeme talebi banka tarafından reddedilebilecektir. Kanaatimizce, bu değerlendirme yapılırken sözleşme hükmünün mahiyetinin ortaya konulması gerekmektedir. Eğer söz konusu koşullar, sözleşmenin kurulmasında esaslı rol oynamakta ise geciktirici şart olarak kabul edilmelidir. Buna karşın, belirlenen şartlar, ödeme talebine ilişkin olarak bankaya bir savunma imkanı tanımak amacı ile konulmuş ise bu durumda talep şartı olarak değerlendirilmelidir.

²⁰⁰ Reisoğlu, Banka Teminat,s.99 ; Kahyaoğlu, s.45.

²⁰¹ Kahyaoğlu, s.45.

²⁰² Kleiner, s.153-154; Büsser, s.56-57; Von Westphalen, s.115; Reisoğlu, Banka Teminat,s.90.

²⁰³ Doğan, Banka Teminat, s.144; . Teoman, Ömer. “Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, VI (28-29 Nisan 1995), Ankara 1995, s.113

²⁰⁴ Von Westphalen, s.119

²⁰⁵ Doğan, Banka Teminat,s.158; Kahyaoğlu,s.49; Canbolat,s.115.

Son olarak, garanti sözleşmesi kıymetli evrak niteliğinde değildir.²⁰⁶ Dolayısıyla, bankanın borcu senede bağlı borç olmadığından karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanın varlığı halinde sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Garanti metnin kaybolması veya orijinalinin amirde bulunması gibi durumlar sözleşmeyi sona erdirmeyeceği gibi garantiyi geçersiz de kılmaz.²⁰⁷

2. Sözleşmenin Şekli

Banka garanti sözleşmeleri kanuni olarak herhangi bir şekle tabi değildir.²⁰⁸ Benzer şekilde, asıl sözleşme şekle tabi olsa dahi garanti sözleşmesinin o şekle uygun olarak düzenlenmesi gerekmemektedir. Zira, garanti sözleşmesi, asıl sözleşmeden bağımsızdır. Örneğin; Kefalet sözleşmelerinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. Buna karşın kefilin kefaletten doğan borcuna ilişkin verilecek bir banka garantisinde, garanti sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması şartı aranmaz. Banka garanti sözleşmelerinde, şekil serbestliği ilkesi geçerli olsa da, garantiden doğan ödeme borcu yüksek miktarda olduğundan senetle ispat zorunluluğuna tabiiyet söz konusudur. Başka bir anlatımla, banka garanti sözleşmelerinin geçerliliği için yazılılık şartı bulunmasa da, yazılı ispat şartı²⁰⁹ aranmaktadır. Bununla birlikte, bankalar bankacılık uygulamalarından doğan yükümlülükleri nazara alarak teminat verdikleri için uygulamada yazılı olmayan banka garanti sözleşmelerine rastlanmamaktadır. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, yazılılık, banka

²⁰⁶ Reisoğlu, Banka Teminat, s.175.

²⁰⁷ Yargıtay tartışmalı bir kararında, lehdarın elindeki garanti metninin orijinal değil kopya olması durumunda, kopya üzerine şubelerce yapılan teyitin haksız fiil teşkil edeceğinden bahisle lehdar tarafından açılan davanın, garanti borcunun ifası hükümlerince değil, haksız fiil hükmüne dayanarak açılması gerektiğine hükmetmiştir. (Y.11.HD. 13.11.1990 tarihli E.1989/3737 K.1990/7248, (bkz. Teoman, , s.107 vd.) Hüküm, garanti sözleşmesinin şekle dayalı olmadığı ve teminat borcunun da senede bağlı bir borç olmadığı nedenleriyle doktrinde eleştirilmiştir. Nitekim belirtmek gerekir ki, Yargıtay yeni dönemli kararlarında aksi bir görüş benimsemiştir. Bkz. Y.15.HD. 02.10.2013 tarihli E.2012/ 6732, K.2013/ 5356 (Lale, s.158-159) ; Y.11.HD. 01.04.2002 tarihli E.2001/ 10912 K.2002/2992 (Lale, s.325)

²⁰⁸ Both ve Stoyanov, s.1255 ; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.192; Kleiner, s.154; Büsser, s.58; Canaris, s.759; Doğan, Banka Teminat, s.126.

²⁰⁹ 6100 Sayılı HMK mad.200 senetle ispat zorunluluğu

1) *Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.(2) Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir.*

garantileri için uygulamada ticari teamül haline geldiğinden, şekil şartı olarak kabul edilmelidir.²¹⁰ Lakin belirtmek gerekir ki, uluslararası ticarete tarafların serbestliği asıl olduğundan, bu şekilde bir yükümlülük getirilmesi taraf iradelerine müdahale anlamına gelmekte ve ticaret hayatı ile bağdaşmamaktadır.

Asıl olan şekil serbestliği olmak ile birlikte, taraflar karşılıklı olarak anlaşarak banka garanti sözleşmesinin bazı şekil şartlarına tabi olarak düzenlenmesine karar verebilirler. Bu ihtimalde, kararlaştırılan şartlar, garanti sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin olacaktır. Uygulamada, garanti metninde yer alan şartlar genellikle ödeme taleplerine ilişkin olmaktadır. Bu durumda, ödeme talebinde bulunan lehdar, sözleşmede kararlaştırılan şartları yerine getirmekle mükelleftir. Aksi halde, garantör banka ödeme talebindeki şekil eksiklikleri nedeniyle ödeme yapmayı reddedecektir.

Banka garanti sözleşmesinin koşulsuzluk kaydı içermesi gerekip gerekmediği de doktrinde tartışılmıştır. Garanti sözleşmesinin kurulabilmesi için böyle bir kaydın gerekliliği pozitif düzenlemelerde yer almamaktadır. Kaldı ki, koşulsuzluk kaydını ihtiva edip etmemesi garanti sözleşmesinin niteliğini de değiştirmemekte yalnızca lehdarın ödeme talebinde bulunması durumunda bankanın savunma araçlarının belirlenmesinde rol oynamaktadır. Nitekim, Alman ve İsviçre hukukunda da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir.²¹¹ Böylece, koşulsuzluk kaydının bulunup bulunmaması doğrudan garanti sözleşmesinin kurulması için gerekli unsurlardan sayılmamıştır. Hakim, sözleşmeden açıkca anlaşılamaması durumunda, sözleşme metnini yorumlayarak her somut olaya göre bir değerlendirme yapıp, teminatın niteliğini belirlemelidir. Zira, koşulsuzluk kaydı garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarından değildir.

Sonuç olarak, banka garanti sözleşmeleri pozitif düzenlemelere konu olmadıkları için kanuni bir şekil şartına da tabi değildir. Bununla birlikte, özellikle bankacılık uygulamalarından veya kamu hukukundan kaynaklı sınırlandırmalara konu olabilmektedirler. Bu bakımdan, banka, banka garanti sözleşmesi düzenlerken bu sınırlandırmalara riayet etmekle mükelleftir. Aksi halde bankanın sorumluluğu doğabilmektedir. Bunun bir sonucu olarak, kanuni bir geçerlilik şartı aranmasa dahi, banka garanti sözleşmeleri uygulamada mutlaka yazılı olarak düzenlenmektedir.

²¹⁰ Canaris, s.759.

²¹¹ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee,s.192.

3. Sözleşmenin Süresi

Banka garanti sözleşmeleri, süreli olarak düzenlenebileceği gibi süresiz olarak da düzenlenebilmektedir. Pozitif düzenlemelerde garanti sözleşmesinin kurulabilmesi için doğrudan öngörülen herhangi bir süre şartı bulunmamaktadır.²¹² Buna karşın, süresiz garantilere ilişkin olarak bazı hukuk düzenlerinde lehdar aleyhine genel hukuk kuralları yer alabilmektedir. Buna örnek olarak, kişinin sınırsız ve belirsiz bir sorumluluk altına girmesine neden olan sözleşmelerin hukuk düzenlerince korunmaması durumu verilebilir.²¹³

Öte yandan, ulusal hukuk düzenlerinde bazı özel kanunlarla belli bir konuya ilişkin verilen banka garantileri süreye ilişkin şartlara tabi olabilmektedir. Örneğin, Lehdarın kendi ülkesinde bulunan yasalar gereğince yabancı bankadan alınacak banka garantilerinin yalnızca vadesiz olarak düzenlenebileceği öngörülmüş olabilir.²¹⁴ Bu durumda, söz konusu hukuk düzeni bakımından banka garantilerinin sürelerine ilişkin bir şart konulmuş olmaktadır. Türk hukukunda yer alan kamu kanunlarında da teminat sözleşmelerine ilişkin bazı önşartlar düzenlenmiştir. Örneğin, *6183 Sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun*'un 10.maddesinde yer alan hükümde kamu alacakları için alınması gereken banka teminat mektuplarının süresiz olması gerektiği düzenlenmiştir. Benzer şekilde, *2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu*'nun 26.maddesinde resmi dairelere verilecek teminat mektuplarının süresiz olarak düzenlenmesi zorunluluğu hükme bağlanmıştır.

Uygulamada, bankalar, süresiz garanti sözleşmesi düzenlemeyi kural olarak risk yönetimi açısından tercih etmemektedirler. Buna rağmen, eğer süresiz bir banka garantisi düzenlenmekte ise bu garanti için diğer bankalarca verilen kontrgarantilerin de süresiz verildiğinden emin olunması, bankaların kontrgarana başvurma haklarının korunması bakımından elzemdir.

²¹² Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.201; Both ve Stoyanov, s.1262.

²¹³ Both ve Stoyanov, s.1274.

²¹⁴ İran hukukunda, İran'a verilecek kontrgarantilerde "otomatik vade" şartının yer alması gerekmektedir. Bu şart ile verilen kontrgarantinin vadesiz olduğu kabul edilmiş olur. (Ekici ve Durukanoğlu, s.350)

4. Garantörün Sorumluluğunun Sınırları

Banka garantileri kural olarak herhangi bir kanuni şarta bağlı değildir. Bu bakımdan, taraflar garantörün sorumluluğunu arzu ettikleri şekilde belirleyebilirler. Lakin, doktrinde ve yargı kararlarında vurgulandığı üzere garanti ile teminat altına alınan riskin belirli veya belirlenebilir olması gerekmektedir.²¹⁵ Öte yandan, garanti sözleşmesine bağlı olarak bankanın yapacağı ödeme miktarının limitinin belirli veya yazılı olması şartı aranmamaktadır.²¹⁶ Dolayısıyla, bankanın herhangi bir limit belirlemeksizin sorumluluk altına girebilmesi mümkündür. Bununla birlikte, garanti veren bir banka olduğu için bankacılık uygulamalarının da burada belirleyici rol oynadığını nazara almak gerekir.

Banka garantilerinin düzenlenmesinde Türk hukukunda bir takım kanunların nazara alınması ve bu hükümlere uygun olarak davranılması gerekmektedir. Bu sınırlandırmalar, temel olarak *1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun*, *805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun* ve *5411 Sayılı Bankacılık Kanunu* düzenlemelerinden kaynaklanmaktadır.

a. Riskin Kapsamı ve Limiti

Banka garanti sözleşmeleri, tarafların irade serbetliği ilkesi çerçevesinde, bir hukuki ilişkiden doğan bir borcun ifa edilmemesi durumunda ortaya çıkan riskleri veya bir kişiyi bir hukuki ilişkiye yönlendirme saikiyle o kişinin maruz kalabileceği riskleri teminat altına almak amacı ile yapılan sözleşmelerdir. Garanti sözleşmesinin konusunu oluşturan teminat altına alınan riskler belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Zira, hukukun genel hükümlerince bir kimseyi sınırsız olarak sorumluluk altına sokan hukuki ilişkiler hukuk tarafından korunmamaktadır. Banka garantisi, bankanın tek yanlı sorumluluğunun mümkün olduğunca serbest olarak kararlaştırabileceği yani likidite fonksiyonu güçlü sözleşmeler olsa da, bankanın sorumluluğu sınırsız

²¹⁵ Y.19.HD. 14.12.1999 tarihli E.1999/4793 K.1999/7676 Sayılı ilamında garanti sözleşmelerinin üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olduğu ve riskin limitinin belirtilmesinin şart olmadığı lakin riskin belirli veya belirlenebilir olması gerektiği vurgulanmıştır. (www.kazanci.com)

²¹⁶ Wolfgang Melzer, "Current developments in German decisions on guarantees", *I.B.F.L.* 1995, 14(2), s.16 (Current Developments); Both ve Stoyanov, s.1264.

değildir. Bu bağlamda, doktrinde ve yargı kararlarında vurgulandığı üzere bankanın sorumluluğunun konusunu oluşturan teminat altına alınan risk, sözleşme metninde belirli veya belirlenebilir olmalıdır.²¹⁷ Teminat altına alınan risk, açıkça garanti metninde veya garanti metninde atıf yapılan lehdar ile amir arasındaki temel hukuki sözleşmede belirlenmiş olabilir. Nitekim Yargıtay bir kararında²¹⁸; “..hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek, boyutları belli olmayan bir edimin garantisi anlamına gelir ki bu da garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz.” Şeklinde hüküm kurarak riskin belirli veya belirlenebilir olmasının gerekliliğini vurgulamıştır.²¹⁹ Ayrıca, garantör bankanın ödeme yükümlülüğünün doğması için sözleşmede belirlenmiş riskin gerçekleşmesi veya gerçekleştiğinin iddia edilmesi gerekmektedir. Bunun bir sonucu olarak, banka yalnızca garanti metninde yer alan riskten ötürü sorumlu olup, lehdarın başka bir risk nedeniyle bankaya ödeme talebinde bulunması durumunda bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Başka bir ifade ile, bankanın sorumluluğu garanti metninde yazan riske bağlı olarak doğmaktadır.²²⁰ Bu bağlamda, eğer lehdarın ödeme talebi garanti edilen riskle ilgili değilse amacına aykırı ödeme talebi²²¹ söz konusu olacaktır.²²² Bu durumda banka, ödeme talebini, amaca aykırılık nedeni ile reddeder. Buna karşın, teminat altına alınan risklerin tek tek sayılmasının garanti

²¹⁷ Kleiner, s.198-199; Reisoğlu, Banka Teminat, s.40.

²¹⁸ Y.19.HD. 18.12.2000 tarihli 7107/8737 Sayılı ilamı (bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s.114.)

²¹⁹ Benzer yöndeki HGK 04.07.2001 tarihli E.2001/19-534 K.2001/583 Sayılı ilamında; “Gerçekten bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüte yer vermeyecek kadar açık, başka bir deyimle, konusunun yeteri kadar belirli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olmaz. Bu itibarla limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiğinden söz etmek boyutları belli olmayan bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz. Hal böyle olunca, garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması ya da bunu belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez.” (Ekici ve Durukanoğlu, s.115-116.)

²²⁰ HGK 28.11.2007 tarihli E.2007/11-852 K.2007/892 (Ekici ve Durukanoğlu, s.117) ; Y.15.HD. 13.12.2007 tarihli E.2006/6464 K.2007/8081 Sayılı ilamında; “..teminat mektubu ile banka belirli ve bağımsız bir riski garanti eder. Bu riskin gerçekleştiği ölçüde sorumludur. Bankanın borcu sebebe bağlı olup, soyut bir borç taahhüdü değildir.” (Lale, s.83-85)

²²¹ Çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı olarak incelenecektir.

²²² Alman Mahkemesi, teminat altına alınmayan riske dayalı olarak ödeme talebi gönderen lehdarı hakkını kötüye kullandığı gerekçesi ile reddetmiştir. Zira, uyumsuzluk konusu olayda avans garantisi belirli bir ithalat işlemi için yapılan ön ödemeye ilişkin verilmiş, fakat lehdar ödeme talebini başka bir ön ödeme ilişkisine dayanarak talep etmiştir. (Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.210, 140 numaralı dipnot)

muhteviyatı ile bağdaşmayacağı da doktrinde ifade edilmiştir.²²³ Sonuç olarak, garantide teminat altına alınan riskin belli veya belirlenebilir olması yeterli olup tek sayılması gerekmemektedir.

Banka garanti sözleşmesinden doğan riskin değerlendirilmesinde bir diğer önemli nokta garanti edilen meblağın limitinin belirli olup olmamasıdır. Pozitif düzenlemelere bakıldığında, garanti sözleşmeleri için limitin belirli veya yazılı olmasına ilişkin herhangi bir şart bulunmamaktadır.²²⁴ Buna karşın, uygulamada bankalar, sorumlu olacakları azami miktarı belirleme yoluna gitmektedir. Zira garantörün banka olması nedeniyle, bankacılık uygulamaları da nazara alınmalıdır. Bu bağlamda, bankaların verecekleri teminat miktarlarının limiti özellikle amire açılacak gayrinakli kredinin limitinin belirlenmesi için önem taşımaktadır. Bankanın verebileceği kredi miktarının belirlenmesine ilişkin genelge düzenlemeleri de bankanın sorumlu olacağı garanti miktarının azami olarak belirtilmesi sonucunu doğurmaktadır. Sonuç olarak, Bankacılık Kanunu ve genelgeler bakımından bankaların sorumluluk azami risk tutarını teminat metninde yazmaları zorunludur.²²⁵ Kaldı ki, uluslararası bankacılık teamüllerinde de banka garanti metinlerine azami sorumluluk miktarının yazıldığı görülmektedir. Aksi halde, garanti sözleşmesi geçersiz olmamakta fakat bankanın sorumluluğu gündeme gelmektedir.

Bankalar, limiti belirlerken faiz²²⁶ hususunu da nazara almalıdır. Banka teminat mektubundaki belirtilen faiz oranları genellikle bankanın temerrüdü halinde ortaya çıkacak temerrüt faizine ilişkin oranlardır. Fakat, anapara faizinin söz konusu olduğu, özellikle ön ödeme karşılığında verilen avans garantilerinde, anapara faizi oranının da bankalarca belirlenmesi gerekmektedir. Zira, avans garantisinde bankanın, ön ödemenin amire yapılmasından, tazmin talep tarihine kadar işleyecek faizi ödeyeceği kaydı da bulunabilmektedir.²²⁷ Burada banka, limitin bu faiz tutarını

²²³ Doğan, Banka Teminat, s.161-163.

²²⁴ Melzer, Current Developments, s.16; Both ve Stoyanov,s.1264; Canbolat, s.116.

²²⁵ Ekici ve Durukanoğlu, s.90

²²⁶ Türk hukukunda faize ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Murat Aydoğdu, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler”.**DEU Hukuk Fakültesi Dergisi**,C:12,S:1,2010,s.85-136, basım.2011.

²²⁷ Y.15.HD. 09.07.2013 E.2012/8038 K.2013/4495 Sayılı ilamında; “..davacının, elinde bulunan avans teminat mektuplarını davalı yüklenicinin talebi üzerine verilen ‘teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin önlenmesine’ ilişkin 28.01.2001 tarihli ihtiyati tedbir kararı nedeniyle nakte çeviremediği, aynı mahkemenin 30.10.2002 tarihinde ihtiyati tedbir kararını kaldırması üzere mektupları nakde çevirebildiğini, davacının 28.01.2001 – 31.10.2002 tarihleri arasında teminat

da ihtiva edip etmediğini incelemelidir.²²⁸ Bunun yanı sıra, amire gayrinakdi kredi açılırken belirlenecek limitte bu husus da nazara alınmalıdır.²²⁹

b. Türk Hukukundaki Bazı Düzenlemeler

Banka garanti sözleşmeleri, garanti verenin banka olduğu ve bir teminat borcu yüklendiği tek taraflı sözleşmelerdir. Taraflardan birinin banka olması nedeniyle meydana gelen garanti ilişkisi uluslararası veya ulusal iktisat alanında bir etki yaratmaktadır. Ulusal hukuk düzenleri, özellikle iktisat alanındaki düzenlenmelerde kamu hukuku niteliğinde kanunları ihtiva ederek, bu etkiye müdahale etmek isterler. Bu sebepten, Türk hukukunda banka garanti sözleşmeleri düzenlenirken bankanın nazara alması gereken bir takım hükümler söz konusu olmaktadır. Bunlar başlıca; *1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun*, *805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun* ve *5411 Sayılı Bankacılık Kanunu* düzenlemeleridir. Buradaki düzenlemeler kamu nitelikli olup, hükümlere aykırı bir şekilde işlem yapılması durumunda bankanın, kamuya karşı sorumluluğunu gerektirmektedir. Burada önemle belirtmek gerekir ki yukarıda belirtilen düzenlemelere aykırı olarak hazırlanan banka garanti sözleşmeleri hukuki bakımdan geçerliliklerini korumaktadırlar. Buna karşın, düzenlemelere aykırı işlem yapan banka bir takım müeyyideler ile karşılaşmaktadır. Bu müeyyideler genellikle para cezaları olarak öngörülmüştür.

(1) 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun, 32 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Karar ve 02.05.2018 Tarihli TCMB Sermaye Hareketleri Genelgesi

Bankaların, yabancı para (döviz) ödemeyi taahhüt ettikleri garantiler ve bu garantiler için amire açılacak gayrinakdi krediler, 32 Sayılı Karar altında düzenlenmektedir.²³⁰ Bu düzenlemenin bir tamamlayıcısı niteliğinde bulunan

mektuplarını ihtiyati tedbir kararı sonucu nakde çeviremediğinden faiz kaybına uğradığı açıktır.” (Lale, s.310-311)

²²⁸ Oy ve Güngöler, s.15.

²²⁹ Ekici ve Durukanoğlu, s.137,420.

²³⁰ *Gayrinakdi krediler, garanti ve kefaletler*

02.05.2018 tarihli TCMB Sermaye Hareketleri Genelgesi mad.50'de ise²³¹ bankaların dövizde endeksli veya döviz cinsi gayrinakdi kredi, garanti ve teminat

Madde 18- Türkiye'de yerleşik kişilerin yurtdışından gayrinakdi kredi, garanti ve kefalet sağlamaları ile Türkiye'de ve dışarıda yerleşik kişiler lehine dışarıda yerleşik kişilere muhatap teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri serbesttir.

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

Yurt içinde veya yurt dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehni (gemi ipoteği dahil) kurulması serbesttir.

Bankalar, yurt dışına ödenen teminat mektubu, garanti ve kefalet bedelleri hakkında transfer tarihinden itibaren, bunların dışındaki Türkiye'de yerleşik kişiler ise, dışarıda yerleşik kişilere hitaben verdikleri garanti ve kefaletlerle ilgili olarak düzenleme tarihinden itibaren 30 gün içinde Müsteşarlığa bilgi verirler.

²³¹ *Türkiye'deki bankaların ve finansal kuruluşların gayrinakdi kredi tesis etmeleri MADDE 50 – (1) Bankaların ve finansal kuruluşların, kendi mevzuat hükümleri sınırları içerisinde kalmak kaydıyla; aşağıda belirtilen kapsamda dövizde endeksli50 veya döviz cinsi teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri mümkündür:*

- a) Türkiye'de yerleşik kişiler lehine, dışarıda yerleşik kişileri muhatap gayrinakdi krediler.*
- b) Yurt dışında yerleşik kişiler lehine, yurt dışında yerleşik kişileri muhatap.*
- c) Yurt dışında yerleşik kişiler lehine Türkiye'de yerleşik kişileri muhatap gayrinakdi krediler.*
- ç) Bankaların yurt içinde açılacak uluslararası ihalelerle ilgili olması kaydıyla, Türkiye'de yerleşik kişiler lehine Türkiye'de yerleşik kişileri muhatap vereceği gayrinakdi krediler.*
- d) Yurt dışında ihale kazanmış bulunan Türkiye'de yerleşik kişilerin taşeronu olarak faaliyette bulunan Türkiye'de yerleşik firmalar lehine, ihaleyi kazanan Türk müteahhitlik firmalarını muhatap gayrinakdi krediler.*
- e) İhracat, ihracat sayılan satış ve teslimler ile döviz kazandırıcı faaliyetlerle ilgili olarak Türkiye'deki bankaların Türkiye'de yerleşik kişilere verdikleri döviz kredileri ile bu kişiler lehine yurt dışında yerleşik kişileri muhatap düzenledikleri teminat mektuplarının ve verdikleri garanti ve kefaletlerin teminatını teşkil etmek üzere tesis edilecek gayrinakdi krediler.*
- f) İhracat sayılan satış ve teslimler ile döviz kazandırıcı hizmet ve faaliyetlerle ilgili olmak kaydıyla, amir ve lehtar Türkiye'de yerleşik kişiler olan yurt içi teminat akreditifleri (Stand-by L/C).*

g) Bankalar ve finansal kuruluşlarca Türkiye'de yerleşik kişilere ticari veya mesleki amaçla dövizde endeksli gayri nakdi kredi verilmesi mümkün bulunmaktadır.

ğ) Bankalarca açılacak yurt dışına devredilebilir ve bölünebilir akreditiflerin tarafların belirleyeceği yabancı para tutarı karşılığı Türk lirası olarak açılması ve amir bankanın devir bankasına yapacağı ödeme ile devir bankasının akreditifi devrettiği yurt dışındaki bankaya yapacağı ödemenin döviz üzerinden, devir bankası tarafından yurt içindeki lehtara yapılacak olan fark ödemesinin ise tarafların karşılıklı olarak belirleyecekleri bir kur üzerinden hesaplanacak Türk lirası karşılığı olarak yapılması mümkün bulunmaktadır.

(2) Birinci fıkrada belirtilen haller dışında alacaklısı ve borçlusu Türkiye'de yerleşik kişiler olan döviz veya dövizde endeksli olarak düzenlenmiş poliçelere, bankalarca aval verilmez, Türkiye'de yerleşik kişiler arasında döviz cinsi yurt içi akreditifler açılmaz ve ödemeler döviz olarak yapılamaz.

(3) Bankalarca Türkiye'de yerleşik kişiler lehine Türkiye'de yerleşik kişileri muhatap dövizde endeksli teminat mektubu düzenlenebilir.

(4) Birinci fıkrada belirtilen haller dışında, Türkiye'de yerleşik kişiler arasında taraflarca belirlenecek bir dövizin Türk lirası karşılığı olarak yurt içi akreditif açılmaz ve akreditif bedelleri taraflarca belirlenecek bir kur üzerinden Türk lirası karşılığı ödenemez.

(5) Kamu kurum ve kuruluşları, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bağlı ortaklıkları ile sermayesinin yüzde 50'sinden fazlası kamuya ait kuruluşlar tarafından yurt dışındaki ya da yurt içindeki firmalara açık olarak düzenlenen ve yabancı para üzerinden ihaleye çıkarılan yurt içinde yapımı

mektubu vermesi halleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, bankaların, yabancı amirin talebiyle, Türkiye’deki yerleşik kişiler lehine yapacakları teminat sözleşmelerinde veya Türkiye’de yerleşik amirin talebiyle, yabancı yerleşik kişiler lehine yapacakları teminat sözleşmelerinde döviz üzerinden taahhüt vermeleri mümkündür. Bunun yanı sıra, uluslararası nitelikli ihalelere ilişkin olmak kaydıyla, bankaların, Türkiye’de yerleşik amirin talebi ile Türkiye’de yerleşik kişiler lehine düzenleyecekleri teminat sözleşmelerinde yabancı para üzerinden taahhütte bulunabilmeleri de mümkündür. Buna karşın, bankaların, Türkiye’de yerleşik amirin talebi ile Türkiye’de yerleşik kişi lehine yabancı para ödemeyi taahhüt ettikleri bir teminat sözleşmesi yapabilmeleri mümkün değildir. Diğer bir anlatımla, eğer amir ve lehdar Türkiye’de yerleşik kişiler ise, banka, yabancı para ile ödeme yapmayı taahhüt ettiği bir garanti sözleşmesi yapamaz meğerki uluslararası nitelikli ihalelere ilişkin olarak verilen bir teminata ilişkin olsun. Düzenleme ile birlikte döviz üzerinden yapılacak garanti sözleşmelerinin düzenlenme tarihinden itibaren otuz gün içerisinde Müsteşarlığa bildirilmesi yükümlülüğü de getirilmiştir. Bu yükümlülükler aykırı faaliyetlerin müeyyidesi ise idari para cezası olarak belirlenmiştir.

öngörülen taahhüt işleri ve Hükümetler arası anlaşmalar ile ülkemizin taraf olduğu uluslararası projeler kapsamındaki işler ile ilgili olarak Türkiye’de faaliyette bulunan yüklenici firmalara yabancı para üzerinden gayri nakdi kredi tesis edilebilir ve ödemeler ihale makamının isteği doğrultusunda döviz olarak yapılabilir. (6) Yurt içinde yerleşik bir bankanın açtığı vadeli ithalat akreditiflerinin, yurt dışındaki ihracatçılarca akreditifi açan bankaya gayrikabili rücu iskonto ettirilmesinin talep edilmesi durumunda, ithalatçıdan mutabakat alınması ve ithalatçının bu Genelgede yer alan döviz kredisi kullanım koşullarını sağlaması kaydıyla vadeli ithalat akreditifi nakdi döviz kredisi olarak değerlendirilir ve nakdi döviz kredilerine ilişkin hükümler uygulanır. Bu çerçevede, akreditifi açan banka tarafından bu Genelgenin 17 nci maddesi uyarınca Risk Merkezine döviz kredisi kullanımına ilişkin bildirim yapılmasının ardından yurt dışındaki ihracatçının gayrikabili rücu iskonto talebinin karşılanarak iskonto bedelinin döviz olarak ödenmesi mümkündür.

(7) İthalat işlemleri kapsamında yurt içinde yerleşik bankalar tarafından aval verilmiş poliçe ve bonoların yurt dışındaki alacaklılarca gayrikabili rücu iskonto ettirilmesi durumunda bu Genelgenin nakdi döviz kredilerine ilişkin hükümleri uygulanır.

(2) 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanun

Bankaların yapacakları işlemlerde kullanılacak dile ilişkin bazı yükümlülükleri bulunmaktadır. 805 Sayılı Kanun'un ilgili maddeleri şöyledir;

Madde 1 – Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dahilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar.

Madde 2 – Ecnebi Şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müessesatı ile ve Türkiye tebaasından olan efrat ile muhabere, muamele ve temaslarına ve devair ve memurini Devletten birine ibraz mecburiyetinde bulundukları evrak ve defterlerine hasredilmiştir.

Hükümlerden de anlaşılacağı üzere, Türkiye’de yerleşik kişiler arasında düzenlenen ve yabancılık unsuru bulunmayan sözleşmeler, Türkçe düzenlenmek zorundadır. Bu bakımdan yabancılık unsuru bulunmayan garanti sözleşmelerinin de Türkçe hazırlanma zorunluluğuna tabi tutulduğu görülmektedir. Türkiye’de yerleşik kişi terimine baktığımızda, sermayesinin tamamı veya bir kısmı Türk olan ve Türk Ticaret Kanunu şartlarına göre kurulan ve Türk Ticaret Siciline kaydolun şirketlerin bu kapsama dahil olduğunu ifade etmek gerekir.²³² Dolayısıyla, şirket ortaklarının yabancı olması, yabancılık unsuru bulunduğu anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda değerlendirilen şirketlerin lehdar olduğu garanti ilişkilerinde, garantör banka Türk Ticaret Kanunu’na tabi olarak kurulan bir banka olması koşuluyla, düzenlenecek olan garanti sözleşmeleri Türkçe yapılmak zorundadır. Söz konusu düzenlemelerde bir hüküm daha getirilmiş ve yabancı şirketler ile kamu kurum ve kuruluşları veya devlet organları arasında kurulacak hukuki ilişkiye bağlı olarak verilen banka garantilerinin de Türkçe yapılması zorunlu tutulmuştur. Banka garantileri açısından yabancılık unsurunun lehdar ile garantör bakımından araştırılması gerekmektedir. Zira, garanti sözleşmesinin tarafları banka ve lehdardır. Bu bağlamda, Türkiye’de yerleşik kişilerin garanti alan yani lehdar konumunda olduğu sözleşmelerin Türkçe yapılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, uluslararası nitelikli ihalelerin Türk kamu kurum ve kuruluşları tarafından düzenlenmesi durumunda ise lehdar Türk kamu kurum veya kuruluşu olacağından mütevellit

²³² Ekici ve Durukanoğlu, s.94.

garanti sözleşmesi Türkçe yapılmalıdır. Görüldüğü üzere, amirin Türkiye’de yerleşik kişi olup olmaması bu düzenleme açısından herhangi bir fark yaratmamaktadır.²³³

Sözleşmelerin Türkçe düzenlenmesi zorunluluğuna aykırılık halinde müeyyidelerin ne olacağı Kanun’un devam maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre,

Madde 4 – Bu kanunun mevkii meriyete vaz’ından sonra birinci ve ikinci maddeler ahkamına muhalif olarak tanzim kılınmış olan evrak ve vesaik şirket ve müesseseler lehine nazarı itibara alınmaz.

Madde 7– (Değişik: 23/1/2008-5728/5 md.) Bu Kanun hükümlerine aykırı hareket eden kişi, yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılır.

Öte yandan, yabancılık unsuru içermeyen sözleşmelerin veya Türk kamu kurum kuruluşları ile yapılacak tüm sözleşmelerin Türkçe hazırlanması zorunluluğuna aykırılık durumunda banka iki müeyyide ile karşılaşmaktadır. İlk olarak, bankanın yabancı dilde hazırladığı sözleşme metninde kendi lehine olan şartların dikkate alınmayacak olması öngörülmektedir. İkinci olarak ise banka, adli para cezası ödemek zorunda kalacaktır. Sonuç olarak, hükme aykırı düzenlenen banka garantileri geçerli olmaya devam edecektir. Bu noktada belirtmek gerekir ki eğer yabancı dilde yazılan ve bankanın lehine kullanılması mümkün olmayan şartlar, sözleşmenin esaslı unsuru olarak nitelendiriliyorsa, başka bir deyişle, o şartlar olmasaydı banka sözleşmeyi yapmayacak idi ise, bu durumda TBK’nın mad.27 hükmü kapsamında garanti sözleşmesinin tamamının geçersizliğine karar verilmesi mümkün olmalıdır.²³⁴ Mamafih, Yargıtay bir kararında²³⁵, teminat mektubunda vadeye ilişkin şartın ingilizce yazılması nedeniyle, söz konusu şartı hükümsüz saymış ve teminat mektubunu vadesiz olarak kabul etmiştir. Kanaatimizce, vadeye ilişkin şart doğrudan bankanın sorumluluk kapsamına ilişkindir ve bu nedenle garanti sözleşmesinin yapılmasında esaslı unsur olarak değerlendirilmelidir. Olayda, söz konusu şartın hükümsüz kabul edilmesi yerine, TBK mad.27 gereğince sözleşmenin geçersizliğine karar verilmesi gerekirdi.

Yukarıda açıklanan madde hükümlerinin bankacılık ilişkilerinde uygulanmasına yönelik doktrinde eleştiriler yapılmıştır. Zira, düzenleme ile, Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı banka şubelerinin, Türk bankalarının şubeleri

²³³ Ekici ve Durukanoğlu, s.528.

²³⁴ Reisoğlu, Banka Teminat, s.102-103; Kahyaoğlu, s.48-49; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.796.

²³⁵ Y.11.HD. 30.11.1979 tarihli E.1979/3309 K.1979/ 5469 Sayılı ilamı. Kararın tamamı için bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s.98-100; Kararın eleştirisi için bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.746; Kahyaoğlu,s.48-49

karşısında konumu güçlendirilmiş olmakta böylece rekabet üstünlüğü sağlanmaktadır.²³⁶ Ayrıca Kanun'un artık geçerliliğini yitirdiği ve kaldırılması gerektiği savunulmuştur.²³⁷ Öte yandan, Kanun maddeleri ile getirilen sınırlandırmaların amacının hala geçerliliği koruduğu ve Türk vatandaşlarının dilini bilmedikleri sözleşmedeki şartların aleyhlerinde kullanılmasının önüne geçilmesi nedeniyle düzenlemenin varlığını sürdürmesi gerektiğini savunan görüş²³⁸ de doktrinde yer almaktadır.

(3) 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu

Garanti verenin banka olması hasebiyle banka garantileri düzenlenirken bankacılık düzenlemeleri de nazara alınmalıdır. Bu kapsamda, ilk olarak bankanın yapabileceği işlemler, Bankacılık Kanunu'nun dördüncü maddesinde sayılmıştır. Bu madde ile, başkaları lehine garanti verme ve gayrinakdi kredi açma yetkileri bankaya tanınmaktadır. İkinci olarak, garantör sıfatıyla garanti veren bankaların sözleşme yapma hak ve ehliyetleri bakımından Bankacılık Kanunu'nda da belirtildiği üzere, bankaların ticaret şirketi sayılmasından ötürü ticaret kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bunun yanı sıra, bankalar gayrinakdi kredi açarlarken bir takım bankacılık genelgelerine tabi olarak bir hesap denetimi yapmakla mükellef olup buna göre garanti sözleşmesi düzenlemektelerdir. Ayrıca, bazı durumlarda bankanın, bankacılık uygulamalarından doğan bildirim yükümlülükleri bulunmaktadır.

Belirtmek gerekir ki, ehliyetle ilişkin şartlar hariç olmak üzere bankanın yaptığı işlemlerin bankacılık hukuku düzenlemelerine aykırı olması garanti sözleşmesinin geçerliliğini etkilememektedir. Buna karşın bankanın faaliyetlerinden ötürü sorumluluğu gündeme gelebilmektedir. Bu bakımdan, uygulamada dikkat edilmesi gereken hususların bilinmesi, bu tarz sorumlulukların önüne geçilmesi açısından bir gerekliliktir. Zira her ulusal hukukun kendine özgü sınırlamaları bulunmakta ve bankalar garanti sözleşmesi düzenlerken bu sınırlamalara riayet etmekle mükelleftir.

²³⁶ Ekici ve Durukanoğlu, s.94.

²³⁷ Reisoğlu, Banka Teminat, s.103

²³⁸ Doğan, Banka Teminat, s.184.

5. Sözleşmede Değişiklik Yapılması

Banka garantileri, bağımsız ve asli bir borç doğurmaktadır. Bu bakımdan, kural olarak temel ilişkide meydana gelecek değişiklikler, garanti sözleşmesi üzerinde doğrudan bir etki yaratmaz.²³⁹ Lakin, temel ilişkide bir değişiklik olması durumunda garanti alan lehdar, amirden banka garantisinin değişen şartlara uyarlanmasını isteyebilir. Bu durumda amir durumu bankaya bildirerek söz konusu değişikliğin yapılmasını talep eder. Amirin, lehdarın değişiklik talebini onaylaması, garanti sözleşmesi üzerinde herhangi bir etkide bulunmaz. Zira, garanti metninde değişiklik yapılması için garantör bankanın onayı şarttır. Öte yandan, lehdarın garanti şartlarında değişiklik yapılmasını bankadan talep etmesi durumunda ise banka durumu amire bildirmeli ve onun onayı ile söz konusu değişikliği yapmalıdır. Her ne kadar garantinin tarafları banka ile lehdar olsa da amirin onayı olmadan yapılan değişikliklerin uyumsuzluk konusu olması durumunda banka, amire başvuru hakkını kullanırken vekalet sözleşmelerinin hükümlerine göre amirin onayını almadığı için değişikliğin neden olduğu zararı, amirden talep edemeyecektir. Uygulamada banka, böyle bir değişikliğin talep edilmesi durumunda hem amirden hem de lehdardan yazılı onay alarak işlem yapmaktadır.

Garanti metninde yapılması istenen değişiklikler genellikle garanti bedeli veya garanti süresi konusunda ortaya çıkmaktadır.²⁴⁰ Garanti bedeli hususunda meydana gelebilecek değişiklikler, temel ilişkiden doğan ve teminat altına alınan borcun kısmen ifa edilmesi nedeniyle riskin azalması şeklinde vuku bulabileceği gibi bazı sebeplerden dolayı riskin artması şeklinde de meydana gelebilir. Örneğin, ön ödeme yapan lehdara verilen avans teminat mektubundaki riskin, yapılan iş oranında azalması durumunda avans teminat mektubunun riski de dolaylı olarak azalmış olmaktadır. Lakin, temel sözleşmedeki bu değişiklikler kural olarak doğrudan garantinin teminat altına aldığı riski değiştirmeyecektir. Bunun yerine, lehdar veya amir bankadan riskin yeniden düzenlenmesini talep edecek ve garanti sözleşmesinde değişikliğe gidilecektir. Banka veya lehdar tek başına sözleşmede değişiklik yapma hakkını haiz değildir.²⁴¹ Karşı tarafın onayının arandığı durumlarda değişikliğe

²³⁹ Von Westphalen, s.141-143. ; Doğan, Banka Teminat, s.165; Kahyaoğlu, s.105.

²⁴⁰ Doğan, Banka Teminat, s.164 vd.

²⁴¹ Kahyaoğlu, s.106.

ilişkin kabul veya onay açık bir beyanla yapılmalıdır.²⁴² Zira, bu bağlamda susmak ikrar anlamına gelmemektedir.

Garanti sözleşmesinin değiştirilmesi hususu uygulamada en çok süre bakımından söz konusu olmakta ve en çok uyuşmazlık da bu konuda ortaya çıkmaktadır. Süreli garanti sözleşmelerinde, lehdar, garanti sözleşmesinin ya süresinin uzatılması ya da bedelinin ödenmesini talep ettiği bir ödeme emri yollamaktadır. Bu durum, uygulamada “*garanti süresini uzat ya da bedeli öde*” şeklinde ifade edilmektedir.²⁴³ Böyle bir ödeme talebi tek başına süreyi uzatmaz, bankanın onayı aranmaktadır.²⁴⁴ Lehdarın bu talebini amir kabul etse dahi bankanın kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Eğer lehdar ödeme talebinde riskin gerçekleştiğini de iddia ediyor ise banka, süre uzatılmasını reddederek, muaccel olan borcunu ödeme yoluna gidebilir.²⁴⁵ Bu durumun amir üzerinde bir baskı yarattığı bu nedenle bedelin ödenmesine engel olmak için uzatma şartını kabul ettiği doktrinde savunulmaktadır.²⁴⁶ Lakin, uluslararası düzenlemeler de ele alındığında “*uzat yada öde*” şeklinde iletilen taleplerin mümkün olduğu ve dahi hüküm altına alındığı görülmektedir.²⁴⁷ Dolayısıyla, kanaatimizce bu tür taleplerin doğrudan hukuka aykırı sayılması irade serbestisine müdahale anlamı taşıyacaktır. Nitekim, doktrindeki bir görüşe göre, “öde yada uzat” talebi tek başına hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmemektedir. Zira, eğer bu uzatma talebi amirin borcunu ifa etmesi imkanı tanıyorsa, amir lehine de bir sonuç doğurabilmektedir.²⁴⁸ Buna karşın, bazı durumlarda söz konusu talepler hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verebilmektedir.²⁴⁹ Bu nedenle somut olaya göre bir değerlendirme yapılması yerinde olacaktır. Türk hukukunda, banka teminat mektupları açısından bu tür

²⁴² Doğan, Banka Teminat, s.166.

²⁴³ Reisoğlu, Şerh I, s.170. İng. “*extend or pay*”. Bkz. Schwank, s.38; Neilsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.212; Unicredit, s.10; Giger, s.46.

²⁴⁴ Alman Federal Mahkemesi kararında vurguladığı üzere bankanın, “öde yada uzat” talebine geç yanıt vermesi veya garantinin geçerlilik süresince talebe hiç yanıt vermemesi otomatik olarak garanti süresini uzatmaz. (Wolfgang Melzer, “Germany: discrepancies in an extend-or-pay-request under a guarantee upon first demand according to recent German case law”, **I.B.F.L.** 1996, 14(12), (Extend or Pay), s.138)

²⁴⁵ BGH WM 96, 393 (Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.212)

²⁴⁶ Kahyaoğlu, s.106; Doğan, Banka Teminat, s.171; Vasseur, s.245.

²⁴⁷ ICC tarafından hazırlanan URDG758 kurallarında “*extend or pay*” klotuna ilişkin bir hüküm bulunmakta ve yirmi dördüncü maddede bu talepler karşısında bankanın yanıt vermek için 30 günlük süresi olduğu kabul edilmektedir.

²⁴⁸ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.212; Schwank, s.38.

²⁴⁹ Büsser, s.244;

klozlar içeren ödeme talepleri uygulamada uygun bir talep olarak kabul edilmeme riski taşımaktadır.²⁵⁰ Burada, “*uzat yada öde*” klozu içeren ödeme talebinde riskin gerçekleştiğinin iddia edilmesine özen gösterilmesi, talebin, mahkeme tarafından geçerli bir ödeme talebi olarak kabul edilmemesi riskini azaltacaktır.²⁵¹

Temel borcun ertelenmiş olmasının garanti üzerindeki etkisi de değerlendirilmelidir. Kural olarak, temel sözleşme ilişkisindeki değişiklikler garanti sözleşmesinde doğrudan etkili olmamaktadır. Fakat burada lehdar, temel ilişki bakımından teminat altına alınan borcu ertelemiş ise daha sonra bankaya başvurarak, riskin doğduğunu iddia edip ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilmelidir.²⁵²

Son olarak, edimi garanti edilenin temel ilişkiden doğan borcunu ifa etmesinin aşırı ifa güçlüğü yaratması durumunda TBK mad.138 gereğince mahkemeden sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunması durumunda garanti borcunun akibetinin ne olacağı konusunun da irdelenmesi gerekmektedir. Zira, son dönemde *Dünya Sağlık Örgütü* tarafından global ölçekte *pandemi* olarak kabul edilen Covid-19 salgınının özel hukuk sözleşmelerinden doğan borçların ifa edilmesinde ciddi bir zorluk yaratması nedeniyle birçok hukuki ilişkide gündeme gelen *aşırı ifa güçlüğü* kurumunun garanti ilişkisi için de değerlendirilmesi yerinde olacaktır. Garanti sözleşmesinin bağımsızlığı gereğince, temel sözleşmeden doğan def'i ve itirazların, garantör tarafından ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir. Bununla birlikte, amirin, aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesi ve bu bağlamda mahkemenin sözleşmeyi uyarlayarak borcun azalmasına karar vermesi durumunda, bu kararın amir tarafından bankaya ibrazı, banka

²⁵⁰ Ekici ve Durukanoğlu, s.243; Reisoğlu, Şerh I, s.170; Y.11.HD. 20.01.2000 tarihli E.1999/9099 K.2000/143 Sayılı ilamında; “..*mektupta, talep halinde sürenin uzatılacağı yolunda bir taahhüdün yer almadığı, muhatapla(garanti alan) lehdar arasında henüz bir ihtilaf doğmadığı, lehdarın talimatı olmadan, mektupta bir hüküm bulunmadan muhatapın talebiyle mektup süresini bankanın uzatma yetkisinin olmadığı, riskin doğduğu bildirilmeden teminat mektubundan bankanın sorumlu tutulamayacağı belirlendiğine göre mahkemece davanın reddine ilişkin verilen karar isabetlidir.*” (Lale, s.263-264) ; Y.11.HD. 18.06.2019 tarihli E.2018/2091 K. 2019/4560 Sayılı ilamında; “..*garanti mektubunun vadesinin 30.06.2010 olması ve bu süre içinde haklı nedenlerle yapılmış bir tanzim talebinin olmadığı, ICC 758 kurallarına göre Byblos Bank’ın 24.05.2010 tarihinde davacı bankaya gönderdiği “uzat yada öde” konulu talebin tazmin talebi olarak değerlendirilemeyeceği..*” şeklinde hüküm kurmuştur.(www.yargitay.gov.tr) Görüldüğü üzere, Yargıtay her iki kararında da “uzat yada öde” talebini geçerli bir ödeme talebi olarak değerlendirmemiştir. Buna ek olarak yeni tarihli kararında, ICC URDG758 kurallarınca tanınan “uzat yada öde” talebini, geçerli bir ödeme talebi olarak saymamıştır.

²⁵¹ Reisoğlu, Şerh II, s.107.

²⁵² Kozolchik, s.41.

açısından bir likit delil yaratacaktır.²⁵³ Her ne kadar garanti sözleşmesi asli bir borç yaratsa da sebebe bağlı bir sözleşmedir. Bu nedenle, kanaatimizce, böyle bir mahkeme kararının varlığı karşısında bankanın ödememe veya kısmi ödeme savunması yapma imkanı olmalıdır. Kaldı ki, var olan bir mahkeme kararına rağmen, lehdarın, garanti borcunun ödenmesini talep etmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği ihtimali de göz önünde bulundurulmalıdır.²⁵⁴

6. Sözleşmenin Sona Ermesi

Banka garanti sözleşmeleri farklı nedenlerle sona erebilir. Bu sebeplerden ilki bankanın ödeme talebi ile muaccel olan borcunu ifa etmesidir. Zira, banka garantisi yalnızca garantör bankanın borç altına girdiği tek taraflı borç yükleyen bir sözleşmedir. Bunun yanı sıra, TBK mad.131 ve devamında hüküm altına alınan sözleşmeyi sona erdiren genel haller de garanti sözleşmeleri bakımından borcu sona erdiren haller olarak kabul edilmektedir.²⁵⁵ Bu kapsamda yer alan nedenler garanti sözleşmeleri bakımından incelenecektir.

İlk olarak, muaccel olan garanti bedelin ödenmesi ile yani garanti borcunun ifa edilmesi ile garanti sözleşmesi sona erer.²⁵⁶

İkinci olarak, belirli bir süre öngörülmüş garantilerde, süresi içerisinde riskin doğmamış olması veya riskin süre içerisinde doğmuş olmasına rağmen lehdarın, garanti süresi içerisinde bankaya başvurmamış olması durumlarında garanti borcu sona ermektedir. Lakin burada ikili bir ayırım yapılmalıdır.²⁵⁷ Eğer garanti sözleşmesi hem bir süre öngörüyor hem de hükümsüzlük kaydı içeriyorsa, süre içerisinde lehdarın risk gerçekleşmesine rağmen ödeme talebinde bulunmaması garanti borcunu sona erdirir.²⁵⁸ Buna karşın, garanti sözleşmesi bir süre öngörmesine rağmen hükümsüzlük kaydı içermiyor ise bu durumda riskin süre içerisinde doğmuş olması şartıyla lehdar, süresi içerisinde ödeme talebinde bulunmamış olsa dahi bankanın

²⁵³ Vahit Doğan, “Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi”, **Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları(2010 Revizyonu- URDG 758) Makaleler**, Editör: Nuray Ekşi, Beta, 1. Baskı, İstanbul, 2011, (Mücbir Sebepler), s.146.

²⁵⁴ Reisoglu, Banka Teminat, s.323.

²⁵⁵ Doğan, Banka Teminat, s.587; Kahyaoğlu, s.107

²⁵⁶ Doğan, Banka Teminat, s.588; Kleiner, s.249; Büsser, s.62.

²⁵⁷ Çalışmamızın “garantinin süresi bakımından çeşitleri” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

²⁵⁸ Kahyaoğlu, s.106; Y.11.HD. 30.04.2001 tarihli E.2010 K.3690 (Lale, s.268); Y.11.HD. 11.04.2016 tarihli E.2016/ 3458 K.2016/ 3930 (www.yargitay.gov.tr)

sorumluluğu genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre boyunca devam edecektir. Bu bakımdan, ikinci ihtimalde sürenin dolması garanti borcunu tek başına sona erdirmeyecektir. Öte yandan, süresiz garantilerde ise bankanın fesih hakkı kural olarak bulunmamaktadır. Bu kuralın istisnası, sürekli borç ilişkisi yaratan ard arda teslim şartlı satım sözleşmelerinden doğan borçlara ilişkin olarak verilen garantinin varlığı halinde ortaya çıkmaktadır. Nitekim böyle bir ilişkide garantör bankanın, haklı bir sebebin varlığı halinde istisnai olarak fesih hakkını kullanabileceği doktrinde ifade edilmektedir.²⁵⁹

Üçüncü olarak, kusursuz imkansızlık durumu kural olarak garanti sözleşmelerini sona erdiren bir hal olarak kabul edilmemektedir. Zira bankanın borcu bir cins borcu olup ifanın imkansızlığı pratikte mümkün değildir. Buna karşın, temel sözleşme borcunun kusursuz imkansızlık nedeniyle ifa edilememesi durumunda, garanti borcunun sona erip ermeyeceği tartışılması gereken bir husustur. Garanti sözleşmesi temel ilişkiden bağımsızdır ve temel sözleşmenin kusursuz imkansızlık nedeni ile ifa edilememesi, garanti sözleşmesinden doğan asli borcu etkilemez.²⁶⁰ Lakin, hakkaniyet çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığında, kusursuz imkansızlık nedeni ile ifa edilemeyen bir borca verilen teminatın paraya çevrilmesi durumunda, ödemeyi yapan banka, kusursuz asıl borçluya başvurarak ödediği bedeli ondan temin edecektir. Bu durumda kusursuz borçlunun aktifinde azalma meydana gelecektir. Dolayısıyla, garanti ilişkisindeki amire, bir yandan kusuru bulunmaksızın borcunu ifa edememesi durumunda başvurabileceği bir imkan tanınmış iken²⁶¹, diğer yanda garanti ilişkisi nedeniyle pratikte bu imkandan yoksun edilmiş olmaktadır. Bu nedenle, bizim de katıldığımız görüşe göre²⁶², burada amire menfi tespit davası açma imkanının tanınması gerekir. Zira, amirin, kusursuz imkansızlık haline ilişkin alacağı bir tespit kararını, bankaya ibraz etmesi durumunda banka bu savunma aracını kullanarak ödeme yapmayı reddedebilecektir.²⁶³ Başka bir anlatımla, amirin aldığı bu

²⁵⁹ Canaris, s.789; Reisoğlu, Banka Teminat, s.152

²⁶⁰ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.172; Arkan, s.69.

²⁶¹ TBK mad.136 gereğince; *“Borcun ifası borçlunun sorumlu tutulamayacağı sebeplerle imkansızlaşırsa borç sona erer.”*

²⁶² Canbolat, s.121; Doğan, Banka Teminat, s.227

²⁶³ Doğan, Banka Teminat, s.592-593; YHGK 14.11.2001 tarihli E.11-996 K.1026 Sayılı ilamında; *“..banka teminat mektubu vermekle asli bir borç yüklenmiş olmaktadır. Teminat mektubunu öderken kendi borcunu ödemiş olmaktadır. Banka, mücbir sebepleri, beklenmeyen halleri, imkansızlığı...ileri sürerek tazmin talebini reddedemez.”* (Lale, s.134-138) ; Y.11.HD. 21.04.2005 tarihli E.2004/ 5922 K. 2005/ 4008 Sayılı ilamında; *“..banka mektup tutarını şahsi def’ileri ile likit*

tespit kararı, bankanın ödeme yapmama savunmasında bulunabilmesi için gereken likit delili sağlayacaktır.²⁶⁴ Doktrinde ve yargı kararlarında, kusursuz imkansızlık durumunda bankanın ödememe savunma yapabilmesinin tek dayanağı, lehdarın ödemeyi hakkın kötüye kullanılması yoluyla talep etmesi olarak kabul edilmiştir.²⁶⁵ Bu istisnai haller dışında, kusursuz imkansızlık ve mücbir sebebin, garanti alacağını talep etmeye engel olmadığı yönünde bir eğilim söz konusudur.²⁶⁶ Öte yandan, garanti ile teminat altına alınan riskin lehdarın kusurlu davranışı neticesinde gerçekleşmesi durumunda kural olarak garanti borcunun sona erdiği kabul edilmektedir.²⁶⁷ Burada lehdarın kusurunun ağır ve birinci derecede olması gerekir. Aksi halde, bankanın sorumluluğunun devam edeceği kabul edilmektedir.²⁶⁸

Banka garanti sözleşmesinin sona ermesi durumunda garanti metninin bankaya iadesi gerekmektedir. Lehdarın garanti metnini iade etmemesi durumunda uygulamada ivedilikle ihtiyati tedbir kararı alınmakta ve daha sonra bir tespit davası

kanıtların varlığı dışında ödemekle yükümlüdür.” (Lale, s.144-145.) Görüldüğü üzere Yargıtay istikrarlı olarak bankaya, kusursuz imkansızlık nedeniyle borcun ifa edilemediğini ileri sürme hakkı tanımamıştır. Bunun mümkün olabileceği tek ihtimal bankanın, likit delillerle borcun sona erdiğini ispatmış olmasıdır. Bu likit delil ise, amirin açabileceği bir menfi tespit davası ile elde ettiği tespit kararı olabilir. Dolayısıyla, amire böyle bir imkanın tanınması gerekmektedir.

²⁶⁴ Doğan, Mücbir Sebepler, s.146.

²⁶⁵ Von Westphalen, s.214; Alman Federal Mahkemesi önüne gelen davada amir ile lehdar arasında İran'da ki bir mülk için bir finansal kiralama sözleşmesi akdedilmiştir. Bu sözleşmede amirin borcu olan “kiralama” borcu garanti altına alınmıştır. İranlı mülk sahibi lehdar, İran devrimi ile mülkün kamulaştırılması nedeniyle borcunu yerine getirememiştir. Bunun üzerine İranlı lehdar garantinin ödenmesini talep etmiştir. Mahkeme, meydana gelen bu riskin (kamulaştırma) mülk sahibinin karşılaması gereken bir risk olduğunu ve ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğine hükmetmiştir.(Neilsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.211 6 BGH WM 81,633 sayılı karar).

Hollanda mahkemesi konu ile ilgili uyuşmazlık davasında amir lehine kusursuz imkansızlığa bağlı bir karar vermiştir. Söz konusu davada lehdar, amirin borcunu mücbir sebep kabul edilen İran devrimi nedeniyle yerine getiremediğini açıkca kabul etmiştir. Mahkeme, lehdarın bu açık kabulü karşısında ödeme talebi göndermesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir.(Statius Van Eps ve Steele-Nicholson, s.17).

Brüksel Ticaret Mahkemesi önüne gelen davada temel borç mal teslimatına ilişkin bir sözleşmeden doğan teslim borcudur. Amirin, İranlı lehdara İran'da malların teslimi borcuna ilişkin garanti sözleşmesi düzenlenmiştir. Teslimin büyük çoğunluğunun yapıldığı likit delil ile amir tarafından kanıtlanmış, kalan edimin yerine getirmemesi nedeni olarak İrandaki devrimi gösterilmiş ve İranlı lehdar bunun mücbir sebep olarak ileri sürülmesine itiraz etmemiştir. Bu nedenlerle, mahkeme, İranlı lehdarın sonradan ibraz ettiği ödeme talebini hakkın kötüye kullanılması olarak kabul etmiştir.(Kozolchyk, s.42)

²⁶⁶Loede Beckers, “Bank Policies on Guarantee Calls”, 1 *Int'l Fin. L. Rev.* ss.32-34 (1982), s.34; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.210; Arslan Kaya, “İlk Yazılı Talepte Ödeme Klokunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu”, Reha Poroy'a Armağan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İstanbul, 1995, s.229.

²⁶⁷ Reisoğlu, Garanti, s.169; Doğan, Banka Teminat, s.592; Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.883; Kahyaoğlu, s.108; Kozolchyk, s.47-48.

²⁶⁸ Tandoğan, Borçlar Hukuku, s.883.

açılmaktadır. Burada vurgulanması gereken en önemli nokta garanti sözleşmelerinin kıymetli evrak niteliğinde olmadığıdır. Banka garantilerinin kıymetli evrak niteliğinde olmamasının üç temel sonucu söz konusudur. İlk olarak, garanti metninin iade edilmemiş olması borcun sona ermiş olmasını etkilemez. Fakat, iade edilmemesi neticesinde bir zarara uğrama riski vardır.²⁶⁹ Bu kapsamda, garanti metninin iade edilmemesinden ötürü amirin uğradığı zarara (komisyon masrafları, faizler) ilişkin açılacak davalar lehbara karşı açılmalıdır.²⁷⁰ İkinci olarak, metnin bankaya yanlışlıkla iade edilmiş olması borcu sona erdirmeyecektir. Son olarak, garanti sözleşmesine ilişkin, kıymetli evrak için öngörülmüş dava yollarına başvurulamaz.²⁷¹

B. Banka Garanti Sözleşmesinin Kurduğu Hukuki İlişkiler

1. Amir ile Lehbar Arasındaki Hukuki İlişki (Temel İlişki)

Banka garanti sözleşmelerinin sebebini, garanti talebinde bulunan amir ile garanti alan lehbar arasındaki hukuki ilişki oluşturmaktadır.²⁷² Bu hukuki ilişki doktrinde “temel ilişki” olarak adlandırılmaktadır.²⁷³ Bu bağlamda, temel hukuki ilişki taraflarından biri, bankaya başvurarak bu ilişkiden doğan bir borcun teminat altına alınmasını talep eder. Buna karşılık, temel ilişkinin diğer tarafı ise garanti ilişkisinde garanti alan yani lehbar konumundadır. Temel ilişki bir sözleşme ilişkisi olabileceği gibi, haksız fiil veya sebepsiz zenginleşmeden doğan bir ilişki de

²⁶⁹ Y. 19 HD. 17.06.2010 tarihli E.4330 K.7718 Sayılı ilamında; “Kural olarak vadenin sona ermesi, muhatabın bankayı ibra etmesi veya rizikonun sona erdiğini bildirmesi veya teminat mektubunun hükümsüzlüğünü belirleyen kesin mahkeme kararı yok ise teminat mektubu iade edilinceye kadar bankanın komisyon talep hakkı bulunmaktadır. (Lale, s.414-415) ; Y.19 HD. 27.04.2017 tarihli E.2016/16197 K.2017/3434 Sayılı ilamında; “..teminat mektuplarının tazmin veya herhangi bir sebeple bankaya iade edilmediğini bu nedenle bankanın komisyon talep etmesi ve depo istemesinin haklı olduğuna ilişkin mahkeme kararının onanmasına..” (www.yargitay.gov.tr)

²⁷⁰ Y.19.HD. 21.11.2006 tarihli E.7037 K.10936 Sayılı ilamında; “Dava, teminat mektubunun iadesi ile uğranılan zarara ilişkin olup, davacının sözleşme gereği yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmemesi nedeniyle teminat mektubunun iadesini dolayısıyla iade edilmemesinden kaynaklanan zararını davalı Bankadan isteyemez.” (Lale, s.335)

²⁷¹ Y.19.HD. 07.04.2008 tarihli E.2007/2728, K.2008/4600 (Lale, s.339) ; Y.11.HD. 10.04.2008 E.2007/3143 K.2008/4787 Sayılı ilamında; “Dava, teminat mektubunun zayi nedeniyle iptali istemine ilişkin olup,mahkemece, iptali istenen teminat mektubunun TTK’nun 557. Maddesinde tanımlanan kıymetli evrak niteliğinde olmadığı gerekçesiyle davanın reddine ilişkin verilen karar yerindedir.”(Lale, s.339-340)

²⁷² Giger, s.43; Both ve Stoyanov, s.1240; Doğan, Banka Teminat, s.123.

²⁷³ Büsser, s.67

olabilir.²⁷⁴ Uygulamada en çok, ticari amaçla akdedilen sözleşmeler temel ilişkiyi oluşturmaktadır. Bununla birlikte kamusal nitelikteki bir borca teminat verildiği durumlar da mevcuttur.²⁷⁵ Temel ilişkinin sözleşme niteliğinde olması durumunda, bu sözleşme, banka garantisinin sebebini oluşturmakta ve bu sözleşmeye garanti metninde atıfta bulunmaktadır. Bu bakımdan temel sözleşme, garanti metninin yorumlanmasında yararlanılan kaynakların başında gelmektedir. Zira, genellikle temel sözleşmede garanti taahhüdüne ilişkin hükümlere yer verilmekte ve garantinin içeriğine ilişkin yorum yapılması gerektiğinde bu hükümlerden yararlanılmaktadır.²⁷⁶ Temel sözleşme metnindeki garanti verme taahhüdünün asli edim yükümlülüğü olduğu doktrinde kabul edilmektedir.²⁷⁷

Temel sözleşmenin, garanti sözleşmesinin sebebini oluşturması nedeniyle ikisi arasındaki ilişkinin ortaya konulması gerekmektedir. Zira, temel sözleşmenin geçersizliği, yokluğu veya sonradan kusursuz olarak imkansız hale gelmesinin garanti sözleşmesine etki edip etmeyeceği doktrinde tartışılan konuların başında gelmektedir.

Temel sözleşmenin herhangi bir nedenle hükümsüz olması durumunda garantinin ne yönde etkileneceğine ilişkin doktrindeki bir görüşe göre²⁷⁸, hukuki açıdan birbirinden bağımsız olan iki sözleşmenin varlığı söz konusu ise de temel sözleşmenin, garantinin sebebini oluşturması ve ikisi arasındaki sıkı ekonomik bağ nazara alındığında garantinin konusunu temel sözleşmeden doğan bir borcun oluşturması nedeniyle kısmi hükümsüzlüğün tüm sözleşmeyi hükümsüz kıldığı kuralından yola çıkarak hükümsüzlüğün garantiyi de etkileyebilmesi mümkündür. Fakat, bu görüş doktrinde eleştirilmiş ve sıkı bir bağın bulunmasının yalnızca ekonomik değil hukuki bir birlik de gerektirdiği ifade edilmiştir.²⁷⁹ Buna karşın, hakim olan ikinci görüşe göre ise garanti sözleşmesi bağımsız bir sözleşme olup asli bir borç doğurmaktadır. Bu bakımdan, temel sözleşmenin geçerliliği sözleşmesine

²⁷⁴ Reisoğlu, Banka Teminat, s.95, Büsser, s.68.

²⁷⁵ Gümrük garantileri ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s.439 vd; Alman kamu banka garantileri ayrıntılı bilgi için bkz. Reint E Grop; Andre Guettler, ve Vahid Saadi, Public Bank Guarantees and Allocative Efficiency, **IWH Discussion Papers No. 7/2015**.

²⁷⁶ Garanti verme taahhüdü, temel sözleşmede bozucu şart, erteleyici şart veya kanundan doğan yükümlülük görünümünde olabilir. Bu durumda garanti sözleşmesinin kurulması, temel sözleşmenin de kaderini etkileyecektir.

²⁷⁷ Büsser, s.69; Canaris, s.787; Doğan, Banka Teminat, s.113.

²⁷⁸ Von Westphalen, s.120.

²⁷⁹ Canbolat, s.115-116.

etki etmemektedir.²⁸⁰ Temel sözleşmenin yokluğu bakımından ise bizim de katıldığımız görüşe göre, temel ilişkiye ait itiraz ve def'ilerden vazgeçilmesine ilişkin konulan bir kayıt dahi olsa, temel sözleşmenin yokluğunu kapsamamalı ve banka, temel sözleşmenin yokluğu savunmasını yapabilmelidir.²⁸¹ Öte yandan, lehdarın ödemeyi hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep etmesi durumunda bankanın ödemeyi reddetmesi mümkündür. Örneğin, temel sözleşmenin başından beri yok hükmünde olduğunun bilinmesi veya temel sözleşmenin teminat altına alınan borcunun kanuna veya ahlaka aykırı olması durumlarında lehdarın ödeme talebi banka tarafından reddedilebilecektir.

Sonuç olarak, amir ile lehdar arasındaki hukuki ilişki, banka sözleşmesinin sebebini oluştursa da garanti borcunun bağımsızlığı nedeniyle, banka ödeme yapmamak için kural olarak temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ileri sürememektedir. Buna karşın lehdarın ödeme talebinin, temel ilişkiden kaynaklı nedenlerle hakkın kötüye kullanımı oluşturması durumunda bunun likit deliller ile kanıtlanması halinde banka ödemeyi reddedebilecektir. Lakin mahkemeler hakkın kötüye kullanılmasının, garantinin bağımsızlık karakterini sınırlandırmasını ancak istisnai ve açık hallerde kabul etme eğilimindedir.

2. Amir ile Garantör Banka Arasındaki Hukuki İlişki (Karşılık İlişkisi)

Temel ilişkide borcu garanti edilmek istenen tarafın, garanti almak için bankaya başvurmasını müteakip garanti sözleşmesi düzenlenmesi durumunda edimi

²⁸⁰İngiliz mahkemesi, söz konusu davada temel sözleşmenin hükümsüz olmasının, garanti sözleşmesinin bağımsızlığının bir istisnası olarak değerlendirilemeyeceğine ilişkin bir karar vermiştir.(Mugasha, s.521-522); Max-Pianck-Institut for ausländisches und internationales Privatrecht. "The suretyship in the law of the Member States of the European Communities" , Competition: Approximation Of Legislation Series- 1971, Hamburg, s.17; Kozolchyk,s.28; Melzer, Recent Decisions, s.117.

²⁸¹ Kozolchyk, s.28; Melzer, Recent Decisions, s. 117. Benzer yönde. Yargıtay 15 HD. 24.01.2008 T. E.2007/86 K.2008/393 sayılı ilamında; "Somut olayda, dosyada bulunan taraflar arasındaki kat karşılığı inşaat sözleşmesi noterde düzenleme şeklinde yapılmamıştır. Sözleşmenin noterde sadece tasdik ettirildiği anlaşılmaktadır. İnşaat yüklenici tarafından tamamlanmadığı gibi yükleniciye tapu devri de yapılmamıştır. Bu yönler dikkate alındığında, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı açıktır. Yapılan sözleşme yok hükmündedir. Bu durumda mahkemece noterde düzenleme şeklinde yapılmayan sözleşmenin geçerli olmadığına tesbiti ve davacı tarafın kat'i teminatının iadesine karar verilmesi gerekir." şeklinde hüküm kurulmuştur. (Lale, s.288-289) Söz konusu kararda uyumsuzluğa konu ve şekle aykırı yapılan sözleşme yok hükmünde sayılmış olup kanaatimizce bu görüş hatalıdır. Şekle aykırı olarak düzenlenen sözleşmenin geçersiz olacağı TBK mad.12/II hükmünde düzenlenmiş olup bu geçersizliğin hukuki niteliği bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s.289 vd.

garanti edilen ile garanti veren banka arasında kurulan ilişki, doktrinde “*karşılık ilişkisi*” olarak adlandırılmaktadır.²⁸² Uygulamada edimi garanti edilen ile garantör banka arasında genellikle müşterilik ilişkisi bulunmaktadır. Bu bağlamda, banka, müşterisinin talebi ile müşterisinin bir hukuki ilişkiden doğan borcunu teminat altına almak için bir banka garanti sözleşmesi düzenler. Banka garanti sözleşmesinin düzenlenmesi için banka, müşterisine gayrinakdi bir kredi açar ve bu kredi üzerinden garanti teminatı verir. Dolayısıyla, bankanın, yaptığı ödeme neticesinde edimi garanti edilen amire başvurabilmesi, uygulamada kredi ilişkisine bağlı olarak yapılmaktadır.²⁸³

Öte yandan, amir ile banka arasındaki karşılık ilişkisinin hukuki niteliği konusunda ulusal hukuklarda farklı eğilimler görülmektedir. Alman hukukunda, vekalet sözleşmeleri ücreti kabil olarak düzenlenmemiş olduğundan, karşılık ilişkisinin vekalet ilişkisi niteliğinde olmadığı konusunda konsensus vardır. Buna karşın, doktrinde iki farklı görüş ileri sürülmektedir. Alman hukukundaki hakim görüşe göre, amir ile garantör arasındaki hukuki ilişki BGB’nin mad.675 ve mad.631 de düzenlenen “*istisna sözleşmesi*” karakterini haiz “*iş görme*” ilişkisidir.²⁸⁴ Buna karşın azınlıkta kalan bir görüşe göre ise karşılık ilişkisinin hukuki niteliği BGB mad.611’de düzenlenen “*hizmet sözleşmesi*” olmalıdır. Mamafih, banka, amire karşı yalnızca bir hizmet edimini değil bir sonucun gerçekleşmesini de borçlanmakta olduğundan, bu ilişkiyi, “*iş görme sözleşmesi*” olarak kabul eden görüş çoğunluktadır.²⁸⁵ Öte yandan, İsviçre hukukunda ise doktrindeki hakim görüş, karşılık ilişkisinin İsviçre Borçlar Kanunu mad.394’de düzenlenen “*vekalet sözleşmesi*” niteliğinde olduğu yönündedir.²⁸⁶ Benzer bir eğilimle, Fransız hukukunda karşılık ilişkisine vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiği doktrinde kabul edilmiştir.²⁸⁷ Türk hukukunda da karşılık ilişkisinin hukuki niteliğinin vekalet ilişkisi olduğu kabul edilmektedir.²⁸⁸

²⁸² Tekinalp, s.382; Doğan, Banka Teminat, s.116; Kahyaoğlu, s.25; Büsser, s.72

²⁸³ Ekici ve Durukanoğlu, s.113, 378.

²⁸⁴ Canaris, s.750; Von Westphalen, s.326;

²⁸⁵ Von Westphalen, s.326.

²⁸⁶ Kleiner, s.169; Büsser, s.73.

²⁸⁷ Vasseur, s.243-244.

²⁸⁸ Sungurtekin, s.555; Tekinalp, s.382-383; Doğan, Banka Teminat, s.310; Doktrinde karşılık ilişkisinin atipik bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan görüş için bkz. Kahyaoğlu, s.26

Karşılık ilişkisinin vekalet sözleşmesi olarak kabulü ile bankanın vekil sıfatıyla amire karşı sorumlu olması sonucu doğmaktadır. Dolayısıyla, amir ile banka arasındaki uyuşmazlıklara TBK mad.502 ve devamı maddeleri uygulanacaktır. Bu kapsamda, bankanın amire karşı asli yükümlülüğü banka garanti sözleşmesi düzenlemesidir. Sözleşmenin düzenlenmesinden sonra bankanın, amire karşı vekil sıfatıyla sorumlu olmasından doğan fer'i yükümlülükleri söz konusu olacaktır. Bunlar, ödeme talebinin amire bildirilmesi yükümlülüğü, ödeme talebinin şekli olarak incelenmesi yükümlülüğü, garanti sözleşmesinden doğan itiraz ve def'ileri ileri sürme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülükler, açıkça kararlaştırılmamış olsa dahi vekalet sözleşmesinden doğan vekilin sadakat ve özenle davranma yükümlülüğünün bir sonucudur.²⁸⁹ Banka, yükümlülüklerine aykırı olarak hareket etmesi durumunda oluşan zarara karşı amire başvurma hakkını kaybeder.²⁹⁰ Bu bağlamda, banka amirin talimatlarına aykırı işlemler yapmaktan kaçınılmalıdır. Bankanın amirin talimatlarına uygun işlem yapması zorunluluğu, amirin haksız ödeme talepleri karşısında korunması amacıyla, garanti sözleşmesi bünyesinde kabul gören “*metne sıkı sıkıya bağlılık*” prensibinden de doğmaktadır.²⁹¹ Nihayetinde, geçerli bir ödeme talebi yapılması durumunda banka, amire karşı da garanti bedelinin ödenmesi asli yükümlülüğü altındadır. Bunun karşılığında, amir ise bankaya garanti edilen meblağ üzerinden belirli bir komisyon bedeli öder.²⁹² Bu bakımdan banka, maddi bir menfaat elde etmektedir.²⁹³ Vekalet ilişkisinin bir sonucu olarak, taraflar aksini

²⁸⁹ Büsser, s.73; Tekinalp, s.383, Kahyaoğlu, s.27.

²⁹⁰ Büsser, s.75.

²⁹¹ Canaris, s.751; Kleiner, s.159; Tekinalp, s.383.

²⁹² Y.11.HD. 03.06.2010 tarihli E. 2008/14111 K.2010/6372 Sayılı ilamında; “...teminat mektubu vadeli olarak düzenlenmiş olsa da vade tarihi içinde meydana gelen bir riskten dolayı zamanaşımı süresi içerisinde davalı bankanın sorumluluğunun ileri sürülmesi mümkündür. Bu durumda teminat mektubu iade edilmedikçe ve geçersiz kılınmadıkça teminat mektubundan doğan riski taşıyan bankanın komisyon kesintisi yapmasında hukuka aykırı bir yön olmadığı gibi...” (Lale, s.406-407) Uygulamada komisyon ödemeleriyle ilgili en çok uyuşmazlık komisyon kesintisinin banka tarafından ne zamana kadar yapılabileceğine ilişkin çıkmaktadır. Yargıtay bu konuda, bankanın risk çıkışı yapana kadar komisyon kesintisi yapma hakkı olduğunu kabul etmektedir. Benzer yönde. Y.19 HD. 09.07.2009 tarihli E.6024/ K.6941 (Lale, s.412-413); Y.19.HD. 17.06.2010 E.4330/K.7718 (Lale, s.414-415); Lehdarın teminat mektubunu iade edebileceksen etmemesi nedeniyle, amirin ödemek zorunda kaldığı komisyon masraflarının, lehdardan tazmin edilebileceğine ilişkin olarak bkz. Y.23.HD. 04.02.2015 E.2014/3343 K.2015/556 Sayılı ilamında; “..dava, davacının ödemek zorunda kaldığı komisyon bedelinin tahsili istemine ilişkin olup, davacının edimini sözleşme koşullarına uygun şekilde yerine getirmesine, SGK'nın teminat mektuplarının iadesinde sakınca görmemesine rağmen iade edilmeyen teminat mektupları nedeniyle davacının ödediği komisyon bedelinden davalı sorumludur.” (Lale, s.421-422)

²⁹³ Teminat mektuplarında komisyon ve masraf uygulamaları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s.566 vd.

kararlaştırmadığı müddetçe amir garanti ilişkisinden doğan ve banka tarafından vekil sıfatıyla ve usulüne uygun olarak yapılan masraflara, ödenen vergi ve faizlere katlanmakla yükümlüdür.²⁹⁴ Öte yandan, belirtmek gerekir ki uygulamada banka garantileri, genellikle amir adına açılan gayrinakdi kredi üzerinden verilmektedir. Bu nedenle, amir ile garantör banka arasında bir kredi ilişkisi söz konusu olmakta ve banka, yaptığı ödeme ve giderler bakımından amire bu ilişki kapsamında başvurmaktadır.²⁹⁵ Banka, bu kredi ilişkisinden doğan alacağını kişisel veya aynı teminat altına almaktadır.²⁹⁶ Dolayısıyla, banka, amire dilerse kredi sözleşmesi kapsamında dilerse vekalet sözleşmesi kapsamında başvurabilir. Buna karşın, kredi ilişkisine bağlı başvuru hakkının bankanın avantajına olduğu ve bu nedenle bankaların kredi sözleşmesi yaparak bu krediyi teminat altına almayı tercih ettikleri görölmektedir.²⁹⁷

Sonuç olarak, edimi garanti edilen ile garanti veren arasındaki ilişki karşılık ilişkisi olarak adlandırılmakta ve doktrinde vekalet ilişkisi niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Karşılık ilişkisinden doğan tarafların itiraz ve def’ileri, banka garanti sözleşmesine etki etmemektedir. Başka bir deyişle, banka garanti sözleşmesinin bağımsızlığı, karşılık ilişkisi karşısında da varlığını sürdürmektedir.²⁹⁸

3. Garantör Banka ile Lehdar Arasındaki Hukuki İlişki (Garanti İlişkisi)

Banka garanti sözleşmesi, garanti veren banka ile garanti alan ve temel ilişkinin de tarafı olan lehdar arasında kurulan, bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.²⁹⁹ Garantör banka ile lehdar arasındaki ilişki “garanti ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır. Banka, garanti metnini hazırlayıp lehdara iletir. Lehdarın zımni veya açık kabulü sonucunda garanti ilişkisi kurulmuş olur. Garanti sözleşmesi

²⁹⁴ Reisoğlu, Banka Teminat, s.121

²⁹⁵ Tekinalp, s.385.; Reisoğlu, Şerh I, s.611.

²⁹⁶ Uygulamada bu karşı teminatlar “kontrgaranti” olarak adlandırılmaktadır. Ve bankaya, söz konusu kredi ilişkisine bağlı olarak verdiği garanti neticesinde yaptığı ödemeyi teminat veren üçüncü kişiye veya amire rucü hakkı verir.

²⁹⁷ Barlas, 76-81

²⁹⁸ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.172.

²⁹⁹ Vahit Doğan, “Teminat Akreditifleri”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:VI, Sayı:1-2, 2002, s.11-33. www.acikarsiv.gazi.edu.tr (28.10.2018) (Teminat Akreditifleri), s.16.

kurulduktan sonra kural olarak geri alınamaz bir borç doğurmaktadır.³⁰⁰ Buna karşın, şartların varlığı halinde garanti ilişkisinden doğan def'i ve itirazlar taraflarca ileri sürülebilir. Garanti borcu, senede bağlı bir borç niteliğinde olmadığından, garanti sözleşmesinin aslının kaybolması, iade edilmesi veya iade edilmemesi, borcun varlığı üzerinde bir etki yaratmamaktadır. Buna rağmen, kural olarak garanti borcunun sona ermesi durumunda lehdar garanti metnini bankaya ibraz yükümlülüğü altındadır.

III. LEHDARIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNMASI

A. Ödeme Talebi

1. Genel Olarak

Banka garanti mektuplarında, bankanın borcunun muaccel olması, sözleşme metninde yazılı şartlara uygun yapılan bir ödeme talebi ile mümkündür. Ödeme talebi³⁰¹, garanti konusu riskin gerçekleştiğinin iddia edildiği ve lehdarın veya onun yetkili kıldığı kişinin, bankaya yönelttiği tek taraflı varması gereken talep beyanını ifade etmektedir.³⁰² Bu irade beyanının hukuki niteliği konusunda doktrinde kabul edilen görüş, yenilik doğuran bir hak olduğunu yönündedir.³⁰³

Ödeme talebi kural olarak garanti sözleşmesinin alacaklısı olan lehdar tarafından yapılır. Lakin, lehdarın yetkili kıldığı kişi tarafından da ödeme talebi yapılması mümkündür. Bu yetkinin verilecek bir vekaletname ile açıkça tanınmış olması gerekmektedir.³⁰⁴ Bu konuda tartışmalı olan hususlardan biri, lehdarın garantiden doğan alacağını üçüncü kişiye temlik etmesidir.³⁰⁵ Alacağın temlikinde, temlik alanın ödeme talebinde bulunma yetkisini haiz olup olmadığı konusunda bir görüş³⁰⁶, ödeme talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı ve devredilemez bir yetki olduğu ve bu nedenle alacağın temlikinde yalnızca borcun, temlik alana ödenmesinin mümkün

³⁰⁰ Giger, s.36,43; Both ve Stoyanov, s.1240; Hughes, s.31.

³⁰¹ İng. “demand of payment”. (Bkz. Nielsen / Nielsen, German Bank Guarantee, s.198.)

³⁰² Kleiner, s.214; Büsser, s.229.

³⁰³ Kleiner, s.214; Büsser, s.230.

³⁰⁴ Reisoğlu, Banka Teminat,s.247; Doğan, Banka Teminat, s.493.

³⁰⁵ Alacağın temlikinin geçerli olması yazılı şekilde yapılmasına bağlıdır. (TBK mad.184)

³⁰⁶ Reisoğlu, Banka Teminat, s.203

olduğunu savunmaktadır. Buna karşın diğer görüşte³⁰⁷ ise, ödeme talebinden önce yapılan bir temlikin tek başına bir mana ifade etmeyeceği ve bu nedenle temlik alanın ödeme talep etme yetkisini de haiz olduğu ileri sürülmektedir. Burada, sözleşmenin devri ile alacağın devrinin farklı kavramlar olduğu ve sözleşmenin tüm hak ve borçları ile devrinin taraf değişikliği anlamına gelmesi nedeniyle bankanın onayı olmadan mümkün olmayacağı da göz önünde bulundurulmalıdır.³⁰⁸ Kanaatimizce, alacağının devrinin, ödeme talebi yetkisini de ihtiva edecek şekilde geniş yorumlanması garantinin muhteviyatı ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle, ödeme talebi yapma yetkisinin temlik edilemeyeceğinin kabulü gerekir.

Ödeme talebinin nereye yapılacağı ise garanti metninde bir hüküm olup olmamasına göre değerlendirilmelidir. Garanti metninde, ödemenin yapılacağı şube açıkça hüküm altına alınmışsa, talep o şubeye yapılmalıdır. Başka şubelere yapılacak ödeme talebi uygunsuzluk nedeni ile reddedilecektir. Öte yandan, garanti metninde açık bir hüküm yok ise düzenleyen şubenin bilinçli olarak böyle bir hüküm koymaktan imtina ettiği kabul edilmeli ve ödeme talebi bankanın herhangi bir şubesine yapılabilir.³⁰⁹ Zira, bankanın şubelerinin ayrı bir tüzel kişiliği bulunmamakta olup banka tek bir tüzel kişilik ihtiva eder.³¹⁰ Bu nedenle, bankanın başka bir şubesine yöneltilen ödeme talebinin geçerli kabul edilmesi gerekir. Uygulamada, ödeme talebinin yöneltildiği şube, garantiyi düzenleyen şubeden, ödenebilirlik ve geçerlilik gibi konularda bilgi ve onay alarak ödemeyi yapmaktadır.³¹¹

2. Ödeme Talebinin Şartları

Banka garantisinden doğan borcun ödenmesinin talep edilebilmesi için bazı ön koşulların varlığı aranmaktadır. Öncelikle, banka garanti sözleşmesinin geçerli

³⁰⁷ Tekinalp, s.394; Kahyaoğlu,s.103-104, Barlas, s.85.

³⁰⁸ Canaris, s.786; Kleiner, s.243 vd.; Von Westphalen, s.148; Reisoğlu, Banka Teminat, s.201;

Barlas, s.85, Doğan, Banka Teminat, s.389 vd.

³⁰⁹Büsser, s.248-249.

³¹⁰Reisoğlu, Banka Teminat, s.262-263; Ödeme talebinin düzenleyen şubeden başka bir şubeye yapılması durumunda, şubenin ödeme talebini reddedebileceği ve tazmin yükümlülüğü olmadığı yönündeki karşı görüş için bkz. Barlas, s.64

³¹¹ URDG 758 düzenlemesi mad.14'de garanti metnini düzenleyen şubenin, ödeme talebinin yöneltileceği şube olduğu kabul edilmektedir. Fakat Türk teminat mektuplarının uygulamasında düzenleyen şube açıkça yetkili kılınmadığı sürece lehdar diğer şubelere de ödeme talebini yöneltebilmektedir.

olarak kurulmuş olması ve garanti metninden, lehdarın belirlenebilir olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, garanti sözleşmesinin herhangi bir nedenle hükümsüz ve yok hükmünde olmaması da gerekmektedir.³¹² Banka garanti sözleşmesinin geçerli olarak kurulduğunun kabulünden sonra ise lehdarın ödeme talebinde bulunması için, garanti metninde yazan riskin gerçekleşmiş olması gerekir. Riskin gerçekleşmesinin, talep hakkının doğumu açısından kurucu bir şart olduğu kabul edilmektedir.³¹³ Riskin gerçekleşmesinin ispatı bakımından garanti türleri arasında farklılıklar görülmektedir. “ilk talepte ödeme” kaydı içeren garantilerde, riskin doğumu kurucu bir şart olmasına rağmen, lehdarın riskin gerçekleştiğini ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Buna karşın koşullu garantilerde, lehdarın riskin gerçekleştiğini iddia etmesi yeterli olmamakta bunu ispatlamaya yönelik bir takım şartları sağlaması aranabilmektedir.

Öte yandan, bazı durumlarda ödeme talebinin yapılması bazı özel şartların sağlanmasına bağlanabilmektedir. Garanti sözleşmeleri, sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde değerlendirildiğinden taraflar ödeme talebinin şartlarını serbestçe belirleyebilirler.

Uygulamada banka garantileri, “ilk talepte ödeme” kaydı içeren garantiler olarak düzenlenmekte olduğundan lehdarın riskin gerçekleştiğini iddia etmesi yeterli olup, ödeme talebi özel şartlara bağlanmamaktadır.

3. Ödeme Talebinin Zamanı

Banka garanti metnine ödeme talebinin en erken ne zaman yapılabileceğine dair bir şart konulabilir. Bu durumda lehdar, ancak söz konusu şartın gerçekleşmesi ile bankaya ödeme talebini yöneltebilecektir. Garanti metninde herhangi bir şart öngörülmemiş ise lehdar, riskin gerçekleştiği andan itibaren ödeme talebinde bulunabilir.

Banka garantilerinde ödeme talebinin en geç ne zaman yapılabileceği konusunda ise garanti sözleşmesinin süreli veya süresiz olarak düzenlenmiş olması

³¹² Örneğin, irade sakatlıkları nedeniyle iptal hakkının kullanılması, hukuka veya ahlaka aykırı bir konuda garanti sözleşmesi yapılmış olması gibi nedenler garanti sözleşmesinin hükümsüz hale gelmesine neden olacağından, lehdar tarafında geçerli bir alacak hakkının da doğumuna engel olacaktır.

³¹³ Büsser, s.231.

önem arz etmektedir.³¹⁴ Süreli banka garantilerinde, ödeme talebinin yapılma zamanı bakımından ikili bir değerlendirme yapılmalıdır.³¹⁵ Eğer banka garanti sözleşmesi hem belirli bir geçerlilik süresi öngörmekte hem de ödeme talebinin ancak o sürede yapılabileceğine ilişkin bir hüküm içermekte ise, ödeme talebi öngörülen süre içerisinde yapılmalıdır. Aksi halde, banka ödeme talebinin geçersiz olması nedeniyle ödeme yapmayı reddedecektir. Buna karşın, süreli banka garantisinde ödeme talebinin ancak belirlenen süre içerisinde yapılabileceğine ilişkin bir hüküm bulunmuyor ise, Yargıtay'ın istikrarlı görüşlerinde³¹⁶ vurgulandığı üzere ödeme talebi, riskin doğmuş olduğu zamandan itibaren genel zamanaşımı süresi olan on yıllık zamanaşımına tabidir. Böylece, risk, belirlenen süre içerisinde gerçekleşmiş ise, sonradan süre dolsa dahi lehdar riskin doğumundan itibaren on yıllık süre içerisinde ödeme talebinde bulunabilecektir. On yıllık sürenin dolması durumunda ise banka zamanaşımı def'ini ileri sürerek ödemeyi reddedecektir. Öte yandan süresiz banka garanti sözleşmelerinde ise riskin doğumundan itibaren on yıllık genel zamanaşımı süresi içerisinde ödeme talebinde bulunulabilir.³¹⁷

4. Ödeme Talebinin Şekli ve İçeriği

Banka garanti sözleşmelerinde ödeme talebinin şekline yönelik kanunlardan doğan herhangi bir zorunluluk bulunmamaktadır.³¹⁸ Buna karşın, uygulamda ödeme talebinin nasıl yapılacağı garanti metninde yer almaktadır. Ödeme talebinin şeklini ve içeriğini düzenleyen garanti klozu, tam ve anlaşılır olmalıdır.³¹⁹ Bankacılık uygulamasında, ödeme taleplerinin yazılı şekilde yapılması esastır.³²⁰ Ödeme

³¹⁴ Çalışmamızın “garantinin süresi bakımından banka garanti türleri” başlığı altına ayrıntılı olarak incelenmiştir.

³¹⁵ Kleiner, s.213; Canaris, s.765; Von Westphalen, s.167-168.

³¹⁶ YHGK 30.03.1988 tarihli E.1987/11-642, K.1988/287 (www.kazanci.com) ; Y.11.HD. 30.04.2001 tarihli E.2010 K.3690 (Lale,s.268)

³¹⁷ Canaris, s.265; Y.11.HD. 24.09.2010 tarihli E.8698 K.9161 Sayılı ilamında; “*Teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğinde olup, BK’nun 125. Maddesine göre on yıllık zamanaşımı süresine tabidir ve zamanaşımı riskin doğduğu tarihten başlar.*” (Lale, s.699) ; Y.11. HD. 27.05.2013 tarihli E.955/K.10925 Sayılı ilamında; “*...teminat mektuplarında riskin gerçekleştiği anda tazmin yükümlülüğü muaccel olur ve zamanaşımı süresi de borcun muaccel olduğu bu tarihten başlar.*”(Lale, s.705); Y.11.HD. 30.04.2014 tarihli E.1806/K.8136(Lale, s.705-706) ;

³¹⁸ Both ve Stoyanov, s.1277.

³¹⁹ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.198-199.

³²⁰ Reisoğlu, Banka Teminat, s.249; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.109; Canaris, s.1122; URDG758 düzenlemesi mad.14’de ibrazda yazılı şekil kabul edilmiştir.

talebinin içeriğinde ise dikkat edilmesi gereken temel hususlar, talep miktarının ödeme talebi metninde rakamlandırılması, garantinin dayandırıldığı temel ilişkinin belirtilmesi ve riskin gerçekleştiğinin iddia edilmesidir.³²¹ Riskin gerçekleştiği iddiası, garanti metni riskin gerçekleştiğinin ispatına ilişkin başkaca bir şart öngörmüş olmadıkça yeterlidir.³²² Başka bir anlatımla, lehdarın riskin gerçekleştiğini iddia ederek ödeme talebi göndermesi durumunda bu iddiasını ispat etmesi gerekmez. Banka garanti metninde ispata ilişkin şartlar yer alabilir. Örneğin, belli bir belgenin lehdar tarafından ibrazının da ödeme talebine eklenmesi şartı konulabilir. Bu durumda, lehdar ödeme talebi ile birlikte istenilen belgeyi de ibraz edecektir.³²³

Bankanın, ödeme talebinin geçerli olup olmadığına ilişkin şekli bir inceleme yapma yükümlülüğü söz konusudur. Bu kapsamda, garanti metninde başkaca bir şart yer almamakta ise, banka yalnızca ödeme talep eden kişinin yetkili olup olmadığı, ödeme istenen miktarın belirli olup olmadığı ve ödeme talebinin yetkili şubeye yapılıp yapılmadığı gibi hususları inceleyecek ve bu hususların sağlanmış olması halinde ivedilikle ödemeyi gerçekleştirecektir. Buna karşın, ödeme talebinin şekil ve içerik yönünden geçersiz olması veya garanti metninde aranan şartları ihtiva etmemesi durumlarında banka ödeme yapmayı reddedecektir. Uygulamada bankanın sonradan başvuru hakkını kullanırken sorun yaşamasının önüne geçilmesi için ödeme talebine garanti metninin de eklenmesi halinde ödemenin yapıldığı görülmektedir.³²⁴

5. Ödeme Talebine İlişkin Şartların Gerçekleştiğinin İspatı

Ödeme talebinin uygun olmaması nedeniyle banka tarafından reddedilmesi halinde, lehdar banka garantisinin nakte çevrilmesi davası açabilmektedir. Açılan bu davada ispat yükümlülüğünün çeşitli vakıalara göre incelenmesi gerekir. Öncelikle, ödeme talebinin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığına yönelik ispat, hakkın dayandığı olgunun ispatı anlamına gelmekte olduğundan iddia eden yani lehdar

³²¹ Büsser, s.265; Reisoğlu, Banka Teminat, s.286.

³²² Buna karşın, URDG758 düzenlemesi mad.15’de talep şartları başlığı altında riskin iddia edilmesi ile birlikte riskin neye yönelik olduğunun da gerekçelendirilmesi istenmektedir. Örneğin, “garanti metninde taahhüt edilen iş süresi içerisinde ifa edilmemiş bu nedenle ödeyiniz” şeklinde bir kayıt içermelidir. Madde, ilk talepte ödeme kaydı içeren garantilerin muhteviyatına uygun olmadığı iddiasıyla eleştirilmiştir. Türk teminat mektubu uygulamalarında yalnızca “..ödeyiniz” klozu yeterli olmaktadır. (bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s.234-235)

³²³ Both ve Stoyanov, s.1245; Kleiner, s.45; Von Westphalen, s.181.

³²⁴ Reisoğlu, Banka Teminat, s.263.

tarafından ispatlanmalıdır.³²⁵ Aynı bağlamda, ödeme talebinin şekle uygun yapıldığının ispat yükü de iddia eden lehdedir. Bu kapsamda, banka garantisinin koşulsuz veya koşullu garanti olması önem arz etmemektedir.³²⁶

B. Ödeme Talebinde Bulunulmasının Hukuki Sonuçları

Banka garantisinde, garanti alanın uygun bir ödeme talebinde bulunmasının hem garanti ilişkisi hem de karşılık ilişkisi açısından sonuçları vardır. Şüphesiz, ödeme talebinde bulunulmasının garanti ilişkisindeki en önemli sonucu garanti borcunun muaccel hale gelmesidir. Borç muaccel hale geldiği için banka ivedilikle ödeme talebinde yazılı meblağı ödemekle yükümlüdür. Borcun muacceliyeti ile birlikte temerrüt faizi de işlemeye başlayacaktır.³²⁷ Banka, ödeme yükümlülüğünü yazılı ödeme koşullarına uygun şekilde ifa eder. Öte yandan, ödeme talebinin bankaya yöneltilmesiyle bankanın karşılık ilişkisi kapsamında amire, ödeme talebinde bulunulduğunu bildirme yükümlülüğü de doğmaktadır. Bununla birlikte, banka öncelikle ödeme talebini şeklen incelemekle; daha sonra ise varsa savunma imkanlarını kullanmakla mükellef olacaktır.

1. Banka Garanti Sözleşmesine İlişkin Hukuki Sonuçları

a. Garanti Borcunun Muacceliyeti ve Bankanın Ödeme Yükümü

Muacceliyet kavramı, doktrinde “*alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisi*” olarak tanımlanmaktadır.³²⁸ Banka garanti sözleşmesi kapsamında bankanın borcu, garanti konusu riskin gerçekleşmesi ile

³²⁵ TMK mad.6; “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”; Canbolat, s.131.

³²⁶ Büssey, s.272.

³²⁷ Y.19.HD. 27.01.2011 tarihli E.2010/6210 K. 2011/787 Sayılı ilamında; “..dava konusu kesin teminat mektuplarında ‘..talep edilen miktar nakden ve tamamen ve talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen günlere ait kanuni faizi ile birlikte ödeyeceğimiz’ ibaresi bulunmaktadır. Bu hüküm gereğince davalı banka teminat mektubunun ödeme talebi ile bankaya ibrazı halinde talep dahilinde ödemedede bulunmadığı takdirde ibraz tarihinden ödeme tarihine kadar geçecek süre içinde faiz ödeme yükümlülüğü altındadır.” (Lale, s.500-501)

³²⁸ Eren, s.947,1027.

doğar ve lehdarın ödeme talebi yapması ile muaccel olur.³²⁹ Ödemenin belirli bir süre geçmesi şartına bağlanmış olması durumunda, muacceliyet bu sürenin dolması ile gerçekleşir. Buna karşın, bankacılık uygulamasında, lehdar tarafından yapılan ödeme talebinin uygun olup olmadığının banka tarafından şeklen incelenmesi için geçen süre muacceliyete engel olmamaktadır.³³⁰ Genelde inceleme yapmak için tanınan süre bir ila üç gün arasında değişmektedir.³³¹ Ödeme talebinin şeklen incelenmesi sonucunda eğer banka ödeme talebinin uygun olmadığı sonucuna varırsa, bunu ivedilikle lehbara bildirmekle yükümlüdür.³³²

Bankanın temerrüde düşmesi bakımından kural olarak lehdarın ödeme talebinde bulunmuş olmasının şart olduğu kabul edilmektedir.³³³ Bu çerçevede, risk gerçekleşse dahi lehdarın bankaya yönelen uygun bir ödeme talebi olmadıkça bankanın ödeme yapma yükümlülüğü bulunmayacak ve banka temerrüde düşmemiş olacaktır.³³⁴ Diğer bir anlatımla, ödeme gününü belirleme yetkisi lehbara tanınmış ve lehdar, ödeme talebinde ödemenin yapılacağı günü kesin olarak belirtmiş ya da ne zamana kadar yapılabileceğine dair bir hükme yer vermiş ise bu ihbar yeterli kabul edilmekte ve ihtar şartı aranmamaktadır.³³⁵ Buna karşın, ödeme talebinde ödemenin yapılacağı tarih kesin olarak belirlenmemiş ise ödeme talebi borcu muaccel hale getirmekte fakat bankayı temerrüde düşürmemektedir.³³⁶ Öte yandan, eğer garanti metninde ödemenin yapılacağı tarih kesin olarak yer almakta ise ihtara gerek

³²⁹ Reisoğlu, Banka Teminat, s.388.

³³⁰ Büsser, s.75-276; Ekici ve Durukanoğlu, s.241.

³³¹ İnceleme yapma süresi URDG758 düzenlemesinin 20.maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre, bankaya inceleme süresi için maximum beş iş günü tanınmıştır. Fakat bu süre garantinin vadesini etkilememektedir. Bu bakımdan en kısa sürede ödeme yapması bankanın lehine olacaktır.

³³² Kleiner, s.191; Von Westphalen, s.210.

³³³ TBK mad.117- Borçlunun Temerrüdü; “Muaccel bir borcun borçlusu, alacaklının ihtar ile temerrüde düşer.” ; Y.11.HD. 26.04.2010 E.2008/13034 K.2010/4520 Sayılı ilamında; “..davacı tarafın, davadan önce davalı bankaya yazılı tazmin talebinde bulunması ve bu hususta düzenlenen ihtarnamenin tebliğ edilmesine göre, davacının davalıyı bu ihtarname ile davadan önce temerrüde düşürdüğü kabul edilerek buna göre temerrüt faizine hükmetmek gerekir.” (Lale, s.471-473) ; Y.15.HD. 16.06.2014 tarihli E.2013/6364 K.2014/4126 Sayılı ilamında; “..davadan önce davacı idare tarafından davalıya gönderilen ihtarname ile 23.345,39 TL alacağın tebliğden itibaren 7 iş günü içerisinde banka hesabına yatırılmak suretiyle ödenmesi talep edilmiş, ihtarname davalıya 17.09.2007 tarihinde tebliğ edilmiştir... o halde davalı açısından temerrüt olgusu, ihtarnamede verilen sürenin sonunda 27.09.2007 tarihinde gerçekleştiği halde, 25.09.2007 tarihinden itibaren faiz uygulanması doğru olmadığı gibi...” (Lale, s.499-500)

³³⁴ Y.11.HD. 18.05.2010 E.2008/10422 K.2010/5533 Sayılı ilamında; “..teminat mektubundan kaynaklanan borcun muaccel hale gelebilmesi için usulüne uygun bir tazmin talebinde bulunulmuş olması zorunludur.” (Lale, s.473-476)

³³⁵ Eren, s. 946 vd.

³³⁶ Canbolat, s.133.

kalmaksızın banka temerrüde düşer. Nihayetinde, banka, temerrüde düşmesi durumunda, temerrüt faizi ile bu gecikmeden doğan munzam bir zararın varlığı halinde bu zararı tazmin etmekle mükelleftir. Son olarak, “ilk talepte ödeme” kaydı içeren banka garantileri bakımından, uygun bir ödeme talebi ile bankanın borcunun muaccel olduğu ve temerrüt için ayrı bir ihtar şartının gerekmediği kabul edilmelidir.³³⁷

Garanti metninde yer alan riskin gerçekleşmesi ile birlikte lehdar, bankaya ödeme talebinde bulunabilir. Garanti borcunun ifa edilmesi bakımından, lehdar kural olarak kısmi ifa talep edebilmektedir. Bu durumda bankanın yaptığı ödeme miktarı ile sınırlı olarak, sorumluluğu sona erecektir. Lakin, eğer garanti borcunun tamamı muaccel olmuş ise, banka kısmi ödemeyi reddedebilir ve borcun tamamını ödeyerek sorumluluktan kurtulabilir.

b. Garanti Borcunun Ödeme Yerinde ve Zamanında İfası

Banka, muaccel olan borcunu ödeme yerinde ve zamanında ifa etmekle yükümlüdür. Banka garanti borcunun muhteviyatına bakıldığında, bir cins borcu ve dahi bir para borcu niteliğinde olduğu görülmektedir. Taraflar sözleşmede açıkça bir ifa yeri belirlememiş ise uygun ifa yeri TBK’nın para borçlarına ilişkin hükümlerinin uygulanması ile tespit edilecektir.

TBK mad.89 gereğince, para borçları, alacaklının ödeme anındaki yerleşim yerinde ifa edilir. Dolayısıyla, sözleşmede aksine bir hüküm yer almamakta ise banka, borcu, lehdarın ödeme anındaki yerleşim yerinde ifa etmekle yükümlüdür.³³⁸ Buna karşın doktrinde kabul edilen bir görüşe göre banka garantilerinde sözleşmede açık bir hüküm bulunmasa dahi ifa yerinin, kural olarak garantiyi veren banka şubesi olduğu hususunda tarafların zımni iradesinin olduğu kabul edilmelidir.³³⁹ Ancak, bizim de katıldığımız doktrindeki diğer bir görüşe göre, sözleşmede açık bir ifa yeri

³³⁷ Ekici ve Durukanoğlu, s. 421

³³⁸ Y.11. HD. 06.03.2000 tarihli E. 2000/812 K.2000/1797 Sayılı ilamında; “Dava, teminat mektuplarının paraya çevrilmesi istemine ilişkin olup, teminat mektubunun paraya çevrilmesi ve tazminine ilişkin talebin para borcuna ilişkin olması, mülga BK. 73/1 maddesi gereğince, para borcunun alacaklının ikametgahında ödenmesi gerekmesi karşısında davacının ikametgahı mahkemsinde dava açılmasında usule aykırılık bulunmamaktadır.” (Lale, s.632-633)

³³⁹ Kahyaoğlu, s.68; Barlas, s. 64.

belirlenmemiş ise garanti veren bankanın şubelerinden herhangi birinde ödeme yapılabilmelidir.³⁴⁰

2. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları

a. Bankanın Ödeme Talebinde Bulunulduğunu Amire Bildirme Yükümlülüğü

Bankanın, kendisine lehdar tarafından ödeme talebi gönderilmesi ile amire karşı doğan ilk yükümlülüğü, ödeme talebi gönderildiğini ivedilikle amire bildirmektedir.³⁴¹ Zira, ödeme talebinin amacına aykırı olarak ibraz edilmesi veya hakkın kötüye kullanılması amacı taşıması durumlarında bu hususu bilebilecek ve likit deliller ile ispat edebilecek kişi amirdir.³⁴² Nitekim, bankanın şekli bir inceleme yapmak dışında bir araştırma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bununla birlikte, garantör ile amir arasındaki ilişkinin vekalet hükümlerine tabi olduğunun doktrinde kabul edilmesinin bir sonucu olarak da, banka, vekil sıfatıyla yaptığı işlemlerde sadakat ve özen yükümlülüğü altındadır.³⁴³ Bu kapsamda, garantör banka, amire gecikmeksizin bildirim yapmakla yükümlü olacak ve haksız bir ödeme talebi nedeniyle amirin zarara uğrama ihtimalini bertaraf etmiş olacaktır. Buna karşın, gereken tüm özeni göstermesine rağmen, amire ulaşamaması durumunda, garanti ilişkisi kapsamında ivedilikle ödeme yükümlülüğü altında olduğundan, gecikmeksizin ödeme yapacaktır. Ayrıca, amirin ödemeye engel beyanları, likit delil oluşturmadıkça bankanın ödeme yapma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz.³⁴⁴

Uygulamada tartışmaya neden olan husus, ödeme talebinin amire bildirilmesi ile amirin ihtiyati tedbir kararı aldırarak, bankanın ödeme yapmasına mani olduğu ihtimalde ortaya çıkmaktadır. Zira, banka, likit bir delil varlığı nedeniyle karşılık ilişkisi çerçevesinde ödeme yapamama yükümlülüğü ile garanti ilişkisinden doğan

³⁴⁰ Doğan, Banka Teminat, s.513; Büsser, s.248-249;Reisoğlu, Banka Teminat, s.262-263

³⁴¹ Canaris, s.752-753; Kleiner, s.187; Büsser, s.280; Doğan, Banka Teminat, s. 303; Tekinalp, s.385; URDG758 düzenlemesi 16. Maddesinde de garantörün bildirme yükümlülüğü hüküm altına alınmaktadır.

³⁴² Von Westphalen, s.344; Büsser, s.280, Doğan, Banka Teminat, s.303.

³⁴³ Canbolat, s.136.

³⁴⁴ Y.11.HD. 25.10.2010 tarihli E.2009/3511 K.2010/10747 Sayılı ilamında; “..ilk talepte ödeme kaydını havi banka garantilerinde, banka, lehdarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır.” (Lale, s.154-155)

ödeme yükümlülüğü arasında kalmaktadır. Yargıtay, bankanın, amire bildirim yaparak amirin ödeme talebinden sonra bir ihtiyati tedbir kararı almasına sebebiyet vermesi nedeniyle sorumluluğuna yönelik farklı kararlar vermektedir.³⁴⁵ Kanaatimizce, bankanın böyle bir durumda, alınan tedbir kararına uyarak ödemede bulunmaması gerekmektedir. Zira, bildirim yükümlülüğünü yerine getiren bankanın, bu nedenle hakkını kötüye kullandığı sonucuna varılamaz. Aksi halde, banka hem vekalet ilişkisinden doğan bir sorumluluğunu ihlal etmiş hem de mevcut bir ihtiyati tedbir kararına muhalefet etmiş olur.

b. Bankanın Ödeme Talebini İnceleme Yükümlülüğü

Bankanın, karşılık ilişkisinden doğan bir diğer yükümlülüğü ise ödeme talebini inceleme yükümlülüğüdür.³⁴⁶ Bu bağlamda, banka, ödeme talebinin ihtiva

³⁴⁵ YHGK 14.11.2001 tarihli E.11-996 K.1026 Sayılı ilamında; “..Somut olayda,kesin teminat mektubu mahkemenin tedbir kararının bulunmadığı 26.08.1999 tarihinde bankaya usulüne uygun olarak ibraz edilmiş, banka başvurunun yapıldığı tarihte derhal ödeme yapması gerekirken hiçbir neden ileri sürmeden ödemedi kaçınmış, daha sonra da bir gün sonra verilen mahkeme tedbir kararını bu ödememeye gerekçe göstermiştir.Oysa sonradan ibraz edilen tedbir kararının bankanın tazmin zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır.” (Lale, s.134-138); Y. 11.HD. 23.10.2000 tarihli E.6978/K.8148 Sayılı ilamında; “..ancak davalı banka dolaylı bir biçimde de olsa söz konusu ihtiyati tedbir kararının alınmasına neden olmuşsa artık hukukten himaye görmez ve hem teminat mektubu bedelinden hem de bunun tedbir süresince işleyen temerrüt faizinden sorumlu olur.” (Lale, s.113-114) ; Y.11.HD. 16.04.2001 tarihli E.885/K.3143 Sayılı ilamında; “..davalı banka vekili, ihtiyati tedbir kararı bulunması nedeniyle ödeme yapmadıklarını savunmuş olup, mektupların ibrazı tarihinde bir tedbir kararı bulunmadığına göre, davalı banka dava konusu teminat mektuplarını paraya çevirme yükümlülüğündedir, Daha sonra alınan tedbir kararının bağlayıcı yönü yoktur.” (Lale, s.138.139); Y.19. HD. 15.12.2011 E.5868/K.15899 Sayılı ilamında; “Teminat mektubunun tedbir kararı bulunmadığı 28.05.2009 tarihinde bankaya ibraz edildiği, bankanın başvurunun yapıldığı tarihte derhal ödeme yapması gerekirken ödemedi kaçınması ve daha sonra verilen tedbir kararının bu ödememeye gerekçe gösterilmesi doğru değildir.” (Lale, s.163-164); Karşı yönde. Y.11.HD. 17.04.2013 tarihli E.2012/7485 K.2013/7548 sayılı ilamında; “..banka tazmin talebini yerine getirmede gecikmesi nedeniyle ihtiyati tedbir kararına kadar geçen süre için gecikme faizinden sorumlu ise de, bankaya ihtiyati tedbir kararının bildirilmesiyle artık bankanın temerrüdünden söz edilemez.. bankanın ihtiyati tedbir kararı nedeniyle muhataba ödeme yapmama hakkı vardır.” (Lale, s.118-121); Y.11.HD. 22.01.2014 E.2013/1684 K.2014/1395 Sayılı ilamında; “..mektup henüz tazmin edilmeden teminatın ödenmemesi hususunda verilen bir ihtiyati tedbir kararının varlığı halinde ihtiyati tedbir kararına muhalefetin, aynı zamanda suç teşkil ettiği de nazara alındığında, mektup bedelinin ödenmesi mümkün değildir.” (Lale, s.123-125.); Y. 11.HD. 14.10.2014 tarihli E.1013/14031 K.2014/15509 Sayılı ilamında; “..teminat mektuplarının paraya çevrilmesini önleyici yönde verilmiş bulunan ihtiyati tedbir kararının mevcudiyeti karşısında tedbir kararının devamı süresince davalının ödeme yapması mümkün olmadığı, tedbir kararı süresince temerrüdün de gerçekleşmeyecek olması karşısında tedbir kararının kaldırıldığından davalıya tebliğ edildiği tarihten itibaren teminat mektubu bedelinin ödenmesi davalı yönünden mümkün hale geleceğinden, davalının temerrüdü de bu tarih olan 17/09/ 2003 tarihinden itibaren gerçekleştiğinin kabul edildiği...” (www.yargitay.com)

³⁴⁶ Canaris, s.751-752; Kleiner, s.187 vd; Von Westphalen, s.341

etmesi gereken şartlara uygun olup olmadığını, ödeme talebinde bulunanın yetkili olup olmadığını ve ödeme talebinin süresi içerisinde yapılıp yapılmadığını incelemek ile mükelleftir. Garanti metninde yer alan ödeme talebine yönelik hükümlere uygun bir ödeme talebinin gönderilmesi, “metne sıkı sıkıya bağlılık” ilkesinin bir sonucudur.³⁴⁷ Garanti metninde ödeme talebinde bulunulmasında riskin gerçekleştiğinin bir takım belgeler ile ispat edilmesi aranıyor ise, banka söz konusu belgeleri hem şekli hem de içerik bakımından inceleyecektir. Öte yandan, “İlk talepte ödeme” kaydı içeren garantilerde ise kural olarak sadece şekli bir inceleme yapılmaktadır.³⁴⁸ Zira bu garantilerde ödemenin yapılabilmesi için ek şartlar yer almamaktadır. Buna karşın, bazen bu tür garantilerde de ödeme talebinin belirlenen bazı belgeler ile birlikte ibraz edilmesi de kararlaştırılabilir. Bu durumda, bankanın yükümlülüğü söz konusu belgelerin ibraz edilip edilmediği olacaktır. Nitekim, banka işin esasına ilişkin bir inceleme yapma sorumluluğu altında değildir. Bu bağlamda, şekli inceleme sonucu ortaya çıkmayan sahtecilikten veya eksikliklerden bankanın sorumlu olmadığı kabul edilmelidir.³⁴⁹ Başka bir ifade ile, banka karşılık ilişkisi sonucu inceleme yaparken yalnızca özenli hareket etmekle yükümlüdür. Son olarak, ödeme talebinin, süreli garantilerde süresi içerisinde yapılıp yapılmadığı veya belirli bir süre şartı öngörülmesi durumunda buna riayet edilip edilmediğini inceleme yükümlülüğü de bankanıdır.

Sonuç olarak, banka, incelemeler neticesinde ödeme talebinin uygun olduğuna karar verirse geciktirmeden ödemeyi yapmakla yükümlüdür. Buna karşın, şartları sağlamayan bir ödeme talebinin varlığı söz konusu ise gecikmeksizin bu hususu lehbara bildirmelidir. Tüm bu incelemeler uygun ve en kısa sürede tamamlanmalıdır. Aksi halde, bankanın sorumluluğu gündeme gelebilecektir.

³⁴⁷ Canaris, s.752; Kleiner, s.159; Reisoğlu, Banka Teminat, s.253; Tekinalp, s.383

³⁴⁸ Doğan, Banka Teminat, s.501.

³⁴⁹ Arkan, s.77; Reisoğlu, Banka Teminat, s.257; Y. 11.HD. 19.04.2012 tarihli E.2011/15014 K.2012/6378 Sayılı ilamında; “..lehdarın davacıya gerçek teminat mektubu değil de sahte olarak düzenlenen teminat mektubunu vermesine rağmen,davacının bu sahte mektubu ibrazla şube ve genel müdürlükten teyit alması, davalı banka çalışanlarının basiretli tacir gibi davranarak tedbirlere başvurusu halinde davaya konu sahteciliği önleyebileceğinin anlaşılması karşısında davanın kabulüne dair verilen karar isabetlidir.” (Davada, edimi garanti edilen amir, garanti alan lehbara teminat mektubunun sahtesini iletmiş ve lehbar da bankadan bu teminat mektubunun teyidini almıştır. Dava her ne kadar bankanın, amire karşı bir yükümlülüğüne ilişkin olmasa da, sahte teminat mektubunu “basiretli tacir” sıfatına uygun olarak incelememesi nedeniyle garanti alan lehbarın sahtecilikten doğan zararını tazmin etmesine karar verilmesi nedeniyle önemlidir.) (Lale, s.536-537)

c. Bankanın Def'i ve İtirazlarını İleri Sürme Yükümlülüğü³⁵⁰

Bankanın, ödeme talebinin uygun olmadığını anladığı durumda, ödeme yapmaktan imtina etmesi ve amir lehine olan tüm hususları ileri sürerek, ödememe savunması yapması gerekir. Görüldüğü üzere, edimi garanti edilen amirin lehine olabilecek tüm itiraz ve def'ileri ileri sürme gerekliliği, karşılık ilişkisinin bir sonucudur. Aksi halde, banka yaptığı ödemeye ilişkin olarak amire başvurma hakkını kaybedebileceği gibi amirin bir zarara uğraması durumunda bu zararı da tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Bu durum aynı zamanda karşılık ilişkisinin vekalet sözleşmesi niteliğinde olmasından kaynaklanan özen ve sadakat yükümlülüğünün bir görünümüdür.³⁵¹

Bankanın savunma araçlarının başında, garanti ilişkisinin muhteviyatından kaynaklanan ve talep hakkına karşı doğan itiraz ve def'i hakları gelmektedir. Bu kapsamda, garanti sözleşmesinin geçersizliği, irade sakatlıkları, hukuka ve genel ahlaka aykırı bir edimi garanti etmesi gibi itirazlar yer almaktadır. Bankanın garanti sözleşmesinden doğan itiraz ve def'i hakları, amirin hukuki durumunda ve sorumluluğu üzerinde bir etki yaratmıyor ise, bu savunma imkanlarının kullanılmamasından dolayı banka, amire karşı vekalet hükümlerince sorumlu olmayacaktır.³⁵² Buna karşın, eğer bankanın söz konusu savunma araçlarını kullanmaması nedeniyle amirin aleyhinde bir sonuç doğuyor ise burada bankanın karşılık ilişkisi kapsamında amire karşı sorumlu olduğunun kabulü gerekir.

Öte yandan, bankanın kural olarak temel ilişkiden doğan itiraz ve def'ileri ileri sürebilme imkanı bulunmamaktadır. Lakin bu kuralın istisnaları da mahkeme kararları³⁵³ ile ortaya konulmuştur. Bankanın, temel ilişkiden kaynaklanan savunma

³⁵⁰ Konuyla ilgili ayrıntılı inceleme çalışmamızın ikinci bölümünde bankanın savunma araçları başlığı altında yapılacaktır.

³⁵¹ Kleiner, s.189; Büsser, s.283; Von Westphalen, s.349

³⁵² Canbolat, s. 139; Büsser, s.289-290.

³⁵³ YHGK 28.11.2007 tarihli E.11-852/ K.892 Sayılı ilamında; "...kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisini haizdir. Esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir. Bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır. Birincisi, banka teminat sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan def'ileri ileri sürerek ödemedi kaçınılabilecektir. İkinci istisna da, lehdarın mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alarak, bankanın ilk talepte ödeme kaydını havi teminat mektuplarının ödenmesine engel olabilmesi halidir. Öte yandan, muhatabın talebinin haksız olduğu dürüstlük kuralı ile (MK mad.2) bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın "ilk talepte" kaydına rağmen ödeme yapmaktan kaçınılması gerekir." (Lale, s.43-48); Y.11.HD. 13.07.2006 tarihli E.5589/K.8345 (Lale, s.149-150); Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.205 117

araçlarını kullanabileceği durumlar likit delil ile ispat edilme ön şartına tabidir. Bu kapsamda, eğer lehdar hakkın kötüye kullanılması suretiyle bir ödeme talebinde bulunuyor ve bu durum likit delil ile ispatlanabiliyor ise banka bu savunmaları yapmakla mükelleftir.³⁵⁴ Örneğin, garanti ile teminat altına alınan borcun ifa edilmiş olmasının veya ibra edilmiş olmasının belgeler ile ispat edilmiş olması bu kapsamda değerlendirilebilir. Benzer şekilde, ödemenin, garantinin amacına aykırı olarak talep edilmesi durumunda da banka bu savunmayı yapmakla yükümlüdür. Banka, temel ilişkiden doğan def'i ve itiraz hususlarını bilmekle yükümlü olmadığından, özenli bir vekil olarak, kendisine yapılan ödeme talebini ivedilikle amire bildirmeli ve amir de likit delillerin varlığı halinde mümkün olan en kısa sürede bunları bankaya ibraz etmelidir.³⁵⁵ İbra edilen bu delillerin, ödemeye engel olup olmadığının son değerlendirmesini yapacak olan yetkili bankadır. Bu konuda amirin emir ve talimat verme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir.³⁵⁶

Sonuç olarak, bankanın likit delil varlığına karşın savunma imkanını kullanmayıp ödeme yapması durumunda karşılık ilişkisi bağlamında amire karşı başvuru hakkını kaybetmesi mümkündür.³⁵⁷ Buna ek olarak, amirin bir zarara uğraması durumunda bu zararın da tazminiyle yükümlü olabilmektedir.

d. Bankanın Garanti Bedelini Ödeme Yükümlülüğü

Banka, kendisine yöneltilen ödeme talebinin uygun olduğuna ve bu talebe karşı savunma imkanlarının bulunmadığına karar vermesi durumunda, vakit kaybetmeden talep edilen miktarı lehbara ödemekle yükümlüdür. Ödemenin, uygun

numaralı dipnottan naklen; BGH NJW 88,2610; BGH WM 1984, 689,690; BGH WM 186,1429,1430; BGH WM 1988,934,935; BGH BB 2000,684,685; BGH ZIP 2000,2136.

³⁵⁴ Melzer, Recent Decisions, s.117; W.G. Schulze, "The UCP 600: A New Law Applicable to Documentary Letters of Credit", 21 **S. Afr. Mercantile L.J.** 228 (2009), s.236; Lars Gorton, "Draft UNCITRAL Convention on independent guarantees", **J.B.L.** 1997, May, s.248. Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.205.

³⁵⁵ Y.23. HD. 26.02.2014 tarihli E.2013/7567 K.2014/1364 Sayılı ilamında; "...İlk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, muhatabın talebi üzerine herhangi bir itirazda bulunmadan ve muhatabın teminat mektubuna dayanarak talepte bulunma hakkını 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 yetkisini haiz değildir. Bu sebeple, bu tür banka teminat mektuplarının esas itibarıyla muhatap(garanti alan) lehine olduğu kabul edilmekte olup, banka lehdarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır." (Lale, s.316- 318)

³⁵⁶ Kleiner, s.187-188

³⁵⁷ Kleiner, s.189.

bir süre içerisinde yapılmaması nedeniyle amirin uğradığı zarardan karşılık ilişkisi kapsamında sorumlu olacaktır. Örneğin, ödemenin geç yapılması nedeniyle lehdar temerrüt faizi talep edebilecektir. Bu durumda, haklı bir gerekçe olmaksızın ödemeyi geciktiren banka, bu faiz tutarını, amire başvurarak iktisap etme hakkını kaybeder.



İKİNCİ BÖLÜM

BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE BANKANIN SAVUNMA ARAÇLARI

I. BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİ İLİŞKİSİNDEN DOĞAN İTİRAZ VE DEFİLER

A. Genel Olarak

Banka garanti sözleşmesinin bağımsız nitelikte bir sözleşme olması uygulamada en çok bankanın savunma imkanlarını belirlerken önem arz etmektedir. Zira, bankanın garantiden doğan asli ödeme borcunun ifa edilmesi talep edildiğinde kullanabileceği savunma araçları hem karşılık ilişkisinden hem de temel ilişkiden kural olarak bağımsız olup garanti sözleşmesinden doğan savunma imkanları ile sınırlıdır. Kural bu olmakla birlikte, zaman içinde bu kuralın çok sıkı uygulanması bazen adil olmayan sonuçlara neden olmuştur. Bu nedenle, lehdarın hakkını kötüye kullanması halinde bankanın temel ilişkiden de kaynaklanan def'i ve itirazları, ileri sürebileceği sınırlı olarak kabul edilmiştir.

B. Banka Tarafından İleri Sürülmesi Mümkün Olmayan İtiraz ve Defi'ler

1. Temel İlişkiye Dayanan İtiraz ve Def'iler

Banka garanti sözleşmeleri asli nitelikli sözleşmelerdir. Bu nedenle, lehdarın ödeme talebinde bulunması karşısında garantör banka, kural olarak temel borç ilişkiden kaynaklanan itiraz ve def'ileri ödememe gerekçesi olarak ileri süremez.³⁵⁸ Bu kapsamda, temel ilişkinin geçersiz olması, iptal edilmesi, sona ermesi, temel borcun takas edilmesi, karşı edimin kötü ifa edilmesi, borcun tamamen ifa edilmiş olması gibi def'i ve itirazlar garantör tarafından kural olarak ileri sürülemez. Bunun yanı sıra, amirin ehliyetsizliği, ölümü, iflası, ödemelerin tatili, konkordato kararı, temel borcun zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü sürenin geçmesi gibi

³⁵⁸ Canaris, s.774; Kleiner, s.197; Reisoğlu, Banka Teminat, s.57; Kahyaoğlu, s.73; Both ve Stoyanov, s.1245; Hughes, s.31; Mugasha, s.535.

savunma araçları da kural olarak garantör tarafından lehbara karşı kullanılamayacaktır.

Temel sözleşme ilişkisinden doğan borcun kanuna aykırı olduğu savunmasının garantör tarafından ileri sürölüp sürölemeyeceğı birçok ulusal hukuk doktrinde tartışılmıştır. Genel kabul gören görüşe göre, temel sözleşmenin mahiyetinin kanuna aykırı olması durumunda dahi garanti sözleşmesinin bağımsızlığı gereğince bu savunmanın garantör banka tarafından ileri sürölemeyeceğı kabul edilmelidir.³⁵⁹ Bununla karşın, bizim de katıldığımız azınlıkta kalan ikinci görüşe göre ise, bazı istisnai durumlarda temel sözleşmenin kanuna aykırı mahiyetinin garantör bankaya bir savunma imkanı vermesinin kabul edilebilmesi gerekir zira garanti sözleşmeleri her ne kadar bağımsız ve asli bir borç ihtiva etse de temel sözleşmeye illiyet bağı ile bağılıdır.³⁶⁰ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, temel ilişkinin kanuna aykırılığının savunma olarak ileri sürölebileceğı kabul edilse dahi, bu savunma oldukça sınırlı ve birtakım kıstaslara tabi olarak nazara alınacaktır.³⁶¹ Benzer kapsamda, temel sözleşmenin yokluğunun, banka garantisi üzerindeki etkisi de doktrinde tartışmalıdır.³⁶² Hakim olan görüşe göre, temel sözleşmenin yok hükmünde olması, bankaya ödememe hakkı vermemektedir. Buna karşın, bizim de katıldığımız diğör görüş ise ana sözleşmenin, garanti sözleşmesinin sebebini oluşturduğu göz önüne alındığında temel sözleşmenin yokluğunun ayrı olarak ele alınması gerekeceğinden bankaya ödememe itirazı hakkı tanınmasının mümkün olabileceğı yönündedir.³⁶³

³⁵⁹ Arkan, s.69; Canbolat, s.149;

³⁶⁰ İngiliz Temyiz Mahkemesi hakimi Sir Staughton görüşünde, temel sözleşmedeki kanuna aykırılığın, kredi mektubu altında bankanın ödeme yapmayı reddetme bakımından savunma aracı olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir. Davaya konu temel sözleşmenin, Bretton Woods Anlaşması uyarınca Peru'nun yaptığı kontrole ilişkin düzenlemelere aykırı olması (kanuna aykırılık) durumuna ilişkin verilen mahkeme kararının, tüm kredi mektubu ilişkileri bakımından genel- geçer bir savunma imkanı yarattığını kabul etmemekle birlikte, sahtecilik ve hilenin, savunmada mutlaka tek istisna olmadığını vurguladığını belirtmiştir. Sir Staughton'a göre; kanuna aykırılığın bir akreditifi etkileyebileceğı durumlar olmalıdır ve örnek olarak, böyle bir satışın yasa dışı olduğu bir zamanda Irak'a silah satışı için yapılan bir sözleşmeyi ele almıştır. Sözleşme, Basra limanına taşınacak 1000 adet kalaşnikof tüfek için konşimento senediyle yapılacak taşıma ve teslim ilişkisi olarak bir akreditif açılmasını öngörmektedir. Böyle bir durumda, Mahkeme'nin, düzenlenen akreditifi ödemeyi reddeden banka aleyhine karar vermesini olası görmediğini belirtmiştir. (Kelly-Louw, *Illegality*, s.357.); Beckers, s.34; Kozolchik, s.53-55.

³⁶¹ Kelly- Louw, *Illegality*, s.365.

³⁶² Çalışmamızın Birinci Bölümü'nde, "Amir ile Lehdar Arasındaki Hukuki İlişki" başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

³⁶³ Mahkeme kararında, "*Söz konusu performans garantisi ilk talepte ödeme kaydı içermekte ve temel sözleşmeden doğan her türlü def'i ve itiraz hakkından vazgeçildiğini belirten bir kloz içermektedir.*

Temel sözleşme borcunun, imkansızlık veya mücbir sebep nedenleri ile ifa edilememesi durumunda ise bankanın ödeme yükümlülüğünün doğmasına engel teşkil etmediği kural olarak kabul edilmiştir.³⁶⁴

Garantörün, temel sözleşme ilişkisinden doğan def'i ve itirazları lehdara karşı kullanamaması kuralının en önemli istisnası genel hukuk kuralı olan hakkın kötüye kullanılması yasağıdır.³⁶⁵ Bu kapsamda, lehdarın ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmekte ise, garantör banka, lehdarın talebinin hakkın kötüye kullanılması kapsamında olduğunu likit deliller ile ispat ederek ödemedi kaçınılabilecektir.³⁶⁶ Son olarak, uygulamada görülmemekle birlikte, tarafların garanti sözleşmesine özel bir hüküm koyarak temel ilişkiden doğan def'i ve itirazların saklı kalmasını kararlaştırabilmeleri mümkündür.³⁶⁷

2. Karşılık İlişisine Dayanan İtiraz ve Def'iler

Garanti sözleşmesinin asli nitelikte bağımsız bir sözleşme olmasının bir sonucu olarak, garantör banka, amir ile karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazları kural olarak ödeme talebinde bulunan lehdara karşı ileri süremez.³⁶⁸ Bu kapsamda, karşılık ilişkisinin geçersiz olması, şekle aykırı olması, amirin ehliyetsiz olması, karşılık ilişkisinin hile, hata gibi nedenlerle sakat olması gibi savunmalar banka tarafından lehdara karşı ileri sürülemez.³⁶⁹ Benzer şekilde, amirin iflası, ödemelerini tatil etmesi veya ölümü gibi hususlar da lehdarın ödeme talebine karşı savunma aracı olarak kabul edilmemektedir. Bunun yanı sıra, amirin bankaya karşı komisyon

Sözleşme metni yakından incelendiğinde, garantör bankanın feragat klozu, temel ilişkinin “geçerliliği ve etkisi” ile ilişkili olup, yokluğu bakımından genişletilemez.” Şeklinde hüküm kurulmuştur.(Kozolchuk, s.28.); Melzer, Recent Decisions, s. 117.

³⁶⁴ Canaris, s.777; Reisoğlu, Banka Teminat, s.59; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.172; Both ve Stoyanov, s.1281. Belirtmek gerekir ki aksi yönde kararlar da mevcuttur.

³⁶⁵ Canaris, s.775 vd.; Kleiner, s.201; Büsler, s.363; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.204-205; Both ve Stoyanov, s.1279; Giger, s.45; Schwank, s.38; Gorton, s.248; Kelly-Louw, Illegality, s.348; Vasseur, s.248; Kahyaoğlu, s.73; Somuncuoğlu, s.173.

³⁶⁶ İleride ayrıntılı olarak incelenecektir.

³⁶⁷ Kahyaoğlu, s.77.

³⁶⁸ Kleiner, s.197; Nielsen/ Nielsen, German Bank Guarantee, s.172; Kahyaoğlu, s.75-76; Tekinalp, s.393.

³⁶⁹ Kleiner, s.197; Kahyaoğlu, s.75; YHGK 03.12.1967 tarihli E.16 K.7; Y.11.HD. 28.09.1987 tarihli E.1987/5093, K.1987/4856 (bkz. Canbolat, s.146)

ödemelerini yapmaması veya karşılık ilişkisinden doğan sorumluluklarını yerine getirmemesi de lehdara karşı ileri sürülemeyecektir.

Garanti sözleşmesinden doğan borcun, lehdar tarafından talep edilmesi durumunda karşılık ilişkisine ait def'i ve itirazların ileri sürülememesi kuralının tek istisnası lehdarın hakkını kötüye kullanarak yaptığı ödeme talebidir. Örneğin, amirin, karşılık ilişkisindeki hilesini lehdar biliyor veya bilmesi gerekiyor ise bu durumda lehdarın ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Bu durumda, garantör banka bu hususu likit deliller ile ispatlaması halinde ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.³⁷⁰

3. Kontrgarantide İki Banka Arasındaki İlişkiye Dayanan İtiraz ve Def'iler

Dolaylı garantide, amirin başvurduğu banka, garantiyi kendisi vermemekte ve lehdarın ülkesinde bulunan bir bankaya kontrgaranti vererek bu bankanın lehdara garanti vermesini sağlamaktadır. Dolaylı garantide bankalar arasındaki ilişkiden doğan def'i ve itirazlar, garantör banka tarafından lehdara karşı ileri sürülemez.³⁷¹ Zira banka garantisi, kontrgaranti ilişkisinden bağımsızdır.

C. Garanti Sözleşmesine Dayanan İtiraz ve Def'iler

1. Hakkın Doğumuna Engel Olan İtirazlar

Banka garanti sözleşmesinin geçersizliğine sebebiyet veren tüm hususlar, diğer sözleşmelerde olduğu gibi, taraflarca itiraz olarak ileri sürülebilir.³⁷² Sözleşmenin geçerliliğini etkileyen hususlar temel olarak, şekil şartına aykırılık, sözleşme konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olması, başlangıçtaki imkansızlık, irade beyanı sakatlıkları ve tarafların temsil yetkisine sahip bulunmaması olarak sınıflandırılmaktadır. Sayılan hallerin varlığı halinde, banka garanti sözleşmesinin geçersizliğini itiraz olarak ileri sürülebilecektir.

³⁷⁰ Kleiner,s.200; Tekinalp, s.393, Canbolat, s.146.

³⁷¹ Tekinalp, s.457.

³⁷² Canbolat, s. 152.

a. Şekle aykırılık

Sözleşmenin şekli, sözleşmeyi kuran irade beyanlarının açıklanma biçimi olarak tanımlanmaktadır. Ulusal kanunlar, bazı irade beyanlarının belirli bir biçimi takip etmesi zorunluluğunu öngörebilir. Bu durumda, söz konusu sözleşmenin belirlenen şekilde yapılması sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için şarttır. Türk hukuku ve diğer birçok ulusal hukuk “sözleşme özgürlüğü” ilkesini kabul etmekte olup, kural olarak “sözleşme serbestisi” çerçevesinde sözleşmesinin kurulmasının biçim ve şartlarını taraflara bırakmaktadır.³⁷³ Fakat bazı özel durumlarda kanunlar sözleşmenin geçerliliği için bir takım şekil şartları öngörebilmektedir. Örneğin; Türk hukukunda kefalet sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için yazılı biçimde yapılması, azami sorumluluk sınırının ve kefalet tarihinin açıkça yazılması gerekmektedir.³⁷⁴

Banka garanti sözleşmeleri, Türk hukuku ve birçok hukukta şekil serbestisi ilkesi gereğince kural olarak herhangi bir şekil şartına tabi değildir.³⁷⁵ Böylece, garanti sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması zorunluluğu da bulunmamaktadır. Mamafih, taraflar garanti şartlarını belirlerken serbest olmalarına karşın, özellikle kamu kurumlarına ve resmi dairelere verilecek garanti teminatlarında; süre, şekil, nitelik gibi çeşitli sınırlandırmalara tabi olabilmekteledir. Bu durumda, belirlenen şekle uygun olmayan garanti sözleşmelerinin geçersizliği gündeme gelebilecektir.

Kanunda şekil zorunluluğu bulunmamasına rağmen, taraflar önceden belirli bir şekle uymayı kararlaştırabilirler. Bu durumda, belirlenen şekil şartlarına aykırı olarak düzenlenen banka garanti sözleşmesinin geçersizliği, taraflarca itiraz olarak ileri sürülebilecektir.³⁷⁶

Bankacılık uygulamasında, banka garantilerinin yazılı ve dahi belirli bir formun doldurulması şeklinde yapıldığı görülmektedir.³⁷⁷ Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre, yazılılık, banka garantileri için uygulamada ticari teamül haline

³⁷³ Eren, s. 297 vd.; Kleiner, s.154.

³⁷⁴ TBK mad.583

³⁷⁵ Kleiner, s.154; Aral ve Ayrancı, s.422 ; Both ve Stoyanov, s.1255; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.192; Unicredit, s.5. ; Max-Pianck-Institut for ausländisches und internationales Privatrecht. “*The suretyship in the law of the Member States of the European Communities*” , Competition: Approximation Of Legislation Series- 1971, Hamburg, s.57.

³⁷⁶ Eren, s.269.

³⁷⁷ Büsser, s.58; Ekici ve Durukanoğlu, s.385.

geldiğinden, şekil şartı olarak kabul edilmelidir.³⁷⁸ Lakin belirtmek gerekir ki, uluslararası ticarete tarafların serbestliği asıl olduğundan, bu şekilde bir yükümlülük getirilmesi taraf iradelerine müdahale anlamına gelmekte ve ticaret hayatı ile bağdaşmamaktadır.

Son olarak, banka garanti sözleşmelerinde, şekil serbestliği ilkesi geçerli olsa da, garantiden doğan ödeme borcu yüksek miktarda olduğundan senetle ispat zorunluluğuna tabiiyet söz konusudur. Başka bir anlatımla, banka garanti sözleşmelerinin geçerliliği için yazılılık şartı bulunmasa da, yazılı ispat şartı³⁷⁹ aranmaktadır. Bu durumda, garanti sözleşmesinin yazılı yapılmamış olması onu geçersiz kılmamakta, sözleşmeye bağlı alacağın ispatı bakımından önem taşımaktadır.

b. Başlangıçtaki İmkânsızlık

Sözleşme içeriğinin, maddi veya hukuki nedenler ile başlangıçtan beri imkansız olması durumunda, sözleşme geçerli değildir. Sözleşmeyi geçersiz kılan imkansızlıktan söz edilebilmesi için bir takım unsurların varlığı aranmaktadır. Buna göre, edim, başlangıçtan beri, mutlak anlamda ve sürekli olarak imkansız olmalıdır.³⁸⁰ Bu bakımdan sözleşme kurulduğu anda hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek bir imkansızlık söz konusu olmalıdır. TBK mad.27’de düzenlenen başlangıçtaki imkansızlık, objektif bir imkansızlık unsuru öngörmesinden ötürü, cins borçlarında bu anlamda bir imkansızlıktan söz etmek mümkün olmayacaktır.³⁸¹ Banka garanti sözleşmesi, belli bir meblağ ödemeyi taahhüt eden tek yanlı bir sözleşme olması nedeniyle edim bakımından para borcu yani cins borcu ihtiva etmektedir. Cinsin yok olmayacağından bahisle, banka garanti sözleşmesinin

³⁷⁸ Canaris, s.759.

³⁷⁹ 6100 Sayılı HMK mad.200 senetle ispat zorunluluğu;

1) *Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve ifası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz.*

(2) *Bu madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda birinci fıkradaki düzenleme hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati hâlinde tanık dinlenebilir.*

³⁸⁰ Eren, s.327-331.

³⁸¹ Willem H. Van Boom, “ Impossibility, Impracticability and Unforeseen Circumstances”, **SSRN Electronic Journal**, March, 2020, s.2.

ediminin başlangıçtan beri maddi anlamda imkansız olması mümkün değildir. Bu nedenle, başlangıçtaki imkansızlık hali, banka garanti sözleşmelerinin geçerliliği bakımından fonksiyonel değildir.³⁸²

Buna karşın, banka garanti sözleşmelerinin amacının imkansız olması hususu ayrı olarak değerlendirilmelidir. Garanti sözleşmelerinin temel amacı teminat sağlamaktır. Garanti ile teminat altına alınan temel ilişkiden doğan borcun, başlangıçtan beri imkansız olması durumunda garanti sözleşmesinin geçerli olup olmadığının tespiti önem arz etmektedir. Teminat ilişkisinin, başlangıçtan beri imkansız olan bir edimi kapsamı altına alması, garantinin konusunu oluşturan olayın gerçekleşmiş olması anlamına gelmektedir. Diğer bir anlatımla, başlangıçta imkansız olan bir edimin teminat altına alınması durumunda, teminat borcunun her halde ödenmesi söz konusu olacaktır.³⁸³ Zira, tarafların garanti sözleşmesi düzenlerken temel sözleşmeden doğan edimin başlangıçtan itibaren imkansız olduğunu bilmediği karene olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, edimi garanti edilen ile garanti lehdarının başlangıçtaki imkansızlık hakkında bilgi sahibi olmalarına rağmen, banka garanti sözleşmesi düzenlenmesi durumunda, taahhüdün, garanti niteliğinde kabul edilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir.³⁸⁴

c. Hukuka ve Ahlaka Aykırılık

İçeriği hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmeler birçok hukuk düzenince batıl olarak kabul edilmiştir. Türk hukukunda, TBK mad.27 gereğince bir sözleşme, ihtiva edilen hakların ve edimlerin, emredici hukuk normlarına, kamu düzenine, kişilik haklarına veya genel ahlaka aykırı olması durumunda batıl olacaktır.³⁸⁵ Sözleşmenin içeriğinin hukuka aykırı olup olmadığı tespit edilirken sözleşmenin yapıldığı an esas alınmaktadır.³⁸⁶ Genel ahlaka aykırılık durumunun tespiti objektif ölçülere göre hakim tarafından yapılır.

Banka garanti sözleşmelerine bakıldığında, doğrudan sözleşme yapılmasını yasaklayan bir hukuki norm bulunmamaktadır. Bu nedenle, bizzat sözleşmenin

³⁸² Büsser, s.299; Canbolat, s.154.

³⁸³ Kleiner, s.197; Büsser, s.300.

³⁸⁴ Reisoğlu, Banka Teminat, s.39; Büsser, s.300.

³⁸⁵ Ayrıntılı bir inceleme için bkz. Eren, s.317 vd.

³⁸⁶ Canbolat, s. 155.

yapılmasının hukuka aykırılığından söz edilemeyecektir. Buna benzer olarak, garanti sözleşmesinin ediminin tek yanlı bir para borcu niteliğinde olması nedeniyle içeriğinin kanuna veya ahlaka aykırı olmasından da bahsedilemez. Burada belirtmek gerekir ki, bazı durumlarda bankanın para borcunu ifa ederken nazara alması gereken kamu düzenlemeleri bulunabilir. Bu durumda, banka, söz konusu yasaklamaları lehdara karşı ileri sürebilmektedir.

Son olarak, banka garantisinin amacının hukuka ve ahlaka aykırı olması söz konusu olabilir. Zira garanti sözleşmeleri, bağımsız fakat illi sözleşmelerdir. Bu bağlamda, garanti sözleşmesinin amacının, temel sözleşmedeki bir veya birkaç edimin teminat altına alınması oluşturmaktadır. Bu durumda, teminat altına alınan temel edimin hukuka veya ahlaka aykırılık teşkil etmesi durumunda garanti sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, uyuşturucu ticaretinden doğan bir edimin garanti altına alınması durumunda banka garanti sözleşmesinin batıllığının gündeme gelmesi mümkün olabilecektir.³⁸⁷

d. İrade Sakatlıkları

Geçerli bir sözleşmenin kurulabilmesi için sözleşme kurma beyanlarının, tarafların gerçek iradeleri ile bağdaşması gerekmektedir. İrade beyanının, hile, hata veya ikrah gibi nedenlerle sakat olması durumunda, iradesi sakatlanan taraf belli şartlar altında bu durumu itiraz olarak ileri sürebilecektir.

Garanti sözleşmesinde, tek-yanlı olarak belli bir meblağı ödeme yükümlülüğü altına giren garantör bankanın, garanti sözleşmesi yapma iradesinin hata veya hile ile sakatlanmış olması halinde, banka bu hususu kesin olarak öğrenmesinden itibaren, ikrah durumunda ise korkutmanın ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içerisinde garanti sözleşmesinin iptalini isteyebilecektir. Lehdarın iradesi ise sözleşmenin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olması nedeniyle pratikte önem arz etmemektedir.

³⁸⁷ Büsser, s.318.

(1) Hata (Yanılma)

Hata, sözleşmenin geçerliliğine etkide bulunan bir irade beyanı sakatlığı halidir. Hata, irade ile beyanın örtüşmemesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi iradenin oluşmasında etkili olan bir hususa ilişkin tasavvurun gerçeğe uygun olmaması şeklinde de ortaya çıkabilmektedir.³⁸⁸ Birinci durumda beyan hatası söz konusu iken ikinci durumda saik hatası söz konusu olacaktır. TBK mad.30'da hatanın sözleşmeye etkisi bakımından “esaslı hata” ve “esaslı olmayan hata” olarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Söz konusu maddeye göre sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Esaslı hata, TBK'da tanımlanmamakla birlikte, TBK mad.31/I bent 1-5'te ve mad.32'de esaslı hata halleri sayılmıştır. TBK mad.31'de sayılan esaslı hata halleri beyanda hataya ilişkin iken, mad.32'de düzenlenen esaslı hata halleri nitelikli saik hatasıdır. Belirtmek gerekir ki, söz konusu haller *numerus clausus* olarak sayılmamış yalnızca örneklendirme yapılmıştır. Bu nedenle, kanunda sayılan hallere benzer durumlarda da esaslı hata hükümleri uygulama alanı bulabilecektir.

Esaslı beyan hatalarından ilki sözleşmenin niteliğinde yanılma'dır. Bu durumda, hataya düşen taraf, iradesine uygun bir sözleşme yapmak istemekte fakat sözleşmenin türünde hata yapmaktadır. Böylece, kurulan sözleşme ile kurulmak istenen sözleşmenin nitelik ve içeriği uyuşmamaktadır.³⁸⁹ Esaslı beyan hatalarından ikincisi ise sözleşmenin konusunda ve sözleşme yapacağı şahsın kimliğinde hatadır. Örneğin, garanti veren bankanın, isim benzerliği nedeni ile başka bir şahsa karşı garanti sözleşmesi düzenlemesi veya garanti edilmek istenen edimin yerine başka bir edimin garanti altına alınması durumları esaslı beyan hataları olarak kabul edilir.³⁹⁰ Üçüncü durumda ise, sözleşmenin konusu olan edimin miktarında düşülen hata söz konusudur. Örneğin, garanti bedelinin yazılırken yapılan bir rakam hatası, miktarda hata kapsamında değerlendirilebilecektir.

Garanti sözleşmesi ilişkisinde garantör bankanın beyan hatasına düşmesi durumunda bu hatanın esaslı olup olmadığı araştırılırken temel ilişkiye veya karşılık

³⁸⁸ Oğuzman ve Öz, s.80; Eren, s.378,379.

³⁸⁹ Oğuzman ve Öz, s.80; Eren, s.384.

³⁹⁰ Büsser, s.320.

ilişkinde bakılarak bir değerlendirme yapılabilir.³⁹¹ Örneğin, garanti edilen miktarda bir hata olduğu ileri sürülüyor ise başvuranın, bankaya yazdığı talimat metnine bakılarak miktar bakımından esaslı bir hata yapıp yapılmadığı ortaya konulabilir. Benzer şekilde, garanti veren bankanın gerçek iradesinin belirlenmesinde temel ilişki metni de değerlendirilebilir. Örneğin, teminat altına alınan edimin kapsamına ilişkin uyumsuzluk halinde temel sözleşmedeki teminat maddesinin şart ve hükümleri incelenerek garantörün iradesi araştırılabilir.³⁹²

Saik hatası, işlem iradesinin oluşumunda meydana gelen hatadır. Hataya düşen tarafın belirli bir kimseyle belirli içerikte sözleşme yapma hususundaki iradesi, gerçeğe uygun olmayan tasavvurlar nedeniyle sakatlanmıştır.³⁹³ Sözleşmenin geçerliliğine etki edebilecek saik hatalarının esaslı olması yani *temel hatası* olması gerekir. Temel hatasında, sözleşme taraflarından birinin, onu sözleşme yapmaya iten tasavvurunun gerçek olmadığını bilse idi akdi gerçekleştirmeyecek olduğu sonucuna varılmalıdır. Diğer bir anlatımla, saik hatasının temel hatası olarak kabul edilebilmesi için gereken sübjektif unsur, hatanın ortaya çıktığı olay ve durumların, hataya düşen tarafından sözleşmenin zorunlu unsurlarından sayılmasıdır. Bununla birlikte, esaslı hatanın makul ve dürüst üçüncü kişi yönünden de sözleşmenin zorunlu ve temel şartına yönelik olması, temel hatasının objektif unsurunu oluşturmaktadır.

Garanti sözleşmelerinde garantör bankayı sözleşme yapmaya iten çeşitli saikler söz konusudur. Bankanın saik hatasına düşmesi durumunda bunun, sözleşmenin iptalini isteme hakkı tanıyıp tanımadığı araştırılırken hem objektif hem de sübjektif unsur değerlendirilmelidir. Örneğin, bir bankanın karşılık ilişkisinde talimat verene başvurma hakkı bakımından başka teminatlar olduğu konusunda hataya düşerek garanti sözleşmesi düzenlemesi durumunda bu saik hatasının temel hatası olup olmadığı tespit edilirken hem sübjektif hem de objektif unsur değerlendirilmelidir.³⁹⁴ Garantör banka için sübjektif anlamda bir saik hatasından söz edilebilse dahi objektif unsurun eksikliği nedeniyle, bu hata esaslı saik hatası olarak kabul görmeyecektir. Nitekim banka, bu tür riskleri hesaba katlamakla mükelleftir. Böylelikle, banka, sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri süremeyecektir.³⁹⁵ Buna

³⁹¹ Canbolat, s. 162.

³⁹² Büsser, s.321.

³⁹³ Oğuzman ve Öz, s.85-86; Eren, s.388.

³⁹⁴ Jürgen Dohm, **Bankgarantien im internationalen Handel**, Bern 1985, s.108.

³⁹⁵ Büsser, s.328.

karşın, sübjektif ve objektif unsurları sağlayan esaslı bir hata, bankaya garanti sözleşmesinin iptal edilmesini talep etme hakkı verecektir.³⁹⁶

(2). Hile (Aldatma)

Hile, bir kimseyi bir irade beyanında bulunma veya sözleşme yapmaya sevk etmek için onda kasten hatalı bir kanaat uyandırma ve mevcut olan hatalı bir kanaati kasten sürdürmeye devam etmedir.³⁹⁷ TBK mad.36'ya göre, taraflardan biri diğer tarafın aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa yanılması esaslı olmasa dahi sözleşme ile bağlı değildir. Görüldüğü üzere, aldatma durumunda hatanın esaslı olup olmaması önem arzetmemektedir. Buna karşın yapılan hilenin kasıtlı olması şartı aranmaktadır. Aldatmanın üçüncü kişi tarafından yapılması kural olarak sözleşmenin kaderini etkilemez. Lakin, sözleşmenin karşı tarafı sözleşme kurulduğu sırada bu aldatmayı biliyor veya bilmesi gerekiyor ise sözleşmenin iptali söz konusu olabilir.

Garanti sözleşmelerinde, lehdarın, garanti sözleşmesi düzenlemesi için garantör bankayı kasıtlı şekilde hataya düşürmesi durumunda hatanın niteliğine bakılmaksızın banka, sözleşme ile bağlı olmayacaktır.³⁹⁸ Bunun yanı sıra, lehdarın, garanti sözleşme yapılması için amiri kasten aldatması da dolaylı olarak hile sayılacağından garanti sözleşmesinin iptali gündeme gelebilecektir.³⁹⁹ Amirin kasten aldatması ise kural olarak garanti sözleşmesinin iptali hakkını doğurmaz. Buna karşın, söz konusu aldatmayı lehdar, sözleşme kurulduğu anda biliyor veya bilmesi gerekiyor ise bu durumda banka, garanti sözleşmesinin iptalini isteyebilir. Örneğin, amirin, bankayı garanti sözleşmesi yapmaya sevk etmek amacıyla kendi malvarlığı hakkında veya rücu konusunda aldatması durumunda, eğer lehdar yani garanti alan bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, banka garanti sözleşmesinin iptalini isteyebilecektir.⁴⁰⁰

³⁹⁶ Both ve Stoyanov, s.1281.

³⁹⁷ Eren, s.397.

³⁹⁸ Kleiner, s.200; Dohm, s.109; Kahyaoğlu, s.77; Giger, s.45; Both ve Stoyanov, s.1281.

³⁹⁹ Kleiner, s.200; Büsser, s.329.

⁴⁰⁰ Büsser, s.329-330; Kleiner, s.200; Dohm, s.109; Mugasha, s.517.

(3). İkraha (Korkutma)

İradeyi sakatlayan hallerden diğeri ise ikrahtır. İkraha, bir kimsenin bir irade beyanında bulunması veya sözleşme yapması için bir korku yaratılması veya var olan bir korkudan yararlanılmasıdır.⁴⁰¹ Buradaki korkutma eylemi, kişiye veya yakınlarına yönelmiş olmalıdır. Ayrıca korkutma eyleminin hukuka aykırılık teşkil etmesi şarttır. Hileden farklı olarak, üçüncü kişinin korkutması durumunda, sözleşmenin karşı tarafının bunu bilmesi veya bilebilecek durumda olması şartı aranmamaktadır. Örneğin, garanti verenin korku ve tehdit altında sözleşme yapması durumunda sözleşme ile bağlılığı söz konusu olmayacaktır. Garantör, korkutma fiilinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içerisinde sözleşmenin iptalini talep edebilir.⁴⁰²

e. Temsil Yetkisinin Bulunmaması

Tüzel kişiliği haiz olan bankaların hukuki işlemleri organları aracılığı ile gerçekleştirilir. Bu kapsamda, banka garanti sözleşmeleri de bankaları borç altına sokan hukuki işlemlerden olduğundan, sözleşme iradesinin bankanın yetkili kişileri tarafından ortaya konulması gerekmektedir.

Garanti sözleşmesinin, temsil yetkisi bulunmayan kişiler tarafından düzenlenmesi durumunda, bankanın sözleşme iradesinin varlığından söz edilemeyeceğinden garantör sıfatındaki bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır.⁴⁰³ Başka bir anlatımla, yetkisiz kişiler tarafından düzenlenen garanti sözleşmeleri, bankanın yükümlülük altına girmesine neden olmayacaktır. Bununla birlikte, aşkın yetki durumunda ise, bankanın sorumluluğu iyiniyetli lehdar karşısında doğmuş olacaktır. Zira bankanın iç işleyişine ilişkin olan sınırlamaların iyiniyetli üçüncü kişiye karşı ileri sürülemeyeceği kabul edilmektedir.⁴⁰⁴ Örneğin,

⁴⁰¹ Eren, s.402.

⁴⁰² Büsser, s.331.

⁴⁰³ Reisoglu, Banka Teminat, s.291; Kahyaoğlu, s.77.

⁴⁰⁴ Y.11 HD 11.10.1983 tarihli E. 1983/3351 ve K.1983/4207 sayılı ilamında; “...Gerçekten de gerek 7129 sayılı Bankalar Kanununun., gerekse 31.8.1979 tarihli Resmi Gazete’de yayımlanmış bulunan 28 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 38. maddesinin birinci fıkralarında, bankaların verebilecekleri teminat mektuplarının limiti, fiilen tahsis edilmiş sermayesi ile ihtiyat akçelerinin yekûnunun %10’u ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Ne var ki anılan bu hükümler birer güvence kurumu olan bankaların yasaların himayesinde halktan topladıkları mevduatı, kendi ticari teşebbüslerinde kullanmalarını ve bankaların bu gibi teşebbüslerin özel finansman kaynağı gibi

Bankacılık düzenlemelerinden doğan kredi miktarı sınırlamalarına uymaksızın yapılan bir garanti sözleşmesi, bu tür düzenlemelerin bankanın iç işleyişiyle alakalı olması nedeniyle, bankanın iyiniyetli lehdara karşı sorumluluğunu doğuracaktır.⁴⁰⁵ Benzer şekilde, banka görevlilerinin, bankacılık uygulamalarının gerektirdiği kayıt ve düzenlemeleri yapmaksızın garanti sözleşmesi düzenlemeleri durumunda da banka sorumlu olmaya devam edecektir.⁴⁰⁶ Buna karşın, bankanın çift imza ile temsil edileceği sirkülerinde yer alıyor ve ticaret siciline de tescil edilmiş ise buna aykırı olarak düzenlenen garanti sözleşmesinde lehdarın iyi niyeti korunmayacaktır.⁴⁰⁷

2. Hakkı Sona Erdiren İtirazlar

Hakkı sona erdiren durumların varlığı halinde garantör banka bu durumu ileri sürerek ödemeye itiraz edebilir. Bu kapsamda, ifa, ibra, sonraki imkansızlık ve takas halleri incelenecek olup, garanti sözleşmesi ilişkisi çerçevesinde bir değerlendirme yapılacaktır.

hareket etmelerini önleme amacına yönelik olarak konulmuş bulunmaktadır. Bunun dışında bankalarca iç ilişkileriyle ilişkili olarak kredi limitlerinin üzerine çıkılarak verdikleri teminat mektuplarında, kredi işlemleri ile ilgisi bulunmayan ve iyi niyetli durumda bulunan üçüncü kişilere karşı teminat mektuplarının güvencesi altında mektup lehdarına(edimi garanti edilen) karşı ifa ettikleri yükümlülüklerini güvencesiz bir duruma düşürülmesi sonucunu doğuracak şekilde, bu teminat mektuplarının geçersiz olduğunu ileri sürmelerinin kabulü objektif iyi niyet kuralları bakımından mümkün değildir. Aksi düşüncenin kabulü halinde batıl olduğu ileri sürülen bu işlemler nedeniyle banka alacağını sağlamlaştıran kefaletler ve rehinler hükümsüz kalacak, teminat mektuplarının veya açılan kredilere göre istenilen paraların ödenmemesi halkın ve ticari işletmelerin bankalara olan genel güvenini sarsacak, banka işlemlerinde hem bankalar hem de mevduat sahipleri büyük zararlar görecektir..” (www.kazanci.com.tr.) ; Y. 11 HD. 21.03.1989 tarihli E. 1989/223 ve K.1989/1841 sayılı ilamında; “...Zira teminat mektuplarına ilişkin bankacılık uygulamasında artık bir teamül haline gelmiş bulunan teminat verme koşulu, bir tacir olan ve bankalarla ilişkisi bulunan davalı şirket tarafından da bilinmesi gerekir. O halde, teminat mektubunun ele geçirilişindeki özellik ve bankacılık teamülü dikkate alınarak davacı bankanın bir nevi teminat olan teminat mektup bedelinin depo edilmesi yönündeki istemi haklı görülerek davanın bu yönden kabulü gerekirken..” (www.kazanci.com.tr) ; Y.11. HD, 16.03.1998 tarihli E.1997/10761 ve K.1998/1766 sayılı ilamında; “Dava konusu teminat mektubunun bankanın defter ve kayıtlarında yer almadığı, dolayısı ile davalı bankanın komisyon ve masraf adı altında bir para almadığı, lehine sahte teminat mektubu tanzim edilen Mahmut’ın kredi hesabının 15.3.1985 günü kat edildiği, bu tarihten sonra da kredi kullanmadığı, teminat mektubu hamilinin davalı bankadan mektubun teyidini istemediği, banka personeli ile lehdarın birlikte hareket ederek bankayı dolandırmasının bundan habedar olmayan 3.kişilere karşı ileri sürülemeyeceği, davalı bankanın gerek organlarının, gerekse personelinin işlediği haksız fiillerden sorumlu olacağı, davalı bankanın her halükarda gerekli dikkat ve özeni göstermemekle sorumlu olduğu, davacının ise olayın oluşumunda teyit almamış olması nedeniyle 1/8 oranında müterafik kusuru bulunduğu gerekçeleriyle davanın kısmen kabulünde bir isabetsizlik yoktur.”(www.kazanci.com.tr)

⁴⁰⁵ Arkan, s.71; Ekici ve Durukanoğlu, s.89.

⁴⁰⁶ Canbolat, s.176.

⁴⁰⁷ Reisoğlu, Banka Teminat, s.89

a. İfa

Hakkı sona erdiren hallerden ilki, borcun ifa edilmesidir. İfa, borçlanılan edimin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilerek, alacaklının tatmin edilmesi yoluyla borcun sona erdirilmesi halidir.⁴⁰⁸ İfa, kural olarak borç ilişkisini değil, borcu sona erdiren hallerden biridir.⁴⁰⁹ Lakin, garanti sözleşmelerinde olduğu gibi belli bir meblağ ödeme yükümlülüğünü tek yanlı olarak üstlenen borçlunun, söz konusu miktarı ödeyerek borcunu ifa etmesi durumunda borç ilişkisinin de sona ermesi mümkündür. İfa, borcu sona erdirerek alacak hakkını ortadan kaldıran bir olay olup, hukuki niteliği itibariyle itirazdır.⁴¹⁰ Belirli bir borç ilişkisinden veya sözleşmeden doğan ve belirli bir anda muacceliyet kazanan bir edimin tamamen ifa edilmeyip, bir kısmının ifa edilmesi durumunda kısmi ifa söz konusu olmaktadır. Niteliği itibariyle, para borçları bölünebilen borçlardan olduğundan kısmi ifa mümkündür. Banka garanti sözleşmesinde borçlanılan edim bir para borcu olduğundan kısmi ifaya elverişli olsa da, kural olarak borcun tamamı muaccel olmuş ise garantör banka borcun tamamını ifa etmekle mükelleftir.⁴¹¹ Diğer bir anlatımla, tamamı muaccel olmuş bir garanti borcunun, garantör tarafından tam olarak ifa edilmesi kuralı geçerli olup, kısmi ifa halinde lehdarın kısmi ifayı kabul etme mecburiyeti bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bazen taraflar kısmi ifayı kararlaştırmış olabilirler. Bu durumda, bankanın yaptığı kısmi ifa oranında borcu sona erecektir. Örneğin, farklı vade tarihleri içeren kıymetli evraklara verilen bir garanti teminatında, vadesi gelen kıymetli evrak bakımından garanti borcu muaccel olacak ve banka o evraktaki miktarla sorumlu olarak borcunu ifa edebilecektir. Bu durumda, yaptığı ödeme miktarında toplam teminat kısmında düşme meydana gelecek ve vadesi gelmeyen kıymetli evraklar için sorumluluğu devam edecektir.⁴¹²

Uygulamada banka sözleşmelerinde genellikle kısmi ifaya ilişkin hükümler bulunmaktadır. Banka garanti sözleşmesinde kısmi ifaya ilişkin şartlar yer almakta ise bu şartlara uygun bir ifa söz konusu olacaktır. Taraflar arasında açık veya zımni

⁴⁰⁸ Andreas Von Tuhr ve Arnold Escher, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974, s.2; Eren, s.906.

⁴⁰⁹ Eren, s.907.

⁴¹⁰ Andreas Von Tuhr ve Hans Peter, **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. I, 3 A., Zürich 1979, s.27; Eren, s.908

⁴¹¹ Kleiner, s.249.

⁴¹² Kahyaoğlu, s.70; Canbolat, s.178.

olarak kısmi ödemeye ilişkin bir anlaşmanın bulunmaması durumunda, kısmi ödeme mümkün olmayacaktır. Lehdarın, garanti edilen miktarın bir kısmını talep etmesi durumunda, banka istenilen taleple sınırlı olarak ödeme yapmakla yükümlüdür. Bu halde, ödeme yapılan miktar oranında bankanın sorumluluğu sona erer.⁴¹³

Bankanın sorumlu olduğu garanti miktarının tamamını ödemesi durumunda, lehdar tarafından yeniden ödeme talebinde bulunulmuşsa, banka, ifa nedeniyle ödeme talebine itiraz ederek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

b. İbra

İbra, tarafların mevcut bir borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik yaptıkları sözleşmedir.⁴¹⁴ Tanımdan da görüldüğü üzere, ibra tek yanlı bir irade açıklaması olmayıp, tarafların birbirine uygun iradelerini açıklayarak kurdukları bir sözleşme ilişkisidir. Bu nedenle, alacaklı tek taraflı bir irade beyanı ile alacağından vazgeçemez.⁴¹⁵ İbra, mevcut bir alacağı veya borcu kesin olarak ve doğrudan ortadan kaldırır. Buna karşın, ibra sözleşmesi kural olarak borç ilişkisini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, taraflar borç ilişkisini ortadan kaldırmak iradesinde iseler, ikale (bozma) sözleşmesi yapmaları gerekmektedir. Lakin, garanti sözleşmeleri gibi tek yanlı asli ve tek bir yükümlülük içeren borç ilişkileri bakımından, pratikte ibra ile ikale sözleşmesi arasında bir fark kalmamaktadır. İbrada şekil şartı öngörülmemiştir. Buna karşın, hukuki işlemlerde kabul edilen ispat kuralı sebebiyle borcun ibra edildiğinin ispat edilebilmesi açısından, uygulamada yazılı şekilde yapıldığı görülmektedir.

Banka garanti sözleşmesinden doğan lehdarın alacak hakkını, garantör banka ile anlaşarak ibra etmesi durumunda, bankanın ödeme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Ayrıca, banka garanti sözleşmesi tek bir asli edim ihtiva ettiğinden, garanti alacağının ibrası ile garanti sözleşmesi konusuz kalacaktır.⁴¹⁶ Lehharın, ibradan sonra ödeme talep etmesi durumunda banka ibra nedeniyle ödemeye itiraz edecektir.

⁴¹³ Büsser, s.344-345. ; Ekici ve Durukanoğlu, s.548.

⁴¹⁴ Eren, s.1270

⁴¹⁵ Von Tuhr ve Escher, s.173.

⁴¹⁶ Büsser, s.345.

Banka garanti sözleşmelerinde ibra ile ilgili uyumsuzluklar, genellikle temel sözleşmeden doğan ve garanti sözleşmesiyle teminat altına alınan bir edime ilişkin yapılan ibra sözleşmelerinde ortaya çıkmaktadır. Zira, temel sözleşmeden doğan bir edime yönelik yapılan ibra sözleşmesinin garanti sözleşmesi üzerinde nasıl etkili olduğunun tespiti önem arz etmektedir. Garanti sözleşmeleri, temel sözleşmeden bağımsız ve bankanın bir miktar parayı ödemeyi asli edim olarak taahhüt ettiği sözleşmelerdir. Bu nedenle, kural olarak temel sözleşmeden kaynaklanan ve garanti ile teminat altına alınan bir borcun ibra edilmesi, garanti sözleşmesi üzerinde doğrudan bir etki yaratmayacaktır. Lakin, garanti sözleşmeleri, sebebe bağlı sözleşmelerdir. Bu nedenle, garanti edilen temel borcun ibra edilmesi durumunda, garanti sözleşmesinden doğan talep hakkının lehdar tarafından kullanılması lehdarın çelişkili davranması anlamına gelecektir. Dolayısıyla, lehdarın ibra ettiği bir alacağı teminat altına alan bir garanti sözleşmesine dayanarak ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılmasına neden olacaktır.⁴¹⁷ Nitekim, Yargıtay'da bu tür uyumsuzluklarda hakkın kötüye kullanılması durumunu değerlendirmektedir.⁴¹⁸

c. Sonraki İmkânsızlık

Sonraki imkansızlık, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve edimin yerine getirilmesini sürekli ve kesin olarak olanaksız kılan haldir.⁴¹⁹ Sonraki imkansızlık halinin, sözleşme ilişkisini sona erdirmesi için borçlunun bu imkansızlıkta bir kusurunun bulunmaması gerekir zira aksi halde sorumluluğu devam edecektir.⁴²⁰ Böylece, TBK mad.136 gereğince sonraki imkansızlıktan söz edilebilmesi için, imkansızlığın sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra ortaya çıkması,

⁴¹⁷ Büsser, s.346.

⁴¹⁸ Y.11.HD 21.09.2004 tarihli E.2003/12386 K.2004/8668 sayılı kararında, Birleşmiş Milletler tarafından uygulanan yaptırım kararı nedeniyle taraflar arasındaki ana sözleşme konusu malın ithali yapılamadığından sözleşme muhatap (garanti alan) tarafından tek yanlı olarak iptal edilmiştir. Muhatap, yatırdığı avans ödemesini geri çekmiştir. Buna mukabil, bu tarihten sonra banka teminat mektubunun vadesiz,kesin ve ilk yazılı ödeme talebine istinaden bankadan tazmin talebinde bulunmuştur. Banka ana sözleşmenin iptal edilmiş olması nedeni ile ödeme yapmayı reddetmiş ve muhatabın ödeme talebinde bulunmasının hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiği likit delillerle iddia etmiştir. Yargıtay, teminat mektubunun ilişkili olduğu ana sözleşmenin iptal edilmesinin, doğrudan bağımsız teminat mektubuna etki etmeyeceğini ve fakat hakkın kötüye kullanılmasının likit deliller ile ispatı durumunda bunun istisnai olarak değerlendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. (Ekici ve Durukanoğlu, s.183-188)

⁴¹⁹ Eren, s.1299; Oğuzman ve Öz, s.305.

⁴²⁰ Pieck, s.123; Eren, s.1299.

objektif olması ve borçlunun kusurunun bulunmaması gerekmektedir.⁴²¹ Borcun ifasının objektif olarak imkansız olması, borçlu dahil hiçkimse tarafından ifa edilmesinin mümkün olmaması anlamını taşımaktadır. Buna karşılık, Alman hukukunda (BGB mad.275⁴²²) ise hem objektif hem de sübjektif imkansızlık borcu sona erdirebilmektedir.⁴²³

Söz konusu imkansızlık, fiili imkansızlık olabileceği gibi, hukuki imkansızlık da olabilir. Örneğin, mal satım sözleşmesinin kurulmasından sonra mal ticaretinin yapılacağı ülkelerden birine ihracat yasağının konulması veya ambargo uygulanması durumlarında edimin ifası hukuka aykırılık yaratacaktır.⁴²⁴

Banka garanti sözleşmelerinde, garantör bankanın yüklendiği tek yanlı borç belli bir meblağı ödeme borcudur. Para borçları, cins borcu olduğundan fiili anlamda imkansız olması mümkün değildir. Bu nedenle, banka sonradan fiili imkansızlık savunmasında bulunarak ödeme talebine itiraz edemez. Buna karşın, garantör banka, bazı durumlarda hukuki imkansızlık halini ileri sürerek ödemeden kaçınabilir. Örneğin, banka garanti sözleşmesi imzalandıktan sonra yürürlüğe giren ve ifayı yasaklayan bir emredici hukuk normunun varlığı halinde banka ödememe savunması yapabilecektir.⁴²⁵

Son olarak, temel sözleşmenin sonraki imkansızlık nedeniyle sona ermesi kural olarak garanti sözleşmesine doğrudan etki etmeyecektir. Bununla birlikte, lehdar tarafından yapılan ödeme emrinin hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamına girdiğinin banka tarafından likit deliller ile ortaya konulması halinde banka ödeme yapmayı reddetme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir.⁴²⁶

⁴²¹ Eren, s.1299 vd.

⁴²² Söz konusu maddenin ilk fıkrasında imkansızlık, ikinci fıkrasında ekonomik elverişsizlik ve üçüncü fıkrasında ise sübjektif imkansızlık hali düzenlenmiştir. (Van Broom, s.3-4)

⁴²³ Eren, s.1300; Philip Ridder, ve Marc- Philippe Weller, “Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law”, 22 **Eur. Rev. Private L.** 371 (2014), s.373; RG 23.02.1904-II 389/03 RGZ57 (ayrıntılı bilgi için bkz. Van Broom, s.3) ; Pieck, s.123.

⁴²⁴ Van Broom, s.12.

⁴²⁵ Eren, s.1299.; Canbolat, s.183.;

⁴²⁶ Temel sözleşmenin sonraki imkansızlık nedeniyle sona ermesinin garanti sözleşmesine etkisi ve ödeme talebinin, hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edebileceği durumlar çalışmamızın II. Bölümünde “Temel İlişkiye Dayanan İtiraz ve Def’iler” ve “ Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiği Savunması” başlıkları altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

d. Takas

Takas, iki kişi arasındaki aynı cinsten, karşılıklı ve muaccel borçların taraflardan birinin tek yanlı beyanıyla sona erdirilmesidir.⁴²⁷ Bu durumda, her iki borç takas anında miktarı az olan borç tutarınca sona erer. Takas, tek yanlı irade beyanı ile kullanılan yenilik doğuran bir haktır.⁴²⁸ Bu nedenle, takasın geçerliliğı karşı tarafın muvaffakiyetine bağılı değildir. TBK mad.139' da takas beyanının geçerli olabilmesi için gereken şartlar düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, takasa konu alacaklar karşılıklı, aynı cinsten, muaccel ve dava edilebilir olmalıdır. Bunun yanı sıra, takas hakkının kullanılmasından feragat sözleşmesi yapılarak vazgeçilmemiş olması ve TBK mad.144'te⁴²⁹ sayılan takas hakkının kullanımını kısıtlayan hallerin bulunmaması gerekmektedir.

Banka garanti sözleşmelerinden doğan borcun da kural olarak takas beyanı ile sona erdirilmesi mümkündür.⁴³⁰ Böylece, takas hakkının kullanılmasından sonra yapılan ödeme talebi borcun son bulduğu ölçüde banka tarafından reddedilebilecektir. Buna karşın, amirin temel ilişkiden doğan alacağının garantör bankaya temlik ederek, bankanın, bu alacağı dayanarak lehdara karşı takas beyanında bulunması doktrinde kabul edilmemektedir.⁴³¹ Zira, böyle bir durumda garantinin likidite fonksiyonu ciddi ölçüde azalmış olacak, bu da garantinin mahiyetiyle uyışmayacaktır.

Takas hakkının, banka garanti sözleşmelerinden doğan borca yönelik olarak kullanılmasında ele alınması gereken bir diğeri husus, garanti metninde yer alan feragat klozunun takas hakkı bakımından bir feragat anlamına gelip gelmediğidir. Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Birinci görüşe göre⁴³², garanti

⁴²⁷ Eren, s.1274; Von Tuhr ve Escher, s.190; Oğuzman ve Öz, s.452.

⁴²⁸ Von Tuhr ve Escher, s.190; Eren, s.1274.

⁴²⁹ III. Alacaklının rızasıyla takas edilebilir alacaklar

MADDE 144- *Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:*

1. *Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*
2. *Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.*
3. *Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliğı gereğı, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.*

⁴³⁰ Canaris, s.773

⁴³¹ Reisoğlu, Banka Teminat, s.66; Arkan, s.75; Kahyaoğlu, s.85; Canbolat, s. 184.

⁴³² Dohm, s.117.

metninde yer alan feragat klozu, yalnızca temel ilişki ve karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazlara yönelik olmayıp, garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazları da ihtiva etmektedir. Buna karşın, bizim de katıldığımız hakim olan görüşe⁴³³ göre ise, garantinin mahiyeti de nazara alındığında genel feragat, temel ilişki ve karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazlar bakımından sonuç doğuracaktır. Böylece, garantinin muhteviyatından doğan def'i ve itirazların bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekmektedir. Diğer bir anlatımla, feragatin açık ve kesin bir biçimde garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazlara yönelik olduğu anlaşılmadıkça, garanti metinlerinde yer alan feragat klozlarının yalnızca temel ilişki ve karşılık ilişkisinden doğan talep haklarını içerdiği kabul edilmelidir.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren banka garantileri bakımından ise farklı mahkeme kararları bulunmaktadır. Bazı mahkeme kararlarında, garanti sözleşmesinin böyle bir kaydı içermesi durumunda garantör bankanın zımnen takas hakkından feragat ettiği sonucuna varılmaktadır.⁴³⁴ Buna karşın, Alman Federal Mahkemesi'nin ise, bankanın likit bir alacağının olması şartıyla bankanın takas hakkını kullanabileceğini kabul ettiği kararları mevcuttur.⁴³⁵ Kanaatimizce, bu kayıt zamana ilişkin konulmakta olup garanti sözleşmesinden doğan haklardan feragat anlamına gelecek şekilde geniş yorumlanmamalıdır.

3. Ödeme Talebinin Geçersizliğine İlişkin İtirazlar

Banka garanti sözleşmesinde, bankanın teminat altına alınan miktarı lehbara ödemesi için lehdar tarafından geçerli bir ödeme talebinde bulunulması gerekir. Geçerli bir ödeme talebinde bulunulması için ise garanti sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması, teminat altına alınan riskin gerçekleşmiş olması veya gerçekleştiğinin iddia edilmesi ve son olarak gereken şartlara uygun bir ödeme talebinin bankaya iletilmesi gerekmektedir. Tüm bu şartlar sağlandığında banka ödeme yapmakla yükümlü olacaktır.

Ödeme talebinde bulunma hakkının doğması için öncelikle garanti sözleşmesinin geçerli olarak kurulmuş olması gerekmektedir. Hakkın doğumuna

⁴³³ Kleiner, s.196; Büsser, s.353-354; Canbolat, s.185

⁴³⁴ Canaris, s.77; Canbolat, s.186

⁴³⁵ BGH, WM1985, ss684; Von Westphalen, s.383-384; Reisoğlu, Banka Teminat, s.66

engel olan hallerden birinin varlığı halinde banka ödeme yapmaktan itiraz hakkını kullanarak imtina edebilir. Bu kapsamda, irade sakatlıkları, hukuka veya ahlaka aykırılık gibi durumların varlığı halinde banka, garanti sözleşmesinin geçersiz olduğunu likit deliller ile ortaya koyması halinde ödeme yapmama savunmasında bulunabilir.⁴³⁶ İkinci olarak, garanti sözleşmesinde yer alan riskin veya risklerin gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Banka garantileri “ilk talepte” ödeme kaydı içeren garantiler olması nedeniyle, lehdarın riskin gerçekleştiğini iddia etmesi yeterli olup, kanıtlaması şartı aranmamaktadır. Başka bir anlatımda, lehdarın riskin doğduğunu iddia eden bir ödeme talebi göndermesi durumunda banka, yalnızca şekli bir inceleme yapacak ve riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmaksızın, derhal ödeme yapmakla yükümlü olacaktır.⁴³⁷ Buna karşın, bankanın riskin doğmadığına ilişkin iddiasını likit deliller ile ortaya koyması durumunda, riskin doğmadığından bahisle ödememe savunması yapılabilmesi mümkündür.

Ödeme talebinde bulunma hakkının oluşması için taraflar bir takım ek şartlar öngörmüş olabilmektedir. Bu durumda, geçerli bir garanti sözleşmesinden doğan riskin gerçekleşmesi durumunda yapılacak olan ödeme talebinin geçerli olabilmesi bu şartları ihtiva eden bir talebin varlığı halinde mümkün olacaktır. Örneğin, taraflar ödeme talebinde bulunmadan önce amire bildirimde bulunulmasını veya bazı belgelerin ödeme talebine eklenmesini öngörmüşler ise bu durumda bu şartlara uymaksızın yapılan ödeme talebinin geçersizliği söz konusu olacaktır.⁴³⁸

⁴³⁶ Bu bağlamda örneğin, banka garantisinin sahte olması durumunda bankanın gerçek iradesi söz konusu olmadığından, banka ödememe savunmasında bulunabilecektir. Sahtecilikle ilgili örnek kararlar için; Y.Y.11.HD. 29.03.1990 tarihli E.1989/5896 ve K. 1990/2664 Sayılı ilamında; “*Dava, teminat mektubu nedeni ile davalıya borçlu olmadığına tespitine ilişkin olup, garanti akdinde borçlu olan banka, sözleşmenin sahtecilik yolu ile oluşturulduğunu ileri sürdüğünden, öncelikle sahtecilik iddiasının incelenmesi gerekir.*”(Lale, s.525-526);

Y.11.HD 19.04.2012 tarihli E.2011/15014 ve K.2012/6378 sayılı ilamında; “*Dava, sahte teminat mektubundan doğan zararın davalı Bankadan tahsiline ilişkin olup, lehdarın davacıya gerçek teminat mektubunu değil de sahte olarak düzenlenen teminat mektubunu vermesine rağmen, davacının bu sahte mektubu ibrazla şube ve genel müdürlükten teyit alması, davalı banka çalışanlarının basiretli bir tacir gibi davranarak tedbirlere başvurmaması halinde davaya konu olan sahteciliğin önlenebileceğinin anlaşılması karşısında davanın kabulüne dair verilen karar isabetlidir.*” (Lale, s.536-537); Y.19.HD. 02.04.2015 tarihli E.2014/8190 ve K.2015/4728 Sayılı ilamında; “*Dava, teminat mektubu alacağının tahsili için davalı banka aleyhine başlatılan takibe yapılan itirazın iptali istemine ilişkin olup, aralarında dava konusu teminat mektubunun da bulunduğu 7 adet teminat mektubunun sahte olarak tanzim edilip davacıya ibraz edilmesi, teminat mektuplarının sahteliğinin basit bir araştırma ile anlaşılabilirliğinin sabit olması, davacının, davalı bankadan teminat mektuplarının teyidini almadan dava dışı bayiye satış yapması karşısında dava konusu olayda davalı bankanın bir kusurundan söz edilemez.*”(Lale, s.542-543)

⁴³⁷ Arkan, s.75.

⁴³⁸ Canaris, s.777.

Ayrıca, ödeme talebinde bulunulabilmesi için taraflar belirli bir süre kararlaştırmış olabilir. Bu durumda, kararlaştırılan azami süreden önce yapılan ödeme talebi veya belirlenen en geç süreden sonra yapılan ödeme talebi geçersiz olacağından bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır.⁴³⁹

Uygulamada lehdar garanti konusu riskin ortaya çıktığını yazılı olarak garantör bankaya beyan ederek kendisine ödeme yapılmasını talep eder.⁴⁴⁰ Ödeme talebinin içeriğinde, ödeme talebine konu garanti sözleşmesinin bilgileri ve amirin birden fazla borcuna ilişkin verilen bir garanti olması durumunda hangi borçtan ötürü ödeme yapılmasının istendiğinin açıkça belirtilmesi gerekir.⁴⁴¹ Ödeme talebi, bu konuda yetkili kişi veya kişiler tarafından yapılmalıdır. Bu kapsamda, lehdar ödeme talebinde bulunabileceği gibi, başkasını bu konuda yetkilendirmiş ise bu kişi de ödeme talebinde bulunabilecektir.⁴⁴² Bununla birlikte, ödeme talebinin garanti sözleşmesinde belirlenen garantör bankaya yöneltilmesi gerekmektedir.⁴⁴³

Ödeme talebinin şekli ve içeriğine ilişkin garanti metninde yer alan özel hükümler var ise, bu hükümlere uyulmadan yapılan ödeme talepleri karşısında banka, ödeme talebinin şekle aykırılığı nedeniyle ödeme yapmaktan kaçınmalıdır.⁴⁴⁴

Lehdar tarafından ödeme talebinde bulunulması bazı durumlarda amaca aykırılık teşkil edebilir. Bu kapsamda, garanti ile teminat altına alınmayan bir riske bağlı olarak ödeme talebinde bulunulması, ödeme talebinde bulunulduğu anda henüz teminat altına alınan riskin gerçekleşmemiş olması veya garanti edilen riskin gerçekleşmesi imkanının bulunmaması halleri sayılabilir.⁴⁴⁵ Bankanın, ödeme

⁴³⁹ Kleiner, s.213

⁴⁴⁰ Ekici ve Durukanoğlu, s.154.

⁴⁴¹ Ekici ve Durukanoğlu, s.235; Y.11.HD. 28.10.2003 tarihli E.2003/3378 K. 2003/10059 sayılı ilamında; *“..buna göre öncelikle davacı idare verilen her bir teminat mektubunun karşıladığı riskin, miktarının ve tarihinin farklı olduğu, gerek paraya çevirme talebinde gerek ise açılan davada istenilen meblağın hangi teminat mektubu riskinden doğduğunun açıklanmadığı gözetilerek, davacıdan davaya konu meblağın hangi teminat mektubu riskinden kaynaklandığının açıklattırılarak buna göre sonuca gidilmesi gerekirken, bu hususun dikkate alınmaksızın ilk talep tarihinden faiz yürütülmesine de karar verilmesi doğru görülmemiştir..”* (www.kazanci.com.tr) ; Y.11.HD 22.10.2012 tarihli E.2011/9238 ve K.2012/16721 sayılı ilamında; *“Dava, teminat mektubu tutarının tahsili istemine ilişkin olup, teminat mektubunun tazmini talebinde, muhatabın mutlaka, lehdarın teminat mektubu yükümlülüğünü yerine getirmediğini belirtmesi gerekir. Yoksa muhatabın bankaya yazdığı rizikonun gerçekleştiği açıklamasını içermeyen soyut yazı, tazmin istemi için yeterli değildir.”*(Lale, s.574)

⁴⁴² Canbolat, s.190.

⁴⁴³ Kleiner, s.213; Ekici ve Durukanoğlu, s.154.

⁴⁴⁴ Büsser, s.267.

⁴⁴⁵ Büsser, s.420; Reisoğlu, Banka Teminat, s.51; Alman Mahkemesi, teminat altına alınmayan riske dayalı olarak ödeme talebi gönderen lehdarı hakkını kötüye kullandığı gerekçesi ile reddetmiştir.

talebinin amacı dışında yapıldığına ilişkin savunması, garanti sözleşmesinin muhteviyatından doğan bir itirazdır.⁴⁴⁶ Bununla birlikte, amaca aykırılık itirazına konu olan vakıa, amirin temel ilişkiden kaynaklanan def'i ve itirazlarından doğmuş olabilir. Başka bir anlatımla, bankanın itiraz hakkı ödeme talebinin amacına aykırı olmasından kaynaklandığından, temel ilişkiye ait itiraz ve def'ileri ileri sürememe ilkesine aykırılık teşkil etmez. Bu nedenle, banka, amirin bu itirazı ileri sürmesini beklemeden, ödeme talebinin amaca aykırılık teşkil ettiğini likit deliller ile ispat ederek ödeme yapmayı reddedebilir.⁴⁴⁷ Zira, ödeme talebinin amaca aykırılığı, garantörün garanti sözleşmesinden doğan itirazları arasında sayılmaktadır.⁴⁴⁸ Son olarak, ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması ilkesine aykırılık oluşturabilir. Bu durum, temel ilişkiden doğan def'i ve itirazların banka tarafından ileri sürülememesi ilkesinin bir istisnasını teşkil etmekte olup, bankaya garanti ilişkisinin kendisinden doğan bir itiraz hakkı tanımaktadır.⁴⁴⁹ Hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Bu nedenle, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelen vakıaların garanti sözleşmesinden veya temel ilişkiden doğmasının bir önemi yoktur.⁴⁵⁰ İki durumda da banka, hakkın kötüye kullanılması itirazını garanti sözleşmesinin tarafı olarak ileri sürme hakkına sahiptir. Burada, ödeme talebinin amaca aykırı olarak yapılması durumunda olduğu gibi garantör kendisine ait bir itiraz hakkını ileri sürmekte olup,

Zira, uyumsuzluk konusu olayda avans garantisi belirli bir ithalat işlemi için yapılan ön ödemeye ilişkin verilmiş, fakat lehdar ödeme talebini başka bir ön ödeme ilişkisine dayanarak talep etmiştir. (Nielsen / Neilsen, German Bank Guarantee, s.210, dipnot no.140'dan); Y.11.HD. 13.07.2006 tarihli E.5589 ve K.8345 Sayılı ilamında; *".. Teminat mektubunda yazılı riskten dolayı değil de , mektup ile bankanın garanti altına almayı taahhüt etmediği bir riskten dolayı mektubun paraya çevrilmesi istendiği hususu, davacı muhatabın dilekçeleri ile yani likit deliller ile kanıtlanmış bulunmaktadır. Mahkemece bu gerekçeler ile davanın reddine karar verilmesi gerekirken..."* (Lale, s.146-150); Y.15.HD. 02.10.2013 tarihli E.2012/6732 K.2013/5356 Sayılı ilamında; *"..c)Garanti altına alınan riskin gerçekleşmemesinin kesin olarak tespit olunması durumunda banka ödemedi kaçınılabilir..."* (Lale, s.158-163)

⁴⁴⁶ Canbolat, s.192.

⁴⁴⁷ Büsser, s.448-449.

⁴⁴⁸ Kleiner, s.198; Y.11.HD. 09.02.1988 tarihli E.1987/7787 ve K.1988/629 Sayılı ilamında; *".. Ancak şurası unutulmamalıdır ki davacı banka garanti sözleşmesiyle bağımsız bir yükümlülük altına girmekle beraber, kendisi de garanti akdinin akidi ve borçlusu durumundadır ve her sözleşmede olduğu gibi garanti akdinde de borçlu banka bu sözleşmenin sahtecilik yoluyla oluşturulduğunu, bu nedenle hiç doğmadığını, hata veya hileye maruz bırakıldığını, teminat mektubu ile garanti altına alınan ilişkinin hiç doğmadığını veya bu gibi kendisine ait def'ileri ileri sürerek teminat mektubu ile yükümlendiği edimlerden kurtulması mümkündür."* (Reisoğlu, s.65)

⁴⁴⁹ Kleiner, s.201; Reisoğlu, Banka Teminat, s.64.

⁴⁵⁰ Schwank, s.38.

vakıa temel ilişkiden doğsa dahi garantörün, amirin itiraz hakkından bağımsız ve asli bir itiraz hakkı söz konusu olacaktır.⁴⁵¹

4. Garanti Sözleşmesinden Doğan Def'iler

Banka garanti sözleşmesinin muhteviyatından doğan def'iler, zamanaşımı def'i ve erteleme def'i olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu def'ilerin varlığı halinde banka, garanti sözleşmesinden doğan def'i hakkını ileri sürerek ödemedi kaçınabilecektir.

a. Zamanaşımı Def'i

Zamanaşımı, belirli bir sürenin geçmesi halinde alacaklının dava ve takip imkanını yitirmesine neden olan bir def'i hakkıdır. Diğer bir anlatımla, borcun muacceliyetinden itibaren belirli bir sürenin geçmesi halinde, borçlunun ileri sürmesi ile alacaklının açmış olduğu davanın reddine ve borcun eksik borç haline dönüşmesine neden olan def'i hakkıdır.⁴⁵² Hakim, zamanaşımı def'isini re'sen nazara almaz. Bu nedenle, bir alacağın zamanaşımına uğradığının ileri sürülmesi gerekir.⁴⁵³

Garanti sözleşmeleri için kanunda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmemiştir. Bu nedenle, kanunda yer alan genel zamanaşımı hükümlerine tabi olacağı kabul edilmektedir.⁴⁵⁴ Bu bağlamda, kural olarak garantiden doğan alacağın muaccel olmasından itibaren on yıllık genel zamanaşımı süresi nazara alınacaktır. Zamanaşımı def'inin kapsamı belirlenirken banka garanti sözleşmelerinin süreli olarak düzenlenip düzenlenmediği ve hükümsüzlük kaydı içerip içermediği gibi hususlar değerlendirilmelidir.

⁴⁵¹ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s. 205; Reisoğlu, Banka Teminat, s.294; Somuncuoğlu, s.173; Y.11.HD. 25.10.2010 tarihli E.2009/3511 ve K.2010/10747 Sayılı ilamında; *"..Öte yandan muhatabın talebinin haksız olduğunu dürüstlük kuralı ile (MK m.2) bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın "ilk talepte" kaydına rağmen muhataba ödeme yapmaktan kaçınılması gerekir.."*(Lale,s.154-155); Y.11.HD. 21.09.2004 tarihli E.2003/12386 ve K.2004/8668 Sayılı ilamı (karar hakkında bir değerlendirme için bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s.185-188.)

⁴⁵² Eren, s.1281

⁴⁵³ Von Tuhr ve Escher, s.161-162; Oğuzman ve Öz, s.446.

⁴⁵⁴ Büsser, s.357; Arkan, s.73; Both ve Stoyanov, s.1263.; Ekici ve Durukanoğlu, s.138.

Belirli bir süre öngörölmüş garantilerde, süresi içerisinde riskin doğmamış olması veya riskin süre içerisinde doğmuş olmasına rağmen lehdarın, garanti süresi içerisinde bankaya başvurmamış olması durumlarında garanti borcu sona ermektedir. Lakin burada ikili bir ayırım yapılmalıdır.⁴⁵⁵ Eğer garanti sözleşmesi hem bir süre öngörüyor hem de hükümsüzlük kaydı içeriyorsa, süre içerisinde lehdarın risk gerçekleşmesine rağmen ödeme talebinde bulunmaması garanti borcunu sona erdirir.⁴⁵⁶ Bu durumda bozucu bir şart gerçekleşmiş olduğundan alacak sona erer ve banka zamanaşımı def'ini ileri sürmesi gerekmeksizin borçtan kurtulur. Buna karşın, garanti sözleşmesi bir süre öngörmesine rağmen hükümsüzlük kaydı içermiyor ise bu durumda riskin süre içerisinde doğmuş olması şartıyla lehdar, süresi içerisinde ödeme talebinde bulunmamış olsa dahi bankanın sorumluluğu genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre boyunca devam edecektir.⁴⁵⁷ Sürenin bitiminden sonra yapılacak ödeme talebine karşı banka zamanaşımı def'ini ileri sürerek ödemedi kaçınılabilir.

Garantinin geçerliliğinin herhangi bir süreye bağlanmamış ve garantör sorumluluğunun riskin gerçekleşmesinden itibaren genel zamanaşımı süresince devam ettiği garantiler, süresiz garantilerdir.⁴⁵⁸ Süresiz banka garantilerinde zamanaşımı süresinin başlangıç tarihi önem arz etmektedir. Zamanaşımı, alacağın muaccel olması ile başlar. Muacceliyeti bildirimle ilgili borçlar için bildirim yapılabileceği tarih, zamanaşımının başlangıç tarihi olarak kabul edilecektir.⁴⁵⁹ Bu durumda, riskin ortaya çıkması ile kural olarak lehdar ödeme talebinde bulunabileceğinden, riskin gerçekleşme tarihi nazara alınmalıdır. Belirtmek gerekir ki, ödeme talebi tarihi, her zaman ödeme talebinin yapılabileceği tarih olmayabilir. Başka bir anlatımda, riskin doğup ödeme talebinin yapılabileceği imkanı olmasına

⁴⁵⁵ Çalışmamızın “garantinin süresi bakımından çeşitleri” başlığı altında ayrıntılı olarak incelenmiştir.

⁴⁵⁶ Kahyaoğlu, s.106; Y.11.HD. 30.04.2001 tarihli E.2010 K.3690 (Lale, s.268); Y.11.HD. 11.04.2016 tarihli E.2016/ 3458 K.2016/ 3930 (www.yargitay.gov.tr)

⁴⁵⁷ Y. 11.HD. 24.12.2010 tarihli E.11390/K.13147 Sayılı ilamında; “..Davaya konu edilen vadeli olarak düzenlenmiş teminat mektubunda “vade içerisinde bankaya başvurma koşulu” getirilmediği için, teminat mektubu ile teminat altına alınan rizikonun vade tarihine kadar gerçekleşmesi şartı ile vade tarihinden itibaren on yıllık zamanaşımı süresi içinde davacının davalı bankaya başvurma hakkı bulunmaktadır.” (Lale, s.703-704)

⁴⁵⁸ Tekinalp,s.376 ; Reisoğlu, Banka Teminat, s.151, 389 ; Kahyaoğlu, s.124-125; Barlas, s.90; Doğan, Banka Teminat, s.614.

⁴⁵⁹ TBK mad.149 - Zamanaşımının başlangıcı

Zamanaşımı, alacağın muaccel olmasıyla işlemeye başlar.

Alacağın muaccel olmasının bir bildirimle ilgili olduğu hâllerde, zamanaşımı bu bildirimin yapılabileceği günden işlemeye başlar.

karşın, lehdar ödeme talebini daha sonraki bir tarihte yapmış olabilir. Bu durumda, ödeme talebinin yapıldığı değil, ödeme talebinin yapılabileceği şartların oluştuğu tarih esas alınarak zamanaşımı tarihi hesaplanmalıdır.⁴⁶⁰ Aksi halde, süresiz banka garantileri ile banka öngörülemez bir sorumluluk altına girmiş olacaktır.

“İlk talepte” ödeme kaydı içeren banka garantilerinde zamanaşımının başlangıç tarihi konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, banka garanti sözleşmesinin keşide tarihi zamanaşımı süresinin başlangıcı olarak kabul edilmelidir.⁴⁶¹ Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, keşide tarihinde riskin henüz doğmadığı kabul edildiğinden zamanaşıma tabi olacak muaccel bir alacak söz konusu olmayacaktır.⁴⁶²

Sonuç olarak, süreli veya süresiz bir banka garantisinden doğan ve zamanaşımına uğrayan bir alacağın talep edilmesi durumunda banka, zamanaşımı def’ini ileri sürerek ödemedi kaçınabilecektir.

b. Erteleme Def’i

Banka garantisinin tarafları aralarında anlaşarak ödeme talebinin zamanını uzatmak suretiyle ödeme yapılmasını erteleyebilirler. Böyle bir anlaşmanın varlığı halinde, lehdarın ödeme talep etmesi karşısında banka, erteleme def’ini ileri sürerek ödemedi kaçınabilecektir.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Y.11.HD. 10.11.2015 tarihli E.2014/ 16685 K. 2015/ 11819 Sayılı İlamında; “...*Vadesiz teminat mektuplarında zamanaşımı bu tür ilişkiler için yasalarda ayrı bir zamanaşımı öngörülmediğinden on 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.*” (www.yargitay.gov.tr); Y.11.HD. 24.09.2010 tarihli E.8698 K.9161 Sayılı ilamında; “*Teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğinde olup, BK’nun 125. Maddesine göre on yıllık zamanaşımı süresine tabidir ve zamanaşımı riskin doğduğu tarihten başlar.*” (Lale, s.699); Y.11. HD. 27.05.2013 tarihli E.955/K.10925 Sayılı ilamında; “*..teminat mektuplarında riskin gerçekleştiği anda tazmin yükümlülüğü muaccel olur ve zamanaşımı süresi de borcun muaccel olduğu bu tarihten başlar.*”(Lale, s.705); Y.11.HD. 30.04.2014 tarihli E.1806/K.8136(Lale, s.705-706)

⁴⁶¹ Sıtkı Akyazan, “Banka Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, **Batider**, 1975, Cilt:VIII, Sayı:1, ss.1-13, s.11.

⁴⁶² Reisoglu, Banka Teminat, s.389; Canbolat, s.199; Ekici ve Durukanoğlu,s.140; Kahyaoğlu, s.125; Y.11.HD. 06.04.2010 tarihli E.2008/11976 ve K.2010/3844 tarihli ilamında; “*..Somut olayda davalı yanın teminat mektuplarının keşide tarihinden itibaren 10 yıllık süreyi başlatarak zamanaşımı def’inde bulunduğu anlaşılmaktadır. Oysa, YHGK’nun 27.10.1982 tarih ve 11-1915/865 sayılı ilamında belirtildiği üzere vadeli teminat mektuplarında zamanaşımının vade tarihinden başlayacağı ve BK’un 126/I de kastettiği anlamda periyodik bir eda da söz konusu olmadığından, zamanaşımı süresi BK 125 nci maddesinde yazılı 10 yıldır...*”(Lale, s.695-698)

⁴⁶³ Büsser,s.357.

Bu def'i hakkı garanti sözleşmesine bağlı borcun ödenmesinin ertelenmesiyle ilgilidir. Dolayısıyla, temel ilişkiden doğan ve garanti ile teminat altına alınan bir edimin amir ile lehdar arasında yapılacak bir anlaşma ile ertelenmesi, doğrudan garanti üzerinde etkili olmaz.⁴⁶⁴ Banka garantileri bağımsız fakat temel ilişkiye illiyet bağı ile bağlı sözleşmeler olduğundan, amirin temel sözleşmeden doğan ediminin ifasının ertelenmesini kararlaştırdıktan sonra, bankadan garanti bedelinin ödenmesinin talep edilmesi hakkın kötüye kullanımı anlamına gelebilecektir.⁴⁶⁵ Bu durumun banka tarafından likit delillerle ispatlanması durumunda dürüstlük kuralı gereğince lehdarın talep hakkının, temel ilişkiden doğan teminat altına alınan edimin ertelenme süresince ertelenmiş kabul edilmelidir. Yine de, belirtmek gerekir ki temel ilişkiden doğan itiraz ve def'ilerin garanti ilişkisinde hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilmesi ancak istisnai hallerde mümkündür.⁴⁶⁶

II. ÖDEME TALEBİNİN KÖTÜYE KULLANILMASI NİTELİĞİNDE OLDUĞU SAVUNMASI

A. Genel Olarak Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Hakların kullanılmasında uyulması gereken bir kural vardır ki bu Türk Medeni Kanunu'nun ikinci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Bu hüküm gereğince, hakların kullanılması ve borçların ifa edilmesinde herkesin dürüst davranması gerekir. Bununla birlikte, dürüst davranma ilkesinden doğan bir diğer ilke ise hakların kötüye kullanılmasının hukuk düzenlerince korunmayacağı

⁴⁶⁴ Both ve Stoyanov, s.1264.

⁴⁶⁵ Kozolchyk, s.41.

⁴⁶⁶ Hakkın kötüye kullanılması kurumu ileride ayrıntılı olarak incelenecektir.

ilkesidir.⁴⁶⁷ Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel nitelikli hükümler olup, özel nitelikli hükümler karşısında tali olarak uygulanır.⁴⁶⁸

Hakkın kötüye kullanılması yasağının temelini, hakların amacına aykırı olarak kullanılmaması kaidesi oluşturur.⁴⁶⁹ Tanımdan da anlaşılacağı üzere hakkın kötüye kullanılması halinde, hukuk düzenince tanınan bir hakkın var olması ve bu hakkın amacına aykırı olarak kullanılması gerektiğinden, hakka dayanmayan fiiller ile karıştırılmamalıdır.⁴⁷⁰ Hakkın kötüye kullanılması yasağının dayandırıldığı esas ulusal hukuklara göre değişiklik arz etmektedir. Buna kapsamda, temel olarak üçlü bir ayrıma gidilerek, sübjektif esas, objektif esas ve karma esas görüşleri ileri sürülmüştür.⁴⁷¹ Sübjektif esas görüşü, hakkın kötüye kullanılması esasını, başkasına zarar verme niyetine yani zarar verme kastına dayandırmaktadır.⁴⁷² Buna karşın, objektif esas görüşüne göre zarar verme kastı tek başına yeterli bir kriter değildir ve bu nedenle hakkın kötüye kullanılmasının temelini dış aleme ilişkin esaslara dayandırmak gerekir.⁴⁷³ Lakin, objektif esas kriterlerinin ne olduğu konusunda doktrinde fikir ayrılıkları söz konusudur. Bir görüşe göre, hakkın meşru bir çıkar elde edilmesi için kullanılıp kullanılmamasına göre bir değerlendirme yapılmalıdır.⁴⁷⁴ Diğer bir görüş ise hakkın sosyal ve ekonomik amaçlarına uygun kullanılıp kullanılmamasını esas almak gerektiğini savunmaktadır.⁴⁷⁵ Üçüncü görüşe göre, ahlak kuralları hakkın kötüye kullanılmasının objektif esaslarını belirlemelidir.⁴⁷⁶

⁴⁶⁷ M.Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 17.Bası, İstanbul, 2011, s.244; August Egger, **Zürcher Kommentar- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Band-I: Einleitung und Personenrecht(Art.1-89 ZGB), Zürich, 1930 – Nachdruck:1978, s.23 ; Peter Tuor, Bernhard Schnyder ve Jörg Schmid, **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 11.Auflage, Zürich, 1995, s.48; Andreas B Schwarz, **Medeni Hukuka Giriş** (Çeviren: Hıfzı Veldet), İstanbul, 1942, s.193; Hans Merz, Berner Kommentar, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Einleitung(Art.1-10 ZGB), Bern, 1962- Nachdruck:1966, Art.2 ZGB, s.29 vd.; Jale G. Akipek ve Turgut Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku**, Cilt I: Yeni Medeni Hukuka Uyarkanmış Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, 5.Bası, İstanbul, 2004, s.187.

⁴⁶⁸ Merz, s.239; Schwarz, s.197 vd.; Oğuzman ve Barlas, s.245.

⁴⁶⁹ Oğuzman ve Barlas, s.249; Karş. Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2.Bası, İstanbul, 2006, s.23 vd.; Aytekin Ataay, **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, 3.Bası, İstanbul, 1980, s.420.

⁴⁷⁰ Oğuzman ve Barlas, s.251.

⁴⁷¹ Seyfullah Edis, **Medeni Hukuka Giriş Ve Başlangıç Hükümleri**, 6.Bası, Ankara, 1997, s.325.

⁴⁷² Edis, s.325; Akipek ve Akıntürk, s.191-192; Ergun Özsunay, **Medeni Hukuka Giriş**, 5.Bası, İstanbul, 1986, s.317.

⁴⁷³ Akipek ve Akıntürk, s.192; Özsunay, s.317; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, Cilt.I: Umumi Esaslar, 5. Bası, İstanbul, 1956, s.340; Edis, s.326.

⁴⁷⁴ Hamide Topçuoğlu, **Kanuna Karşı Hile**, İzmir 1950, s.231.

⁴⁷⁵ Velidedeoğlu, s.376; Selahattin Sulhi Tekinay, **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, İstanbul 1992, s.177

⁴⁷⁶ Edis, s.325.

Objektif ölçütleri, daha kapsayıcı olarak ele alan son görüşe göre ise, genel bir ölçütün kabul edilmesi yerine her bir olayın şartlarına göre bir tespit yapılması ve bu tespit yapılırken dürüstlük kurallarının esas alınması gerekmektedir.⁴⁷⁷ Sübjektif ve objektif esas görüşlerine karşın, hakkın kötüye kullanımının, her iki esasın da değerlendirilerek tespit edilmesi gerektiğini ileri süren karma görüşe göre⁴⁷⁸ ise, hak sahibinin hakkını kullanırken hem zarar verme kastıyla hareket edip etmediği hem de hakkın başka bir maksatla kullanılması imkanının bulunup bulunmaması hususlarının incelenmesi gerekir.⁴⁷⁹ Bizim de katıldığımız görüşe göre ise, bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın kendi şartları nazara alınarak tayin edilmelidir.⁴⁸⁰ Bu bakımdan, örneğin, zarar verme kastı, hakkın kötüye kullanıldığı yönünde bir kanaatin oluşması bakımından zorunlu unsur değildir.

Türk hukukunda objektif esasın nazara alındığı kabul edilmekte olup, objektif esas kriterlerinden hangisinin benimsendiği ise tartışmalıdır.⁴⁸¹ Kanaatimizce, bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın kendi koşulları göz önünde tutularak değerlendirilmedir. Bu nedenle, bütün kıstasları ihtiva eden genel nitelikli bir dürüstlük kuralı anlayışını benimseyen görüşe katılmaktayız.⁴⁸² Bu bakımdan, bir hakkın kötüye kullanıldığı kabul etmek için hak sahibinin kusurlu olması ya da zarar verme kastının bulunması zorunlu bir unsur değildir. Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanıldığı yönünde ciddi bir kanı oluşturabilecek bazı unsurlar söz konusu olabilmektedir. Örneğin, hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin bulunmaması⁴⁸³, hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı orantısızlığın söz konusu olması⁴⁸⁴, kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak hakkın kullanılması⁴⁸⁵, uyandırılan güvene aykırı davranışta

⁴⁷⁷ Velidedeoğlu, s.334; Edis, s.328; Akipek ve Akıntürk, s.193.

⁴⁷⁸ “Ortalama Görüş” olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Canbolat, s.196.

⁴⁷⁹ Edis, s.326; Akipek ve Akıntürk, s.193.

⁴⁸⁰ Oğuzman ve Barlas, s.252; Edis, s.327.

⁴⁸¹ Örneğin; “zarar verme kastı” kriterini arayan görüş için bkz. Akyol, s.22; Özsunay, s.321; Ataay, s.423; Mustafa Dural ve Suat Sarı, **Türk Özel Hukuku**, Cilt: I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 3.bası, İstanbul, 2006, s.210.

⁴⁸² Oğuzman ve Barlas, s. 252-254; Edis, s.328; Akipek ve Akıntürk, s.180; Canbolat, s.201-202.

⁴⁸³ Merz, s.344; Max Baumann, **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Erster Band, Einleitung-Das Personenrecht, 3.Auflage, Art.1-7 ZGB (Max Baumann/David Dürr/Arnold Marti/Viktor Lieder), Zürich, 1998, s.369; Velidedeoğlu, s.336; Tekinay, s.173; Yar. HGK.19.03.1980 tarihli 6-1101/1420(YKD,1980/9) (Oğuzman ve Barlas, s.255, 304 nolu dipnot)

⁴⁸⁴ Baumann, s.302; Egger, s.35; Edis, s.338; Schwarz, s.197.

⁴⁸⁵ Merz, s.540; Akyol, s.58; Tuor ve Schnyder ve Schmid, s.58-59.

bulunulması⁴⁸⁶ halleri, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin ciddi kanı oluşturabilecek niteliktedir.

Hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık durumunda, TMK mad.2 genel nitelikli bir yaptırım öngörmektedir. Bu hükme göre, hakkın açık ve aşıkâr şekilde kötüye kullanımını hukuk düzeni korumayacaktır. Bir başka anlatımla, hakkını dürüstlük kurallarına aykırı biçimde kullanan kişi, ulaşmak istediği amacı veya elde etmek istediği menfaati hukuki yollardan sağlama imkanından yoksun kalacaktır.⁴⁸⁷ Bu kapsamda, kötüye kullanılan haktan doğan talep veya savunmalar hukuken nazara alınmayacaktır.⁴⁸⁸ Bununla birlikte, bazı özel düzenlemeler ile hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılığa farklı müeyyideler de öngörülmüş olabilir.⁴⁸⁹ Bu durumda, özel nitelikli düzenlemeler öncelikli olarak uygulanacaktır. Kural olarak, hakkın kötüye kullanıldığını iddia eden taraf ispat ile mükelleftir. Buna karşın, dosya kapsamından anlaşılabilecek hususlar bakımından hakim, dürüstlük kurallarına aykırılık durumlarını re'sen nazara alabilecektir.⁴⁹⁰ TMK mad.2 hükmü doğrudan kişiye bir dava hakkı tanımamaktadır. Bu nedenle, doktrinde TMK mad.730 da düzenlenen mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasından doğan talep ve dava hakları, niteliğine uygun düştüğü ölçüde genişletilerek mülkiyet hakkı dışındaki hakların kötüye kullanılması bakımından da kabul edilmektedir.⁴⁹¹ Bu bağlamda açılacak davalar; önleme ve durdurma davası, eski haline getirme davası, menfi tespit davası, hakimin sözleşmeye müdahale etmesi için dava ve tazminat davası olmak üzere beş tanedir.⁴⁹²

⁴⁸⁶ Egger, s.36; Baumann, s.100; Merz, s.400; Edis, s.343; Özsunay, s.326.

⁴⁸⁷ Akipek ve Akıntürk, s.201-202.

⁴⁸⁸ Oğuzman ve Barlas, s.266; Edis, s.331; Akyol, s.107.

⁴⁸⁹ Örneğin, TMK mad.730'da mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasından dolayı bir zarara uğrayan veya zarara uğrama tehlikesi ile karşılaşan kimse bunun ortadan kaldırılması için çeşitli talep haklarına sahiptir. Bu kapsamda zarara uğrayan kimse zararın tazminini talep etme hakkını haizdir.

⁴⁹⁰ Oğuzman ve Barlas, s.267-268.

⁴⁹¹ Edis, s.331; Akipek ve Akıntürk, s.202; Özsunay, s.327; Buna karşın doktrindeki bir diğer görüşe göre ise genel nitelikli hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından "zarar verme kastı" zorunlu unsur olmadığından ve TMK. mad.730'da düzenlenen mülkiyet hakkının kötüye kullanılması için "zarar" unsuru arandığından, genel nitelikli talep haklarının TMK mad.730'a dayandırılması uygun düşmemektedir. Bkz. Oğuzman ve Barlas, s.266-267

⁴⁹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, s.125 vd.

Hakkın kötüye kullanılması yasağının diğer ulusal hukuk düzenlerince nasıl ele alındığının ortaya konulması uluslararası nitelikli uyuşmazlıklarda yasağın uygulanma şartları ve kapsamının tespit edilmesi bakımından önem arz etmektedir.⁴⁹³

Alman hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının temelini BGB mad.242’ de düzenlenen dürüstlük kuralı oluşturmaktadır.⁴⁹⁴ Hakkın kötüye kullanılması somut olay değerlendirilerek tespit edilmektedir.⁴⁹⁵ Gerçekten de, Alman mahkemesinin çoğunlukla objektif esas kriterlerini nazara alma yönünde bir eğilimi söz konusu olsa da bazı uyuşmazlıklarda subjektif esasa ilişkin kriterleri de değerlendirdiği görülmektedir.⁴⁹⁶ Bu bağlamda, aşırı orantısızlık, çelişkili davranış, güvene aykırı olarak hakkın kullanılması gibi durumlar, hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilmektedir.⁴⁹⁷ İspat yükü ise, hakkın kötüye kullanıldığını iddia eden taraftadır.⁴⁹⁸

İsviçre hukukunda, hakkın kötüye kullanılması yasağı ZGB mad.2’de düzenlenmiştir.⁴⁹⁹ Düzenlemede yer aldığı üzere hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuken himaye görmemektedir. Bu bağlamda, objektif esasın kabul edildiği söylenebilir. Bunun sonucunda, zarar verme amacı gibi subjektif kriterlere bağlı olmaksızın somut olaya göre bir değerlendirme yapılacaktır.⁵⁰⁰ Bu kapsamda, hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması, aşırı orantısızlık, çelişkili davranış ve ahlaka aykırı davranışa dayanarak hakkın kullanılması gibi hususlar hakkın

⁴⁹³ Banka garantileri bakımından dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanmasına yönelik karşılaştırmalar ileriki bölümde yapılacak olup, burada yalnızca hakkın kötüye kullanılması kavramının esasına ilişkin ulusal hukuk düzenlemeleri ve uygulamaları ele alınmıştır.

⁴⁹⁴ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.204; Eylem Apaydın, “**The Principle of Good Faith in Contracts: Under the International Uniform Laws Cism, Unidroit Principles and Principles of European Contract Law**”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. www.researchgate.net (20.07.2020), s.19; Schwank, s.38; Melzer, Extend or Pay, s.138.

⁴⁹⁵ Pieck, s.112-113.

⁴⁹⁶ BGH WM 186,1429,1430; BGH WM 1988,934,935; BGH ZIP 2000,2136; BGH NJW 88,2610 sayılı ilamlarında objektif esası temel alarak karar vermiştir.(Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.205); Buna karşın, BGH WM 96, 995, 996. BGH ZIP 2000, 2156, 2158 sayılı ilamlarında ise subjektif kriterleri de değerlendirmiştir.(Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s. 207)

⁴⁹⁷ Apaydın, s.20; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee s.205; Vera Bolgár, “Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine”, 35 **La. L. Rev.** (1975) , ss.1015-1036, s.1029

⁴⁹⁸ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.206.

⁴⁹⁹ Merz, s.228; Both ve Stoyanov, s.1257,1270; Giger, s.45; Dohm, s.112.

⁵⁰⁰ BGE 81 II 413 (Akipek ve Akıntürk, s.191); BGE 104 II 101; BGE 110 II 494; BGE 112 II 11; BGE 113 II 187; BGE 116 II 700 (Oğuzman ve Barlas, s.253, 299 numaralı dipnot)

kötüye kullanılması teşkil edebilecek durumlardan sayılabilir.⁵⁰¹ İspat yükü, hakkın kötüye kullanıldığını iddia eden taraf üzerindedir.

Fransız hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağının temelini *Fransız Medeni Kanunu* mad.1382 ve mad.1383’de düzenlenen dürüstlük kuralı oluşturmaktadır.⁵⁰² Doktrin ve mahkeme uygulamaları ile sözleşmelerden doğan hak ve borçların ifa edilmesinde nazara alınan dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması halinde de uygulama alanı bulacak şekilde genişletilmiştir.⁵⁰³ Buna karşın, hakkın kötüye kullanılmasına esas teşkil edecek kriterlerin belirlenmesinde mahkemeler farklı kıstasları nazara alabilmektedir. Genel anlamda, subjektif esasın kabul edilerek hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için zarar verme kastının bulunması gerektiği yönünde bir eğilim sergilenmiştir.⁵⁰⁴ Bununla birlikte, Fransız mahkemeleri sosyal amaç kriterini yani hakkın kötüye kullanılmasının sosyal adalete aykırılık teşkil edip etmediğini de değerlendirmektedir.⁵⁰⁵

İtalyan hukukunda, hakkın kötüye kullanılması hali tüm sözleşme ilişkileri bakımından geçerli olacak genel bir düzenleme ile hüküm altına alınmamıştır. İtalyan Medeni Kanunu mad.1375 ’de yer alan dürüstlük kuralının sözleşmelerin ifası ve sözleşmesel hakların kullanılması bakımından da geçerli olduğu kabul edilmiştir.⁵⁰⁶ Ayrıca İtalyan Medeni Kanunu’nun 833. Maddesinde mülkiyet hakkının salt zarar verme kastı ile kullanılması durumunda bu kullanımın hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin bir hüküm de bulunmaktadır.⁵⁰⁷ Bu

⁵⁰¹ Egger, s.35, 36; Baumann, s.100, 302; Merz, s.540; Tuor ve Schnyder ve Schmid, s.57-59.

⁵⁰² Michael Byers, “Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age”, (2002) 47 **R.D. McGill** 389, ss.389-431. www.researchgate.net (12.07.2020), s.392; Apaydın, s.21.

⁵⁰³ Bolgár, s.1021; Byers, s.392; Neilsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.209.

⁵⁰⁴ Vasseur, s.248; Byers, s.392; Kozolchik, s.38-39; Bolgár, s.1021’den naklen; “*In the Affaire Clement-Bayard the Court of Cassation had no difficulty in finding abuse of the right of property since the owner of a field adjacent to the hangar for zeppelins used by Messrs. Clement-Bayard erected a wooden structure topped with metal spikes for the purpose of impeding the operations of the zeppelins.*” (Davaya konu olaya mülkiyet hakkı sahibinin, zeplin hangarı olarak kullanılan yerin yakınındaki arazisine, zeplin şirketini zarara uğratmak ve zeplinlerin havalanması engellemek için uzun metal çubuklar diken mülk sahibinin mülkiyet hakkını kötüye kullandığına karar verilmiştir.) ; Benzer yönde. Paris, December 2, 1871, D.P.III.1873.2.185; Trib. Civ. Draguignan, May 17, 1910, D.P.1911.2.133; Req., December 26, 1893, D.P.1895.1.529 (Julio Cueto-Rua, “Abuse of Rights”, 35 **La.L.Rev.**(1975), Sayı:5, ss.965-1013. s.991 88.nolu dipnot)

“Zarar kastı” şartının zorunlu unsur olmadığı yönündeki görüş için bkz. Kozolchik, s.40-41(Gavalda ve Stoufflet, La Lettre De Garantie Internationale, 1981,Revue Trimestrielle De Droit Commercial Et De Droit Economique 1, 1-3)

⁵⁰⁵ Bolgár, s.1020.

⁵⁰⁶ Cueto-Rua, s.987, 997.

⁵⁰⁷ Byers, s.393-394; Özsunay, s.318; Ferit H. Saymen, “Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimalı”, **İÜHFM** 1946, s.1129-1151, s.1136-1137.

hükümde “zarar verme” kastı arandığından, sübjektif esasın kabul edildiği çıkarımında bulunmak yanlış olmayacaktır.

Hollanda hukukunda 1992 yılında yürürlüğe giren Medeni Kanun’un 13. maddesinde hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlemiştir. Düzenlemeye bakıldığında, hakkın kullanılmasında başkasına zarar verme kastıyla hareket eden hak sahibinin bu eyleminin hakkın kötüye kullanılması veya hakkın kullanım amacı ile sebebiyet verdiği zarar arasında aşırı ölçüsüzlük bulunması halleri gibi sübjektif kıstasların kabul edildiği görülmektedir.⁵⁰⁸ Söz konusu düzenleme yürürlüğe girmeden önce de Hollanda mahkemelerinin içtihatlarında hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin verilen kararlar mevcuttur.⁵⁰⁹

İngiliz hukuku, mahkeme içtihatları ile oluşmuş ve kodifikasyonun sınırlı sayıda olduğu bir hukuk sistemini benimsemiştir. Bu nedenle, genel nitelikli dürüstlük kurallarını hüküm altına alan bir düzenleme bulunmamaktadır.⁵¹⁰ İngiliz mahkemeleri, dürüstlük kuralına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılması durumlarını çok sınırlı hallerde kabul etmektedir. Gerçekten de, mahkemeler, sahip olunan hakkın başkasına zarar verme kastına yönelik kullanılması halinde dahi eylemin kendisinin hukuka aykırı olmaması durumunda hak sahibinin mesul tutulmaması eğilimindedir.⁵¹¹ Buna karşın, kamu düzenine aykırılık arzeden bazı durumlarda hakkın kötüye kullanılmasının korunmaması yönünde kararlar da vermiştir.⁵¹² Hakkın kötüye kullanılmasının varlığının tespitinde nazara alınan kriterler mahkemeden mahkemeye farklılık arzedeabilmektedir.

⁵⁰⁸ Byers, s.395.

⁵⁰⁹ Byers, s.395, 15 nolu dipnot.

Davaya konu olayda iki mülkiyet alanı arasındaki ortak alanda mülkiyet sahiplerinden biri tarafından yüksek bir duvar inşa edilmiştir. Ortak alanlarda belli bir yüksekliği aşan duvarlar için diğer mülk sahiplerinin izninin arandığı yerel hukuk düzenlemesi bulunmaktadır. Uyuşmazlık Amsterdam yerel mahkemesinde duvarı inşa eden mülkiyet sahibi lehine sonuçlandıktan sonra Hof van Holland mahkemesi önüne gelmiştir. Mahkeme söz konusu yerel düzenlemeyi nazara almanın yanı sıra kararda “kesin delillerle zarar verme amacının bulunması durumunda bu eylemin hukuk tarafından himaye edilmeyeceği” hususu da zikredilmiştir. Bu bakımdan karar, hakkın kötüye kullanılmasında Hollanda mahkemelerinin eğiliminin değerlendirilmesi açısından da önem arz etmektedir. (Karar için bkz. Cueto-Rua, s.980, 65 nolu dipnot)

⁵¹⁰ Apaydın, s.15; Byers, s.395; Saymen, s.1130.

⁵¹¹ Örneğin; *Mayor, Aldermen and Burgesses of the Borough of Bradford v. Edward Pickles* davasında mahkeme, arazisinde bulunan ve şehrin temel su kaynağı olan akarsu yoluna setler kurarak, şehrin su kaynağına erişimini engellemek suretiyle arazilerinin yüksek fiyata satın almasını sağlamak amacıyla şehre zarar verme kastıyla mülkiyet hakkını kullanan malik Pickles lehine karar vermiştir. (Davanın özeti ve ayrıntılı yorumu için bkz. Cueto-Rua, s.967-968) ; Saymen, s.1131-1132; Gorton, s.248.

⁵¹² Saymen, s.1131; Mugasha, s.537;

B. Garanti İlişkisinde Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Ulusal hukuklarda düzenlenen veya içtihatlarla geliştirilen hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel bir prensip olarak tüm sözleşme ilişkilerinde nazara alınır. Bu kapsamda, bir garanti sözleşmesinden doğan hukuki ilişki bakımından da tarafların sözleşmeden doğan haklarını kötüniyetli olarak ileri sürmelerini hukuk düzeni korumayacaktır. Bu bağlamda, garanti bedelinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edilmesi halinde garantör bankanın, bu kötüye kullanımı ileri sürerek ödemedi kaçınmasının mümkün olacağı doktrinde kabul görmektedir.⁵¹³ Bununla birlikte, doktrinde hakkın kötüye kullanılması ile hileli işlem⁵¹⁴ ayrımının da yapıldığı görülmektedir.⁵¹⁵ Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması için karşı tarafı kandırma kastı aranmamakla birlikte, hileli işlemler bakımından bu kastın varlığının gerekli olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması yasağının, banka garantilerinde uygulama biçimleri ve şartları ulusal hukuklara göre farklılıklar göstermektedir. Buna karşın, Uluslararası düzenlemelerde ise hakkın kötüye kullanılması yasağı ve hileli işlemler bakımından açık hükme yer verilmesinden kaçınılmış olup, bu prensiplerin uygulanma şartlarının ulusal hukuk alanına bırakılması tercih edilmiştir.⁵¹⁶

Türk hukuku ve İsviçre hukuku bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağı, Medeni Kanunu'nun ikinci maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralı kapsamında değerlendirilmekte olup, banka garantileri bakımından da uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir.⁵¹⁷ Alman hukukunda ise banka garantileri kapsamında hakkın kötüye kullanılarak talep edilmesi durumunda, dürüstlük ilkesini düzenleyen BGB mad.242 hükmünün uygulanacağı kabul görmektedir.⁵¹⁸

⁵¹³ Kleiner, s.201 vd.; Büsser, s.367

⁵¹⁴ İng. “*Fraud*” olarak ifade edilmektedir.

⁵¹⁵ Kozolchyk, s.38-41.

⁵¹⁶ Jens Nielsen ve Nicolai Nielsen, “Standby Letters of Credit and the ISP 98: A European Perspective”, 16 **B.F.L.R.** 163. www.thomsonreuters.com (07.03.2019) (Standby Letters), s.181. ; Michelle Kelly-Louw, “International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of Credit”, **George Mason Journal of International Commercial Law 2009-2010 Journal Staff**, ss.72-120. (Fraudulent Calls) www.heinonline.com. (29.10.2018), s.117.

⁵¹⁷ Kleiner, s.202; Dohm, s.111; Giger, s.45; Doğan, Banka Teminat, s.537 vd.

⁵¹⁸ Canaris, s.528; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.204; Schwank, s.38; Bolgár, s.1029; Banka garantilerinin muhteviyatı gözönüne alındığında, BGB mad.242 hükmünün yeterli korumayı sağlayamayacağını zira bu hükmün temelinin “*hile*” hususuna dayandığını, bu nedenle uluslararası

Uluslararası düzenlemelerde hakkın kötüye kullanılması yasağını ve hileli işlemleri⁵¹⁹ düzenleyen açık hükümlerden kaçınılmıştır. UNCITRAL’de bankanın ödeme yapma yükümlülüğüne getirilen istisna haller yer almakta olup zımnen hileli veya haksız ödeme taleplerinin bankanın ödememe savunmasında ileri sürülebileceği kabul edilmiş olsa da, açıkça “*hakkın kötüye kullanılması*” ve “*hile*” sözcüklerinden kaçınılmıştır.⁵²⁰ Birçok düzenlemede ise hukuk dışı işlemler ile hakkın kötüye kullanılması hususları açıkça düzenlemenin dışında bırakılmıştır.⁵²¹ Bu kapsamda, hakkın kötüye kullanılması veya hukuk dışı işlemlerin tespitinde uygulanacak hukuk düzeninin normları esas alınarak değerlendirme yapılması mümkün olacaktır.⁵²²

Çalışmamızın bu kısmında, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının şartları, ulusal ve uluslararası hukuk düzenlerine göre uygulama kriterleri, ispat şartları, farklı ulusal hukuk düzenlerine bağlı olan mahkemelerce hakkın kötüye kullanılması veya hukuk dışı işlemler kapsamında ele alınan tipik dava örnekleri ayrı ayrı incelenecektir. Bununla birlikte, lehdar tarafından hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talep edilmesi karşısında bankanın ödemede bulunmasının hukuki sonuçları ayrıntılı olarak değerlendirilecektir.

1. Ödeme Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Niteliğinde Olduğunun Kabulü İçin Aranılan Ön Şartlar

Banka garanti sözleşmelerinden doğan hakların hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için lehdarın görünürde garanti sözleşmesinden kaynaklanan bir hakka sahip olması lakin gerçekte ise açıkça, dürüstlük kuralı kapsamında bir talep hakkının bulunmaması gerekmektedir.⁵²³ Bu nedenle, talep hakkın kötüye kullanıldığıнын kabulü için bir talep hakkının varlığı ve bu talep hakkının dürüstlük kuralına açıkça aykırı olarak kullanılması şartlarının

bir düzenlemenin kabul edilmesi gerektiğini savunan görüş için bkz. Helmut Coing, “Probleme der internationalen Bankgarantie”, *ZHR* 147 (1983), s.125-144.

⁵¹⁹ *Ing. Fraud.*

⁵²⁰ Kelly-Louw, *Fraudulent Calls*, s.104.

⁵²¹ Örneğin; ISP98’nin 1.05. maddesinde, öne sürülen kötüniyet ve sahtecilik girişimlerine ilişkin savunmaların açıkça düzenleme dışında bırakıldığı belirtilmiştir.; UCP600 kurallarında da bu hususlara hiç değinilmemiştir. (Kelly-Louw, *Fraudulent Calls*, s.76.)

⁵²² Ekici ve Durukanoğlu, s.177,179.

⁵²³ Canbolat, s.213,214.

varlığı gerekmektedir. Belirtmek gerekir ki, farklı ulusal hukuklarda hakkın kötüye kullanılması için gereken şartlar farklılık göstermekle birlikte, genel uygulamada görünürde var olan hakkın açıkça dürüstlük kuralına aykırı kullanılması ön şartının arandığı kabul edilmektedir.⁵²⁴

a. Bir Talep Hakkının Varlığı

Hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için öncelikle bir hakkın varlığı aranmaktadır. Bu bağlamda lehdarın dayandığı banka garanti sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulmuş ve garanti konusu risk gerçekleşmiş olmalıdır.⁵²⁵ Dolayısıyla, garanti sözleşmesinin geçerli şekilde kurulmamış olması durumunda bir hakkın varlığından söz edilemeyeceği için hakkın kötüye kullanılmasından da bahsedilemeyecektir. Benzer şekilde, garanti sözleşmesi ile teminat altına alınan riskin artık gerçekleşmesinin mümkün olmaması durumunda talep hakkı da sona ereceğinden, lehdarın artık var olmayan talep hakkını kötüye kullanması mümkün olmayacaktır. Lehdarın görünürde dayandığı bir talep hakkının bulunmaması ve buna rağmen garanti edilen miktarın ödenmesi talebinde bulunmasının garantinin amacına aykırı bir talep olarak değerlendirilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.⁵²⁶ Buna karşın, belirtmek gerekir ki özellikle mahkeme kararlarında lehdar tarafından amaca aykırı olarak ödeme talebinde bulunulması hususu hakkın kötüye kullanılması kapsamında da ele alınmaktadır.⁵²⁷ Başka bir anlatımla, hakkın kötüye kullanılması ile amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması kurumları arasındaki fark daima çok net olarak ortaya konulmamıştır.

⁵²⁴ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.205; König, s.122; Giger, s.45; Aral, Hukuki İlişki, s.195; Somuncuoğlu, s.173; Statius van Eps ve Steele-Nicholson, s.16; Both ve Stoyanov, s.1279; Vasseur, s.248.

⁵²⁵ Büsser, s.368-369; Canbolat, s.214; Arkan, s.74

⁵²⁶ Çalışmamızda bu iki hususun ayrı olarak ele alındığı sistematik kabul edilmiştir.

⁵²⁷ Çalışmamızın bu bölümünde yer alan “*Garanti İlişkisinde Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Edebilecek Durumlar ve Mahkeme Kararları*” başlığı altında bu hususlar ayrıntılı olarak incelenecektir.

b. Talep Hakkının Açıkça Dürüstlük Kuralına Aykırı Kullanılması

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması için ikinci şart ise lehdarın, garanti ilişkisinden doğan talep hakkını objektif iyiniyet kurallarına göre açıkça aykırı bir şekilde kullanmasıdır.⁵²⁸ Bu bağlamda, örneğin; temel borç ilişkisi bakımından teminat altına alınan edim konusunda talep hakkı bulunmadığını bildiği halde, garantör bankadan ödeme talebinde bulunan lehdarın bu talebi dürüstlük kuralına aykırı olacağından hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilecektir.⁵²⁹

Talep hakkının kötüye kullanılması için lehdarın gerçekte bir talep hakkının bulunmadığını biliyor olması gerekir.⁵³⁰ Bununla birlikte, lehdarın açıkça zarar verme kastının bulunması şartı aranmaz.⁵³¹

Sonuç olarak, banka garanti ilişkilerinde hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı tespiti yapılırken garanti sözleşmesinin hukuki niteliği ve bağımsız bir borç ilişkisi ihtiva etmesi hususları nazara alınarak değerlendirme yapılmalıdır.⁵³² Zira, özellikle ilk talepte ödeme kaydını içeren garantilerde bankanın ödememe savunması oldukça sıkı ve katı kurallara tabidir. Nitekim, garanti ilişkisi kapsamında mahkemelerin aradığı kriterler farklılık arz etmekle birlikte hakkın kötüye kullanılmasının oldukça dar yorumlanarak uygulama alanı bulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁵²⁸ Büsser, s.370; Dohm, s.116; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.205; Melzer, Recent Decisions, s.117; Both ve Stoyanov, s.1279; Giger, s.46.; Aral,Hukuki İlişki, s.195

⁵²⁹ Somuncuoğlu,s.173.; Aral, Hukuki İlişki, s.195.

Hukuk düzenlerinin hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin değerlendirme yaparken esas aldığı kriterler birbirinden farklılık göstermektedir. Bu nedenle, her somut olay kendi içerisinde değerlendirileceğinden, benzer olaylara ilişkin uyumsuzlukların daima hakkın kötüye kullanılması kapsamında sonuçlandırılmayacağını da belirtmek gerekir. Zira, garantinin bağımsızlığı gereği mahkemeler oldukça katı hususların varlığı halinde hakkın kötüye kullanılmasını bir istisna olarak kabul ederek, ödememe savunması içerisinde değerlendirme eğilimindedir.

⁵³⁰ Mugasha, s.515.

⁵³¹ Reisoğlu, Banka Teminat, s.294; Büsser, s.372; Dohm,s.116.; Fransız hukukunda ise Alman, İsviçre ve Türk hukukundaki uygulamadan farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Zira bu tür savunmalar “*fraud*” yani “*aldatma*” başlığı altında yapılabilmektedir. Fransız Medeni Kanunu’nun 1382.maddesi hukuki dayanak olarak gösterilen bu savunmalarda, lehdarın subjektif olarak zarar verme kastının da bulunması şartı aranmaktadır. Nitekim, Fransız mahkemeleri de bu yönde kararlar vermektedir. (Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.183.)

⁵³² Kleiner, s.205.

2. Garanti İlişkisinde Hakkın Kötüye Kullanılması Teşkil Edebilecek Durumlar ve Mahkeme Kararları

a. Genel Olarak

Garanti lehdarının, garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte, dürüstlük kuralı kapsamında temel borç ilişkisi bakımından hakkı bulunmaksızın garantör bankadan ödeme talep etmesi halinde hakkın açıkça kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır. Garanti sözleşmesi kapsamında hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek haller gerek ulusal hukuklarda gerek ise uluslararası metinlerde açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle, hakkın kötüye kullanılması hususunun varlığı her somut olay için mahkeme tarafından belirlenen farklı kriterler ile tespit edilmektedir. Uluslararası düzeyde hazırlanan konvansiyonlar ve draft metinler bilinçli olarak hakkın kötüye kullanılması halini kesin kriterlerle belirlemekten kaçınarak ve tahdidi olmayan örneklendirmelere yer vererek ele almaktadır. Nitekim, UNCITRAL tarafından hazırlanan *Bağımsız Garantilere ve Garanti Akreditiflerine İlişkin Konvansiyon*'un⁵³³ 19.maddesinde “*ödeme yükümlülüğüne ilişkin istisnai haller*” başlığı altında bazı örnekler verilmiş olup buna göre; Lehdarın sunduğu belgenin sahte veya tahrif edilmiş olması, talebin ve talebi destekleyen belgelerin ödeme yapılmasını muaccel kılmaması, yükümlülüğün türüne ve amacına göre talebin makul bir gerekçeye dayanmaması gibi hallerde garantör iyiniyetli olması koşuluyla lehdara karşı ödeme yapmaktan imtina edebilecektir. Görüldüğü üzere, söz konusu düzenlemede hakkın kötüye kullanılması hallerine ilişkin tam anlamıyla bir değerlendirme yapılmamış olup, genel çerçevede hile ve garanti sözleşmesinin amacına aykırı olan ödeme talepleri istisnai hallerden sayılmıştır. Nitekim, Konvansiyon gerek bu sebeple gerek ise dolaylı garanti sözleşmesinin tarafları arasındaki hukuki ilişkiyi tatmin edici olarak ihtiva etmemiş olması nedeni ile eleştirilmiştir.⁵³⁴ Farklı ulusal mahkeme kararlarında hakkın kötüye kullanılması hali çoğunlukla sahte veya tahrif edilmiş belgelerle ödeme talebinde bulunulması halinde ele alınmıştır. Bununla birlikte, bazı

⁵³³ Konvansiyon'un tam metni için bkz. <https://uncitral.un.org>

⁵³⁴ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.212; Schwank, s.32.; Kelly-Louw, Fraudulent Calls, s.104.

mahkeme kararlarında değişken kriterler kapsamında yapılan değerlendirmelerle hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecek farklı hususların da vurgulandığı görölmektedir.⁵³⁵

Son olarak, belirtmek gerekir ki mahkemeler genel anlamda hakkın kötüye kullanılması durumlarını çok istisnai hallerde kabul etmekte olup, bu yönde verilen kararlar genellikle hukuk dışı işlem niteliğinde olan sahte belge veya tahrif edilmiş belge ile ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin uyuşmazlıklarda söz konusu olmaktadır.

b. Lehdarın Garanti Sözleşmesinin Konusunu Oluşturan Edime İlişkin Bir Hakkının Bulunmadığını Kabul Etmesine Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması

Lehdar, garanti altına alınan temel edime ilişkin bir hakkı bulunmadığını kabul etmesine rağmen sonradan ödeme talebinde bulunmuş olabilir. Bu durumda, temel ilişki tarafları arasında yapılan bir sulh anlaşması veya ibra sözleşmesinin varlığı söz konusu olmaktadır. Lehdarın, böyle bir anlaşmanın varlığına karşın garantörden ödeme yapmasını talep etmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir.⁵³⁶ Zira, lehdar çelişkili davranışta bulunarak hakkını suistimal etmektedir. Bununla birlikte, garantör bankanın ödeme yapmaktan kaçınma hakkı, bu iddiasını kesin ve tam olarak ispatlayabilmesi ile mümkün olacağından, yazılı bir sulh anlaşması veya ibraname metni olmaksızın ödeme yapmaktan imtina etmesi garantörün sorumluluğunu doğurabilecektir. Bu nedenle, yazılı bir sulh sözleşmesi veya ibra metni bulunmaksızın bankanın ödeme yapmayı reddetmesi uygulamada sık karşılaşılan bir durum değildir.⁵³⁷

⁵³⁵ Schwank, s.38; Giger, s.45.; Both ve Stoyanov, s.1279.

⁵³⁶ Büsser, s.373; Akyol, s.57; Edis, s.342-343

⁵³⁷ Yargıtay 11 HD. 05.05.2011 E.2009/6627 K.2011/5432 sayılı ilamında; “..Davacının dava dışı satıcı ile yaptığı satım sözleşmesini, mücbir sebep başlıklı 6.maddesine dayanarak tek taraflı feshettiği, yatırdığı avansı da geri çektiği, karşılıklı olarak edimlerin yerine getirilmediği ve 1993 yılından beri akibeti muallakta kalan sözleşmeden 6 yıl sonra teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebinin iyiniyet kurallarıyla bağdaşmadığı, sözleşmenin ifasını akamete olayları nedenleri ile sonuçları dikkate alındığında davacı talebinin haklı olmadığı gerekçesi ile mahkemece davanın reddine dair verilen karar isabetlidir.” Hükmü kurulmuştur. (Lale, s.58-59)

c. Lehdarın Garanti Sözleşmesinin Konusunu Oluşturan Edimin İfası İçin Süre Vermesine Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması

Lehdar, garanti ile teminat altına alınan edimi yerine getirmesi için temel borç ilişkisi kapsamında amire belirli bir süre mehil verebilir. Tanınan bu ek süre kanundan doğabileceği gibi sözleşme çerçevesinde lehdarın kendi iradesiyle de doğabilir. Hukuki nedenine bakılmaksızın böyle bir süre tanındıktan sonra, lehdarın ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır.⁵³⁸ Nitekim, lehdarın süre verdikten sonra bankadan ödeme talebinde bulunması çelişkili davranış olarak kabul edilebilecektir.⁵³⁹ Bununla birlikte, amirin veya bankanın söz konusu mehil iddiasını somut delillerle ispat etmesi gerekmektedir.⁵⁴⁰

d. Lehdarın, Garanti Sözleşmesi Konusu Olayın Gerçekleşmesine Kendi Davranışı Yol Açmasına Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması

Hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilecek bir diğer durum da, lehdarın garanti ile teminat altına alınan riskin gerçekleşmesine kendi davranışlarıyla sebebiyet vermesine rağmen garanti bedelinin ödenmesini talep etmesidir.⁵⁴¹ Temel borç ilişkisinde tarafların birbirine karşı yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kapsamda, garanti sözleşmesinin teminat altına aldığı edimin gerçekleştirilmesi için alacaklı konumundaki lehdarın bazı yükümlülükleri yerine getirmesi kararlaştırılmış olabilir. Böyle bir durumun varlığında, lehdarın yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya kaçınması gereken davranışlarda

⁵³⁸ Reisoğlu, Banka Teminat, s.46; Büsser, s.374; Canbolat, s.225,26.

⁵³⁹ Akyol, s.57 vd.; Edis, s.342,343; Kozolchyk, s.41

⁵⁴⁰ Alman Federal Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta, amir ile lehdar arasında bir inşaat sözleşmesi imzalanmıştır. Amirin, bu sözleşmeden doğan borcu garanti ile teminat altına alınmıştır. İnşaat sözleşmesinde, işe başlama tarihi mayıs/haziran 1990 olarak belirlenmiştir. 13 şubat 1991 tarihinde lehdar, borcun ifa edilmemesi nedeniyle ödeme talebinde bulunacağını amire ihtar etmiştir. Bunun üzerine amir, aralarındaki anlaşmazlık nedeniyle borcun ertelenmiş olduğunu bu nedenle ödeme talebinin haksız olduğu ileri sürerek derhal inşaat sözleşmesini feshettiği açıklamıştır. Lehdar, bankaya ödeme talebinde bulunmuştur. Banka, ödeme talebini, sözleşmenin başlama tarihinin ertelenmiş olması ve sonrasında yapılan fesih nedeniyle reddetmiştir. Mahkeme, lehdarın borcun ertelenmemiş olduğunu veya ilk takside hak kazandığını ispatlama yükümlülüğü altına olmadığına karar vererek, lehdarın hakkını suistimal ettiğine ilişkin iddiaların kesin ve likit delille ispatlanması gerektiği sonucuna vararak, ödemenin yapılması gerektiğine karar vermiştir.(Konig, s.122-123)

⁵⁴¹ Kleiner, s.207-208

bulunması, garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olmuş ise lehdarın garantör bankadan ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır.⁵⁴² Bu durumda, garantör banka ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.⁵⁴³

Garanti konusu olayın meydana gelmesine neden olan davranışta lehdarın kasıtlı olması şart değildir.⁵⁴⁴ Öte yandan, lehdarın davranışı nedeniyle garanti konusu olayın gerçekleşmesi durumu TBK mad.175 kapsamında da değerlendirebilmektedir. Söz konusu hüküm gereğince, sözleşme koşulunun gerçekleşmesine taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmek suretiyle engel olması durumunda o koşulun gerçekleşmiş olduğu kabul edilecektir. Bu hükmün tersi olarak yorumlanması yoluyla, şartın gerçekleşmesinin taraflardan birinin dürüstlük kuralına aykırı davranışıyla sağlanması durumunda, şartın gerçekleşmemiş olacağı sonucuna varılabilir. Bu durumda, teminat altına alınan olay lehdarın engelleyici davranışı ile vuku bulursa bu durumun TBK mad.175 hükmüne de aykırılık teşkil edeceği yorumu yapılabilir.⁵⁴⁵

Yargıtay önüne gelen bir uyuşmazlıkta⁵⁴⁶ taraflar arasında akreditife dayalı satım sözleşmesi kurulmuş ve davalı firmanın talebi üzerine davacının edimi bir Türk

⁵⁴² Büsser, s.375.; Arkan, s.81,82.; Schwank, s.38

⁵⁴³ 1979 yılında Frankfurt am Main Mahkemesi tarafından görülen davada; Banka ile lehdar arasında, makine sevk ve teslimine ilişkin bir performans garantisi düzenlenmiştir. Lehdar, sevkedilen makinelerin neredeyse hepsini kabul etmiş ve çok az bir kısmını reddetmiştir. Daha sonra, performans garantisine istinaden bankadan ödeme talep etmiştir. Amir, lehdarın makinelerin hemen hemen tamamını kabul ettiğini ve reddettiği az sayıda makine için ise lehbara çözüm önerileri sunduğunu yazılı olarak ispat ederek, ödeme talebinin kötüniyetli olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, amirin teminat altına alınan edimini ifası için gerekli çabayı göstermesine rağmen lehdarın ödeme talebinde bulunmasını, lehdarın davranışından kaynaklanan bir ihlal olarak görmüştür. Mahkemenin bu kararı Alman hukukçular tarafından net bir şekilde yorumlanmamış olsa da Alman mahkemesinin bu yaklaşımı, lehdar tarafından hakkın kötüye kullanılması durumuna bir örnek teşkil edebilmektedir. (Kozolchyk, s.47-48)

⁵⁴⁴ Canbolat, s.221; Von Westphalen, s.191; Büsser, s.371 vd.; Dohm,s.115; Karşı yönde; BGH WM 96,995,996 davası kapsamında Federal Alman Mahkemesi'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, lehdarın taahhüt ettiği orijinal mallar yerine korsan mal göndermesi nedeniyle taahhütünü yerine getirmediği gerekçesi ile banka ödemediği imtina etmiştir. Uyuşmazlıkta ikili bir garanti ilişkisi mevcut olup iki ayrı lehdar bulunmaktadır. Mahkeme, korsan mal gönderen ilk lehdar bakımından bankanın ödeme yapmamasını haklı bulmuş, bu malları haberi olmaksızın sevk eden ikinci lehdarın ödeme talebinde bulunmasını ise hakkın suistimali olarak görmemiştir.(Nielsen/Nielsen, German Bank Guarantee, s.207) Bu uyuşmazlıkta da görüldüğü üzere Alman mahkemeleri genellikle lehdarın kötü niyetle hareket etme kastının bulunması şartını aramaktadır. Mahkemelerin bu yaklaşımını eleştiren Nielsen, lehdarın bilgisinde olmasa dahi hileli veya suç teşkil edebilecek fiillerin korunmasına sebebiyet verilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır. (Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.209)

⁵⁴⁵ Büsser, s.374; Canbolat, s.224.

⁵⁴⁶ Yargıtay 19. HD. 21.11.1995 T. ve E. 1995/1770, K.1995/9992 sayılı ilamında; "...Mahkemece taraflar arasındaki sözleşmenin akreditifle ortadan kalktığı, sözleşmenin teminatı olarak verilen teminat mektubunun da bu şekilde hükümsüz kaldığı gerekçesiyle, davanın reddine karar

bankasının garantisi ile teminat altına alınmıştır. Davalı firma, akreditifi süresinde değil de 4 ay sonra açtırmış olduğundan davacı garanti mektubunun hükümsüzlüğüne karar verilmesini istemiştir. Mahkeme, temel ilişkiden doğan def'i ve itiraz kapsamına giren ve davalının davranışı nedeniyle davacının borcunu yerine getiremediğine ve garanti sözleşmesinin hükümsüzlüğüne karar vermiştir. Mahkeme tarafından garanti sözleşmesinin hükümsüzlüğüne yönelik verilen karar *Reisoğlu*⁵⁴⁷ ve *Canbolat*⁵⁴⁸ tarafından eleştirilmiştir. Zira, garanti altına alınan olayın lehdarın davranışları ile gerçekleşmesi durumu, bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinin geçerliliğine etki edecek mahiyette olmayıp, yalnızca lehdarın garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunması halinde hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilecektir.

1985 yılında Alman Detmold mahkemesinde görülen başka bir davada, banka ile lehdar arasında lehdarın, amire yapacağı ön ödemenin iadesine ilişkin bir garanti sözleşmesi düzenlenmiştir. Davacı amir, lehdarın ön ödeme yükümlülüğünü yerine getirmediğini likit delillerle ortaya koyarak, lehdarın garanti bedelinin ödenmesine ilişkin talebinin reddinin gerektiğini iddia etmiştir. Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede, lehdarın kendi yükümlülüğünü yerine getirmediği ve bu yükümlülüğün garanti sözleşmesinin konusunu da oluşturduğu nazara alınarak bankanın, garanti konusunun işlemsel bir dayanağının bulunmadığını farketmesi

verilmiştir. Oysa akreditifin açılması satış sözleşmesini tümünden geçersiz hale getirmez. Çünkü satım sözleşmesinde yalnız alıcı ve satıcı karşılıklı edim üstlenirken, akreditifte devreye bankalar girer ve amir banka ile satıcı arasında ayrı, alıcı ile amir banka arasında ayrı hukuki ilişki doğar. Somut olayda davacı 13.2.1987 tarihli teleksle akreditifin İş Bankası Şişli Şubesi nezdinde açılmasını istemiş, davalı firma da 28.2.1987 tarihli telekste akreditif açabilmek için öncelikle teminat mektubunun ibraz edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Tarafların yazışmasından da anlaşılacağı üzere, teminat mektubu akreditif açılmasının da ön şartı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle teminat mektubunun sadece sözleşmeyi temin ettiğine ilişkin mahkemenin gerekçesi yerinde değildir..". şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. (Uyuşmazlık konusu olayda Türkiye'de ikamet eden davacı X şirket, İran'da ikamet eden GTC firması ile akreditife dayalı satım sözleşmesi kurmuş ve GTC firmasının talebi üzerine bir Türk bankasının garantisini temin etmiştir. GTC firması, akreditifi süresinde değil de 4 ay sonra açtırmıştır. Bunun üzerine, GTC firmasının bu tutumu nedeniyle X firması, akdın ifasının imkânsız hale geldiğini, zarara uğradığını, GTC firmasının banka garantisini paraya çevirme ihtimalinin bulunduğunu, garanti konusu olayın ortadan kalktığını, bu sebeplerle banka garantisinin hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir. Dava üzerine mahkeme, akreditif ilişkisine girildikten sonra temel sözleşme hükümlerine dayanarak bir talepte bulunulamayacağı, garantinin temel ilişkiyi teminat altına aldığını, sözleşmenin akreditif küşat mektubu ile kadük hale geldiğini, dava konusu garantinin bu nedenle karşılık kaldığı ve GTC firmasının kusurlu olduğu gerekçelerine dayanarak garantinin hükümsüzlüğüne karar vermiştir.) (www.kazanci.com.tr)

⁵⁴⁷ Reisoğlu, Banka Teminat, s.298-299.

⁵⁴⁸ Canbolat, s.223-224.

durumunda ödeme yapmama yükümlülüğü altında olduğuna karar verilmiştir.⁵⁴⁹ Bu karar, hem garanti sözleşmesinin illi bir sözleşme olarak değerlendirilmesi açısından hem de lehdarın temel yükümlülüğünü ihlali durumunda ödeme talebinde bulunmasının hakkın suistimali niteliğinde kabul edilmesi açısından önemlidir.

Garanti konusu olayın, üçüncü kişinin fiili nedeniyle gerçekleşmesi durumunda ise ikili bir değerlendirme yapılarak bir sonuca varılmalıdır. Eğer üçüncü kişi ile lehdar arasında bir ilişki söz konusu ise, örneğin; üçüncü kişi lehdarın ifa yardımcısı veya onun adına çalışan taşıyıcı, komisyoncu yahut donatan ise, bu durumda banka, ödeme talebini reddedebilecektir.⁵⁵⁰ Buna karşın, üçüncü kişi ile lehdar arasında bir bağ söz konusu değil ise garantör banka ödeme yapmaktan imtina edemeyecektir.

e. Garanti Edilen Edimin Talep Edilmesi Açıkça Batıl veya Dava Edilemez Olmasına Rağmen Lehdarın Ödeme Talebinde Bulunması

Temel ilişkiyi oluşturan sözleşmenin TBK mad.27 anlamında hukuka ve ahlaka aykırı olması nedeniyle butlan ile sakat ise ve lehdar temel ilişkinin hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyor ise dürüstlük kuralı gereğince, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunamayacaktır. Buna rağmen, lehdarın bankadan ödeme talep etmesi hakkın suistimali niteliği taşıyacaktır.⁵⁵¹ Lehdarın, temel ilişkiye konu edimin hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu bilmemesi durumunda, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmadığı kabul edilmelidir.⁵⁵² Örneğin, uyuşturucu madde sevk ve teslimine ilişkin bir borcun garanti sözleşmesiyle teminat altına alınması durumunda, lehdar bu borcun mahiyetini biliyor veya bilmesi gerekiyor ise bu borcun ifa edilmemesi karşısında lehdarın garanti bedelinin ödenmesini talep etmesi hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşımaktadır. Benzer şekilde, İsviçre hukukunda da temel borç ilişkisinin hukuka ve ahlaka aykırı olması durumunda, lehdarın ödeme talebinin hakkın suistimali kabul

⁵⁴⁹ Kozolchik, s.48-49.

⁵⁵⁰ Canbolat, s.224

⁵⁵¹ Büsser, s.375; Kozolchik, s.25; Both ve Stoyanov, s.1281; Melzer, Recent Decisions, s.197.; Mugasha, s.523-524.

⁵⁵² Mugasha, s.524.; Canbolat, s.224.; Beckers, s.34.

edilerek reddedilmesi mümkün olabilmektedir.⁵⁵³ Alman hukukunda da benzer bir eğilim söz konusu olup hukuka ve ahlaka aykırı borca ilişkin verilen garantiye istinaden ödeme talebinde bulunulması halinde bu talebin hakkın suistimali niteliğinde kabul edileceği yönünde kararlar verilmiştir.⁵⁵⁴

Lehdarın, temel borç ilişkisinin hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu iddia ederek kendi yükümlülüklerinden kaçınması ve böylece sözleşmenin geçersiz olduğunu ileri sürmesi halinde, amirin borcunu ifa etmediği gerekçesiyle bankaya ödeme talebinde bulunması durumunda da açıkça hakkın suistimali söz konusu olacaktır.⁵⁵⁵

Garanti sözleşmesi ile dava edilemez nitelikteki bir borcun teminat altına alınması durumunda da hakkın açıkça suistimali söz konusudur. Örneğin, kumardan doğan bir borcun garanti altına alınması durumunda lehdarın bankaya ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır. Aksinin kabulü halinde, kanunun cevaz vermediği bir borç talebi, garanti yoluyla aşılarak kanunun dolanılması suretiyle talep edilebilir hale gelmiş olur.⁵⁵⁶

Benzer şekilde, temel borç ilişkisinin kurulmasında iradeyi sakatlayan hallerden birinin mevcut olması durumunda da hakkın suistimali söz konusu olabilecektir. Örneğin, satım sözleşmesi kurulurken amirin, lehdarın tehditi altında sözleşmeyi imzalamak zorunda kalması halinde, borcun ifa edilmemesi nedeniyle garanti bedelinin talep edilmesi hakkın kötüye kullanımı niteliği taşımaktadır. Bununla birlikte, lehdarın hile veya tehdit unsurunu bizzat kendisi gerçekleştirmesi şartı aranmamaktadır. Zira, lehdarın amire karşı yapılan hile veya tehditten haberi olmasına rağmen bundan yarar sağlamaya yönelik iradesinin bulunması, hakkın suistimali kapsamında değerlendirilebilecektir.⁵⁵⁷

⁵⁵³ Giger, s.45; Dohm, s.67,74.

⁵⁵⁴ Alman mahkemeleri farklı kriterleri nazara alarak farklı değerlendirmeler yapabilmektedir. Genellikle mahkeme kararlarında lehdarın kötü niyetli olması şartı aranmakta olsa da farklı eğilimde kararlar da mevcuttur. Örneğin; Alman Federal Mahkemesi önüne gelen BGH WM 88,893 sayılı karara konu uyuşmazlıkta, lehdar İran kamu bankası olup, İran'da iş kuran amire güvenli iş kredisi sağlamaktadır. Amirin bu kredi işleminden doğan borcu garanti ile teminat altına alınmıştır. Amirin işletmesi İran devleti tarafından kamulaştırılmıştır. Amirin borcu ifa etmediğini iddia eden lehdar İran bankası, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunmuştur. Federal Mahkeme, Alman Medeni Kanunu'nun 6.maddesini uygulayarak Alman kamu düzenine açıkça aykırı bulduğu bu talebi reddetmiştir. (Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.211-212)

⁵⁵⁵ Büsser, s.376; Kozolchyk, s.49.

⁵⁵⁶ Canbolat, s.226; Mugasha, s.518

⁵⁵⁷ Büsser, s.378; Canbolat, s.227.

f. Garanti ile Teminat Altına Alınan Edimin Objektif Bakımdan Sonradan İmkansızlığı Halinde Ödeme Talebinde Bulunulması

Garanti sözleşmesi, temel borç ilişkisinden bağımsız ve asli bir hukuki ilişki temin etmektedir. Bu nedenle, temel borç ilişkisinin sonradan imkansız hale gelmesi kural olarak garanti sözleşmesinin geçerliliğine etki etmez. Bu bağlamda, garanti sözleşmesi kurulduktan sonra edimin imkansız hale gelmesi durumunda lehdar garanti bedelinin ödenmesini talep etme hakkına sahiptir. Zira, sonradan vuku bulan objektif imkansızlık hali, ödeme talebi hakkının suistimali niteliğinde bir etki yaratmamaktadır.⁵⁵⁸ Bununla birlikte, borcun sonradan imkansız hale gelmesine lehdarın kusurlu davranışı sebebiyet vermiş ise bu durumda kusurun mahiyetinin belirlenmesi gerekmektedir.⁵⁵⁹ Lehdarın kusurlu davranışı, olayın gerçekleşmesinde birincil derecede etkili ve ağır ise lehdarın ödeme talebinde bulunması hakkın suistimali olarak değerlendirilerek, garantör bankanın sorumluluğu genel hükümler çerçevesinde azaltılabilir veya kaldırılabilir.⁵⁶⁰ Kusursuz sonradan imkansızlık durumunda ise garantörün sorumluluğunun doğmuş olacağı kabul edilmektedir.⁵⁶¹ Bununla birlikte, doktrinde kusursuz imkansızlık durumunda amirin temel edim yükümlülüğü son ereceğinden, buna ilişkin mahkemeden bir tespit kararı alınması durumunda bu ilamın bankaya ibraz edilmesi suretiyle garantör bankanın ödeme talebini reddedebileceği görüşü ileri sürülmektedir.⁵⁶² Burada bizimde katıldığımız görüşe⁵⁶³ göre, öncelikle garantinin mahiyetinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, garanti sözleşmesi, borcun imkansız hale gelmesini de teminat altına almakta ise artık lehdarın ödeme talebinin kabul edilmesi gerekecektir. Buna karşın, garanti sözleşmesinde böyle bir klotun bulunmaması durumunda garantörün borcunun da sona erdiğinin kabulü gerekir.

⁵⁵⁸ Büsser, s.376.

⁵⁵⁹ Doğan, Banka Teminat, s.592.

⁵⁶⁰ Seza, Reisoğlu, “Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, **Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı**, 1925-1975, Cilt:I, Ankara 1977, ss.342,343.; Büsser, s.378

⁵⁶¹ Arkan, s.69; Reisoğlu, Garanti, s.169; Canbolat, s.228.

⁵⁶² Doğan, Banka Teminat, s.435. Benzer yönde, Yargıtay 15.HD. 29/06/1977 T. E.1977/971 ve K.1977/1483 sayılı ilamında, temel borç ilişkisinin sonradan kusursuz olarak imkansız olması nedeniyle tarafların borç ve yükümlülüklerinden kurtuldukları ve bu nedenle imkansız hale gelen borcu ihtiva eden teminat mektubunun serbest bırakılması gerektiği tespitine varılmıştır. (Reisoğlu, Banka Teminat, s.59)

⁵⁶³ Reisoğlu, Banka Teminat, s.64; Canbolat, s.229.

3. İspat

Garanti sözleşmesiyle teminat altına alınan edimin ifa edilmemesi nedeniyle lehdarın garantöre ödeme talebinde bulunması açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise garantör banka ödeme talebini reddetmekle yükümlüdür.⁵⁶⁴ Kural olarak, hakkın kötüye kullanıldığına ilişkin ispat yükü amirdedir.⁵⁶⁵ Bu durumda bankanın ilk yapması gereken, ödeme talebinde bulunulduğunu en kısa sürede amire ihbar etmektir. Amir, hakkın kötüye kullanılması iddiasında ise bu iddiasına elverişli bilgi ve belgeleri garantör bankaya ibraz etmekle mükelleftir. Bu belgelerin ibrazının garantör bankaya hangi süreler içerisinde yapılabileceği konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Uluslararası düzenlemelerde bankanın ödeme yükümlülüğünün ne zaman doğacağına ilişkin farklı esaslar kabul edilmiştir. Kural olarak, bankanın ödeme yükümlülüğünün doğmuş olacağı süre içerisinde amirin gerekli belgeleri garantör bankaya ibraz etmesi gerekmektedir.⁵⁶⁶ Zira, banka açık ve objektif suretle ortaya konulan bir delil olmaksızın ödeme yapmaktan imtina edemez.

Lehdarın ödeme talebinin hakkın suistimali niteliğinde olduğunun ispatı katı ispat şartlarına bağlanmıştır. Bu yaklaşım, “*likit delillerle ispat*” kavramının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Likit delillerle ispat kavramı ilk olarak Alman hukukunda ortaya çıkmıştır. Alman mahkeme kararlarında bu kavram çokça yer almakla birlikte kavramın gerek pozitif hukukta gerek ise mahkeme kararlarında tam ve açık bir tanımı yapılmamıştır.⁵⁶⁷ Bu kapsamda, likit delillerin neler oldukları ve hangi süre içerisinde sunulması gerektiği gibi hususlara net bir yanıt verilmemiştir. Alman mahkeme kararlarında ve doktrinde yer aldığı üzere, hakkın suistimalinin ispatı açık⁵⁶⁸, tartışmasız ve/veya yazılı delillere⁵⁶⁹ dayanmalıdır. Alman hukukunda genel

⁵⁶⁴ Kleiner, s.201 vd.

⁵⁶⁵ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.206.

⁵⁶⁶ Bir görüşe göre, bankanın, ödeme talebinden itibaren üç iş günü içerisinde ödeme yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmeli ve ancak bu süre içerisinde amirin gerekli delilleri bankaya ibraz etmesine cevaz verilmelidir. (Von Westphalen, s.212)

⁵⁶⁷ Canaris, s.775; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.206; Von Westphalen, s.195,200.

⁵⁶⁸ “*obvious*” kavramı kullanılmıştır. BGH WM 84,689; BGH WM 88, 934-935 (Nielsen/Nielsen, German Bank Guarantee, s.206, dn.123); BGH WM NJW 94,308 konu davada, Amir ile Lehdar arasında yedek parça teslimine ilişkin bir anlaşma imzalanmıştır. Amir, lehdarın ülkesindeki kamu düzeninden doğan nedenlerle ithalat izin belgesi alamaması nedeniyle parçaların teslimi yapamamıştır. Uyuşmazlık tarafların garanti miktarı konusunda ortaya çıkmıştır. Alman Federal Mahkemesi, “*açıklık*” kriterine yer verdiği kararda, ithalat izin belgesinin verilmemiş olmasının, garanti muhteviyatını ortadan kaldırmaya tek başına elverişli olmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur. (Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.206,dn.124)

kabul gören görüşe göre ispat araçlarının yazılı delil niteliğinde olması gerekmektedir.⁵⁷⁰ Delil olarak kullanılacak yazılı belgelerin lehdar veya lehdar tarafından yetkili kılınmış kişilerce düzenlenmiş olması gerekir. Bununla birlikte, bazı istisnai hallerde uzman görüşleri de delil niteliğinde kabul edilebilmektedir.⁵⁷¹ İhtiyati tedbir kararları ise kural olarak Alman Federal Mahkemesi kararlarıyla da vurgulandığı üzere likit ve elverişli delil olarak kabul edilmemektedir.⁵⁷²

İsviçre hukukunda, hakkın kötüye kullanılmasının garantinin muhteviyatı bakımından da sonuç doğurabilmesi için amire düşen ispat yükümlülüğünün mahiyeti tartışmalıdır. Alman hukukundaki sıkı şartlara nazaran, İsviçre hukukunda farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bir görüşe⁵⁷³ göre, esas davaya ilişkin tam ve kesin ispat şartları, “*likit delil*” kavramının İsviçre hukukundaki tezahürleridir. Bu bağlamda, temel ilişkiye yönelik vakıaların ispatı kesin delillerle mümkün olmalıdır. Diğer bir görüşe⁵⁷⁴ göre ise, “*likit delil*” kavramı İsviçre hukukuna yabancı olup, hakkın kötüye kullanıldığının inandırıcı delillerle ispat edilmesi yeterli olmalıdır.

Türk hukukunda likit delil ile ispat kavramı ilk olarak *Tekinalp* tarafından kullanılmıştır.⁵⁷⁵ Bu kapsamda, likit delil, objektif olarak lehdarın ödeme talebinin dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu gösteren delildir. *Reisoğlu* ise Alman doktrinine yakın bir görüş benimseyerek, likit delillerin yalnızca yazılı delil niteliğinde olabileceğini ve bu belgelerin amir tarafından düzenlenmemiş olması gerektiğini vurgulamıştır.⁵⁷⁶ *Arkan*’a göre ise, likit delillerin daima yazılı delil olması gerekmeyip, hakkın suistimalini konusunda kesin ve yorum gerektirmeyecek derecede güçlü olması yeterli olacaktır. Bu bağlamda, likit delillerin lehdar

⁵⁶⁹ Yetkili kişilerce yapılan yazışmalar, kabul dökümanları, hesap planlamaları, fotoğraflar, ses kayıtları likit delil olarak kabul edilebilmektedir. (OLG Frankfurt WM 83, 575,576; OLG Köln WM 88, 21,23) Buna karşın, yeminli ifade veya amirin beyanları likit delil olarak elverişli görülmemektedir. (Kozolchik, s.47)

⁵⁷⁰ Werner Blau ve Joachim Jedzig, “Bank Guarantees to Pay upon First Written Demand in German Courts”, 23 *Int'l L* 725 (1989). <https://scholar.smu.edu/til/vol23/iss3/10> (03/04/2021), s.728.; OLK Köln WM 88,2619 sayılı davada; yazışma, döküman, kabul belgeleri gibi dökümanların kural olarak lehdar tarafından düzenlenmiş olmasının arandığı vurgulanmıştır. (Von Westphalen, s.195, dn.5); Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.206.

⁵⁷¹ Jens Nielsen, **Bankgarantien bei Aushandelsgeschäften**, Köln 1986, s.110-111.

⁵⁷² BGH ZIP 2000,2156,2159; Bu görüşün temel dayanağı, ihtiyati tedbir kararlarının verilmesi sürecine lehdarın aktif katılımının zorunlu olmaması nedeniyle kendini savunma hakkını kullanmamış olabileceği ihtimalidir.

⁵⁷³ Kleiner,s.231 vd; Dieter Zobl, **Die Bankgarantie im schweizerischen Recht**, Personelsicherheiten- Berner Bankrechtstag 1997, Bern 1997; s.23-53, s.44.

⁵⁷⁴ Dohm, s.162.

⁵⁷⁵ Tekinalp, s.384,385.

⁵⁷⁶ Reisoğlu, Banka Teminat, s.288

tarafından ödeme talebi gönderilmeden önce garantör bankaya ibrazı da nazara alınması gereken hususlardandır.⁵⁷⁷ Canbolat'a göre, garanti sözleşmeleri kapsamında lehdarın ödeme talebinde bulunmasının hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun ispatında açık, inandırıcı ve objektif deliller, likit delil olarak kabul edilmelidir.⁵⁷⁸ Bu kapsamda, mahkeme tespit kararları, resmi daireler tarafından düzenlenen belgeler, bilirkişi raporları, lehdar tarafından imzalanmış makbuz veya kabul belgeleri likit delile örnek verilebilir. Buna karşın, üçüncü kişilerce düzenlenen her türlü belge tek başına likit delil teşkil etmeyebilir. Bu halde, amir başka likit belgeler vasıtasıyla bu delilleri desteklemelidir.⁵⁷⁹ Temel ilişkiden doğan uyumsuzluğa ilişkin sürmekte olan bir tahkim yargılaması söz konusu ise bu hususun banka tarafından ileri sürülebilir olup olmadığına ilişkin olarak Yargıtay 19.HD 04.12.2006 T. E.2006/6503 K.2006/11543 sayılı ilamında⁵⁸⁰; *“Dava konusu teminat mektubunun “kayıtsız şartsız ilk talepte ödeme” kaydını ihtiva etmesine göre, otoyol yapım sözleşmesinin tarafları arasında görülen tahkim davasının sonucunun beklenmesine yönelik davalı savunması yerinde değildir.”* Şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.⁵⁸¹ Yabancı mahkeme veya hakem kararlarının, likit delil teşkil edip etmeyeceği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bizim de katıldığımız görüşe⁵⁸² göre, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının garantör banka tarafından nazara alınması gerekir. Bu bağlamda, mahkeme ve hakem kararlarının lehdarın ödeme talebinin hakkın suistimali niteliği taşıdığına ilişkin likit ispat niteliğinde olduğu ve ihtiyati tedbir kararlarının ise suistimali kuvvetle muhtemel gösteren delil niteliğinde olduğu kabul edilmelidir. Diğer bir görüşe⁵⁸³ göre ise, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının tanıma ve tenfiz kabiliyeti olmaksızın doğrudan kesin ispat aracı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda, yabancı mahkeme ve hakem kararlarının likit delil kapsamına dahil olmayacağı ve verilen ihtiyati tedbir kararlarının da garantör bankayı bağlamayacağı yaklaşımı benimsenmiştir.

⁵⁷⁷ Arkan, s.82,83.; benzer yönde bkz. Yargıtay 11.HD. 16.04.2001 T. E.2001/885 K.2001/3143; Yargıtay 11.HD. 17.05.2004 E.2003/11796 K.2004/5436; Yargıtay 11.HD. 30.01.2001 E.2001/679 K.2001/663 (Lale, s.134 vd)

⁵⁷⁸ Canbolat, s.235,236

⁵⁷⁹ Kahyaoğlu, s.79,80.

⁵⁸⁰ Lale, s.150-152.

⁵⁸¹ Benzer yönde. Yargıtay 11 HD 11.06.2007 E.2006/6131 K.2007/8889 (Lale, s.152-153)

⁵⁸² Tekinalp, s.459,460.; Canbolat, s.225

⁵⁸³ Reisoğlu, Banka Teminat, s.289

Kara Avrupası hukukundaki diğer uygulamalara bakıldığında, Brüksel Ticaret Mahkemesi'nde görülen *Swedish Ltd. Co Alfa Naval AB v Bank of America* davasında⁵⁸⁴, mahkeme, amir tarafından sunulan ve amirin taahhüt ettiği makine teslimi borcunu ifa ettiğini gösterir lehdarın kendi mühendislik danışmanları tarafından imzalanan performans belgesini *prima facie* delil⁵⁸⁵ olarak kabul etmiştir. Benzer şekilde, Amsterdam Bölge Mahkemesi'nde görülen *Thyssen v Jamjoom* davasında, lehdarın ödeme emrinin hakkın suistimali taşıdığı iddiasının açık ve *prima facie* delillerle ispatı aranmıştır.⁵⁸⁶ Bununla birlikte, Hollanda hukukunda da, ihtiyati tedbir kararlarının likit delil niteliğinde olmadığına yönelik yaklaşım benimsenmiştir.⁵⁸⁷ İtalyan mahkemesinde görülen *Fata Engineering SpA v Bank Mellat* davasında⁵⁸⁸ temel sözleşmeden doğan edimin eksiksiz olarak ifa edildiğinin *prima facie* delillerle ispat edilmesi durumunda garanti bedelinin ödenmesi talebinin hileli sayılması gerektiğini vurgulamıştır.

İngiliz hukukunda sahtecilik ve hile iddiası dışında, hakkın kötüye kullanılması nedeniyle garanti edilen bedelin ödenmemesine ilişkin kararlar oldukça istisnai olarak verilmektedir.⁵⁸⁹ İddiayı ispat külfeti amirde olup, katı ispat şartları aranmaktadır. *United Trading Corp. SA v Allied Arab Bank Ltd.* davasında⁵⁹⁰, ispat araçlarının niteliğine ilişkin kriterlere yer verilmiş, kesin ve açık delillerle ispat edilme zorunluluğu vurgulanmıştır. Bu minvalde, *Deutsche Rückversicherung AG v Walbrook Insurance Co Ltd.* davasında⁵⁹¹, lehdarın sahtecilik yaptığına ilişkin iddiada bulunan amirin, iddiasını kesin ve açık delillerle ispatlayamadığı

⁵⁸⁴ Uyuşmazlığa konu temel borç ilişkisi kapsamında İsveçli amir, İran'da faaliyet gösteren bir süt fabrikasının makine teslim ve kurulumunu taahhüt etmiştir. Bu borca ilişkin İsveç bankası ile Bank of Brussel tarafından garanti sözleşmesi düzenlenmiştir. Amir taahhüt ettiği makineleri teslim etmiş ve buna ilişkin lehdarın danışman mühendisinden imzalı belge almıştır. Sonrasında, İran devrimi nedeniyle amir, İran'da faaliyetlerine devam edememiştir. Lehdar, bankaya ödeme talebinde bulunmuş olup amir, makine teslimlerini eksiksiz yaptığına ilişkin imzalı belgeyi mahkemeye sunmuştur. İşin kalan kısmını, İran devrimi nedeniyle mücbir sebep kapsamında tamamlamadığını ispat etmiştir. Lehdar, mücbir sebep konusunda itirazda bulunmamıştır. Mahkeme, garanti bedelinin ödenmesi kuralına iki istisna getirmiştir; 1. Hakkın kötüye kullanıldığının *prima facie* delille ispat edilmesi, 2. Garanti konusunun hukuka aykırı olması. Uyuşmazlık, lehdarın ödeme talebinde bulunmasının hakkın suistimali teşkil ettiğinin *prima facie* delillerle ispat edildiği kanaatine varmıştır. (Kozolchyk, s.42,43)

⁵⁸⁵ Aksi ispat olunmadıkça geçerli olan delil

⁵⁸⁶ Statius van Eps ve Steele-Nicholson, s.16,17.

⁵⁸⁷ Statius van Eps ve Steele-Nicholson, s.17

⁵⁸⁸ Baraggion, s.321,324.

⁵⁸⁹ Schwank, s.39; Mugasha, s.517

⁵⁹⁰ Mugasha, s.525

⁵⁹¹ Mugasha, s.527

gerekçesiyle ihtiyati tedbir talebi mahkeme tarafından reddedilmiştir. Benzer şekilde, *Dong Jin Metal Co Ltd v Rayment Ltd* davasında⁵⁹², istinaf mahkemesi, açık ve kesin delillerle ispat şartlarını aramıştır. Amerikan hukukunda ise, kredi mektuplarına uygulanan sahtecilik istisnasının hukuki dayanağını UCC düzenlemesi oluşturmaktadır. *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corporation* davasında⁵⁹³, lehdar konumundaki satıcının hileli davranışı gerekli belgeleri bankaya sunmadan önce banka tarafından tespit edilmiş olup, mahkeme, kredi mektubu düzenleyen bankanın ödeme yükümlülüğünün açıkça hileli olduğu anlaşılan ödeme talebi karşısında doğmayacağına karar vermiştir. Benzer şekilde, *Haris Corporation v National Iranian Radio and Television* davasında⁵⁹⁴ mahkeme, lehdarın ödeme talebini üstü kapalı olarak aldatma saikiyle gönderdiğine ilişkin sunulan delili yeterli bulmuş ve bankanın ödeme yapmamasına ilişkin tedbir kararı vermiştir. *Mid America Tire Inc v PTZ Trading Ltd Import and Export Agents* davasında⁵⁹⁵ azınlıkta kalan karşı görüşe göre hile esaslı, lehdarın dürüstlük kuralı ihali suretiyle veya geçerli bir nedene dayanmaksızın gönderdiği ödeme talebi hallerine de uygulanabilmelidir. Buna karşın, hakim görüş, hile istisnasının temel ilişkide ortaya çıkmış olması durumunda ancak kredi mektubunun tamamıyla esastan yoksun kalmasına sebebiyet vermesi halinde uygulama alanı bulabileceği yönündedir.⁵⁹⁶

4. Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edilmesinin Hukuki Sonuçları

a. Banka Garanti İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları

Garanti bedelinin lehdar tarafından hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edilmesinin garanti ilişkisi bakımından sonuçları ikili bir ayrım gözetilerek tespit edilmelidir. Bu kapsamda, garantör banka süresi içerisinde ibraz edilen delillere dayanarak lehdara ödeme yapmayı reddetmiş olabileceği gibi, ödeme yaptıktan sonra

⁵⁹² Mugasha, s.528

⁵⁹³ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.208

⁵⁹⁴ Michelle Kelly-Louw, “Selective Legal Aspect of Bank Demand Guarantees”, University of South Africa, Pretoria, October, 2009. (Legal Aspect) <http://hdl.handle.net/10500/1350> (18.02.2020), s.244

⁵⁹⁵ Kelly-Louw, Legal Aspect, s.243

⁵⁹⁶ Kelly-Louw, Legal Aspect, s.244.

ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu ispatlanmış da olabilir.

Lehdarın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı kapsamında olduğunun likit delillerle ispatlanmış olması durumunda, garantör banka ödeme talebini bu itirazı ileri sürerek geri çevirebilir.⁵⁹⁷ Hakkın kötüye kullanımını doğuran olay, bir kez vuku bulmuş ve dahi kesin ve sürekli bir şekilde hakkın doğumuna engel olmakta ise artık banka, garanti bedelinin ödenmesi yükümlülüğü altında olmayacaktır. Örneğin, temel borç ilişkisinde lehdarın, ibra anlaşmasıyla alacak hakkından vazgeçmiş olması durumunda, ibranın geçersizliğine ilişkin şartların bulunmadığı kabul edildiğinde artık söz konusu borca ilişkin lehdarın ödeme talebi kesin ve geri dönülemez bir biçimde hakkın suistimali olarak değerlendirilecektir. Buna karşın, lehdarın ödeme talebi, geçici bir hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturuyor ise bu durum devam ettiği sürece garantör banka ödeme talebini reddedebilecektir. Lakin, bu durumun ortadan kalması ile garantör banka, hukuka uygun olarak yapılan ödeme talebi sonucunda garanti bedelini ödemekle yükümlü olacaktır. Örneğin, amirin temel ilişkideki borcunun ifası için lehdar tarafından mehil verilmiş ise bunun likit delillerle ispatlanması durumunda garantör banka mehil süresince ödeme yapmaktan imtina edebilecektir.⁵⁹⁸

Lehdarın talebi hakkın suistimali niteliğinde olduğu halde, garantör bankanın ödeme yapması durumunda nasıl bir değerlendirme yapılacağı somut olayın şartlarına göre farklılık arz etmektedir. Kural olarak, ödeme yükümlülüğü bulunmadığı halde bankanın, lehdara ödemedede bulunması karşılık ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlali anlamına geleceğinden banka, amire karşı rücu hakkını kaybeder. Bu durumda, banka, hakkın suistimali niteliğindeki ödeme talebini gönderen lehdara başvurma hakkını kullanarak ödediği bedeli geri isteyebilecektir.⁵⁹⁹ Bankanın, lehdara başvurma hakkını doğuran hukuki ilişki doktrinde tartışmalıdır.

⁵⁹⁷ D. Guggenheim, **Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis**, Zurich, 1986, s.158; Kleiner, s.201 vd; Zobl, s.42; Dohm, s.111; Doğan, Banka Teminat, s.195; Canbolat, s.240

⁵⁹⁸ Canbolat, s.240.

⁵⁹⁹ Burkhard Schröder, **Regress und Rückabwicklung bei der Bankgarantie auf erstes Anfordern**, Diss. München 2003, s.61 vd.; Helmut Koziol, **Die Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie**, ÖBA 1999, s.249-256, (Koziol, Rückforderung), s.249.; Canbolat, s.241.

Bir görüşe⁶⁰⁰ göre, bankanın iade taleplerinin sözleşme hukukuna tabi olması gerekmektedir. Hakim görüşe⁶⁰¹ göre ise, lehdarın malvarlığında meydana gelen bu kazanımlar TBK mad.77’de düzenlenen sebepsiz zenginleşme kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, bankanın iade talebinde bulunabilmesi için, lehdarın malvarlığında zenginleşme, garantörün malvarlığında azalma, haklı bir nedenin bulunmaması ve garanti yükümlülüğü konusunda hata edilmiş olması gerekir.⁶⁰² Belirtmek gerekir ki, garanti yükümlülüğü konusunda hata edilmiş olabilmesi için bankanın, kural olarak temel borç ilişkisinde hakkın suistimalini oluşturan olaydan haberdar olmaması gerekir. Buna karşın, bankanın, borcun varlığına ilişkin şüpheye düşmesine rağmen bu vakıaları ispata ilişkin kuvvetle muhtemel bir delilin bulunmaması durumunda ödeme yapma yükümlülüğü asıl olduğundan, bankanın hataya düşmemiş olduğunun kolayca kabul edilmemesi gerekir.⁶⁰³

Garantör banka, hakkın suistimali niteliği taşıyan ödeme talebi nedeniyle yaptığı ödemenin iadesini talep edebileceği gibi, bu nedenle uğramış olduğu zararların tazminini de talep edebilmelidir. Uğranılan zararların tazmini, garanti sözleşmesinin ihlal edilmesi kapsamında sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanılarak veya haksız fiil hükümleri kapsamında talep edilebilir. Garanti sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olsa dahi lehdarın bu ilişki kapsamında özenli ve dürüst davranma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶⁰⁴ Bu yükümlülöklere aykırı olarak hareket etmesi durumunda TBK mad.112 kapsamında garantörün zararını karşılamakla mükelleftir.

⁶⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Vedat Buz, “Sözleşmeden Kararlaştırılardan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı”, **Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XXI, 9-10 Aralık 2005, s.133-158.

⁶⁰¹ Nielsen, s.141; Eren, s.874 vd.;Tekinalp, s.394; Doğan, Banka Teminat, s.208; Barlas, s.83; Kahyaoğlu, s.86.

⁶⁰² Konuyla ilgili ayrıntılı doktrin görüşleri için bkz. Eren, s.857 vd.; Oğuzman ve Öz, s.733 vd.

⁶⁰³ Canbolat, s.243.

⁶⁰⁴ Zobl, s.40.

b. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları

Garantör banka ile amir arasındaki karşılık ilişkisi kapsamında bankanın, lehdarın ödeme talebine karşı itirazları ileri sürme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶⁰⁵ Bunun ilk adımı olarak, garantör, lehdarın ödeme talebinde bulunduğunu gecikmeksizin amire bildirmekle yükümlüdür. Bu kapsamda, amirin, ödeme talebine karşı itirazlarını bankaya bildirmesi halinde bankanın bu itirazları nazara alma ve ileri sürme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bankanın bu yükümlülüğü, kendisine elverişli delillerle bildirilen veya kendisinin bilmesi gereken tüm itiraz ve def'iler bakımından doğacaktır. Alman hukukunda, garantör banka ile amir arasındaki hukuki ilişki kapsamında bankanın, açıkça hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin itirazı ileri sürme hakkı olduğu ve dahi amirin haklarını koruma yükümlülüğü çerçevesinde itirazda bulunmakla mükellef olduğu kabul edilmektedir.⁶⁰⁶ İsviçre ve Türk hukukunda ise garantör banka ile amir arasındaki ilişkiye adi vekalet hükümleri uygulanmaktadır. Bu bağlamda, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğuna ilişkin itirazın ileri sürülmesi, amirin menfaatinin korunması için gerekli olup, vekil sıfatındaki garantör bankanın yükümlülükleri arasındadır.⁶⁰⁷ Amir, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin itirazlarını inandıcı ve likit delillerle bankaya derhal bildirmelidir.⁶⁰⁸ Zira, bankanın, garanti bedelini ödeme borcu geçerli bir ödeme talebinde bulunulduğu an muaccel olur. Uygulamada, bankanın ödeme talebinde bulunulduğunu amire bildirmesiyle amirin mahkemeye ihtiyati tedbir kararı için başvurduğu görülmektedir. Ödeme talebinde bulunulduğunun amire bildirilmesinden sonra açılan ihtiyati tedbir taleplerine ilişkin

⁶⁰⁵ Zobl, s.45.

⁶⁰⁶ Blau ve Jedzig, s.729.

⁶⁰⁷ Canbolat, s.246.

⁶⁰⁸ Yargıtay 11.HD 25.10.2010 E.2009/3511 K.2010/10747 sayılı ilamında; “..kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisini haiz olup, esasa ilişkin bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir. Bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır. Birincisi, banka teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan def'ileri ileri sürerek ödemededen kaçınabilecektir. İkinci istisna da, lehdarın mahkemelerden ihtiyati tedbir kararları alarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarının ödenmesine engel olabileceği halidir. Öte yandan, muhatabın talebinin haksız olduğunu, dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın “ilk talepte” kaydına rağmen ödeme yaptıktan kaçınması gerekir. Banka, lehdarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır.” (Lale, s.154-155); Yargıtay 23 HD. 26.02.2014 E.2013/7567 K.2014/1364 sayılı ilamında; “..Bu sebeple, bu tür banka teminat mektuplarının esas itibarıyla muhatap(garanti alan) lehine olduğu kabul edilmekte olup, banka, lehdarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır.” (Lale, s.316-318)

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 14.11.2001 tarihli E.2001/11-996 ve K.2001/1026 sayılı ilamında⁶⁰⁹;

Somut olayda, kesin teminat mektubu mahkemenin tedbir kararının bulunmadığı 26.08.1999 tarihinde bankaya usulüne uygun olarak ibraz edilmiş, banka başvurunun yapıldığı tarihte derhal ödeme yapması gerekmesine rağmen hiçbir neden ileri sürmeden ödemeden kaçınmış, akabinde, bir gün sonra verilen mahkeme tedbir kararını bu ödememe haline gerekçe göstermiştir. Oysa sonradan ibraz edilen tedbir kararının bankanın tazmin zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır.

şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. Görüldüğü üzere, Yargıtay birçok kararında⁶¹⁰ ödeme talebi gönderilmesinden sonra alınan tedbir kararına istinaden bankanın ödemeden imtina etmesini haksız bulmaktadır.

Son olarak, hakkın kötüye kullanıldığı itirazının likit delillerle ispat edilmiş olmasına rağmen banka tarafından ileri sürülmemesinin iki önemli sonucu bulunmaktadır. Öncelikle, banka yaptığı ödemeye ilişkin amire rücu etme hakkını kaybeder. Bunun yanı sıra, bankanın özen borcuna aykırı davranması sonucunda, sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalabilecektir.⁶¹¹

c. Temel İlişki Bakımından Hukuki Sonuçları

Amir ile lehdar arasında ilişki temel bir borç ilişkisine dayanmaktadır. Temel ilişkinin borçlusu amir, hakkın suistimali suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda garantör banka tarafından ödeme yapılmadan önce veya sonra bir zarara uğrar ise lehdardan güvenin suistimali nedeniyle tazminat talep edebilir.⁶¹² Temel borç ilişkisini oluşturan sözleşmede, garanti muhteviyatına ilişkin hüküm bulunması halinde, amir, bu hükümlerde belirlenen şartlara uymaksızın hakkını kötüye kullanarak ödeme talep eden lehdardan aralarındaki sözleşmenin ihali nedeniyle uğradığı zararları⁶¹³ ve ödemiş olduğu garanti bedelini talep edebilecektir.⁶¹⁴ Buna

⁶⁰⁹ Lale, s.134-138.

⁶¹⁰ Yargıtay 11.HD. 16.04.2001 T. E.2001/885 K.2001/3143; Yargıtay 11.HD. 17.05.2004 E.2003/11796 K.2004/5436; Yargıtay 11.HD. 30.01.2001 E.2001/679 K.2001/663 (Lale, s.134 vd)

⁶¹¹ Büsser, s.398.

⁶¹² Büsser, s.398.

⁶¹³ Yargıtay 15 HD. 24.01.2008 E.2007/86 K.2008/393 sayılı ilamında; “Mahkemece taraflar arasındaki geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı gözden kaçırılarak, yok hükmünde olan sözleşmenin feshine davalı Belediyenin herhangi bir sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olmadığı halde teminat mektubu giderlerinin davalıdan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Lale, s.288-289)

karşın, temel sözleşmede garanti muhteviyatına ilişkin hüküm bulunmaması durumunda, amirin sebepsiz zenginleşme hükümleri kapsamında lehdara başvurmalarının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe⁶¹⁵ göre, amirin fakirleşmesi ile lehdarın zenginleşmesi arasında doğrudan illiyet bağı kurulabileceğinden, amire TBK mad.77 kapsamında talep hakkının tanınması gerekmektedir. Diğer görüşe⁶¹⁶ göre ise, bankanın ödediği bedeli amirden tahsil etmesi kontrgarantiye dayanacağından sebepsiz zenginleşme hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır.

III. GARANTİ BEDELİNİN GARANTİ AMACINA AYKIRI OLARAK TALEP EDİLMESİ

A. Genel Olarak

Garanti sözleşmesinin amacı, garanti konusunu oluşturan riskin teminat altına alınmasıdır. Bu bağlamda, teminat altına alınan riskin gerçekleşmesi durumunda lehdar, garantör bankaya geçerli ödeme talebinde bulunarak riskin gerçekleştiğini iddia edecek ve garantör bankanın, garanti bedelini ödeme borcu muaccel olacaktır. Kural bu olmakla birlikte, bazen, lehdar garanti kapsamında olmayan veya talep anında henüz gerçekleşmemiş olan riske yönelik ödeme talebinde bulunmakta veyahut garanti ile temin edilen riskin artık gerçekleşmesi mümkün olmadığı halde bankaya başvurarak ödeme yapılmasını talep edebilmektedir.⁶¹⁷ Garantinin amacına aykırılık niteliği taşıyan bu gibi durumlarda, garantör banka, garantinin kapsamı dışında kalan bir ödeme talebinin bulunduğu gerekçesiyle garantinin amacına aykırılık taşıyan bu talebi reddedebilecektir.⁶¹⁸

⁶¹⁴ Reisoğlu, Banka Teminat, s.368; Barlas, s.83; Kahyaoğlu, s.102; Benzer yönde. Yargıtay 3.HD. 06.03.2013 E.2012/19784 K.2013/3723 sayılı ilamında; “..Muhatabın haklı bir neden olmaksızın teminat mektubu bedelini bankadan tahsil etmesi halinde, bu meblağı bankaya ödemek zorunda kalan lehdarın, muhataba karşı bir dava açarak ödediği paraları geri almayı talep edeceği kuşkusuzdur.” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.(Lale, s.553-556); Fransız Temyiz Mahkemesi’nin benzer yönde kararı için bkz. Cass. Com. 7 June 1994, Bull IV, no.202

⁶¹⁵ Reisoğlu, Banka Teminat, s.369; Kahyaoğlu, s.102; Canbolat, s.250.

⁶¹⁶ Barlas, s.84.

⁶¹⁷ Büsser, s.420 vd; Reisoğlu, Banka Teminat, s.51.

⁶¹⁸ Kleiner, s.198-199; Zobl, s.42.

Lehdar tarafından yapılan ödeme talebinin garanti amacına aykırı olduğunun tespiti yapılırken öncelikle garantinin amacının ve teminat altına alınan riskin mahiyetinin belirlenmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, başvurulması gereken ilk ve asli araç, garanti metninin kendisidir. Garanti metninde, garantinin adına bakılarak teminatın türü ve kapsamı bakımından genel bir değerlendirme yapılabilir.⁶¹⁹ Sonrasında, teminata konu edimin hukuki kaynağına ve teminat süresine ilişkin bilgilerin bulunduğu giriş kısmına ve nihayetinde garantörün ve lehdarın yükümlülüklerinin yer aldığı yükümlülükler kısmına bakılarak garanti sözleşmesinin amacına yönelik nitelikli bir tespit yapılacaktır.⁶²⁰ Garantinin amacının belirlenmesinde garanti metninin yetersiz kalması durumunda tamamlayıcı nitelikteki temel sözleşme metnine de bakılarak yorum yapılabilir.⁶²¹ Özellikle, temel sözleşmede bulunan garanti klozu, garanti edilen edimin kapsamının tespitinde yardımcı olabilecek bilgiler içerebilmektedir.⁶²² Buna karşın, temel sözleşmedeki hükümlere dayanılarak, garanti metninde yazılı olan riskin kapsamı yorum yoluyla genişletilemez.⁶²³

B. Garanti Bedelinin Amacına Aykırı Olarak Talep Edilmesi Teşkil Edecek Haller

Özellikle, ilk talepte ödeme emrini haiz garantilerde lehdarın, teminat altına alınan riskin gerçekleştiğini ispat etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle,

⁶¹⁹ Almanyada Federal Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta, garantör ile lehdar arasında amirin mal teslim etme borcunu teminat altına alan avans garantisi düzenlenmiştir. Lehdar, amirin sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmediğini gerekçe göstererek cezai şart klozunda belirlenen bedelin tahsili için garanti bedeline ilişkin ödeme talebi göndermiştir. Mahkeme, yaptığı inceleme neticesinde garanti metninden açıkça anlaşıldığı üzere garanti türünün avans garantisi olduğunu ve performans garantilerinin aksine bu tür garantilerin muhteviyatı gereği cezai şartla ilişkin borçları ihtiva etmeyeceği tespitinde bulunarak, garantinin amacı dışında bir riskin doğması nedeniyle gönderilen ödeme talebinin reddine karar vermiştir. (BGH WM 88,212 , Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.210)

⁶²⁰ Büsser, s.422-424.

⁶²¹ Ekici ve Durukanoğlu, s.115; Büsser, s.424; Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.205.

⁶²² Yargıtay HGK, 28.11.2007 T. ve E.2007/11-852 K.2007/892 sayılı kararında, lehdar ile amir arasındaki sözleşmenin hukuki niteliğinin teminat mektubu bakımından önemli olmadığına, bu sözleşmede yazılı riske istinaden teminat mektubunun verilmesi kararlaştırılmış olsa dahi riskin teminat mektubunda gösterilmemesi halinde bankanın teminat mektubunda yazılı olmayan fakat sözleşmede yazılı riskin gerçekleştiğinin ileri sürülmesi halinde ödemededen kaçınmak durumunda olduğuna hükmetmiştir. (Ekici ve Durukanoğlu, s.116-119)

⁶²³ Yargıtay 11 HD. 06.05.2014 E.2014/4961 K.2014/8560 sayılı ilamında; “...Teminat mektubunda yazılı risk yorum yoluyla değiştirilip genişletilemez..” (Lale, s.69)

garanti bedeline ilişkin ödeme talepleri, garanti kapsamında olmayan veya talep anında henüz gerçekleşmemiş olan veyahut teminat altına alındığı halde artık gerçekleşmesi mümkün olmayan riske yönelik yapılabilmektedir.

Belirtmek gerekir ki, garantinin amacına aykırı yapılan bu tür ödeme taleplerinde lehdarın görünürde de olsa bir hakkı bulunmamakta iken, hakkın kötüye kullanılması halinde lehdar görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte bu hakkı iddia etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. İki kavram arasındaki temel fark burada ortaya çıkmaktadır. Nitekim, bu ayrımın mahiyeti ortaya çıkan hukuki sonuçlar bakımından bir farklılık arz etmemektedir. Bu nedenle, gerek ulusal doktrinlerde gerek ise mahkeme kararlarında bu iki kavramın birbirleri yerine kullanıldığı çok sık karşılaşılan bir durumdur. Dolayısıyla, hakkın suistimali kapsamında verilen örnek mahkeme kararları, aynı zamanda garantinin amacına aykırı yapılan ödeme talepleri kısmında da değerlendirilebilecektir.

Çalışmamızda sistematik bir tercih olarak hakkın suistimali ile garantinin amacına aykırılık teşkil eden ödeme talepleri hakkın mevcudiyeti yönünden ayrı başlıklar altında ele alınmış olup, uygulamada bu iki kavram arasında bir ayrım gözetilmemektedir.

1. Garanti Kapsamında Bulunmayan Bir Konuda Ödeme Talep Edilmesi

Garanti sözleşmesine dayanarak lehdar tarafından ödeme talebinde bulunulabilmesi, garantinin teminat amacına uygun olması ve garanti konusu riskin gerçekleşmesi gerekmektedir.⁶²⁴ Bu bağlamda, garanti ile teminat altına alınmayan bir riskin meydana geldiği iddiasıyla ödeme talebinde bulunulması, garantinin amacına aykırılık teşkil eder.⁶²⁵ Örneğin, amir ile lehdar arasında birden çok borç ilişkisi söz konusu olup, tesisat kurulumu için lehdarın yaptığı ön ödemeye ilişkin banka tarafından garanti sözleşmesi düzenlenmiş ise, amirin makine teslim borcunu yerine getirmemesi nedeniyle lehdarın bankaya ödeme talebi göndermesi durumunda

⁶²⁴ Kleiner, s.198-199; Arkan, s.75.

⁶²⁵ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.210; Ekici ve Durukanoğlu, s.116-117.; Braggion, s.321

meydana geldiği iddia olunan risk, garanti tarafından temin edilen risk olmadığından ödeme talebi garantinin amacına aykırılık teşkil edecektir.⁶²⁶

Banka garanti sözleşmesinin kurulmasından sonra, sözleşmeye konu edimi içeren temel ilişkide değişiklik yapılması durumunda garanti sözleşmesiyle teminat altına alınan edimde bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Zira, garanti sözleşmesi temel ilişkiden bağımsız olarak banka ile lehdar arasında düzenlenmiş olup ancak tarafların ortak iradesiyle sözleşme hükümlerinde değişiklik yapılabilmesi mümkündür. Bu kapsamda, değiştirilen temel ilişkiden doğan edimin ifa edilmemesi nedeniyle lehdar tarafından bankaya ödeme talebinde bulunulması durumunda, banka, garanti amacına aykırı olan ödeme talebini reddetmelidir.⁶²⁷

Garanti metninde, edimi garanti edilen sıfatını haiz kişi dışındaki bir kimsenin borcunu eda etmemesi nedeniyle lehdarın garanti bedelinin tazmini için bankadan talepte bulunması durumunda, banka ödeme yapmayı reddedecektir. Zira, temel sözleşme ilişkisindeki şartlar veya fiili durumun garanti metninde yazan halden farklılık arzemesi garanti ilişkisinin üzerinde etki yaratmayacaktır.⁶²⁸

Son olarak, garanti ilişkisi kapsamında lehdarın, garanti konusu riskin gerçekleştiğini iddia etme yükümlülüğü açıkça düzenlenmiş ve bu riskin kapsamı dışındaki nedenlerle ödeme talebinde bulunulmuş ise bu durumda söz konusu ödeme talebi, şekil şartına uygun olarak yöneltildiğinden, garantör banka başkaca inceleme yapmaksızın şekil şartı eksikliği nedeniyle ödeme talebini reddedebilecektir.⁶²⁹

⁶²⁶ Benzer yönde; Yargıtay 15 HD 24.10.2002 T. E.2002/2873 K.2002/4862; Yarg. 15. HD. 24.10.2002 T ve E. 2002/2873, K.2002/4862 www.kazanci.com.tr

⁶²⁷ Yargıtay 19 HD. 14.12.1999 T. ve E.1999/4793 K.1999/7676 sayılı ilamında; ...*Garanti sözleşmesi ile garanti edilen risk, kredi sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişkiden tamamen bağımsız olmakla birlikte, riski garanti sözleşmesinde atıf yapılan sözleşme belirlemektedir. Garanti verenin muvafakiyeti olmadan esas akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni yükümler üstlenmesi garanti edilen riskin kapsamı dışında kalır.*” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. (Canbolat, s.261)

⁶²⁸ Benzer yönde; Yargıtay 11 HD. 02.02.1988 T. E.1988/7662 K.1988/479 (Reisoğlu, Banka Teminat, s.41)

⁶²⁹ Canbolat, s.262.

2. Garanti Riskinin Henüz Gerçekleşmemiş Olması

Garantinin amacına aykırılık teşkil eden hallerden biri de, lehdarın teminat altına alınan risk vuku bulmadan bankaya ödeme talebinde bulunmasıdır.⁶³⁰ Bu kapsamda yapılan ödeme talepleri garantör banka tarafından reddedilecektir.⁶³¹ Bununla birlikte, ilk talepte ödeme emri içeren banka garantilerinde, lehdarın riskin gerçekleştiğini ispat yükümlülüğü altında olmaması ve bankanın garanti bedelini ödeme borcunun, ödeme talebinde bulunulduğu an muaccel hale gelmesi nazara alındığında bankanın, ödeme talebi anında teminat altına alınan olayın gerçekleşip gerçekleşmemiş olduğu derhal tespit etmesi gerekecektir. Aksi halde, ödeme yükümlülüğünü yerine getirdikten sonra dava yoluyla garanti bedelinin iadesi talep edecektir. Buna karşın, ödeme talebinin açıkça garanti muhteviyatına ve amacına aykırı olduğunun tespit edilmesi durumunda, banka ödeme yapmaktan imtina etmekle yükümlüdür. Zira, banka, borçlu olmadığını bildiği halde ödemede bulunursa hem karşılık ilişkisi kapsamında amirin zararından sorumlu olabilecek hem de lehbara başvuru hakkını kaybedebilecektir.⁶³²

Garanti metninde, ödeme talebinde bulunulabilmesi için bir takım şartlar öngörülmüş olabilir. Bu durumda, söz konusu şartlar yerine getirilmeksizin yapılan ödeme talepleri, banka tarafından başkaca bir inceleme yapılmaksızın, ödeme talebi, şekil şartı eksikliği nedeniyle reddedilecektir. Bu bağlamda, lehdarın bir takım edimlerde bulunması kararlaştırılmışsa, bu edimleri yerine getirmeksizin ödeme talebinde bulunması, geçersiz ödeme talebi savunmasıyla karşılaşabilecektir. Garanti metninde, ödeme emrinin en erken yapılabileceği tarih kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda, öngörülen süreden önce yapılan ödeme talepleri garanti amacına aykırılık niteliği taşıyacaktır.⁶³³ Belirlenen süreden sonra yapılan ödeme talepleri tespit edilirken riskin gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmelidir. Buna karşın, garanti metninde ödeme talebine ilişkin bir süre veya tarih öngörülmemiş ise bu durumda temel borç ilişkisinin muacceliyet tarihi esas alınabilir. Mamafih, aksini

⁶³⁰ Büsser, s.412

⁶³¹ Reisoğlu, Banka Teminat, s.292-293; Kahyaoğlu, s.82; Arkan, s.79.

⁶³² Reisoğlu, Banka Teminat, s.68,292; Doğan, Banka Teminat, s.533; Kahyaoğlu,s.97

⁶³³ Büsser, s.413-414

ispat eden vakıaların varlığı durumunda bu vakıalar değerlendirilerek bir tespit yapılmalıdır.

3. Garanti Riskinin Gerçekleşmesinin Mümkün Olmaması

Garanti ile teminat altına alınan edim gerçekleşmemiş ve gerçekleşme imkanı bulunmuyor ise, lehdarın garanti bedelinin ödenmesine ilişkin talebi garantinin amacına aykırılık niteliği taşımaktadır. Bu halde, garantör banka teminat altına alınan riskin gerçekleşmediğini ve gerçekleşmesinin mümkün olmadığını ileri sürerek ödeme talebini reddedebilecektir.⁶³⁴ Örneğin, amirin garanti ile teminat altına alınan borcunu zamanında ifa etmediğini iddia eden lehdarın gönderdiği ödeme talebi karşısında, lehdar tarafından düzenlenmiş bir iş tamamlama belgesinin amir tarafından likit delil olarak sunulması durumunda banka, talebin garantinin amacına aykırı olduğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan imtina edebilir.⁶³⁵ İşin tamamlanmış olması nedeniyle garanti konusu riskin gerçekleşmesinin mümkün olmaması, farklı mahkeme kararlarında⁶³⁶ hem hakkın kötüye kullanılması hem de garantinin amacına aykırılık olarak yorumlanmıştır. Bizim de katıldığımız görüşe⁶³⁷ göre, garanti konusu borcun ifa edilmesi nedeniyle teminat altına alınan olayın gerçekleşmesi mümkün olmadığından, lehdarın görünür de dahi ödeme talep etme hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle, hakkın var olmadığı durumda, o hakkın kötüye kullanımından da bahsedilemeyeceğinden, garantinin amacına aykırı nitelikli bir ödeme talebinde bulunulduğunun kabul etmesi yerinde olacaktır.

Garanti sözleşmesine konu olan temel borç ilişkisinin başlamadan son ermiş olması durumunda artık riskin gerçekleşme imkanı bulunmayacağından, lehdar tarafından gönderilen ödeme emri, garantinin amacına aykırılık teşkil edecektir. Bunun yanı sıra, temel sözleşmede öngörülen muacceliyet tarihinden sonra ve fakat lehdarın ödeme talebini bankaya iletmesinden önce amirin borcunu ifa etmesi durumunda da riskin gerçekleşmesi artık mümkün olmayacağından, ifayı kabul etmiş olan lehdarın sonradan ödeme talebi göndermesi garanti amacına aykırılık teşkil

⁶³⁴ Reisoğlu, Banka Teminat, s.51; Büsser, s.415; Arkan, s.79.

⁶³⁵ Blau ve Jedzig, s.728

⁶³⁶ Yargıtay 11.HD. 11.11.1983 T. E.1983/3236 K.1983/4977(Canbolat, s.269);

⁶³⁷ Canbolat, s.269 vd.

edecektir. Buna karşın, eğer garanti metninde amirin borcunu zamanında ifa etmemesi teminat altına alınmışsa, bu durumda geciken ifadan dolayı lehdar teminat bedeline hak kazanmış olacağından, göndereceği ödeme talebine karşı garantinin amacına aykırılık savunmasında bulunulamayacaktır.⁶³⁸

Son olarak, belirtmek gerekir ki, ödeme talebinin garanti amacına aykırılık teşkil ettiği savunması kesin nitelikte değildir. Başka bir anlatımla, ödeme talebinde bulunulduğu zamanda garanti amacına aykırı olan talep, daha sonra riskin gerçekleşmesiyle amaca uygun hale gelebilir.⁶³⁹ Örneğin, amir ile lehdar arasında yapılan eser sözleşmesinde amir, söz konusu eserin yapımı ve zamanında teslimi taahhüdünde bulunmuş ve bu edim banka tarafından düzenlenen garanti ile teminat altına alınmıştır. Kararlaştırılan teslimat tarihinde ürünler eksiksiz olarak teslim edilmiş ve lehdar tarafından eserin teslim alındığına ilişkin belge imzalanmıştır. Daha sonra lehdar bankaya ödeme talebinde bulunmuş sonrasında eserde gizli nitelikli ayıp olduğu anlaşılmıştır. Bu durumda, lehdar yeniden bankaya ödeme talebinde bulunursa bu talebin amacına aykırı olduğu savunması yapılamayacaktır.

C. İspat

Garanti amacına aykırı olarak yapılan ödeme talepleri karşısında bankanın ödememe savunmasına bulunabilmesi için, bu iddiasını elverişli delillerle ispat etmesi gerekir. Nitekim, genel ispat kurallarına göre de ispat yükü, vakıayı iddia eden üzerindedir. Genel kural bu olmakla birlikte, garanti ilişkisinin muhteviyatının belirlenmesi ispat yükünün hangi tarafta olduğunun tespit edilmesi için önem arz etmektedir. Garanti metninde lehdarın teminata konu riskin gerçekleştiğini açıkça ortaya koyması kararlaştırılmış olabilir. Bu durumda, lehdar bankaya gönderdiği ödeme talebinde garanti edilen riskin doğduğuna ilişkin vakıaları ispatlamakla yükümlüdür. Aksi halde, bankanın ödeme yükümlülüğünün doğmayacağı kabul edilmelidir.⁶⁴⁰

Banka garantilerinin, uygulamada ilk talepte ödeme kaydını haiz olarak düzenlendiği görülmektedir. “ilk talepte ödeme” emri içeren garantilerde ispat külfeti

⁶³⁸ Büsser, s.415-416.

⁶³⁹ Canbolat, s.272.

⁶⁴⁰ Büsser, s.432

yer değiştirir.⁶⁴¹ Bu tür garantilerde, lehdarın ödeme talebinde teminat konusu riskin gerçekleştiğini iddia etmesi yeterli olup, bu iddiasını ispatla mükellef değildir. Başka bir anlatımda, bu tür garantilerde ispat külfeti teminat riskinin gerçekleşmemiş olduğunu iddia eden garantör bankanın üzerindedir. Bununla birlikte, ispat şartları da garanti veren aleyhine ağırlaştırılmıştır. Bu bağlamda, garantör banka garanti amacına aykırı ödeme talebinde bulunulduğuna ilişkin iddiasını likit delillerde ortaya koymakla mükelleftir.⁶⁴² Aksi halde, banka ödeme talebiyle muaccel hale gelen borcunu derhal ifa etmek durumundadır.⁶⁴³

Görüldüğü üzere, garantinin amacına aykırı şekilde ödeme talebinde bulunulması halinde de, hakkın kötüye kullanılması durumunda olduğu gibi, bu hususları iddia eden amirin veya bankanın bunu likit delillerle ispatlaması gerekmektedir.

D. Garanti Bedelinin Garanti Amacına Aykırı Olarak Talep Edilmesinin Hukuki Sonuları⁶⁴⁴

1. Banka Garanti İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları

Garantinin amacına aykırı olarak ödeme talebinde bulunulması halinde, banka bunu likit delillerle ispat ederek ödeme yapmaktan kaçınma imkanına sahip olacaktır. Bu imkan daima kesin nitelikli olmayabilir. Garantinin konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi kapsamı dışında yapılan ödeme talepleri amaca aykırılık teşkil etmekte olup, sonradan amaca uygun hale getirilemez. Buna karşın, ödeme talebinin yapıldığı anda riskin gerçekleşmemiş olması ihtimalinde, amaca aykırılık teşkil edecek olan talep, riskin daha sonra gerçekleşmesi halinde lehdar tarafından yenilenerek garantinin amacına uygun hale gelebilecektir. Garanti konusu riskin

⁶⁴¹ Nielsen ve Nielsen, German Bank Guarantee, s.206-207;

⁶⁴² Reisoglu, Banka Teminat, s.69-70; Büsser, s.437-439; Braggion, s.321

⁶⁴³ Yargıtay 11. HD. 12.04.2012 E.2010/5921 K.2012/5914 sayılı ilamında; “...davalı bankanın elinde likit delil bulunmadığı sürece kısmi veya tam tazmin talebini reddetmesi hukuken mümkün değildir.” (Lale,549-550)

⁶⁴⁴ Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının hukuki sonuçları, garantinin amacına aykırı ödeme talebinde bulunulması halinde de geçerli olacaktır. Bu bakımdan, daha önce de belirtildiği üzere, hakkın kötüye kullanılması ile amaca aykırı ödeme talebinde bulunulmasındaki temel fark, hakkın doğumunda ortaya çıkmakta olup, talepte bulunulmasının hukuki sonuçları bakımından benzer etkiler doğacaktır.

gerçekleşmemesi ve artık gerçekleşme imkanının kalmaması durumunda garantör bankanın sorumluluğu sona erecektir.

Garantör banka, garantinin amacına aykırı olan ödeme talebi nedeniyle yaptığı ödemenin iadesini talep edebileceği gibi, bu nedenle uğramış olduğu zararların tazminini de talep edebilmelidir. Uğranılan zararların tazmini garanti sözleşmesinin ihlal edilmesi kapsamında sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanarak veya haksız fiil hükümleri kapsamında talep edilebilir. Garanti sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olsa dahi lehdarın bu ilişki kapsamında özenli ve dürüst davranma yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶⁴⁵ Bu yükümlülüklerle aykırı olarak hareket etmesi durumunda lehdar TBK mad.112 kapsamında garantörün zararını karşılamakla mükelleftir.

Kural olarak, ödeme yükümlülüğü bulunmadığı halde bankanın lehdara ödemede bulunması karşılık ilişkisinden doğan yükümlülüklerin ihlali anlamına geleceğinden banka, amire karşı rücu hakkını kaybeder. Bu durumda, banka, garantinin amacına aykırılık taşıyan ödeme talebini gönderen lehdara başvurma hakkını kullanarak ödediği bedeli geri isteyebilecektir.⁶⁴⁶ Bankanın, lehdara başvurma hakkını doğuran hukuki ilişki doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe⁶⁴⁷ göre, bankanın iade taleplerinin sözleşme hukukuna tabi olması gerekmektedir. Hakim görüşe⁶⁴⁸ göre ise, lehdarın malvarlığında meydana gelen bu kazanımlar TBK mad.77’de düzenlenen sebepsiz zenginleşme kapsamında değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, bankanın iade talebinde bulunabilmesi için, lehdarın malvarlığında zenginleşme, garantörün malvarlığında azalma, haklı bir nedenin bulunmaması ve garanti yükümlülüğü konusunda hata edilmiş olması gerekir.⁶⁴⁹ Belirtmek gerekir ki, garanti yükümlülüğü konusunda hata edilmiş olabilmesi için bankanın, kural olarak ödeme talebinin garantinin amacına aykırı olarak yapıldığını bilmemesi gerekir. Buna karşın, bankanın borcun varlığına ilişkin şüpheyne düşmesine rağmen bu vakıaları ispata ilişkin kuvvetle muhtemel bir delilin bulunmaması durumunda

⁶⁴⁵ Zobl, s.40.

⁶⁴⁶ Schröder, Burkhard. Regress und Rückabwicklung bei der Bankgarantie auf erstes Anfordern, Diss. München 2003, s.61 vd.; Koziol, s.249.; Canbolat, s.241.

⁶⁴⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Buz,Vedat. “Sözleşmeden Kararlaştırılardan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı”, Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI, 9-10 Aralık 2005, s.133-158.

⁶⁴⁸ Nielsen, s.141; Eren, s.874 vd.;Tekinalp, s.394; Doğan, Banka Teminat,s.208; Barlas, s.83; Kahyaoğlu, s.86.

⁶⁴⁹ Konuyla ilgili ayrıntılı doktrin görüşleri için bkz. Eren, s.857 vd.; Oğuzman ve Öz, s.733 vd.

bankanın ödeme yapma yükümlülüğü asıl olduğundan, bankanın hataya düşmemiş olduğunun kolayca kabul edilmemesi gerekir.⁶⁵⁰

2. Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları

Garantör banka ile amir arasındaki karşılık ilişkisi kapsamında bankanın, lehdarın ödeme talebine karşı itirazları ileri sürme yükümlülüğü bulunmaktadır.⁶⁵¹ Bunun ilk adımı olarak, garantör, lehdarın ödeme talebinde bulunduğunu gecikmeksizin amire bildirmekle yükümlüdür. Bu kapsamda, amirin, ödeme talebine karşı itirazlarını bankaya bildirmesi halinde bankanın bu itirazları nazara alma ve ileri sürme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bankanın bu yükümlülüğü, kendisine elverişli delillerle bildirilen veya kendisinin bilmesi gereken tüm itiraz ve def'iler bakımından doğacaktır. Lehdarın ödeme talebinin garantinin amacına aykırı olduğu hususundaki iddiaların, amir tarafından ikna edici likit delillerle ispat edilememesi durumunda, banka ödeme yapmakla yükümlüdür.

Garantinin amacına aykırı ödeme talebinde bulunulduğuna ilişkin itirazın likit delillerle ispat edilmiş olmasına rağmen banka tarafından ileri sürülmemesinin iki önemli sonucu bulunmaktadır. Öncelikle, banka yaptığı ödemeye ilişkin amire rücu etme hakkını kaybeder. Bunun yanı sıra, bankanın özen borcuna aykırı davranması sonucunda, sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle tazminat ödemek zorunda kalabilecektir.⁶⁵²

3. Temel İlişki Bakımından Hukuki Sonuçları

Temel borç ilişkisini oluşturan sözleşmede, garanti muhteviyatına ilişkin hüküm bulunması halinde, amir, bu hükümlerde belirlenen şartlara uymaksızın garanti amacına aykırı olarak ödeme talep eden lehdardan aralarındaki sözleşmenin ihali nedeniyle uğradığı zararları⁶⁵³ ve ödemiş olduğu garanti bedelini talep edebilecektir.⁶⁵⁴

⁶⁵⁰ Canbolat, s.243.

⁶⁵¹ Zobl, s.45.

⁶⁵² Büsser, s.398.

⁶⁵³ Yargıtay 15 HD. 24.01.2008 E.2007/86 K.2008/393 sayılı ilamında; “Mahkemece taraflar arasındaki geçerli bir sözleşmenin bulunmadığı gözden kaçırılarak, yok hükmünde olan

Amir ile lehdar arasında ilişki temel bir borç ilişkisine dayanmaktadır. Temel ilişkinin borçlusu amir, garanti amacına aykırı ödeme talebinde bulunulması durumunda garantör banka tarafından ödeme yapılmadan önce veya sonra bir zarara uğrar ise lehdardan güvenin suistimali nedeniyle tazminat talep edebilir.⁶⁵⁵



sözleşmenin feshine davalı Belediyenin herhangi bir sebepsiz zenginleşmesi söz konusu olmadığı halde teminat mektubu giderlerinin davalıdan tahsiline karar verilmesi doğru görülmemiştir.” (Lale, s.288-289)

⁶⁵⁴ Reisoğlu, Banka Teminat, s.368; Barlas, s.83; Kahyaoğlu, s.102; Benzer yönde. Yargıtay 3.HD. 06.03.2013 E.2012/19784 K.2013/3723 sayılı ilamında; “..Muhatabın haklı bir neden olmaksızın teminat mektubu bedelini bankadan tahsil etmesi halinde, bu meblağı bankaya ödemek zorunda kalan lehdarın, muhataba karşı bir dava açarak ödediği paraları geri almayı talep edeceği kuşkusuzdur.” şeklinde değerlendirmede bulunmuştur.(Lale, s.553-556); Fransız Temyiz Mahkemesi’nin benzer yönde kararı için bkz. Cass. Com. 7 June 1994, Bull IV, no.202

⁶⁵⁵ Büsser, s.398.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ULUSLARARASI NİTELİKLİ BANKA GARANTİ
SÖZLEŞMELERİNDE ÇÖZÜM YÖNTEMLERİ VE ULUSLARARASI
DÜZENLEMELER

I. ULUSLARARASI NİTELİKLİ BANKA GARANTİ SÖZLEŞMELERİ

A. Genel Olarak

Uluslararası ticarete banka garanti sözleşmelerinin yaygın olarak kullanılması ile uygulamada milletlerarası özel hukuk kapsamında çözümlenmesi gereken hukuki sorunlar ortaya çıkmıştır. Bu sorunların, uyuşmazlığın esasının çözümlenebilmesi için öncelikli olarak ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, öncelikle uyuşmazlığın uluslararası nitelikli olup olmadığının tespit edilmesi gerekecek, şayet banka garanti ilişkisi uluslararası niteliği haiz ise yetkili mahkeme ve yetkili hukukun belirlenmesi başta olmak üzere bir takım uluslararası özel hukuk meselelerine çözüm aranacaktır.

Uluslararası özel hukuk meseleleri, ulusal hukuklarda ayrı kanunlar ile ele alınmakta olup bazı durumlarda iç hukuka atıf yapılmaktadır. Bununla birlikte, uluslararası konvansiyon ve anlaşmaların da meselelerin tespitinde önemli bir rol oynadıkları görülmektedir.⁶⁵⁶ Türk hukukunda, milletlerarası yetkili mahkemenin ve yetkili hukukun tespit edilmesine ilişkin hukuk normları, 5718 sayılı *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*⁶⁵⁷ kapsamında düzenlenmektedir.

Çalışmamızın bu bölümünde, uluslararası nitelikli banka garanti sözleşmelerinde yetkili mahkemenin tespiti, yetkili hukukun belirlenmesi, milletlerarası özel hukuk kapsamında ortaya çıkan bazı meselelere çözüm önerileri, banka garanti sözleşmelerini ilgilendiren uluslararası düzenlemeler, banka garantilerinin benzer hukuki müesseseler ile ilişkisi ve banka garanti sözleşmelerinin farklı ulusal hukuklardaki görünümü ele alınmış olup, uygulamada ortaya çıkan farklılıkların tespit edilerek çözüm önerileri sunulması amaçlanmıştır.

⁶⁵⁶ Örneğin; Üye devletler yönünden *Brüksel Regülasyonları*, milletlerarası sözleşme ilişkilerinde öncelikli olarak uygulanmaktadır.

⁶⁵⁷ Kısaca *MÖHUK* olarak anılmaktadır.

B. Yabancılık Unsurunun Tespiti

1. Genel Olarak

Bir ticari ilişkinin uluslararası ticari ilişki olarak nitelendirilebilmesi için yabancılık unsurunu ihtiva etmesi ve özel hukuk uyuşmazlığına ilişkin olması gerekir. Bu bağlamda, hakim, uluslararası nitelik taşıyan sözleşmelere milletlerarası yetkiyi ve uygulanacak yetkili hukuku tespit ederken öncelikle, söz konusu ilişkinin yabancılık unsurunu haiz olup olmadığını ve uyuşmazlığın özel hukuk ilişkisinden doğup doğmadığını tespit edecektir. Milletlerarası özel hukuk doktrinde yabancılık unsurunun tespitine ilişkin farklı yaklaşımlar ileri sürülmüştür. Klasik görüşte, yabancılık unsurunun varlığı, sözleşmenin coğrafi alan bakımından birden fazla ülke ile bağlantısının bulunması halini gerektirmektedir.⁶⁵⁸ Bu kapsamda, tarafların farklı ülke vatandaşlığına sahip olması, farklı ülkelerde yerleşik halde bulunmaları, sözleşme konusunun yabancı ülkede bulunması veya sözleşmenin ifa yerinin yabancı ülke olması gibi çeşitli kriterler ileri sürülmüştür.⁶⁵⁹ Son zamanlarda ortaya çıkan ve bizim de katıldığımız modern görüşe göre ise, sözleşmeden doğan ilişkilerde yabancılık unsuru belirlenirken milletlerarası ticaret hayatını ilgilendirip ilgilendirmediği nazara alınmalıdır.⁶⁶⁰

Banka garanti sözleşmeleri, uluslararası ticarete aktif rol oynayan bankaların garantör sıfatını haiz olduğu ve genellikle uluslararası ticari ilişkilerden doğan edimleri teminat altına almak amacıyla düzenlenen akitlerdir. Bu nedenle, banka garanti sözleşmesinin modern anlayış nazara alınarak değerlendirilebilmesi hem tarafların hem de uluslararası ticaretin menfaatlerine daha uygun düşecektir.

⁶⁵⁸ Doğan, Banka Teminat, s.200.; Both ve Stoyanov, s.1285; Jens Adolphsen, **Europäisches Zivilverfahrensrecht**, 2.Auflage, Gießen, 2014, s.134.

⁶⁵⁹ Adolphsen, s.45; Doğan, Banka Teminat, s.201; Ergin Nomer, Devletler Hususi Hukuku, 21.bası, İstanbul, 2015, s.310; Both ve Stoyanov, s.1285 dn.216.

⁶⁶⁰ Doğan, Banka Teminat, s.201; Ali Gümrah Toker, “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:12, Özel Sayı, 2010, ss.991-1052. (Basım yılı:2012), s.995.

2. Banka Garanti Sözleşmelerinde Yabancılık Unsurunun Tespiti

Banka garanti sözleşmeleri, uluslararası alanda yaygın olarak kullanılan bir teminat türüdür. Bu nedenle, ulusal düzenlerden kaynaklanan farklılıkların önüne geçilerek, özellikle konvansiyonlar ve ICC tarafından oluşturulan birörnek kurallarla uluslararası standartların tanınması amaçlanmıştır. Banka garantileri, bu yönüyle klasik anlayıştan ziyade modern anlayış esas alınarak değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, klasik teorinin yabancılık unsurunun tespitinde kullandığı kriterler garanti bünyesinde ihtiva edilmese dahi, garantinin amacı ve konusu dikkate alındığında uluslararası ticaret ile bağlantısı tespit edilebiliyor ise garanti sözleşmesinin yabancılık unsurunu haiz olduğu kabul edilmelidir. Başka bir anlatımla, banka garanti sözleşmelerinin yabancılık unsuru araştırılırken üçlü ilişki sistematığının ele alınması gerekmektedir. Bu bağlamda, lehdar ile garantör arasındaki ilişki görünürde yabancılık unsurunu içermese dahi garantinin konusu oluşturan ve amir ile lehdar arasında kurulmuş temel sözleşme ilişkisinin yabancılık unsuru ihtiva edip etmediğinin de değerlendirilmesi gerekir.⁶⁶¹ Bununla birlikte, bazı durumlarda klasik anlayışa göre hem garanti sözleşmesinde hem de temel sözleşmede yabancılık unsuru bulunmamasına rağmen bu üçlü ilişkinin uluslararası ticaretin menfaatlerini ilgilendirmesi söz konusu olabilir.⁶⁶² Bu durumda, modern anlayış nazara alınarak ilişkinin uluslararası nitelikte olduğu kabul edilebilmelidir.

Banka garanti sözleşmelerinin uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığı yalnızca uluslararası özel hukuk kurallarının uygulama alanı bulabilmesi açısından değil aynı zamanda bazı iç düzenlemelerin nazara alınması bakımından da önem arz etmektedir. Örneğin, Türk hukukunda Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar ile 805 Sayılı Kanun kapsamında, banka garanti sözleşmelerinin yabancı unsur ihtiva edip etmediğinin tespiti, kamu hukukundan doğan bir takım yükümlülöklere tabiiyet açısından farklı sonuçlar doğuracaktır. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki,

⁶⁶¹ Toker, s.995; Doğan, Banka Teminat, s.202.

⁶⁶² Bu konuya ilişkin, DOĞAN, bir örnek vererek, Türkiye’de açılan uluslararası ihaleye katılan Türk firmasının ihaleyi kazanması halinde, ihaleye girmek için Türk bankasından aldığı garantinin uluslararası ticaretin menfaatini ilgilendirdiği ölçüde yabancılık unsurunu ihtiva ettiğinin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Aksinin kabulü halinde Türk şirketlerinin, yabancı şirketlere tanınan hak ve imkanlardan faydalanamaması riski doğabilecektir.(Doğan, Banka Teminat, s.202)

bu düzenlemeler yabancılık unsurunun tespitinde kendi kriterlerini hüküm altına almaktadırlar.⁶⁶³

32 Sayılı Karar, Türk hukukunda, özel hukuk sözleşmelerinin döviz cinsi ile düzenlenebilmesi için gereken şartları ortaya koyan kuralları ihtiva etmektedir. Bu bağlamda, banka garanti sözleşmesinin döviz cinsi üzerinden kurulan bir ödeme taahhüdü içerebilmesi için garanti lehdarının Türkiye’de yerleşik kişi olmaması gerekir.⁶⁶⁴ Türkiye’de yerleşik kişi tanımında ise “*kanuni yerleşim yeri*” esası kabul edilmiştir.⁶⁶⁵ Kanuni yerleşim yeri, TMK mad.19⁶⁶⁶ ve mad.51⁶⁶⁷ hükümlerinde düzenlenmiş olup, gerçek kişiler bakımından kişinin oturma niyeti bulunduğu yer olarak ve tüzel kişiler bakımından ise kuruluş belgelerinde aksi bir hüküm olmaması halinde tüzel kişinin faaliyetlerini gösterdiği yer olarak tanımlanmıştır. Buna karşın, 32 Sayılı Karar’da dışarda yerleşik kişiler özel olarak tanımlanmamış olup, Türkiye’de yerleşik kişi sayılmayanlar bu statüye tabi tutulmuştur. Bununla birlikte, Karar kapsamında, dışarda yerleşik kişilerin, Türkiye’de şirket kurması veya kuruluş şirkete ortak olmaları durumunda, şirketin kuruluş tarihi veya ortak olunan tarih itibarıyla Türkiye’de yerleşik kişi olarak kabul edilecekleri hüküm altına alınmıştır.⁶⁶⁸ Son olarak, yurtdışında yaşayan işçiler, serbest meslek sahipleri veya müstakil iş sahipleri, her ne kadar TMK kapsamında dışarda yerleşik kişi statüsünde kabul ediliyor olsalar da, 32 Sayılı Karar kapsamında Türkiye’de yerleşik kişi sıfatını haizdir. Bu bakımdan ücretlerini, yabancı para birimi üzerinden sağlamaları bir anlam ifade etmemektedir.⁶⁶⁹

Özetle, garantör Türk bankası tarafından verilen garantilerde, lehdarın dışarda yerleşik kişi olması durumunda hem Türk lirası hem de yabancı para birimi üzerinden teminat verilmesi mümkün iken, Türkiye’de yerleşik kişi olması

⁶⁶³ İlgili düzenlemelerin *Doğrudan Uygulanan Normlar* kapsamında incelemesine ilişkin bkz. s.175.

⁶⁶⁴ Ekici ve Durukanoğlu, s.505.

⁶⁶⁵ 32 Sayılı Karar mad.2’deki tanımlarda; b) *Türkiye’de yerleşik kişiler: Yurt dışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları dahil Türkiye’de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek ve tüzel kişileri, c) Dışarda yerleşik kişiler: Türkiye’de yerleşik sayılmayan gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir.*

⁶⁶⁶ TMK Madde 19- “*Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Bir kimsenin aynı zamanda birden çok yerleşim yeri olamaz. Bu kural ticarî ve sınaî kuruluşlar hakkında uygulanmaz.*”

⁶⁶⁷ TMK Madde 51- “*Tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir.*” Burada belirtmek gerekir ki, tüzel kişilerin birden çok yerleşim yeri olabileceği kabul edilmektedir.

⁶⁶⁸ Ekici ve Durukanoğlu, s. 506.

⁶⁶⁹ Ekici ve Durukanoğlu, s.507.

durumunda teminat ancak Türk lirası üzerinden verilebilir. Bununla birlikte, uluslararası ihaleler için verilen teminatlarda bir istisna öngörülmüş olup, ihale şartnamesinde yabancı para birimi üzerinden teminat kabul edilmiş ise, teminat döviz veya Türk lirası üzerinden verilebilecektir.⁶⁷⁰ Son olarak, yabancı garantör banka ile Türkiye’de yerleşik lehdar arasındaki garanti sözleşmesinde para birimi serbestçe kararlaştırılabilecektir. Söz konusu Karar’a aykırı olarak düzenlenen garanti sözleşmeleri geçersiz olmamakta fakat garantör bankanın sorumluluğunu doğurmaktadır.

802 Sayılı Kanun gereğince, Türkiye’de yerleşik kişiler arasında düzenlenen ve yabancılık unsuru bulunmayan sözleşmeler, Türkçe düzenlenmek zorundadır. Bu bakımdan yabancılık unsuru bulunmayan garanti sözleşmelerinin de Türkçe hazırlanma zorunluluğuna tabi tutulduğu görülmektedir. Kanun kapsamında, Türkiye’de yerleşik kişi terimine baktığımızda, sermayesinin tamamı veya bir kısmı Türk olan ve Türk Ticaret Kanunu şartlarına göre kurulan ve Türk Ticaret Siciline kaydolmuş şirketlerin bu kapsama dahil olduğunu ifade etmek gerekir.⁶⁷¹ Dolayısıyla, şirket ortaklarının yabancı olması, yabancılık unsuru bulunduğu anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda değerlendirilen şirketlerin lehdar olduğu garanti ilişkilerinde, garantör banka Türk Ticaret Kanunu’na tabi olarak kurulan bir banka olması koşuluyla, düzenlenecek olan garanti sözleşmeleri Türkçe yapılmak zorundadır. Söz konusu düzenlemelerle bir hüküm daha getirilmiş ve yabancı şirketler ile kamu kurum ve kuruluşları veya devlet organları arasında kurulacak hukuki ilişkiye bağlı olarak verilen banka garantilerinin de Türkçe yapılması zorunlu tutulmuştur. Banka garantileri açısından yabancılık unsurunun lehdar ile garantör bakımından araştırılması gerekmektedir. Zira, garanti sözleşmesinin tarafları banka ve lehdardır. Bu bağlamda, Türkiye’de yerleşik kişilerin garanti alan yani lehdar konumunda olduğu sözleşmelerin Türkçe yapılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, uluslararası nitelikli ihalelerin Türk kamu kurum ve kuruluşları tarafından düzenlenmesi durumunda ise lehdar Türk kamu kurum veya kuruluşu olduğundan mütevellit garanti sözleşmesi Türkçe yapılmalıdır. Görüldüğü üzere, muhatabın Türkiye’de yerleşik kişi olup olmaması bu düzenleme açısından herhangi bir fark

⁶⁷⁰ Ekici ve Durukanoğlu, s.508.

⁶⁷¹ Ekici ve Durukanoğlu, s.94.

yaratmamaktadır.⁶⁷² Bu Kanuna aykırı düzenlenen banka garanti sözleşmeleri geçersiz olmamakla birlikte, garantör bankanın sorumluluğu söz konusu olacaktır.⁶⁷³

C. Milletlerarası Yetki

1. Genel Olarak

Milletlerarası yetki tespiti, bir ülke mahkemesinin önüne gelen uluslararası nitelikli bir uyuşmazlık konusunda, kendi milletlerarası özel hukuk hükümlerini uygulayarak, yetkili olup olmadığını belirlemesi faaliyeti olarak tanımlanabilir.⁶⁷⁴ Milletlerarası yetki kuralları hukuki niteliği itibarıyla, bu kuralların uyuşmazlığın esasına yönelmediği ve yetkilendirmeye ilişkin olduğu göz önüne alınarak usuli kurallar olarak kabul edilmektedir.⁶⁷⁵ Bu nedenle, mahkeme, milletlerarası yetkiyi tespit ederken *lex fori* hükümlerine göre hareket edecektir.⁶⁷⁶ Genellikle, ülkelerin milletlerarası özel hukuk kuralları, iç hukuktaki yetki kurallarına atıfta bulunmakta olduğundan, ulusal yetki kuralları, aynı zamanda milletlerarası yetkinin tespitinde de nazara alınmaktadır.⁶⁷⁷ Buna karşın, bazı özel ilişkilere yönelik milletlerarası özel hukuk kurallarında doğrudan milletlerarası yetkinin tesis edilebilmesi de mümkündür. Milletlerarası yetkinin bulunma anı bakımından ise davanın açıldığı an esas alınmaktadır. Bununla birlikte, dava açıldıktan sonra yetkinin sönmesi durumunda davaya devam edilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra, davanın açıldığı anda milletlerarası yetkinin bulunmaması ve fakat tarafların yetki ilk itirazında bulunmamış olması halinde kural olarak mahkemenin yetkili hale geldiği kabul edilmektedir.⁶⁷⁸ Mamafih, bu hususun, kesin yetkiye ilişkin durumlarda uygulama

⁶⁷² Ekici ve Durukanoğlu, s.528.

⁶⁷³ Müeyyidelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. 1. Bölüm, II. Kısım, A-4/b-(2).

⁶⁷⁴ Hacı Can ve Ali Gümrah Toker, **Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, 2017, s.36; Vahit Doğan, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden geçirilmiş 3.bası, Ankara, 2015. (Milletlerarası Özel), s.38; Adolphsen, s.55.

⁶⁷⁵ Can ve Toker, s.40.

⁶⁷⁶ Adolphsen, s.69.

⁶⁷⁷ Adolphsen, s.154; Doğan, Milletlerarası Özel, s.48-49; MÖHUK mad.40.

⁶⁷⁸ Can ve Toker, s.86, 121-124; Doğan, Milletlerarası Özel, s.48,49.; Işıl Özkan ve Uğur Tütüncübaşı, **Uluslararası Usul Hukuku**, Genişletilmiş 2.bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s.75. Milletlerarası yetkinin, iç hukuktaki görev gibi anlaşılması ve hakim tarafından daima re'sen nazara alınmasına ilişkin görüş için bkz. V.Raşit Seviğ, **Kanunlar İhtilafı, Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, İstanbul, 1974, s.225 (Doğan, Milletlerarası Özel, s.49, 22 numaralı dipnottan alıntılanmıştır.)

alanı bulmayacağı ve mahkemenin milletlerarası kesin yetkiye ilişkin kuralları re'sen dikkate almakla mükellef olacağı ifade edilmektedir.⁶⁷⁹

Avrupa hukukunda, revize edilen *Brüksel Regülasyonu*'nda⁶⁸⁰ milletlerarası yetkiye ilişkin hükümler yer almaktadır. Bu bağlamda, Tahkim şartının bulunmadığı ve münhasır yetki alanına girmeyen uluslararası ticari ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda anlaşma tarafı devletler arasında bu düzenleme uygulama alanı bulacaktır.⁶⁸¹ Söz konusu düzenlemede, geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı halinde bu hükümlerin, taraflar aksini kararlaştırmış olmadıkça kesin yetki kuralı olarak uygulanması esası kabul edilmiştir.⁶⁸² Bunun yanı sıra, bazı özel hukuk ilişkilerinden doğan uyuşmazlıklarda özel yetki kurallarının tesis edilmiş olduğu görülmektedir.⁶⁸³ Son olarak, münhasır yetki alanları da Regülasyon'da hüküm altına alınmıştır.⁶⁸⁴ Avrupa hukuku regülasyonları, kapsamına giren uyuşmazlıklarda öncelikli olarak uygulanmaktadır.

Uluslararası düzenlemelerin yanı sıra, ulusal düzenlemelerde de milletlerarası yetkiye ilişkin esaslar hüküm altına alınmaktadır. Alman hukukunda milletlerarası yetkinin esasları, iç yetki kuralları ile belirlenmektedir.⁶⁸⁵ Milletlerarası genel yetki ZPO'nun 12 ile 19. Maddeleri arasında düzenlenmekte olup o konuya ilişkin kesin yetkili bir mahkemenin bulunmaması durumunda uygulama alanı bulacak ve bu kapsamda davalının yerleşim yeri mahkemesi genel yetkili mahkeme kabul edilecektir.⁶⁸⁶ Tüzel kişinin yerleşim yeri, şirketin bulunduğu yer mahkemesi veya şirketin esas sözleşmesinde belirlenen idari merkezinin bulunduğu yer olarak ifade edilmiştir.⁶⁸⁷ İdare merkezi tanımlamasına bakıldığında ise şirketin iş ve faaliyetlerini yürüttüğü yer olarak tanımlanmaktadır. Alman hukukunda, Türk

⁶⁷⁹ Doğan, Milletlerarası Özel, s.49.

⁶⁸⁰ Avrupa Birliği Konseyi (EU) 1215/2012 sayılı Regülasyonu tam metni için bkz. Official Journal of the EU, 20.12.2012, L. 351/8.

⁶⁸¹ Brüksel Regülasyonlarına ilişkin özet tablo için bkz. **Hogan& Lovells**. "Jurisdiction and Governing Law Rules in the European Union", January, 2016. www.hoganlovells.com (05.05.2021), s.3.

⁶⁸² Art.25; Adolphsen, s.154

⁶⁸³ Örneğin; Art.10, Art.20

⁶⁸⁴ Art.24.; Adolphsen, s.154.

⁶⁸⁵ Alm. *Doppelfunktionalitat* yani *çift fonksiyonlu* yetki kuralları Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) mad. 12-40 arasında düzenlenmektedir.; Hélène Van Lith, **International Jurisdiction and Commercial Litigation Uniform Rules for Contract Disputes**, Thesis, Erasmus Universiteit Rotterdam, The Hague, The Netherlands, 2009. <https://repub.eur.nl> (05.05.2021), s.160.; Adolphsen, s.21.

⁶⁸⁶ Van Lith, s.161.

⁶⁸⁷ ZPO Art.17

hukukunda olduğu gibi bir tüzel kişinin birden fazla faaliyet merkezinin bulunabileceği esası kabul edilmiş olduğundan, birden fazla yer mahkemesinin yetkili olması mümkündür.⁶⁸⁸ Bunun yanı sıra, ZPO mad.21’de ise tüzel kişilerin şubelerine ilişkin ayrıca yetki tespiti yapılmıştır. Buna göre, şubenin işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda, şubenin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olacağı hüküm altına alınmıştır.⁶⁸⁹ Örneğin, yabancı şirketin Almanya’da bir şubesinin bulunması ve uyuşmazlığın bu şubenin işlemlerinden doğması durumunda, Alman davacı Alman mahkemelerinde dava açabilecektir. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, davacının yerleşim yeri ile şubenin faaliyetlerini yürüttüğü yerin aynı yer olması şartı aranmamaktadır.⁶⁹⁰ Ayrıca, şubenin yapmış olduğu sözleşmenin ifa yeri başka bir ülke olsa dahi, uyuşmazlığın şube işleminden kaynaklanıyor olması 21. maddenin uygulanması için yeterlidir.⁶⁹¹ Son olarak, ZPO mad.23’de ise Alman mahkemelerinin münhasır yetkisine ilişkin düzenleme yer almaktadır.⁶⁹²

İsviçre hukukunda milletlerarası yetki, *İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu*⁶⁹³ kapsamında doğrudan düzenlenen özel kurallarla tespit edilmiştir.⁶⁹⁴ Genel olarak *Brüksel Konvansiyonu*’na benzer esasların kabul edildiği ifade edilse de milletlerarası yetki, her hukuki uyuşmazlığa ilişkin ayrı ayrı ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş olduğundan Avrupa ülkelerinde kabul edilen genel sistematiğe uzaklaşmıştır.⁶⁹⁵ Sözleşme ilişkilerine uygulanacak yetki hükümlerine bakıldığında kademeli bir bağlama sisteminin kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu kapsamda, davalının yerleşim yeri, yoksa mutad meskeni ilk kademedede uygulanacak bağlama noktalarıdır. Bunların tespit edilememesi durumunda davalının işyerinin bulunduğu yer ikinci kademedede uygulama alanı bulacaktır. Bu bağlama noktasının da tespit edilememesi durumunda son kademe olan sözleşmenin ifa yeri

⁶⁸⁸ Van Lith, s.163.

⁶⁸⁹ Bu kapsamda dava açılabilmesi için şubenin, uyuşmazlık konusu işlem bakımından bağımsız ve işlemi tek başına yapabilme yetkisini haiz olması şartları aranmaktadır. (Adolphsen, s.108)

⁶⁹⁰ Van Lith, s.164.

⁶⁹¹ Van Lith, s.165.

⁶⁹² Hüküm gereğince, davalının yerleşim yerinin Almanya olmadığı ve buna karşın malvarlığının bir kısmının Almanya’da bulunduğu durumda, davalıya karşı açılacak mülkiyet davalarında Almanya’daki malvarlığının değerine bakılmaksızın Alman mahkemelerinin münhasıran yetkili olduğu kabul edilmiştir. (Adolphsen, s.149; Van Lith, s.168-169.)

⁶⁹³ *PIL Statute* olarak ifade edilmektedir. Bkz. Van Lith, s.138.

⁶⁹⁴ Van Lith, s.139.

⁶⁹⁵ Van Lith, s.139.

mahkemelerinin yetkili olacağı kabul edilmiştir.⁶⁹⁶ Tüzel kişiler bakımından yerleşim yerinin tespitinde, şirket esas sözleşmesinde belirlenen yer, sicile kayıtlı bulunulan yer veya idare merkezinin bulunduğu yer esasları nazara alınmaktadır.⁶⁹⁷ Son olarak, İsviçre hukukunda şubelere ilişkin özel yetki düzenlemesi yer almamaktadır. Bununla birlikte, iş yeri bağlama noktası kullanılarak şubelere ilişkin de bir değerlendirme yapılabileceği genel olarak kabul edilmektedir.⁶⁹⁸

Türk hukukunda milletlerarası yetkiye ilişkin MÖHUK⁶⁹⁹’da temel olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır. MÖHUK mad.40⁷⁰⁰ genel yetkiye ilişkin hükümleri içermekte iken, MÖHUK 41- 46 maddeleri arasında ise bazı hukuki ilişkilerle sınırlı özel yetki kuralları yer almaktadır. MÖHUK’da yer alan özel düzenlemelerde banka garanti sözleşmelerine ilişkin bir hüküm bulunmadığından, banka garantilerine ilişkin uluslararası nitelikli uyuşmazlıklarda mad.40 gereğince iç hukuk düzenlemelerine bakılarak milletlerarası yetki tespiti yapılacaktır. Bu bağlamda, iç hukuktaki HMK kapsamında tayin edilen yetki kurallarından banka garanti sözleşmesi ile ilgili olarak HMK mad.6’da düzenlenen genel yetkiye, HMK mad.10’da düzenlenen sözleşmelerden doğan davalarda yetkiye ve son olarak HMK mad.14’de düzenlenen şubenin işlemlerinden doğan davalarda yetkiye ilişkin hükümlerin incelenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, tarafların yetki anlaşması yaparak yabancı bir mahkemeyi yetkili kılması durumunda MÖHUK mad.47⁷⁰¹ hükmünün uygulama alanı bulacağı izahtan varestedir. Buna karşın tarafların, Türk mahkemelerini yetkili kılması hali MÖHUK’da açık olarak düzenlenmemiştir. Mamafih, yabancı unsur taşıyan hukuki ilişkilerden doğan uyuşmazlıklarda Türk mahkemelerinin yetkili kılınması hususunda yapılacak yetki anlaşmalarının geçerliliği, MÖHUK mad.40’ın iç hukuka yaptığı yollama ile HMK mad.17 ve

⁶⁹⁶ PIL Art. 112-113; Van Lith, s.142.

⁶⁹⁷ PIL Art.21; Van Lith, s.143.

⁶⁹⁸ Van Lith, s.145.

⁶⁹⁹ 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

⁷⁰⁰ “Milletlerarası yetki” başlığı altında MADDE 40 – (1) *Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder.*

⁷⁰¹ “Yetki anlaşması ve sınırları” başlığı taşıyan MADDE 47 – (1) *Yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür. (2) 44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.*

mad.18 hükümlerine⁷⁰² tabi olacaktır.⁷⁰³ Bu kapsamda, yalnızca tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında meydana gelen belirli veya belirlenebilir uyuşmazlıklara ilişkin olarak yetkili mahkemenin gösterildiği yazılı şekle tabi yetki anlaşması yapılabilecektir.⁷⁰⁴

Çalışmamızda uluslararası nitelikli banka garanti sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda yetkili mahkemenin tespitinde öncelikle yetki anlaşmasının var olup olmaması ve geçerliliği gibi hususlar ele alınacak olup yetki anlaşması yapılmamış olması durumunda ise genel yetki kurallarından yola çıkarak milletlerarası yetki tesisine ilişkin değerlendirmelere yer verilecektir.

2. Banka Garantilerinde Milletlerarası Yetkili Mahkemenin Tespiti

Uluslararası nitelikli banka garanti sözleşmelerinde milletlerarası yetkiye ilişkin doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır. Bununla birlikte, sözleşme ilişkilerinde kabul edilen genel esasların, banka garantisi bakımından da uygulama alanı bulması söz konusu olacaktır. Bu kapsamda, sözleşmeler için kabul edilen irade özgürlüğü esasının, uluslararası nitelikli banka garanti sözleşmeleri için de tanındığını ifade etmek gerekir. Başka bir anlatımla, kanunda aranan şartların varlığı halinde, taraflar uyuşmazlığın çözüme kavuşturulacağı ülke mahkemelerini kendileri belirleyebilecektir.⁷⁰⁵ Bunun yanı sıra, tarafların anlaşması halinde uyuşmazlığın alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birinin benimsenerek çözümlenmesi de mümkün olacaktır. Örneğin, taraflar anlaşarak bir tahkim anlaşması yapabilirler. Bu

⁷⁰² HMK “Yetki sözleşmesi” başlığı taşıyan 17. maddesi gereğince; “(1) Tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır.”

HMK “Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartları” başlığı taşıyan 18.maddesi gereğince; “ (1) Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyecekleri konular ile kesin yetki hâllerinde, yetki sözleşmesi yapılamaz.

(2) Yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesi şarttır.”

⁷⁰³ Doğan, Milletlerarası Özel, s.81; Can ve Toker, s.119; Özkan ve Tütüncübaşı, s.90.; Ekşi, Milletlerarası Ticaret, s.141.

⁷⁰⁴ Türk mahkemesine yetki tanıyan yetki anlaşmasının şekli ve geçerlilik koşulları *lex fori* statüsündeki Türk usul hukukuna tabi olacaktır. Bkz. Nomer, s.484; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Figanmeşe, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7.bası, Beta Yayınları, 2019, s.425; Aysel Çelikel ve B. Bahadır Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15.bası, Beta Yayınları, 2017, s.632.

⁷⁰⁵ Brüksel Reg. Mad.25; ZPO mad.38; MÖHUK mad.47.

durumda, mahkeme önüne gelen uyuşmazlıkta, tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle tahkim ilk itirazında bulunulabilecektir. Böylece, uluslararası banka garanti sözleşmelerinde yetkili mahkeme tespit edilirken öncelikle taraflar arasında geçerli bir yetki anlaşmasının bulunup bulunmadığı belirlenecek, geçerli bir yetki anlaşmasının varlığı halinde bu anlaşma kapsamında değerlendirme yapılacaktır. Buna karşın, tarafların anlaşma yolu ile yetkili mahkemeleri belirlemediği durumlarda milletlerarası özel hukuk kuralları devreye girecek ve yetkili mahkeme bu bağlamda tespit edilecektir.

Tarafların, banka garantisinden doğan uyuşmazlıkların hangi ülke mahkemelerinde çözümlenmesini arzu ettiklerine ilişkin yetki sözleşmesi yapmaları durumunda, öncelikle bu sözleşmenin geçerli olup olmadığı tespit edilmelidir. İlk olarak belirtmek gerekir ki, yetki anlaşmasının asıl anlaşmadan bağımsız olduğu birçok hukuk sisteminde kabul edilmiştir.⁷⁰⁶ Dolayısıyla, asıl sözleşmenin geçersiz olması, yetki anlaşması üzerinde doğrudan etki doğurmaz. Bunun yanı sıra, sözleşmenin hukuki niteliği ve geçerli olup olmadığı belirlenirken hangi ülke hukuku hükümlerinin uygulanması gerektiği önem arz etmektedir. Zira, yetki sözleşmesi, usule ilişkin⁷⁰⁷ bir sözleşme olarak kabul edilecek ise *lex fori* hükümleri uygulama alanı bulacak, maddi hukuka ilişkin⁷⁰⁸ kabul edilecek ise *lex causae* hükümlerine göre değerlendirme yapılacaktır.⁷⁰⁹ Yetki anlaşması ile yetkili kılınan mahkemenin, yetkisinin niteliği doktrinde tartışmalıdır. Brüksel Regülasyonu mad.25 kapsamında aksinin taraflarca kararlaştırılmamış olması şartıyla yapılan yetki anlaşmalarının kesin yetki niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.⁷¹⁰ Türk hukukunda uluslararası nitelikli sözleşmelere ilişkin yetki anlaşması yapılmasının belli şartlara tabi olduğu

⁷⁰⁶ Brüksel Reg. Mad.25/5; BGH, Urteil vom 19.1.1960, VIII ZR 35/59=WM 1960, 320=JR 1960, 264; KG Berlin, Urteil vom 28.9.1982, 5 U 3213/82=BB 1983, 213; Adolphsen, s.135; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara,2013, s.110.

⁷⁰⁷ Doğan, Milletlerarası Özel, s.77'dan naklen; “Yetki anlaşmasının usul hukukuna ilişkin olduğu hususunda herhangi bir şüphe yoktur. Usul hukuku alanında *lex fori* hakimiyeti kabul edildiğinden, yetki sözleşmesinin geçerliliği hususunda da yetkili kılınan ülke hukuku uygulama alanı bulacaktır.”

⁷⁰⁸ Adolphsen, s.135, dn.322.

⁷⁰⁹ Yetki anlaşmasının hem maddi hem de usuli nitelikli *karma* bir sözleşme olduğuna ilişkin görüş önem kazanmaktadır. Bkz. BGH, Urteil vom 17.5.1972, VIII ZR 76/71=BGHZ 59, 26=NJW 1972, 1622; Adolphsen, s.135, dn.323.

⁷¹⁰ Brüksel Reg. mad.25/1; Reg. kapsamında yetki anlaşmasının yapılmasının sınırları aynı maddenin devamında hüküm altına alınmıştır.

düzenlenmiştir.⁷¹¹ Bu kapsamda, geçerli bir yetki anlaşmasından söz edilebilmesi için; Uyuşmazlığın yabancılık unsurunu haiz olması, Türkiye'nin münhasır yetki alanına girmemesi, borç ilişkilerinden kaynaklanması, yabancı mahkemenin belirli veya belirlenebilir nitelikte olması, yetki anlaşmasının yazılı delille ispat edilmesi ve MÖHUK mad.44-46 hükümlerini bertaraf eder nitelikte olmaması şartları aranmaktadır.⁷¹² Alman hukukunda ise, yetki anlaşmasının esasları ZPO mad.38-40 arasında düzenlenmiş olup, milletlerarası yetki anlaşmaları bakımından da uygulama alanı bulmaktadır.⁷¹³ Bu kapsamda, yetki anlaşmasının belirli veya belirlenebilir bir hukuki ilişkiye dayanması, münhasır yetki alanına ilişkin olmaması, gayrimaddi uyuşmazlıklara yönelik olmaması gibi şartlar hüküm altına alınmıştır.⁷¹⁴ Son olarak her iki ulusal hukukta da kabul edildiği üzere, geçerli bir yetki anlaşmasına rağmen, farklı ülke mahkemesinde açılan bir davada tarafların yetki itirazında bulunmaması durumunda davanın açıldığı mahkemenin yetkili hale geleceği kabul edilmektedir.⁷¹⁵ Uluslararası banka garantilerinde genellikle taraflar arasında yetki anlaşması yapılmamaktadır. Buna karşın, bazı ülkelerde yerleşik lehdarlara verilecek garantilerde o ülke mahkemelerinin yetkili olduğunun belirtilmesi zorunlu kılınabilmektedir. Örneğin, İranlı lehdara verilecek banka garantilerinden doğan uyuşmazlıklarda İran mahkemelerinin yetkili olduğuna ilişkin klotun bulunması zorunludur.⁷¹⁶

⁷¹¹ MÖHUK “Yetki anlaşması ve sınırları” başlığı taşıyan MADDE 47 – (1) Yer itibariyle yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hâllerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devletin mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler. Anlaşma, yazılı delille ispat edilmesi hâlinde geçerli olur. Dava, ancak yabancı mahkemenin kendisini yetkisiz sayması veya Türk mahkemelerinde yetki itirazında bulunulmaması hâlinde yetkili Türk mahkemesinde görülür. (2) 44, 45 ve 46 ncı maddelerde belirlenen mahkemelerin yetkisi tarafların anlaşmasıyla bertaraf edilemez.

⁷¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, Milletlerarası Özel, s.73-78; Can ve Toker, s.103-115.

⁷¹³ Brüksel Reg. kapsamına giren uyuşmazlıklarda ZPO doğrudan uygulama alanı bulmamaktadır.

⁷¹⁴ ZPO mad.40

⁷¹⁵ Yetki itirazında bulunulabilecek süreye ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Türk doktrininde kabul edilen bir görüşe göre, HMK mad.117 kıyasen uygulama alanı bulacak ve cevaba cevap dilekçesi aşamasına kadar yetki itirazında bulunulabilecektir. Bu anlamda yetki anlaşmasıyla tanınan yetki kesin yetki veya münhasır yetki değildir. (Şanlı ve diğerleri, s.425 vd.; Çelikel ve Erdem, s.632-634; Can ve Toker, s.116); Doktrinde hakim görüşe göre ise ancak yetki tanınan mahkemenin kendini yetkili görmemesi durumunda davanın açıldığı mahkeme yetkili hale gelebilecektir. Bu bağlamda, davanın her aşamasında yetki itirazında bulunulabilir.(Yargıtay YGHK 15.06.1988 T. E-1988/11-246 K.88/476, Doğan, Milletlerarası Özel, s.79, dn.37); ZPO mad.39'da ise davalının sözlü duruşmada yetki itirazında bulunmamış olması durumunda (mad.504'deki bildirimin yapılmadığı durumlarda) mahkemenin yetkili hale geleceği esası kabul edilmiştir.

⁷¹⁶ Laura Ahvenainen, **On Demand Guarantees in Iran, (Thesis)**, Laurea University of Applied Sciences, February, 2009. www.thesis.fi (20.04.2021), s.30.

Tarafların yetki anlaşması yapmadığı durumlarda, uyuşmazlığın taşındığı mahkeme *lex fori* kurallarını uygulayarak yetkili mahkemeyi tespit edecektir.⁷¹⁷ Bununla birlikte, uyuşmazlığın hakimın ülkesinin taraf olduğu uluslararası anlaşma veya regülasyonların kapsamına girmesi durumunda bu kurallar öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır.⁷¹⁸ Türk hukukunda, MÖHUK kapsamında yer alan özel yetki kurallarında banka garanti sözleşmelerine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu nedenle, MÖHUK mad.40 gereğince atıf yapılan iç mevzuattaki yetki hükümlerinin banka garanti sözleşme ilişkileri için de uygulama alanı bulacağı izahtan varestedir. Banka garanti sözleşmelerinin muhteviyatı nazara alındığında iç yetkiyi düzenleyen HMK mad.6, mad.10 ve mad.14 hükümlerinin incelenmesi gerekmektedir. HMK mad.6⁷¹⁹ uyarınca genel yetkili mahkeme, davalının davanın açıldığı andaki yerleşim yeri mahkemesidir. TMK mad. 51 kapsamında tüzel kişilerde yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başkaca bir hüküm bulunmaması şartıyla işlerin yönetildiği yer olarak belirlenmiştir. Bu bağlamda, garanti sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklarda genel yetkili mahkemenin garantörün yerleşim yeri mahkemesi olduğu kabul edilmelidir. Bu genel yetkiye ek olarak HMK mad.10⁷²⁰ gereğince sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda, sözleşmenin ifa yeri mahkemesinin de yetkili olacağı hüküm altına alınmıştır. Banka garanti sözleşmesinde, kural olarak garantör bankanın borcunu ifa edeceği yer, bankanın yerleşim yeri olduğundan HMK mad.6 ile HMK mad.10'un uygulaması bakımından pratikte farklı bir sonuç doğmayacaktır. Son olarak, HMK mad.14⁷²¹ kapsamında şubeler ve tüzel kişilerle ilgili davalarda yetkiye ilişkin bir alternatif daha kabul edilmiş olup, şubenin yapmış olduğu işlemlerle sınırlı olmak üzere bu işlemlerden doğan davalarda şubenin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olabilceği hüküm altına alınmıştır. Bu durumda, bankanın yurtdışı şubesi tarafından düzenlenen garanti sözleşmesinden

⁷¹⁷ Adolphsen, s.55; Can ve Toker, s.42.

⁷¹⁸ 5 BGH, Urteil vom 1.6.2005, VIII ZR 256/04=IPRax 2006, 594, 595;Adolphsen, s.69.

⁷¹⁹ HMK MADDE 6- (1) Genel yetkili mahkeme, davalı gerçek veya tüzel kişinin davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri mahkemesidir. (2) Yerleşim yeri, 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre belirlenir.

⁷²⁰ HMK MADDE 10- (1) Sözleşmeden doğan davalar, sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesinde de açılabilir.

⁷²¹ HMK MADDE 14- (1) Bir şubenin işlemlerinden doğan davalarda, o şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir. (2) Özel hukuk tüzel kişilerinin, ortaklık veya üyelik ilişkileriyle sınırlı olmak kaydıyla, bir ortağına veya üyesine karşı veya bir ortağın yahut üyenin bu sıfatla diğerlerine karşı açacakları davalar için, ilgili tüzel kişinin merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkilidir.

doğan uyuşmazlıklarda, şubenin bulunduğu yer mahkemesinin de yetkili olabileceği sonucuna varılabilecektir. Bu esaslara paralel bir düzenlemenin kabul edildiği Alman hukukunda da genel yetkili mahkemenin davalının yerleşim yeri mahkemesi olduğu⁷²², sözleşme ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda ifa yeri mahkemelerinin de yetkili olduğu⁷²³ ve son olarak şubenin işlemlerinden doğan uyuşmazlıklarda şube yeri mahkemesinin de yetkili olacağı⁷²⁴ hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda, banka garanti sözleşmelerine ilişkin özel bir yetki hükmü tesis edilmediğinden her iki ülke hukukunda da benzer bağlama noktalarına göre milletlerarası yetki tespitinin yapılacağını söylemek yanlış olmayacaktır.⁷²⁵

Uluslararası banka garanti sözleşmelerinin tarafları garantör banka ile lehdar olsa da, garanti sözleşmesi muhteviyatı gereği en az üçlü bir ilişki yaratmaktadır. Bu bağlamda, amirin açacağı davalarda milletlerarası yetki tayin edilirken, amirin sözleşmenin tarafı olmadığı ve her bir sözleşmenin birbirinden bağımsız olduğu dikkate alınarak yorum yapılmalıdır.⁷²⁶ Özellikle kontgaranti sözleşmesinin de dahil olduğu dörtlü ilişkilerde milletlerarası yetkili mahkemenin tespitinde ciddi zorluklar yaşanmaktadır.⁷²⁷

⁷²² ZPO mad.12, mad.13 ve mad.17.

⁷²³ ZPO mad.29

⁷²⁴ ZPO mad.21

⁷²⁵ Burada belirtmek gerekir ki Almanya'da Brüksel Regülasyonları kapsamına giren uyuşmazlıklarda bu hükümler öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır.

⁷²⁶ Kanaatimizce, uygulamada amir tarafından verilen talimatlarda yetki anlaşmalarına ilişkin bilgilendirmeler yapılarak ve amirden bunun onayı alındıktan sonra garanti veya kontrgaranti verilmesi hususuna dikkat edilirse, yetki sözleşmesinden haberdar olan ve dahi buna onay veren amirin, daha sonra bu anlaşmalara taraf olmadığını iddia etmesi kesin yetkiyi bertaraf etme kastıyla hareket ettiğine kanıt niteliğinde değerlendirilebilir. Buna karşın; Örneğin, *Ocrim SpA v. Banca Nazionale del Lavoro SPA- Banque Nationale d'Algerie- Molino Grani SARL* davasında amirin bilgisinin olduğuna ilişkin itirazlar, İtalyan Yüksek Mahkemesi tarafından nazara alınmamıştır. (Braggion,s.321.)

⁷²⁷ İtalya Yüksek Mahkemesi önüne gelen iki davanın bu bağlamda tartışılması yararlı olacaktır. 27 Feb,2008, No.5090 *Ocrim SpA v. Banca Nazionale del Lavoro SPA- Banque Nationale d'Algerie- Molino Grani SARL* davasında; İtalyan amir ile Cezayirli lehdar arasında imzalanan anlaşmadan doğan borcun garanti altına alınması için İtalyan bankası ile Cezayir bankası arasında kontrgaranti sözleşmesi imzalanmış, buna istinaden Cezayir bankası tarafından Cezayirli lehdara garanti sözleşmesi düzenlenmiştir. Amir ile lehdar arasındaki sözleşmeden doğan anlaşmazlıklarda yabancı tahkimin yetkili olduğuna ilişkin taraflar arasında anlaşma yapılmıştır. İtalyan bankası ile Cezayir bankası arasındaki kontrgaranti ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda yetki klozu öngörülerek yalnızca Cezayir mahkemelerinin yetkili olacağı hüküm altına alınmıştır. Lehdar, garantör bankaya bildirimde bulunarak kontragarantinin ödenmesinin talep edilmesini istemiştir. Cezayir bankası kontrgarana ödeme talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine amir, lehdar, garantör banka ve kontrgarana İtalyan mahkemelerinde dava açarak kontrgaranti ödemesinin durdurulmasını ve ayrıca temel ilişkiden doğan borçlarını tamamen ifa etmesi nedeniyle ödeme taleplerinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun tespit edilmesini talep etmiştir. Kontrgaran İtalyan bankası, kontrgaranti sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda ancak Cezayir

mahkemelerinin kesin yetkili olacağına ilişkin yetki anlaşmasına dayanarak yetki itirazında bulunmuştur. Mahkeme, öncelikle Brüksel I reg. mad.6 gereğince, davalıların tümünün üye devlette yerleşim yeri bulunmasa dahi birden fazla davalıya karşı, davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde hepsine karşı, talepler arasında ilişki bulunması durumunda ve davanın o mahkemede açılmasında yalnızca yetkiyi bertaraf etme amacıyla hareket edilmemesi şartıyla dava açılmasının mümkün olduğu kanaatine varmıştır. Taleplerin farklı hukuki nedenlere dayanmasının aralarındaki ilişkinin varlığı halinde tek başına yetkiyi bertaraf etmeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca, kontrgaranti ilişkisi kapsamında garantör banka ile kontrgaran banka arasında imzalanan yetki anlaşmasının amir açısından sözleşmenin tarafı olmaması nedeniyle kesin yetki yaratmayacağı sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda yapılan değerlendirmeler neticesinde, kontrgaranti ödemesinin durdurulması, garantöre yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu ve temel sözleşmeden doğan edimin tam olarak ifa edilmiş olduğunun tespiti talepleri arasında mad.6 kapsamında yeterli bağlantının bulunduğu değerlendirilmiştir. Bu taleplerin farklı mahkemelerde görülerek farklı kararlar verilmesi halinde sonradan yapılan ödemelerin tazmin edilmesinde ciddi aykırılıklar ve hak kayıpları yaratacağı, borcun tam olarak ifa edilip edilmediğinin tespitinin bir ön mesele olarak ele alınması gerektiği kanaatine varılarak, davalı kontrgaran bankanın İtalya'da yerleşik olması nedeniyle, birden çok davalıya karşı aynı İtalyan mahkemesinde açılan davada, İtalya mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunduğu sonucuna varılmıştır. Benzer şekilde, İtalyan Yüksek Mahkemesi önüne gelen *Feb 7, 2012, No.5765 Fata Engineering SPA v. Bank Mellat-Banka Intesa San Paolo SPA- Hezar Aliminium Industries CO.* davasında; İtalyan amir ile İranlı lehdar arasında imzalanan anlaşmadan doğan borcun garanti altına alınması için İtalyan bankası ile İran bankası arasında kontrgaranti sözleşmesi imzalanmış, buna istinaden İran bankası tarafından İranlı lehbara garanti sözleşmesi düzenlenmiştir. Amir ile lehdar arasındaki sözleşmeden doğan anlaşmazlıklarda yabancı tahkimin yetki olduğuna ilişkin taraflar arasında anlaşma yapılmıştır. İtalyan bankası ile İran bankası arasındaki kontrgaranti ilişkisinden doğan uyuşmazlıklarda yetki klozu öngörülerek yalnızca İran mahkemelerinin yetkili olacağı hüküm altına alınmıştır. Lehdar, garantör bankaya bildirimde bulunarak kontrgarantinin ödenmesinin talep edilmesini istemiştir. İran bankası kontrgaran İtalyan bankasına İran'da dava açarak teminat altına alınan bedelin ödenmesini talep etmiştir. Bir süre sonra amir, lehdar, garantör banka ve kontrgarana İtalyan mahkemelerinde dava açarak kontrgaranti ödemesinin durdurulmasını ve ayrıca temel ilişkiden doğan borçlarını tamamen ifa etmesi nedeniyle ödeme taleplerinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunun tespit edilmesini talep etmiştir. Burada görüldüğü üzere yabancı mahkemede açılan bir derdest dava söz konusudur. Buna ilişkin Mahkeme tarafından yapılan değerlendirmede önceki karara benzer bir yaklaşım benimsenerek mad.6 gereğince davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinin, talepler arasında bağlantının bulunması ve aranan diğer şartların sağlanması halinde diğer davalılar için de yetkili olacağı kanaatine varılmıştır. Bununla birlikte, yabancı derdestlik hususu ayrıca incelenmiş ve Brüksel I Reg. mad.22/2 uyarınca davanın ilk açıldığı mahkemenin kesin yetkili olacağına ve ikinci mahkemenin yetkisizlik kararı vermesine ilişkin hükmün, yalnızca üye devletlerde açılan davalar bakımından geçerli olacağının hükümde açıkça tespit edildiği ifade edilmiştir. Böylece, İran bankasının, kontrgarana karşı İran mahkemesinde açtığı davanın bu kapsamda uygulama alanı bulmayacağı sonucuna varılmıştır. Bu davada da, yetki anlaşması itirazında bulunulmuş olmasına rağmen, amirin sözleşme tarafı olmaması nedeniyle itirazın reddine karar verilmiştir. Sonuç olarak her iki davada da Brüksel I Reg. mad.6 uyarınca İtalyan mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunduğu tespit edilmiştir. (Davalarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Braggion, s.319 vd.) Buna karşın, davacının farklı hukuki nedenlere dayanarak talepte bulunması durumunda mad.6 kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine ilişkin bkz. BGH, 23.10.2001, 11th Civil Chamber, No. ZR 83/0 sayılı ilamında, iki farklı davalıya karşı açılan davada bir talebin hukuki nedeni sebepsiz zenginleşme, diğerinin ki ise haksız fiilden doğan tazminat talebi olduğundan bunlar arasında mad.6 kapsamında bağlantı olmadığı şeklinde hüküm kurulmuştur. Benzer şekilde, İsviçre Yüksek Federal Mahkemesi'nin 09.06.2004 No.4C.84 sayılı ilamında birden çok davalı aleyhine açılan davanın, davalılardan biri için sözleşmeye aykırılık diğeri için ise haksız fiil kapsamında talepte bulunulduğu ve bu nedenle mad.6 kapsamında bağlantı oluşmadığı değerlendirilmesinde bulunulmuştur. (Braggion, s.322, dn.12) Aynı davalıya karşı farklı hukuki ilişkiden doğan davalarda milletlerarası yetkiye ilişkin Alman mah. tarafından verilen bir başka kararın değerlendirilmesi için bkz. Dr.Steffen ve diğerleri, s.54 vd.

Sonuç olarak, uluslararası banka garanti sözleşmelerinde taraflarca geçerli bir yetki sözleşmesi veya klozu düzenlenmesi durumunda yetkili kılınan mahkemenin; böyle bir anlaşma bulunmaması veya geçersiz olması durumunda ise *lex fori* yetki kurallarına göre tespit edilen mahkemenin yetkili olacağı kabul edilmektedir. Banka garanti sözleşmelerine ilişkin özel yetki düzenlemeleri söz konusu olmadığından bağlama kurallarına göre, davalının yerleşim yeri mahkemesi, sözleşmenin ifa yeri mahkemesi, şubenin düzenlediği garanti sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda şubenin bulunduğu yer mahkemesinin alternatif olarak yetkili olacağı genel olarak kabul edilmektedir. Pratikte davalının yerleşim yeri ve sözleşmenin ifa yeri garantör bankanın yerleşim yeri olacağından, bankanın bulunduğu yer mahkemelerinde dava açılmasının uygun olacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, bankanın yurtdışında bulunan şubesi tarafından düzenlenen bir garanti sözleşmesinde ise şubenin bulunduğu yabancı ülke mahkemesinde de dava açılabileceği sonucuna varılmaktadır.

3. İhtiyati Tedbir Taleplerinde Yetkili Mahkeme

Birçok ulusal hukukta ihtiyati tedbir taleplerinde milletlerarası yetkiyi belirleyen kurallar açıkça düzenlenmemiştir.⁷²⁸ Bu minvalde, Türk hukukunda da MÖHUK düzenlemesinde ihtiyati tedbir kararı vermeye yetkili mahkeme ile ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Genel yetki kuralı olarak, MÖHUK mad.40 kapsamında milletlerarası yetkiye ilişkin tespitlerde, iç hukukun yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulama alanı bulacağı hüküm altına alınmıştır.⁷²⁹ Bu bağlamda, iç hukukta ihtiyati tedbir kararlarına ilişkin HMK mad.390 uygulama alanı bulmaktadır.⁷³⁰ Bu düzenleme gereğince, dava açılmadan önce esas hakkındaki

⁷²⁸ İsviçre hukukunda maddi ilişki konusunda yetkili olunmasa dahi, ihtiyati tedbir kararı bakımından İsviçre mahkemelerinin yetkili olabileceğine ilişkin açık hüküm bulunmaktadır. (Both ve Stoyanov, s.1286; Doğan, Banka Teminat, s.462, dn.45)

⁷²⁹ “Milletlerarası yetki” başlıklı MADDE 40 – (1) *Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları tayin eder.*

⁷³⁰ “İhtiyati tedbir talebi” başlıklı MADDE 390- (1) *İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. (2) Talep edenin haklarının derhâl korunmasında zorunluluk bulunan hâllerde, hâkim karşı tarafı dinlemeden de tedbire karar verebilir. (3) Tedbir talep eden taraf, dilekçesinde dayandığı ihtiyati tedbir sebebini ve türünü açıkça belirtmek ve davanın esası yönünden kendisinin haklılığını yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.*

yetkili mahkeme, dava açıldıktan sonra ise asıl davanın görüldüğü mahkeme, ihtiyati tedbir kararı verme yetkisini haiz mahkeme olarak kabul edilmiştir.⁷³¹ Dolayısıyla, Türk mahkemelerinin uyuşmazlığın esasına yönelik yetkisini haiz olması durumunda, ihtiyati tedbir kararı verme yetkisini de haiz olduğu kabul edilecektir.⁷³² Bununla birlikte, bizim de katıldığımız bir görüşe göre uluslararası nitelikli uyuşmazlıklarda aciliyet arzeden durumlarda, mahkeme asıl davada yetkisiz olsa dahi ihtiyati tedbir kararı verebilmelidir.⁷³³ Bu yorum bir adım ileri taşınarak, tarafların esas uyuşmazlık hakkında yetki anlaşması yapmış olması durumunda dahi, ihtiyati tedbir kararları bakımından doğrudan yetkisizlik kararı verilmesi yerine, durumun aciliyeti ve tedbirin yararı gibi hususlar değerlendirilerek sonuca varılması gerektiğini ileri süren görüşler de bulunmaktadır.⁷³⁴

Banka garanti sözleşmeleri mahiyetleri gereği garanti konusunun gerçekleşmesi halinde, koşulsuz ve ilk talepte ödeme yükümlülüğü doğuran sözleşmelerdir. Bununla birlikte, bazı istisnai hallerde, bankanın ödeme yapmasının engellenebilmesi mümkündür. Bu hallerle sınırlı olarak, garantör bankanın ödeme yapmasının engellenmesi için ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir.⁷³⁵ Uluslararası banka garanti sözleşmelerine ilişkin verilecek ihtiyati tedbir kararlarında yetkili mahkeme MÖHUK kurallarıyla özel olarak belirlenmediğinden, doğrudan

⁷³¹ Benzer bir yaklaşım genel ilke olarak Avrupa Birliği Konsey'inin 44/2001 nolu düzenlemesinde de benimsenmiştir. (Adolphesen, s.219.)

⁷³² Doğan, Banka Teminat, s.462.

⁷³³ Doğan, Banka Teminat, s.463, dn.48.

⁷³⁴ Nomer, s.487; Çelikel ve Erdem, s. 627; Doğan, Banka Teminat, s.463; Yargıtay HGK 06/05/1998 T. ve E.1998/12-287, K.1998/325 sayılı ilamında; "Dava hukuksal nitelikde cebri icra hukukundan kaynaklanmaktadır. Diğer bir anlatımla, yetki itirazı, asliye hukuk mahkemesince verilen ihtiyati haciz kararının, Serik İcra Müdürlüğü nezdinde uygulanması safhasına aittir. O nedenle, bu hukuki olgu sınırı içinde kalınarak uyuşmazlığın değerlendirilmesi hukuksal bir gerektir. İhtiyati haciz kararının infazının, hukuki sonuç ve hükümlerinin bir cebri icra olduğunda, duraksama olmamalıdır. Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindendir. Yine cebri icra devletin egemenlik ve hükümlerinin kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. O nedenle devletin nüfuz ve iktidarını simgeleyen bir hakimiyet tasarrufudur, denilebilir. "Türk milleti egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetkili organlar eliyle kullanır. Egemenliğin kullanılması, hiçbir suretle, hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz, hiçbir kimse ve organ kaynağını Anayasadan almayan bir devlet yetkisi kullanamaz." (Anayasa Md.6) Şu durum karşısında; Türk mahkemesinde alınan ihtiyati haciz kararının cebri icra yoluyla uygulanmasına dair yetki devletin kendi ülkesi üzerinde hakimiyet tasarruflarında bulunabilme iktidarının bir görünümü olduğundan, münhasır (kesin) yetkilerindendir. Hal böyle olunca; davanın sadece belirtilen hukuki nitelik ve kapsamı içinde ve "kamu düzeni"; "münhasır yetki" esaslarının etkisi altında değerlendirildiğinde; Türk mahkemesinin ülke içi yetkisinin ve ona bağlı olarak milletlerarası yetkisinin varlığının kabulü kaçınılmazdır (2675 sayılı kanunun 31. maddesi). "şeklinde hüküm kurulmuştur. (Can ve Toker, s.159-160, dn.173.)

⁷³⁵ Both ve Stoyanov, s.1286; Doğan, Banka Teminat, s.462.

uygulanacak açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte, ihtiyati tedbir kararının alındığı mahkemenin, tedbirin icrasının fiilen mümkün olabileceği yer mahkemesi olması önem arz etmektedir.⁷³⁶ Zira, banka garanti sözleşmesinde en az üç aktörün yer aldığı bir ilişki söz konusudur. Bu bağlamda, yabancı lehdara, doğrudan garanti verildiğinde yabancı ülkedeki banka muhabir banka olarak ilişkiye dahil olsa da ödeme sorumluluğunu haiz banka ilk banka olacağından, ilk bankanın bulunduğu yer mahkemesinde dava açılması gerekir.⁷³⁷ Başka bir anlatımla, kural olarak garantör bankaya yöneltilecek ihtiyati tedbir taleplerinin, garantör bankanın bulunduğu yer mahkemesinde ileri sürülmesi gerekir. Bu kapsamda, eğer Türk bankaları tarafından yabancı lehdara doğrudan düzenlenen bir garanti sözleşmesi söz konusu ise, ihtiyati tedbir kararı Türk mahkemelerinde ileri sürülmelidir. Buna karşın, eğer yabancı bankalar tarafından Türk lehdara verilen bir garanti söz konusu ise, ihtiyati tedbir talebinde yetkili mahkeme, yabancı bankanın faaliyetlerini sürdürdüğü yer mahkemesi olacaktır. Son olarak belirtmek gerekir ki, tarafların ihtiyati tedbire ilişkin yetki anlaşması yaparak başka bir ülke mahkemesini yetkili kılmasının önünde bir engel bulunmamaktadır.⁷³⁸

D. Uygulanacak Maddi Hukukun Belirlenmesi

1. Genel Olarak

Uluslararası sözleşme ilişkisinde yetkili hukukun belirlenmesinde ikili bir ayırım yapılmalıdır. Bu bağlamda, taraflar sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku kendileri belirlemiş ise subjektif hukuk seçiminin varlığı, kendileri belirlememiş ise kanunlar ihtilafı hükümleri çerçevesinde objektif hukuk seçiminin varlığı söz konusu olacaktır.

⁷³⁶ Garantör bankanın ödeme yapmasının engellenmesine yönelik istenecek ihtiyati tedbir kararlarının, garantör bankada tanıma ve tenfiz kabiliyetini haiz olması gerekir. Zira, başka bir mahkeme tarafından verilecek karar doğrudan garantör bankanın faaliyetini sürdürdüğü ülkede tanıma ve tenfize kabil olmayabilir. Bu durumda, garantör banka ödeme yapacağından, tedbir kararının bir ehemmiyeti kalmayacaktır. Buna karşın belirtmek gerekir ki uluslararası anlaşmalarla yabancı ülkede verilecek tedbir kararlarının başka bir ülkede tanınmasına ilişkin düzenlemeler yapılabilmektedir.

⁷³⁷ Doğan, Banka Teminat, s.465.

⁷³⁸ Adolphsen, s.220, Doğan, Banka Teminat, s.465.

Subjektif hukuk seçimi, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir görünümü olarak sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde ilk derece bağlama kuralı olarak kabul edilmiştir.⁷³⁹ Günümüzde, birçok ulusal hukukta sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde bu anlayış benimsenmiştir.⁷⁴⁰ Hukuk seçimi, açık olarak yapılabileceği gibi zımni hukuk seçimi de kabul edilmektedir. Zımni hukuk seçiminden bahsedebilmek için tarafların hukuk seçimi yapma iradesinin bulunması ve hukuk seçiminin sözleşme hükmünün yorumlanmasından veya olayın halinden yeterli güvenlikte anlaşılması gerekir.⁷⁴¹ Bununla birlikte, seçilen hukukun sözleşme ile irtibatlı olması şart değildir.⁷⁴² Açık hukuk seçimi, temel sözleşmeden bağımsız bir hukuk seçimi sözleşmesi ile yapılabileceği gibi, sözleşmeye konulacak yetkili hukuk klozu veya dava aşamasında tarafların irade beyanları⁷⁴³ ile de yapılabilmektedir. Yetkili hukuk seçimine ilişkin sözleşme, asıl sözleşmeden bağımsızdır. Başka bir deyişle, asıl sözleşmenin geçerliliği veya geçersizliği, hukuk seçimi sözleşmesi üzerinde etkili olmayacaktır. Hukuk seçimi sözleşmesinin şekli ve maddi geçerliliği ise günümüzde kabul edilen görüşe göre *lex causae* hükümlerine tabi olacaktır.⁷⁴⁴ Bu bağlamda, tarafların seçtiği hukuka göre değerlendirme yapılmalıdır. Bununla

⁷³⁹ MÖHUK'un "Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk" başlığı taşıyan 24. Maddesi uyarınca; (1) Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir. Sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerlidir. (2) Taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. (3) Hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla, geriye etkili olarak geçerlidir. (4) Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

⁷⁴⁰ Both ve Stoyanov, s.1287; Matthew H. Horlacher, "The Rome Convention and The German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations", **Cornell Int'L. J.** 1994, Cilt:27, ss.173-201, s.174-176.

⁷⁴¹ Almanya ve İsviçre hukukunda, bu şartların varlığı aranırken bazı yardımcı kriterler ileri sürülmüştür. Örneğin, yetkili mahkemenin tespit edilmesi, hukuk seçimi yapılmış başka bir anlaşmaya yollama gibi farklı kriterler ön görülmüştür. (Doğan, Banka Teminat, s.208 dn.28) ; Gina M. McGuinness, "The Rome Convention: The Contracting Parties' Choice", **San Diego Int'l L. J.**, Cilt:I , 2000, ss.127-172. (10.02.2020), s.153.

⁷⁴² Doğan, Banka Teminat, s.213; Horlacher, s.177; Toker, s.1028. Karşı görüş bkz. Frank Vischer, **Internationales Vertragsrecht**, Bern, 1962, s.46 vd.

⁷⁴³ Davada yapılan hukuk seçiminin aksi kararlaştırılmamış ise *ex tunc* olarak hüküm doğuracağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda, temel borç ilişkisinin kurulması ve geçerliliği eski haldeki yetkili hukuka tabi, sözleşmenin hükümleri ise sonradan seçilen hukuka tabi olacaktır. (Toker, s.1034-1035); Horlacher, s.186; Adolphsen, s.57.

⁷⁴⁴ Roma Konvansiyonu 15.maddesi; IPRG, mad.116/2; MÖHUK mad.32

birlikte, bir görüşe göre, hukuk seçimi anlaşmasının *lex causae* hükümlerince geçersiz olması durumunda tarafların müşterek hukukuna göre geçerli ise geçerli kabul edilmesinin mümkün olması gerekir.⁷⁴⁵ Tarafların, geçerli bir yetkili hukuk belirlemesi durumunda aralarındaki sözleşme ilişkisine bir bütün olarak seçilen maddi hukuk uygulanacaktır. Buna karşın, sözleşmenin şekli ve tarafların ehliyeti konuları ayrı değerlendirilmelidir.⁷⁴⁶ Son olarak, ulusal karaktere sahip olmayan sistem veya prensiplerin, taraflarca uygulanacak hukuk olarak seçilip seçilemeyeceği hususunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Özellikle Uluslararası banka garanti sözleşmelerinde uygulanan birörnek kuralların bu bağlamda ele alınması önem arz etmektedir. Geleneksel görüşe⁷⁴⁷ göre, tarafların hukuk seçiminden söz edilebilmesi için, seçilen hukukun, ulusal hukuk niteliğinde olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, tarafların uygulanmasını istedikleri kurallar, bir ulusal maddi hukuk düzenine ait olmalıdır. Bununla birlikte, tarafların UNCITRAL veya URDG 758 gibi birörnek kuralları seçmesi durumunda bu kurallar sözleşmenin bir parçası olarak ele alınmakla birlikte, yetkili ulusal hukukun da ayrıca tespit edilmesi gerekliliği devam etmektedir. Buna karşın, doktrindeki bir diğer görüşe⁷⁴⁸ göre ise, uluslararası ticaretin otonom kuralları⁷⁴⁹ *sui generis* bir *lex mercatoria* oluşturduğundan, bir üst hukuk düzeni olarak kabul görmesi mümkün olmalıdır. Bu iki uç görüş arasında ılımlı bir yaklaşım benimseyen bir diğer görüşe⁷⁵⁰ göre ise uluslararası ticaretin otonom kurallarının yetkili hukuk olarak taraflarca seçilmesi mümkün olmakla birlikte, bu kurallar dışında kalan hukuki meselelerde mutlaka belirli bir ulusal hukuk düzeninin yetkili kılınması gerekmektedir. Uygulamada, bu

⁷⁴⁵ Doğan, Banka Teminat, s.211.

⁷⁴⁶ MÖHUK hükümlerinde, hukuki işlemlerde şekil ve tarafların ehliyeti farklı bağlama noktalarına tabi kılınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Toker, s.1025-1026, dn.120,121.

⁷⁴⁷ Nomer, s.307.; Sungurtekin, s.559; Doğan, Banka Teminat, s.220, dn.67.

⁷⁴⁸ Ceyda Sural, **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, İzmir, 2008, s.182

⁷⁴⁹ Uluslararası Ticaretin otonom kurallarının kapsamına ilişkin doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Abul F.M. Maniruzzaman, "The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?", **AM. U. INT'L L. Rev.**, Cilt:14, Sayı:3,1999, ss.658-732, <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr> (01.04.2021), s.672-677; İtir F. Bingöl, "Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku'ndaki Yeri", **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, Cilt:19, Özel Sayı-2017, s. 1953-1969. www.researchgate.net (01.04.2021), s.1959-1964.

⁷⁵⁰ Doğan, Banka Teminat, s.219.

kurallar sözleşmenin bir parçası olarak değerlendirmekte lakin kuralların geçerliliği borç ilişkisine uygulanacak yetkili hukuk tarafından belirlenmektedir.⁷⁵¹

Objektif hukuk seçimi ise, tarafların hukuk seçimi yapmadıkları durumda, hakimin kanunlar ihtilafı kurallarından yararlanarak sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku seçmesini ifade etmektedir. Bu bağlamda, tarafların hukuk seçimi birinci kademede yer almaktadır.⁷⁵² Hukuk seçiminin yapılmadığı durumda ise, Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda genel kabul gören yaklaşıma göre, uygulanacak hukuku tespit eden bağlama noktaları, sıkı ilişkili yer hukukuna bağlama ve karakteristik edim borçlusunun⁷⁵³ mutad mesken veya yerleşim yeri hukukuna bağlama olarak kademeli şekilde uygulanmalıdır.⁷⁵⁴ Sıkı irtibatlı yer hukukunun belirlenmesinde farklı kriterler ileri sürülmüştür.⁷⁵⁵ Bu bağlamda, karakteristik edim borçlusunun yerleşim yeri veya mutad mesken hukukunun, sıkı irtibatlı hukuk olduğuna ilişkin aksi ispat edilebilen bir karine kabul edilmiştir.⁷⁵⁶

⁷⁵¹ Doğan, Banka Teminat, s.213,224.

⁷⁵² Sungurtekin, s.562.

⁷⁵³ Her sözleşme ilişkisinde karakteristik edim borçlusunun tespiti kolay olmamaktadır. Mamafih, genel olarak bir yanın belli bir meblağ ödemeyi ve diğer yanında bir hizmette bulunmayı taahhüt ettiği sözleşmelerde, hizmette bulunan tarafın, karakteristik edim borçlusu olduğu kabul edilmektedir. Nitekim, Hollanda mahkemesinde görülen *Machinale Glasfabriek De Maas v. Emaillerie Alsacienne* davasında, hollandalı satıcı ile fransız alıcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkta, mahkeme, karakteristik edim borçlusunun satıcı olduğuna karar vererek, satıcının sözleşmenin kurulduğu andaki yerleşim yeri olan Hollanda hukukunun sıkı irtibatlı hukuk olduğu kanaatine varmıştır. (McGuinness, s.145) Buna karşın belirtmek gerekir ki banka garanti sözleşmelerinde, tek yanlı borç ilişkisi söz konusu olduğundan garantör banka, belli bir meblağ ödemeyi taahhüt ediyor olsa da karakteristik edim borçlusudur.

⁷⁵⁴ MÖHUK mad.24/4 gereğince; *Tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır. Bu hukuk, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olarak kabul edilir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.*

Benzer bir yaklaşımla, Roma Konvansiyonu 4.maddede de, esasa uygulanacak hukuk, sözleşmenin en sıkı irtibatlı olduğu yer hukuku olarak belirlenmiştir. Bununla birlikte, sözleşmenin ayrılabilir bölümlerine farklı sıkı ilişkili hukuk düzenleri uygulanabilir.(Horlacher, s.178); Toker, s.1036; Doğan, Banka Teminat, s.231.

⁷⁵⁵ Eski MÖHUK döneminde, sıkı irtibatlı hukuk tespitinde karakteristik edim borçlusunun edimini ifa ettiği yer esaslı lehine karine kabul edilmekteydi. Bu husus, taraf menfaatlerine aykırılık teşkil edeceği gerekçesi ile Sungurtekin tarafından eleştirilmişti. (Sungurtekin, s.564) Roma Konvansiyonu esas alınarak hazırlanan şimdiki MÖHUK'da bu yaklaşımdan vazgeçilerek, karakteristik edim borçlusunun sözleşme anındaki mutad meskeni veya yerleşim yeri hukuku lehine karine öncelikli olarak kabul edilmiştir. Böylece, Avrupa genelinde kabul edilen anlayışa uygun bir düzenleme yapılmıştır.

⁷⁵⁶ MÖHUK mad.24/4 ; Roma Konvansiyonu mad.4/2 hükmünde de belirli karineler kabul edilmiştir. Bu kapsamda, Sözleşmenin yapıldığı anda karakteristik edim borçlusunun mutad mesken hukuku,

Görüldüğü üzere, sözleşme ilişkisiyle sıkı irtibatlı hukukun, başka bir ülke hukuku olması durumunda hakim bunu nazara alarak, o ülke hukukunu sözleşmenin esasına uygulayacaktır. Bununla birlikte, sözleşmenin ayrılabilir kısımlarına ilişkin sıkı irtibatlı olan farklı hukukların tespit edilmesi durumunda, ayrı hukuk düzenlerinin nazara alınması mümkündür.⁷⁵⁷

Banka garanti sözleşmeleri, temel sözleşmeden bağımsız bir hukuki ilişki meydana getirir. Bu nedenle, temel sözleşmede hukuk seçimi yapılması, garanti sözleşmesine doğrudan etki etmeyecektir. Benzer şekilde, temel ilişkiye uygulanacak hukukun objektif kurallar ile belirlenmesi halinde de, tespit edilen hukuk, garanti sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda doğrudan yetkili hukuk olarak kabul edilmeyecektir.⁷⁵⁸

Çalışmamızda, banka garanti ilişkisinde yetkili hukukun subjektif ve objektif hukuk seçimi dahilinde tespit edilmesine ilişkin esaslar ayrı başlıklar halinde incelenmiştir. Bununla birlikte, garanti bedelinin ödenmemesi için ihtiyati tedbir talebinde bulunulması halinde uygulanacak yetkili hukukun tespitine ve son olarak, banka garanti sözleşmesi özelinde milletlerarası özel hukuk kapsamında ortaya çıkan problemlere değinilecektir.

tüzel kişiliklerde idari merkezin bulunduğu yer hukuku, ticari veya mesleki sebeple yapılan sözleşmelerde esas işyerinin bulunduğu yer hukuku karine olarak sıkı irtibatlı hukuk olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, başka bir hukuk düzeninin sıkı irtibatlı olduğu anlaşılıyorsa o ülke hukuku uygulanmalıdır. Ayrıca, taşınmaz mallar üzerindeki hakların kullanımı ile ilgili olan sözleşmelerde taşınmazın bulunduğu yer hukukunun yetkili olacağı 4.fıkra da ayrıca düzenlenmiştir.(Horlacher, s.177,187-188.; McGuinness, s.144-145.)

⁷⁵⁷ Literatürde *Dépeçage* olarak da ifade edilmektedir. Örneğin, İngiliz mahkemesinde görülen *Libyan Arab Foreign Bank v. Bankers Trust Co.* Davasında, banka ile şirket arasında, şirketin New York ve Londra'daki şubelerinde bulunan hesapların, Libya bankası tarafından para transferlerinde kullanılabilmesi konusunda sözleşme imzalanmıştır. Daha sonra ABD, Libyalı şirketlerin ABD'de yer alan her türlü varlıklarına erişimini ve para transfer işlemlerini durdurmaya yönelik bir karar almıştır. Buna karşın, İngiltere'de böyle bir yaptırım bulunmamaktadır. Davacı banka, davalı tarafından kendi adlarına yapılan transferin miktarını uyuşmazlık konusu yapmıştır. Mahkeme, New York ile Londra şubelerindeki hesaplardan yapılan para transfer işlemlerinin ayrı ayrı değerlendirilmesine ve bu kapsamda Londra şubesinin işlemlerinde İngiliz hukukunun, New York şubesi işlemlerinde ise New York hukukunun uygulanmasına karar vermiştir. (McGuinness, s.149)

⁷⁵⁸ Doğan, Banka Teminat, s.203.

2. Garanti Sözleşmesi Metninde Uygulanacak Hukuk Kızunun Bulunması

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olarak uluslararası nitelikli sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku seçme hakkı, kanunlar ihtilafı kuralları ile de kabul edilmiş olup, ilk derece bağlama noktası sayılmaktadır. Bu kapsamda, uluslararası banka garanti sözleşmelerinde de tarafların subjektif hukuk seçimi yapmaları mümkündür.⁷⁵⁹ Kabul edilen görüşe göre, taraflarca yetkili kılınan hukukun, maddi hükümleri uyuşmazlıkta uygulama alanı bulacaktır.⁷⁶⁰ Bu minvalde, seçilen hukukun kanunlar ihtilafı kuralları uyuşmazlığın çözümünde nazara alınmayacaktır.⁷⁶¹ Uygulamada, garanti ilişkilerinde tarafların hukuk seçimi yapmasına nadir olarak rastlanmaktadır.⁷⁶²

Banka garanti ilişkisinin tarafları yetkili hukuk seçimini açık olarak yapabilecekleri gibi zımni olarak da yapabilirler.⁷⁶³ Zımni hukuk seçiminin varlığına ilişkin mahkemelerce bazı karineler ortaya konulmuştur. Örneğin, tarafların belirli bir ülkenin mahkemelerini yetkili mahkeme olarak seçmeleri durumunda, karine olarak o ülke hukukunun yetkili hukuk olarak seçilmesi iradesinde oldukları kabul edilebilecektir.⁷⁶⁴ Buna karşın, bu karineler aksi ispat edilebilen karineler olup sıkı irtibatlı başka bir hukukun tespiti halinde hakim o hukuku uygulamakla mükelleftir.⁷⁶⁵

⁷⁵⁹ BGH Urteil-IX ZR 172/95-13.06.1996; OLG München 7. Zivilsenat 08.02.1995 7 U 1720/94 (Doğan, Banka Teminat, s.239 134 numaralı dipnottan alınmıştır.); Yargıtay 11. HD. 07.10.2003 T. ve E.2003/2977, K.2003/8974 sayılı ilamında; “Bununla birlikte her iki davalı banka tarafından düzenlenen teminat mektuplarında “Bu garanti İsviçre yasalarına göre yönetilip yorumlanacaktır.” hükmü yer almaktadır. Hakim MÖHUK 2.maddesi hükmüne göre, bir davada yabancı hukukun uygulanıp uygulanmayacağını kendiliğinden araştırmakla yükümlüdür. MÖHUK mad.24/I maddesi hükmüne göre ise sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açıkça seçtikleri kanuna tabidir. Taraflar arasındaki sözleşme hükmü sayılan teminat mektubunda yer alan hüküm gereğince dava konusu uyuşmazlığa İsviçre yasalarının uygulanması gerekmektedir.” Şeklinde hüküm kurmuştur. (Lale, s.270-271); Bu esas, ICC tarafından oluşturulan talep garantilerine ilişkin bir örnek kurallarda da (URDG) açıkça benimsenmiştir.

⁷⁶⁰ Doğan, Banka Teminat, s.263-264; Toker, s.1032; Ekşi, Milletlerarası Ticaret, s.34.

⁷⁶¹Tarafların yetkili kıldığı maddi hukuk normlarının yanısıra yetkilendirilen hukukun parçası mahiyetinde olan uluslararası sözleşmelerin de doğrudan uygulanması söz konusu olacaktır. Buna karşın, bazı uluslararası sözleşmelerde tarafların bu sözleşme hükümlerini bertaraf etmelerine imkan tanınmıştır. (Toker, s.1032, dn.141)

⁷⁶² Schwank, s.36; Dohm, s.143; Doğan, Banka Teminat, s.239.

⁷⁶³ Zımni hukuk seçimine ilişkin genel esaslar burada da geçerli olacaktır.

⁷⁶⁴ Doğan, Banka Teminat, s.239-240.

⁷⁶⁵ Toker, s.1041.

Uluslararası banka garanti sözleşmesinde, ICC kurallarının⁷⁶⁶ seçildiğine ilişkin bir kloz bulunması durumunda ise, doktrinde ağırlıkta olan görüşe göre, bu kurallarda yer alan hususlara ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlıklarda bu kuralların sözleşmenin bir parçası olarak uygulama alanı bulacağı ve fakat kurallarda düzenlenmeyen hususlara ilişkin değerlendirme yapılabilmesi için yetkili ulusal hukuk düzeninin tespit edilmesinin gerekeceği kabul edilmektedir.⁷⁶⁷

3. Garanti Sözleşmesi Metninde Uygulanacak Hukuk Klozunun Bulunmaması

Karşılaştırmalı hukuk ve MÖHUK kapsamında ilk derece bağlama noktası olarak kabul edilen subjektif hukuk seçimi, banka garanti sözleşmesi uygulamasında yaygın olarak tercih edilmemektedir. Dolayısıyla, mahkemeye intikal eden uyuşmazlıklarda hakim, kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak yetkili hukuku tespit edecektir. Bu bağlamda, öncelikle objektif bağlama noktalarından ilki olan sıkı irtibatlı ülkenin belirlenmesi gerekecektir. Banka garanti sözleşmelerinin tek tarafa borç yükleyen bir hukuki ilişki kurduğu nazara alınarak, karakteristik edim borçlusunun garantör banka olacağı açıktır. Bu kapsamda, bankanın mutad meskeni veya yerleşim yeri hukuku karine olarak sözleşmenin sıkı irtibatlı olduğu hukuk olarak kabul edilmelidir.⁷⁶⁸ Banka garanti sözleşmelerinde, MÖHUK mad.24/4-c hükmü uygulama alanı bulacak olup garantörün işyeri hukuku, yetkili kabul edilecektir.⁷⁶⁹ Bununla birlikte, garantör bankanın birden çok ülkede şubesinin bulunması durumunda ise kural olarak, garanti sözleşmesini düzenleyen şubenin bulunduğu yer hukuku yetkili hukuk olarak kabul edilecektir.⁷⁷⁰

⁷⁶⁶ URDG 758 mad.34 kapsamında da açıkça tarafların hukuk seçimi yapabileceği kabul edilmiştir.

⁷⁶⁷ Nomer, s.307.; Sungurtekin, s.559; Doğan, Banka Teminat, s.220, dn.67.

⁷⁶⁸ 13.06.1996 BGH Urteil-IX ZR 172/95 sayılı mahkeme kararında, garanti sözleşmesinde ağırlık noktasının garantörün iş merkezi veya mutad meskeni olduğu değerlendirilmesinde bulunulmuştur. Benzer şekilde, 08.02.1995 OLG München 7. Zivilsenat 7 U 1720/94 sayılı mahkeme kararında, karakteristik edim borçlusunun asıl merkez işyeri hukuku, sıkı irtibatlı hukuk sayılmıştır. (Doğan, Banka Teminat, s.245 155 numaralı dipnottan naklen.)

⁷⁶⁹ Toker, s.1039.

⁷⁷⁰ Dohm, s.143; Vischer, s.125; Doğan, Banka Teminat, s.245; Toker, s.1039. Benzer bir yaklaşım, URDG 758 mad.34/a bendinde de benimsenmiş olup, bankanın garantiyi düzenleyen şubesinin veya ofisinin bulunduğu yer hukuku bağlama noktası olarak nazara alınmıştır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, kontrgaranti ilişkisinin varlığı halinde, iki banka arasındaki ilişkinin ticari nitelikte olduğu gözetilerek öncelikle karakteristik edim borçlusunun tespiti gerekecektir. Bankaların arasındaki kontrgaranti ilişkisinde garanti veren kontrgaran olduğundan, MÖHUK mad.24 gereğince kontrgaranti veren ilk bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukuku, karine olarak yetkili hukuk kabul edilecektir.⁷⁷¹

4. İhtiyati Tedbir Kararlarına Uygulanacak Hukuk

İhtiyati tedbir kararlarına uygulanacak yetkili hukukun tespitine ilişkin kanunlar ihtilafı kurallarında açık bir düzenleme yer almamaktadır.⁷⁷² Bununla birlikte, doktrinde kabul gören yaklaşıma göre, hakim yetkili hukuk tespiti yaparken koruma tedbirlerinin mahiyetine uygun şekilde hareket etmelidir. Zira, ihtiyati tedbir kararları aciliyet teşkil eden durumlarda söz konusu olacağından, hakimin hızlı karar verebilme kabiliyetinin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda, her ne kadar kural olarak ihtiyati tedbire konu olan uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun, ihtiyati tedbir talebi bakımından da yetkili hukuk olduğu kabul edilmeli ise de, hakimin yetkili maddi hukuku bilmiyor olması durumunda, hızlı karar verebilmesi için *lex fori*ye göre hareket etmesinin daha uygun olacağı kabul edilmelidir.⁷⁷³

Uluslararası banka garanti ilişkisinden doğan ödeme talebine karşı ihtiyati tedbir talebinde bulunulması halinde de, esasa uygulanacak hukukun tespiti sonucunda hakimin o maddi hukuku bilmiyor olması halinde kendi hukuk kurallarına göre tedbir talebini karara bağlayabilmesi mümkün olmalıdır.

⁷⁷¹ Toker, s.1045; Doğan, Banka Teminat, s.244. Benzer bir düzenleme URDG 758 mad.34 hükmünde de yer almaktadır.

⁷⁷² Doğan, Banka Teminat, s.481.; MÖHUK “İfanın gerçekleştirilme biçimi ve tedbirler” başlığı taşıyan 33.maddesinde; “(1) İfa sırasında gerçekleştirilen fiil ve işlemler ile malların korunmasına ilişkin tedbirler konusunda bu işlem veya fiillerin yapıldığı veya tedbirin alındığı ülke hukuku dikkate alınır.” hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere hükümde açıkça ihtiyati tedbir ifadesi yer almamakta ise de ihtiyati tedbirler bakımından bu hüküm nazara alınarak *lex fori* hükümlerine tabiiyetin kabul edildiği yorumu yapılmaktadır. (Nomer, s.261, Doğan, Banka Teminat, s.481)

⁷⁷³ Doğan, Banka Teminat, s.81-82.

5. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Bazı Problemli Hususlar

Milletlerarası özel hukukun temel sorunları, uluslararası nitelikli banka garanti sözleşmelerinin uygulama alanında da tartışılması gereken hususlardır. Bu bağlamda, vasıflandırma sorunu, zamanaşımının tabi olacağı hukukun tespiti, tarafların ehliyetlerine ilişkin yetkili hukukun tespiti ve doğrudan uygulanan normlar gibi hususların banka garantileri özelinde ele alınması gerekmektedir.

Bu bağlamda, uluslararası banka garantilerinden doğan uyuşmazlıklarda ele alınması gereken ilk husus vasıflandırma sorunudur. Vasıflandırma sorunu, uyuşmazlık konusunun yabancılık unsuru ihtiva ettiği durumlarda uyuşmazlıkla ilişkisi bulunan farklı hukuk düzenlerinin, uyuşmazlık konusuna farklı hukuki nitelik atfetmesi halinde ortaya çıkmaktadır.⁷⁷⁴ Uluslararası nitelikli banka garanti sözleşmelerinde vasıflandırma sorunu ilk olarak sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi hususunda ortaya çıkmaktadır. Zira, taraflar arasındaki akdin örneğin garanti veya kefalet sözleşmesi olarak vasıflandırılması farklı özel düzenlemelerin nazara alınmasını gerektirebilecektir.⁷⁷⁵

Vasıflandırma probleminin en tipik örneği, zamanaşımı müessesesinin niteliği ve tabi olacağı hukukun tespiti konusunda ortaya çıkmaktadır.⁷⁷⁶ Uluslararası banka garanti sözleşmelerinde de bu esasın geçerli olacağı kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla, banka garanti sözleşmesinde taraflar subjektif hukuk seçimi yapmışlar ise

⁷⁷⁴ Vasıflandırma sorununun aşılması için doktrinde farklı yaklaşımlar ileri sürülmüştür. *Lex fori* vasıflandırmasını kabul eden görüşte, hakim uyuşmazlık konusunun hukuki niteliğini kendi hukuk kurallarını nazara alarak belirlemelidir. Buna karşın, *lex causae* vasıflandırmasını ileri süren görüşe göre ise, hakim, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku tespit etmeli ve uyuşmazlık konusunun hukuki niteliğini buna göre belirlemelidir. Azınlıkta olan diğer görüşe göre ise, hakim otonom yorum metodunu kullanarak bağımsız olan kanunlar ihtilafı kurallarına göre uyuşmazlığın hukuki niteliğini belirlemelidir. Günümüzde karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda hakim olan görüş *lex fori*ye göre vasıflandırma görüşüdür. Bkz. Nomer, s.108; Doğan, Banka Teminat, s.260; Toker, s.997

⁷⁷⁵ Örneğin, İsviçre hukukunda, teminat sözleşmesinin kefalet olarak vasıflandırılması halinde, koruyucu bazı özel hükümlerin uygulama alanı bulması mümkün olabilmektedir. (Doğan, Banka Teminat, s.262)

⁷⁷⁶ Zira, Common Law ülkelerinde zamanaşımı usuli bir kavram olarak ele alınmakta iken Kara Avrupası ülkelerinde ise maddi bir kavram olarak ele alınmaktadır. Bu bağlamda, kabul edilen hakim görüşe göre vasıflandırma yapılırken *lex fori*ye göre vasıflandırma yapılması söz konusu olacak ve buna göre zamanaşımı kurumunun usuli veya maddi hukuka ait olduğu tespit edilecek, sonrasında ise yetkili hukuk tespiti yapılacaktır. Türk hukukunda ve karşılaştırmalı hukukta kabul edildiği üzere zamanaşımı, hukuki ilişkinin esasına uygulanacak hukuka tabidir. Bkz. MÖHUK mad.8; Roma Konvansiyonu mad.12; IPRG, mad.148. Zamanaşımı ile farklı problemlerin analizi için bkz. Cemal Şanlı, “Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı”, *İBD*, Cilt:63, 1989, ss.637-649. (Zamanaşımı)

bu hukuk, zamanaşımı bakımından da yetkili hukuk olarak nazara alınacaktır. Buna karşın, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde ise objektif hukuk kurallarına göre belirlenecek hukuk düzeni, zamanaşımı konusunda da yetkili kabul edilecektir.

Uluslararası banka garanti sözleşmeleri bakımından ele alınması gereken bir diğer husus ise garanti sözleşmesinin geçerliliği ve tarafların ehliyetine ilişkin yetkili hukukun tespiti bakımından ortaya çıkmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta kural olarak, sözleşmeden doğan borç ilişkisi geçerli olsaydı hangi hukuka tabi olacak idi ise, sözleşmenin kurulması ve geçerliliği de o hukuka tabi olacaktır.⁷⁷⁷ Örneğin, Alman hukukunda açıkça düzenlendiği üzere borç ilişkisinden doğan bütün uyuşmazlıklar borç statüsüne bağlıdır.⁷⁷⁸ Benzer bir yaklaşım Türk hukukunda da kabul edilmiş olmasına karşın bazı istisnai haller MÖHUK kapsamında ayrı olarak düzenlenmiştir.⁷⁷⁹ Bu bağlamda, banka garanti sözleşmelerinin geçerliliği ve kurulması konusunda da yetkili hukuk, kural olarak esasa uygulanacak hukuk olacaktır. Bununla birlikte, sözleşmenin şekil şartları bakımından yapıldığı ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra, banka garanti sözleşmelerinin geçerliliğinin esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı kılındığına ilişkin garanti metninde bir kloz bulunması durumunda, asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığı ön mesele olarak kabul edilip kendi borç statüsüne göre tespit edilecek, bu kapsamda asıl sözleşmenin geçerli olduğu kanaatine varılırsa, banka garantisinin de kendi borç statüsü belirlenerek bu maddi hukuk hükümlerine göre geçerli olup olmadığı tespiti yapılacaktır.⁷⁸⁰

Karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda, sözleşme taraflarının ehliyeti şahsi statü kapsamında değerlendirilmektedir. Alman ve Türk hukukunda, tarafların hak ve fiil ehliyetleri milli hukuklarına tabi tutulmuştur.⁷⁸¹ Buna karşın, İsviçre hukukunda ikili bir ayırım gözetilerek, hak ehliyetleri İsviçre hukukuna, fiil ehliyetleri ise

⁷⁷⁷ Roma Konvansiyonu mad.10/I

⁷⁷⁸ Roma Konvansiyonu mad.12

⁷⁷⁹ Örneğin; MÖHUK MADDE 7 – (1) *Hukukî işlemler, yapıldıkları ülke hukukunun veya o hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun maddî hukuk hükümlerinin öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.*

⁷⁸⁰ Doğan, Banka Teminat, s.258.

⁷⁸¹ MÖHUK mad.9/I ; EGBGB mad.7.

ikametgah hukukuna tabi kılınmaktadır.⁷⁸² Uluslararası banka garanti sözleşmelerinde lehdarın veya amirin gerçek kişi olması mümkündür. Bu durumda, lehdarın veya amirin hak ve fiil ehliyetleri milli hukuklarına göre tespit edilecektir. Bununla birlikte, garanti sözleşmesinden doğan hakkın kullanılabilmesi için yani ödeme talebinde bulunulabilmesi için garanti sözleşmesini düzenleyen bankanın ülkesinde özel şartlar kabul edilmiş ise bunların da nazara alınması gerekir.⁷⁸³ Bunun yanı sıra, banka garanti sözleşmelerinde garantör sıfatını haiz olan banka, bir tüzel kişidir. İsviçre ve Türk hukukunda tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ana statülerindeki idare merkezlerinin bulunduğu yer hukukuna tabi kılınmıştır.⁷⁸⁴ Buna karşın Alman hukukunda tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerine ilişkin doğrudan bir düzenleme yapılmamıştır.⁷⁸⁵ Banka garanti sözleşmelerinde garantör bankanın, garanti düzenleyebilme yetkisi fiil ehliyeti kapsamında değerlendirilerek, kural olarak idare merkezi hukukuna tabi tutulmalıdır.⁷⁸⁶ Bununla birlikte, bankaların, garanti sözleşmesini yapabilmelerine ilişkin faaliyette bulundukları ülke hukukunda bir takım özel şartlar aranmakta ise bu şartların da yerine getirilmesi gerekmektedir.⁷⁸⁷

Son olarak, milletlerarası özel hukuk kapsamında ileri sürülen doğrudan uygulanan normlar teorisinin banka garantileri bakımından tartışılması yerinde olacaktır. Yabancılık unsuru taşıyan hukuki ilişkilere uygulanması mevzu bahis olan normların, belli bir ülkenin kamu menfaatini doğrudan ilgilendiren nitelikte olması durumunda, bu normların uygulama kapsamına giren ilişkiler bakımından kanunlar ihtilafı kurallarına riayet edilmeksizin doğrudan uygulanması halinde, doğrudan

⁷⁸² IPRG mad.34/I ve mad.35

⁷⁸³ Doğan, Banka Teminat, s.63.

⁷⁸⁴ MÖHUK MADDE 9 – (1) Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. (2) Millî hukukuna göre ehliyetsiz olan bir kişi, işlemin yapıldığı ülke hukukuna göre ehil ise yaptığı hukukî işlemle bağlıdır. Aile ve miras hukuku ile başka bir ülkedeki taşınmazlar üzerindeki aynî haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır. (3) Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez. (4) Tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetleri, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbidir. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması hâlinde Türk hukuku uygulanabilir.; IPRG mad.150.

⁷⁸⁵ Doğan, Banka Teminat, s.64, dn.36.

⁷⁸⁶ Doğan, Banka Teminat, s.65; Toker, s.1025.

⁷⁸⁷ Örneğin, Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı bankaların, garanti sözleşmesi düzenleyebilmesi için Türk yetkili makamlarından gerekli izinleri almış olmaları gerekir. Bu durumda, yabancı bankanın hem idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre garanti düzenleme ehliyetini haiz olması hem de Türkiye’de gerekli izinleri almış olması zaruridir. (Doğan, Banka Teminat, s.66,69)

uygulanan norm sorunu ortaya çıkacaktır.⁷⁸⁸ *Lex fori* kapsamında Türk mahkemelerinin, Türk hukukundan doğan doğrudan uygulanan normları nazara alması gerektiği kabul edilmiştir.⁷⁸⁹ Bu kapsamda, banka garanti sözleşmelerinin düzenlenmesinde döviz kontrol kurallarının⁷⁹⁰ mahiyetinin tespiti önem arz etmektedir.⁷⁹¹ Yargıtay'ın eski tarihli kararlarında Türk Parasının Korunması hakkındaki mevzuatın emredici nitelikte olduğu ve hükme aykırı olarak düzenlenen garanti sözleşmelerinin ise TBK mad.26-27 kapsamında batıl olacağı kabul edilmiştir.⁷⁹² Buna karşın, doktrinde ileri sürülen bir diğer görüşe göre, döviz kontrol kurallarının yabancı para ödemelerini kontrol altına aldığı bu bağlamda para borcunun geçerliliğine ilişkin bir düzenleme ihtiva etmediği, dolayısıyla, yasaklayıcı bir hükme yer verilmediği gözetilerek hükümlere aykırılığın bankanın sorumluluğunu doğuracağı ve fakat garanti sözleşmesinin geçerliliğine etki etmeyeceği kabul edilmelidir.⁷⁹³

⁷⁸⁸ Adolphsen, s.64.; Doğrudan uygulanacak norm, hakim hukukundan, yetkili hukuktan veya üçüncü bir devletin hukukundan doğmuş olabilir. *Lex causae* kapsamında düzenlenen doğrudan uygulanan normlar, kural olarak hakim tarafından nazara alınmalıdır. Zira, esasa uygulanacak hukuk bir bütün olarak uygulama alanı bulacaktır. Üçüncü bir ülkenin doğrudan uygulanan normlarının, Türk mahkemelerinde uygulanıp uygulanmayacağı ise MÖHUK mad.31 gereğince hakim takdir yetkisine bırakılmıştır. Bu kapsamda, söz konusu Üçüncü ülke ile maddi ilişkinin sıkı bağlantısının bulunması, ilgili normlarının maddi ilişkiye doğrudan uygulanması amacıyla öngörülmüş olması, korunmaya değer ve açıkça üstün bir menfaati ilgilendirmesi, hakim hukukunun temel değerlerine aykırı olmaması gibi şartların bulunması aranmaktadır. (Bkz. Doğan, Banka Teminat, s.274-275)

⁷⁸⁹ MÖHUK MADDE 6 – (1) Yetkili yabancı hukukun uygulandığı durumlarda, düzenleme amacı ve uygulama alanı bakımından Türk hukukunun doğrudan uygulanan kurallarının kapsamına giren hallerde o kural uygulanır.

⁷⁹⁰ 1567 Sayılı Kanun ve 32 Sayılı Karar

⁷⁹¹ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, Banka Teminat, s.275,286.

⁷⁹² Yargıtay HGK 08.05.1963 T. ve E.1963/22 K.1963/16; Reisoğlu, Banka Teminat, s.373; Sungurtekin, s.565.

⁷⁹³ Doğan, Banka Teminat, s.286; Ekici ve Durukanoğlu, s.102-104.

II. ULUSLARARASI GARANTİ SÖZLEŞMELERİ İLE İLİŞKİLİ DÜZENLEMELER

A. Uluslararası Düzenlemeler

1. Birleşmiş Milletler Düzenlemeleri

Uluslararası ticari sözleşme taraflarının ortak çıkarlarının korunması ve ulus ötesi bir takım standartlara ulaşılabilmesi için bağımsız kuruluşlarca yapılan düzenlemeler ticarete etkinliğini arttıran bir trend haline gelmiştir. Bu kapsamda, en etkin şekilde faaliyet gösteren uluslararası kuruluşlardan biri de Birleşmiş Milletler'dir.⁷⁹⁴ BM, hazırladığı konvansiyonlarla uluslararası ticarete belli standartların kabul edilmesi suretiyle ulusal hukukların uyumlu ve yeknesak düzenlemeler ihtiva etmesine katkı sağlamaktadır.

Çalışmamızda, uluslararası özel hukuk alanında BM tarafından hazırlanan ve konumuzla yakın ilişki içerisinde olan konvansiyonlar hakkında genel bilgi verilerek, banka garantileri ile bağlantılı hususlar ele alınmıştır.

a. UNCITRAL 1995 Konvansiyonu

BM tarafından hazırlanan ve banka garanti sözleşmeleriyle doğrudan bağlantısı bulunan *Bağımsız Garantilere ve Garanti Akreditiflerine İlişkin Konvansiyon*⁷⁹⁵ 1995 yılında imzaya açılmış olup, 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁷⁹⁶ Konvansiyon, Belarus, Ekvator, El Salvador, Panama, Tunus, Kuveyt, Liberya, Gabon tarafından imzalanarak yürürlüğe girmiştir. Bununla birlikte, Amerika Birleşik Devletleri sözleşmeyi 1997 yılında imzalamış olmasına rağmen henüz onaylamamıştır. Türkiye tarafından da henüz onaylanmayan Konvansiyon'un bu anlamda Türk hukukunda uluslararası sözleşme statüsünde olmadığı görülmektedir. Buna karşın, taraflar sözleşme özgürlüğü çerçevesinde UNCITRAL

⁷⁹⁴ "United Nations (UN)"

⁷⁹⁵ *United Nations Convention on Independent Guarantees and Standby Letter of Credit*

⁷⁹⁶ Eric E. Bergsten, "A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit: The UNCITRAL Draft Convention on Guaranty Letters", **The International Lawyer**, Cilt:27, Sayı: 4,1993, s.859-879. <https://core.ac.uk> (01.04.2021), s.859,860.

model kanununun sözleşme ilişkilerinde uygulanmasını kararlaştırabilirler. Bu durumda, söz konusu kurallar, sözleşmenin bir parçası olarak uygulama alanı bulacaktır.⁷⁹⁷

Söz konusu Konvansiyon uluslararası bağımsız garanti sözleşmelerini düzenleyen yirmi dokuz maddeden oluşmaktadır. Düzenleme, özellikle lehdarın haksız ödeme talebinde bulunması hallerini ve olası sonuçlarını ortaya koymakta yetersiz kalmıştır. UNCITRAL 1995 düzenlemesi, ICC tarafından hazırlanan ve banka garantilerinde yaygın olarak kullanılan URDG 758 hükümleri ile karşılaştırıldığında farklılıklar ihtiva etmektedir. Örneğin, Konvansiyon'da yer alan ve bankanın ödeme yapma süresinin yedi iş gününü aşamayacağı, vadesiz olarak düzenlenen garantilerin düzenlendiği tarihten itibaren altı yıl sonra hükümsüz kalacağı gibi hususlar, URDG 758 kurallarında farklı esaslara tabi kılınmıştır.⁷⁹⁸

Görüldüğü üzere, uluslararası ticaret ve bankacılıkta, UNCITRAL 1995 düzenlemesi sorunlu hususlara ilişkin beklentilere cevap verememesi hasebiyle yaygın olarak kullanılmamaktadır.

b. Uluslararası Mal Alım Satım Sözleşmesi (CISG)

Viyana Satım Sözleşmesi olarak da bilinen CISG, 11 Nisan 1980 tarihinde Viyana'da gerçekleştirilen BM konferansında kabul edilerek 1 Ocak 1988 yılında yürürlüğe girmiştir. CISG, diğer uluslararası sözleşmelerin aksine birçok ülke tarafından kabul edilmiştir. Sözleşme, 1 Ağustos 2011 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe girmiştir. Bugün itibarıyla, sözleşmeye doksan dört devlet üye olmuştur. CISG, uluslararası nitelikli mal satım sözleşmesini ayrıntılı olarak düzenlemektedir.⁷⁹⁹ Düzenleme, Türkiye tarafından da onaylandığından, uluslararası sözleşme statüsünde olup, kapsama giren satım sözleşmelerinde bağlayıcı olarak uygulanır. Bununla birlikte, anlaşmanın altıncı maddesi uyarınca, taraflar CISG hükümlerinin aralarındaki hukuki ilişkide uygulanmamasına karar verebilme özgürlüğüne sahiptir.

⁷⁹⁷ Ekici ve Durukanoğlu, s.201.

⁷⁹⁸ Ekici ve Durukanoğlu, s.201-202.

⁷⁹⁹ Sözleşmenin kapsamını tespit eden birinci madde gereğince; “İşyerleri farklı devletlerde bulunan taraflar arasındaki mal satım sözleşmelerine, bu devletlerin akit devletlerden olması veya milletlerarası özel hukuk kurallarının akit bir devletin hukukuna atıf yapması halinde uygulanır.”

CISG anlaşması ile banka garantileri arasındaki ilişki, CISG hükümlerine konu olan satım sözleşmesine garanti klozu eklenmesiyle ortaya çıkmaktadır. Zira, satım sözleşmesi tarafları, sözleşmeden doğan borçlarını garanti altına almayı kararlaştırabilirler. Garanti sözleşmesi, temel hukuki ilişkiden bağımsız ve birincil bir borç ihtiva ediyor olsa da garantinin konusunu, temel ilişkiden doğan edim borcu oluşturur. Bu nedenle, bazı durumlarda bankanın ödeme yapmama savunmasında, temel ilişkinin dolaylı bir etkisi söz konusu olabilmektedir.

Uluslararası satım sözleşmesi taraflarından birinin sözleşmeden doğan bir borcuna ilişkin diğeri lehine banka garanti sözleşmesi düzenlenmesini taahhüt ettiğine ilişkin kloxun sözleşme metnine eklenmesi durumunda, bu taahhüdün CISG kapsamında da incelenmesi önem arz etmektedir. Zira, garanti taahhüdünde bulunulması da sözleşme kapsamında gerçekleştirilmesi gereken bir ek yükümlülük olarak nazara alınmaktadır. Bu durumda, garanti taahhüdünün yerine getirilmemesi sözleşmeye aykırılık teşkil edeceğinden CISG hükümlerinde düzenlenen sözleşmeye aykırılık hallerinin bu kapsamda değerlendirilmesi gerekecektir. Tarafların asli veya yan yükümlülüklerine aykırı davranılması durumunda CISG bazı hukuki imkanlar ön görmektedir. Örneğin, satıcının sözleşmeye aykırı davranması durumunda alıcı, aynen ifa, sözleşmenin feshi veya tazminat isteme seçimlik haklarını kullanabilmektedir.⁸⁰⁰ Banka garanti sözleşmesinin düzenlenmesi, satım sözleşmesinin bir ön şartı olarak kabul edilmiş olabilir. Bu durumda, garanti sözleşmesi imzalanana kadar, asıl sözleşme askıda kalacaktır.⁸⁰¹ Garanti taahhüdünün yerine getirilmemesi hali de sözleşme hükümlerine aykırılık teşkil edeceği için diğerk taraf lehine CISG'in tanıdığı seçimlik haklardan yararlanma imkanı doğabilecektir.

CISG mad.49 uyarınca, sözleşmenin esaslı ihlali durumunda, diğerk taraf sözleşmenin ortadan kalktığını beyan etme hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere, sözleşmenin ortadan kalkması için sözleşmeye aykırılık halinin, asli edim yükümlüğü üzerinde doğmuş olması gerekir.⁸⁰² Bu bağlamda, garanti taahhüdünün

⁸⁰⁰ Alıcının seçimlik hakları farklı şartlara tabi olabilmektedir. Dolayısıyla alıcının seçimlik hakları her ihlal için mutlak değildir.

⁸⁰¹ Edgardo Munoz ve David Obey Ament-Guemez, "Independent Guarantee Clauses in CISG Contracts", 7 **Geo. Mason J. Int'l Com. L.** ,Cilt:7 Sayı:2, s.83 (2016) www.heinonline.com (05.04.2021), s.90, dn.65.

⁸⁰² CISG mad.25 gereğince sözleşmenin esaslı ihlalden söz edilebilmesi için, diğerk tarafın sözleşme uyarınca beklemekte haklı olduğu şeyden önemli ölçüde yoksun kalacağı bir olumsuzluğa neden olması gerekir. Ayrıca, ihlalin yarattığı böyle bir sonucun hem objektif ve makul üçüncü kişi hem

yerine getirilmemesinin sözleşmenin ortadan kalkması sonucunu doğurup doğurmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe⁸⁰³ göre, sözleşmenin ifa edilmemesi durumuna ilişkin verilen teminat taahhüdü, satım sözleşmesinin kurulmasındaki asli amaçlardan olamayacağından, bu taahhüdün yerine getirilmemesi durumunda karşı taraf sözleşmenin ortadan kalktığını ileri süremeyecektir. Buna karşın, taraflar anlaşarak edim borcuna ilişkin banka garanti sözleşmesi düzenlenmesini, sözleşmenin esaslı unsuru olarak düzenleyebilirler. Bu durumda, taahhüdün yerine getirilmemesi, esaslı bir aykırılık doğuracağı için sözleşmenin ortadan kaldırılması seçimlik hakkı kullanılabilecektir. Örneğin, satım sözleşmesinde, satıcı tarafından malların teslimine ilişkin bir garantinin verilmesinin şart koşularak, aksi durumda alıcının sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının bulunduğu ilişkin bir madde konulması halinde garanti taahhüdünün sözleşmenin esaslı unsurlarından olduğu ve buna aykırı davranılması halinde alıcının CISG mad.49 kapsamında sözleşmeyi ortadan kaldırma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.⁸⁰⁴

CISG mad.47 uyarınca, sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali durumunda alıcı, satıcıya ek süre vererek bu süre içerisinde edimlerini yerine getirmesini talep edebilir. Bu süre tanındıktan sonra, satıcı tarafından yükümlülüğün açıkça yerine getirilemeyeceği beyan edilmedikçe alıcı seçimlik haklarını kullanamayacaktır. Sürenin sonunda, tekrarlanan sözleşmeye aykırılık halinin artık esaslı yükümlülüklerle ilişkin olması aranmaksızın alıcı, sözleşmenin ortadan kalktığını ileri sürebilecektir. Bununla birlikte, gecikme nedeniyle bir zararın ortaya çıkması halinde, alıcının tazminat isteme hakkı saklıdır. Bu kapsamda, garanti taahhüdü verilmesine rağmen, garantinin sağlanmaması durumunda ek süre verilerek bu taahhüdün gerçekleştirilmesi talep edilebilir. CISG mad.64 ise satıcının ek süre tanıma hakkını düzenlemiştir. Verilen bu ek süre içerisinde alıcının söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda mad.65(2) uyarınca satıcı sözleşmenin ortadan kalktığını bildirebilir. Bu kapsamdaki ihlalin, sözleşmenin esaslı

de subjektif olarak ihlali yapan taraf bakımından öngörülebilir olması gerekmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Gümrah Toker, “Viyana Satım Sözleşmesi(CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt:33, Sayı:1, 2016, ss.213-250.

⁸⁰³ Munoz ve Ament-Guemez, s.100-101

⁸⁰⁴ Munoz ve Ament-Guamez, s.101.

unsurlarına ilişkin olması şartı aranmayacaktır. Doktrindeki bir görüşe⁸⁰⁵ göre, alıcının ödeme borcuna ilişkin verilen bu ek süre sonucunda hala taahhüt edilen garantinin sağlanmaması durumunda, satıcı, esaslı unsura ilişkin aykırılık şartına tabi olunmaksızın satım sözleşmesinin ortadan kalktığı ileri sürülebilecektir.

CISG, taraflardan birinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi durumunda, diğer taraf lehine tazminat talep etme seçimlik hakkı da tanımaktadır. Bu kapsamda, sözleşmenin esas yükümlülüklerine aykırılık teşkil etmese dahi uğranılan zararın tazmin edilmesi esası kabul edilmiştir. Taraflardan birinin, borcuna ilişkin garanti gösterme taahhüdünde bulunması ve fakat bu taahhüdünü yerine getirmekte gecikmesi halinde, diğer taraf uğradığı zararın tazminini talep edebilecektir. Örneğin, malların teslimine ilişkin garanti düzenlenmesi taahhüdünde bulunulmasına rağmen bu şartın gerçekleştirilmediği ve bu nedenle malların tesliminin geciktiği varsayımında, eğer bu gecikme nedeniyle malların teslimine ilişkin fazladan masraf yapılması gerekmiş ise bu zararın tazmini talep edilebilir.⁸⁰⁶ Buna karşın, zamanında garanti sözleşmesi sağlandığı halde, garantörün ödemede gecikmesi durumunda meydana gelen zararlara ilişkin CISG hükümlerince talepte bulunulamayacaktır. Zira, satım sözleşmesi tarafı yalnızca garanti sözleşmesi sağlama ile mükellef olup, bunun sağlanmasından sonra garanti ilişkisi nedeniyle meydana gelen gecikme ve zararlarda, CISG hükümleri uygulama alanı bulmayacaktır.

Son olarak, CISG mad.79(1) kapsamında, edimi garanti edilen veya garantörün kontrolü dışında gelişen, öngörülemez ve kaçınılmaz bir durumun ortaya çıkması nedeniyle garanti sözleşmesinin düzenlenememesi durumunda, garanti taahhüdünde bulunan taraf bu taahhüdü ifa edememesinden dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Burada ispat külfeti, garanti taahhüdünde bulunan satım sözleşmesi tarafı üzerindedir.

⁸⁰⁵ Munoz, s.102 dn.131.

⁸⁰⁶ Munoz, s.104, dn.142.

2. Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tarafından Yapılan Düzenlemeler

ICC⁸⁰⁷, I. Dünya savaşından sonra uluslararası ekonomiyi canlandırmak, yatırımları teşvik etmek ve Serbest Pazar ekonomisi kurmak amaçlarıyla 1919 yılında Paris'te kurulmuştur.⁸⁰⁸ Belirtmek gerekir ki, ICC devletlerarası anlaşma ile kurulmamış, bunun yerine özel sektörün öncülüğünde kurulmuştur.⁸⁰⁹ Belçika, İtalya, Fransa, ABD ve Birleşik Krallık gibi ülkelerde faaliyet gösteren işadamları, sanayiciler ve finansçılardan tarafından kurulan bu topluluk zamanla tüm dünyada ticaret alanında etkin bir kuruluş haline gelmiştir. ICC'nin üç temel faaliyet alanı bulunmaktadır. Bunlar, uluslararası ticarete yeknesak kurallar ortaya koymak, uyuşmazlık çözüm yolu sağlamak ve uluslararası diyaloglar geliştirmektir.⁸¹⁰ ICC, yeknesak kuralları içeren broşürler yayınlamaktadır. ICC tarafından UCP broşürleri olarak yayınlanan akreditiflere ilişkin birörnek kurallar, URDG broşürleri olarak yayınlanan talep garantilerine ilişkin birörnek kurallar ve ISP 98 broşürü olarak yayınlanan standby akreditiflerine ilişkin birörnek kurallar uluslararası ticaret alanında bankalar tarafından kullanılmaktadır.

ICC tarafından yayınlanan Birörnek kurallarının hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe⁸¹¹ göre, bu kurallar kesin nitelikli genel işlem şartları olarak kabul edilmelidir. Başka bir görüşe⁸¹² göre ise bu kurallar uluslararası ticarete teamül niteliğinde olan kurallardır. Bir diğer görüşe göre ise, yeknesak kurallar, *Lex mercatoria*⁸¹³ olarak nitelendirilmelidir. *Lex*

⁸⁰⁷ Milletlerarası Ticaret Odası (MTO)

⁸⁰⁸ Charl Hugo, "Letters of Credit and Demand Guarantees: A Tale of Two Sets of Rules of the International Chamber of Commerce", 2017 **J. S. AFR. L.** 1 (2017). www.heinonline.com (01.04.2021), (ICC) s.1.

⁸⁰⁹ Cemal Şanlı, **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Beta Yayınları, 2013. (Ticari Akitler), s.539.

⁸¹⁰ Hugo, ICC, s.4.

⁸¹¹ Johannes C. D. Zahn, Dietmar Ehrlich ve Kerstin. Neumann, **Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel**, 7.Aufl, Berlin-New York, 2001, s.328; Örneğin; Canaris'e göre, Alman hukukunda "ticari teamül" kavramının unsurlarına bakıldığında, bu unsurlardan biri de " söz konusu kuralların ticari uygulamada ulusal hukuk kurallarına eşit derecede ve yeknesak olarak kullanıldığına ilişkin kanaatin bulunması" halidir. Fakat taraflar bu kuralların bir hukuk seçimi olduğunu bildiklerinden bu unsurun sağlanmadığı görülmektedir. (Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.174, dn.38)

⁸¹² Clive M Schmitthoff,. *Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions*, **Clive Schmitthoff's Selected Essay's on International Trade Law** ed., Cheng, Chia-Jui, Londra, 1988, s. 234.

⁸¹³ "Ulusötesi ticaret hukuku", herhangi bir hukuk sistemine özgü olmayan veya herhangi bir hukuk sisteminin ürünü olmayan, ancak birkaç hukuk sisteminden doğan kuralların bir araya gelmesini

mercatoria, uluslararası ticaretin bağımsız ve *sui generis* hukuk düzenini ifade etmek için kullanılmıştır.⁸¹⁴

Çalışmamızda ICC tarafından yayınlanan önemli broşürlere yer verilerek, temel farklılıkları ve uygulama esasları ele alınmıştır.

a. URDG 458

Uluslararası ticarete yaygın olarak kullanılan garanti ve kontrgarantilere yönelik broşür, ICC tarafından “Talep Garantilerine ilişkin Yeknesak Kurallar (URDG 458)”⁸¹⁵ adı altında ilk kez 1992 yılında yayınlanmıştır. Bu kurallarla haksız ödeme taleplerinin önüne geçilmesi ve menfaat dengesinin korunması amaçlanmıştır. Bu broşürde kullanılan terminoloji anlaşılır olmadığı için kullanım alanı sınırlıdır. Ayrıca, örnek garanti ve kontrgaranti metinlerine yer verilmemiştir.

URDG 458 broşürüne bakıldığında, kontrgarantiler konusunda çok sınırlı düzenlemeler içermesi, garanti değişiklikleri ile ilgili detaylı düzenlemeler ihtiva etmemesi, garantör bankanın ödeme yapması için tanınan sürenin “*makul süre*” şeklinde ifade edilmesinden doğan farklı ulusal hukuklarda bu terimin farklı sürelerle işaret etmesi karşısında uygulama karışıklık yaratması, garanti metninde vade tarihi veya vadeyi sona erdiren halin belirlenmemesi durumunda garantinin süresiz kabul edileceğinin öngörülmesi, belgeye bağlanmamış şartlar konusunda tereddüt yaratan maddelere yer verilmesi gibi nedenlerle zamanla uluslararası ticarete teminata ilişkin ihtiyacı karşılayamadığı görülmüştür. Ayrıca, ödeme talebini düzenleyen hükümlerin garantinin mahiyetiyle tam olarak uyum sağlamadığı eleştirileri de yapılmıştır.⁸¹⁶

URDG458 broşürü yürürlükten kaldırılmamış olsa da 2010 yılında yürürlüğe giren URDG 758 broşürü ile getirilen yenilikler hasebiyle URDG 458 broşürüne göre düzenlenen garanti ve kontrgaranti sözleşmeleri uygulamada tercih edilmemektedir.⁸¹⁷

temsil eden hukuk olarak düşünülmektedir.(Ayrıntılı bilgi için bkz. Roy Goode, “Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law”, 46 **INT'L & COMP. L.Q.** 1, 2-3 (1997), s.1-3)

⁸¹⁴ Doğan, Teminat Akreditifleri, s.15.; Ole Lando, “The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration”, 34 **INT'L & COMP. L.Q.** 747 (1985), s.749,750.; Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.174, dn.37

⁸¹⁵ “Uniform rules for demand guarantees” (URDG)

⁸¹⁶ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.170; Ekşi, Milletlerarası Ticaret, s.318,319.

⁸¹⁷ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.171.

b. URDG 758

Talep garantilerine ilişkin yayınlanan 458 sayılı broşürün zamanla yetersiz olduğunun anlaşılması ile ICC yeni bir kılavuz yayınlama yoluna gitmiştir. Bu kapsamda, önceki düzenlemeye nazaran ortaya çıkan sorunlara ilişkin daha açık ve anlaşılır bir yöntem geliştirdiği 01.07.2010 tarihinde yürürlüğe giren URDG 758 sayılı broşürü yayınlanmıştır. Bu bağlamda, URDG düzenlemelerine tabi bir garanti/kontrgaranti sözleşmesi düzenlenecek ise tarafların hangi broşürü seçtiklerini belirtmeleri gerekmektedir. Garanti metninde böyle bir tespitin yapılmamış olması durumunda URDG758 kılavuzuna tabi olacağı kabul edilmektedir.

Garanti metnlerinin, hangi ulusal yasa hükümlerinin uygulanacağına ilişkin açık bir tespit içermemesi durumunda URDG 758 kılavuzunun 34. maddesi gereğince garanti sözleşmesini düzenleyen banka şubesinin bulunduğu yer hukukunun geçerli olacağı kabul edilmiştir.⁸¹⁸ URDG 758 ile yapılan değişikliklere bakıldığında, uygulamada karmaşıklık yaratan terminolojiden uzaklaşıldığı görülmektedir. Örneğin, garanti/kontrgaranti metin örneklerine yer verilmesi, UCP 600 de kullanılan terminoloji ile entegrasyon sağlanması, kontrgarantilere ilişkin ayrıntılı düzenleme yapılması⁸¹⁹, uzat yada öde talebi üzerine bankanın ödeme yapmayı istemesi durumunda bu borcu ancak 30 gün geciktirme hakkının bulunacağı, garantörün değişikliği kabul beyanını gönderdiği anda bunun bağlayıcı hale geleceği, lehdarın değişikliği kabul etmeme hakkının bulunduğu, lehdarın tazmin talep hakkının garanti metninde devredilebilir olduğu belirtilse dahi garantörün açık onayı olmadan yapılan devre bağlı talebi yerine getirmekle yükümlü olmayacağı, “*makul süre*” ibaresinin kaldırılarak maksimum beş gün içerisinde ödeme yapma zorunluluğu, garanti metninde vade tarihi veya vadeyi sona erdiren halin belirlenmemesi durumunda düzenlenme tarihinden itibaren üç yıl sonra garantinin hükümden düşeceği gibi hükümlere yer verilerek ve kurallara ilişkin toplu

⁸¹⁸ Nuray Ekşi, “ICC’nin Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Birörnek Kuralları”, **Banka Teminat Mektubuna İlişkin ICC Kuralları** (Ed. Ekşi, Nuray), Beta,2011, (ICC), s.129.

⁸¹⁹ Örneğin, kontrgaranti gereğince düzenlenen garanti sözleşmesinin URDG 758’e tabi olacağı belirtilmiş ise aksi belirtilmediği sürece kontrgaranti de otomatik olarak URDG 758’e tabi olacaktır. Buna karşın, kontrgarantinin URDG 758’e abi olması, otomatik olarak buna bağlı düzenlenen garanti sözleşmesini URDG 758’e tabi kılmayacaktır.

yorumlar kısmı eklenerek uygulamadaki karışıklıklara engel olunmaya çalışılmıştır.⁸²⁰

URDG 758 kılavuzunun modern uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına daha uygun düzenlemeler içerdiği kabul edildiğinden, uluslararası bankacılık alanında düzenlenen garanti ve kontrgaranti metinlerinin URDG 758 kılavuzuna tabi olarak düzenlendiği görülmektedir. Bu kapsamda, Birleşmiş Milletler 05.07.2011 tarihinde 758 sayılı kılavuzu kabul ettiğini ilan etmiştir. FIDIC 14.03.2012 tarihinde 758 sayılı kılavuzu kabul ederek garanti/kontrgaranti sözleşmelerinin bu kurala tabi olacağını duyurmuştur. Benzer şekilde, OHADA ülkeleri de 758 broşürünü kabul ettiğini açıklamıştır. Belirtmek gerekir ki, Dünya Bankası tarafından finanse edilen projeler kapsamında düzenlenecek garanti ve kontrgarantilerin URDG 758 kurallarına tabi olarak düzenlenmesi zorunlu kılınmıştır.⁸²¹ Bu minvalde, Türkiye'deki kamu kurum ve kuruluşları yararına yurtdışında yerleşik kişilerin talimatıyla Türk bankalarının URDG kurallarına tabi olarak düzenlenen garantiler kamu lehdarları tarafından kabul edilmektedir.⁸²²

c. ISP 98

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ortaya çıkan uluslararası ödeme araçlarından biri olan standby akreditiflerinin uluslararası ticarete yaygınlaşmasıyla Amerikan bankalarının teşvikiyle ICC tarafından hazırlanan “ *Uluslararası Standby Akreditif Uygulamaları* ”⁸²³ (ISP 98) 01.01.1999 yılında yürürlüğe girmiştir. Bankalar tarafından açılacak Standby Akreditiflerinin ISP 98 kurallarına tabi olarak açılması esas olmakla birlikte, tarafların seçimiyle akreditifin yapısına uygun olduğu ölçüde UCP 600 kılavuzuna tabi olarak da açılmasında bir engel bulunmamaktadır.⁸²⁴ Buna karşın, Türk ve Alman hukukunda ISP 98 kılavuzunun

⁸²⁰ URDG 758 broşürünün tüm maddeleri için bkz. Ekici ve Durukanoğlu, s.215 vd.

⁸²¹ Ekici ve Durukanoğlu, s.213-214.

⁸²² Nihayet Durukanoğlu, “ ICC’nin Garantilere İlişkin Birörnek Kurallarının Kamu Sektöründe Uygulanması”, ”, **Banka Teminat Mektubuna İlişkin ICC Kuralları** (Ed. Ekşi, Nuray), Beta Yayınları, 2011, s.113 vd.

⁸²³ *Uluslararası Teminat Akreditifi Uygulamaları* olarak da ifade edilmektedir. En. “International Standby Practices 98” /

⁸²⁴ Ekici ve Durukanoğlu, s.262.

uygulama kabiliyetini haiz olmadığı konusunda görüşler de bulunmaktadır.⁸²⁵ ISP 98 kılavuzunda yer aldığı üzere, tarafların düzenledikleri garanti sözleşmeleri veya akreditifler, ancak açıkça değinilmek suretiyle bu kurallara tabi olabilirler.⁸²⁶ Dolayısıyla, ISP 98 kılavuzunun uygulanabilmesi için taraflar mutlaka bu kurallara tabi olduklarını garanti veya akreditif metninde yazmalıdır.

ISP 98 kuralları, uygulanacak hukuk kuralları yasaklamadığı sürece kanunun tamamlayıcısı olarak nitelendirilmektedir. ISP 98 kuralları, diğer kılavuzlarla birlikte kullanılabilen fakat aralarında çelişki olması durumunda ISP 98 hükümleri öncelikli olarak nazara alınacaktır.⁸²⁷ ISP 98 kurallarına tabi akreditif metinlerinde ayrıca “bağımsız”, “dönülemez” “ilk talepte” gibi ifadelerin yer alması gerekmez zira bunlar ISP 98 e tabi olan sözleşmelerin kesin özellikleridir. ISP 98 kurallarında, ödeme talebi sırasında öne sürülen kötü niyet ve sahtecilik iddiaları düzenlenmemektedir. Bununla birlikte, bu kurallar gereğince, ödeme yapacak olan bankanın, lehdarın kimliği ve yetkisi hususunu araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁸²⁸ Benzer şekilde, bu kurallara tabi olan akreditif nedeniyle lehdar tarafından ödeme talebi gönderilmesi durumunda, bankanın, bu hususu amire bildirme zorunluluğu bulunmamaktadır. Son olarak ISP 98 hükümlerinde, bankanın incelemelerini tamamlaması ve ödeme yapması için üç gün ile yedi gün arası süre sınırlamasına gidilmiştir.

Yukarıda özetlendiği üzere, ISP 98’de Türk ve Alman hukukunun genel yapısıyla uyumlu olmayan düzenlemeler yer almaktadır. Bunun temel nedeni, bu kuralların Anglo-Amerikan hukuk sisteminden doğan yaklaşımı benimsemiş olmasıdır. Uluslararası ticarete yaygın olarak kullanılıyor olsa da Kara Avrupası hukuk sistemine tabi ülkeler bu kurallara temkinli yaklaşmakta olup, bazı klotları sözleşmenin dışında bırakma eğilimindedir.

⁸²⁵ Doğan, Teminat Akreditifleri, s.11; Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.174, 172.

⁸²⁶ ISP 98 mad.1 /1-c

⁸²⁷ ISP 98 mad. 1/2

⁸²⁸ Bu yönüyle Alman ve Türk hukuku yapısına uygun olmadığı ileri sürülmektedir.

d. UCP 500 / 600

ICC tarafından çıkarılan “*Belgeli Akreditifler için Yeknesak Teamüller ve Uygulamalar (UCP)*” kılavuzları uluslararası ticarete yaygın olarak kullanılmaktadır.⁸²⁹ Belgeli Akreditiflere ilişkin ilk kılavuz 1926 yılında yayınlanmıştır. Özellikle bankacılık alanında rağbet görmesi nedeniyle bu draft metinler birçok kez revize edilmiş olup, 1994 yılında yürürlüğe giren UCP 500 uzun süre yürürlükte kalmıştır.⁸³⁰ Mamafih, bu kuralların bazı hususlarda kesin ve net düzenlemeleri ihtiva etmemesi ve ticarete yeni ihtiyaçların ortaya çıkması nedeniyle 2007 yılında yürürlüğe giren UCP 600 kılavuzu ile UCP 500 yürürlükten kaldırılmıştır.

ICC, önceki kuralları yeniden yorumlayarak daha net ve kesin bir kapsam ortaya koymayı ve daha basit bir terminoloji benimseyerek ulusal hukuklarda farklı yorumlanmaya açık terimleri yeknesaklaştırmayı böylelikle uluslararası ticarete kan kaydeben akreditif uygulamasını yeniden canlandırmayı amaçlayarak Banka Komisyon’u nezdinde onaylanan UCP 600 kılavuzunu yayınlamıştır.⁸³¹ Öncelikle, bu kuralların da akreditife uygulanabilmesi için taraflarca kabul edilmesi gerekmektedir. Buna karşın, bu kurallar yetkili hukukun emredici hükümlerine aykırı şekilde uygulanamazlar.⁸³² Ayrıca, taraflar bazı maddeleri kapsam dışında bırakma özgürlüğüne de sahiptir.

UCP 600 mad.1 gereğince, öncelikle bu kuralların herhangi bir evraka bağlı krediye uygulanabilecek kurallar olduğu vurgulanarak herhangi bir akreditif veya standby akreditifine uygulanabilecek geniş bir kapsam çizilmiştir. UCP 500 kurallarında yer alan bazı terimlerin, ulusal hukuklarda farklı şekilde yorumlanabildiği görüldüğünden, UCP 600’de tanımlar net ve anlaşılır şekilde ifade edilmiştir. Örneğin, “*ciro*” tabirinden, evrak veya sözleşmenin karşılığı olan ödemenin keşideci tarafından kesin ödeme tarihine dek teslim alınarak ödeme altına

⁸²⁹ Schulze, s.230.

⁸³⁰ UCP 500 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. , Joseph D. Gustavus, “Letter of Credit Compliance under Revised UCC Article 5 and UCP 500”, 114 **Banking L.J.** 55 (1997) www.heinonline.com (28.10.2018)

⁸³¹ Schulze, s.231

⁸³² Kring, s.1227.

alınmasının anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir.⁸³³ Akreditifin metninde yer alması dahi dönülemez nitelikte olduğu ön kabulüne yer verilmiştir. UCP 600 ile yapılan önemli değişikliklerden biri ise terör eylemlerinin mücbir sebep kapsamına dahil edilmesidir.⁸³⁴ Bununla birlikte, ödemenin yapılacağı “*makul süre*” ibaresi çıkarılarak, en fazla beş banka günü içerisinde ödeme yapma yükümlülüğüne işaret edilmiş olup bu sürenin sözleşme yoluyla değiştirilebilmesi mümkün kılınmıştır.⁸³⁵ Son olarak, düzenlemede her evrakın en az bir aslının ibrazı kabul edilmiş olup, bu evrakın asıl olmadığı belirtilmedikçe, asıl olarak kabul edileceği ifadesine yer verilmiştir.⁸³⁶

B. Banka Garantilerinin Benzer Uluslararası Hukuki Müesseseler İle İlişkisi

1. Banka Garantilerinin Akreditifler İle İlişkisi⁸³⁷

Akreditif, bir bankanın alıcı müşteri namına akreditif mektubunda yazılı şartların gerçekleşmesi halinde, öngörülen belgelerin ibrazı karşılığında mal bedelinin ödeneceğine dair, satıcı ile girişilen yazılı bir taahhüttür.⁸³⁸ Akreditiflerin hukuki niteliği konusunda Yargıtay değişik kararlar vermiş olmakla, önceleri havale ilişkisi⁸³⁹ olarak kabul ettiği görüşünden dönerek borç vaadi niteliğinde olduğu yönünde kararlar vermiştir.⁸⁴⁰ Alman hukukunda, banka garanti sözleşmeleri ile akreditiflerin birbiriyle uyumlu olduğu kabul görmektedir. Zira, iki sözleşmenin de

⁸³³ F. Banu Kring, “The Latest Regulation of the International Chamber of Commerce on Documentary Credits uniform Rules 600 (UCP 600) and Some of its Novelties Brought in Practice”, 11 **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, s.1219 (2009) www.heinonline.com (28.10.2018), s.1226.

⁸³⁴ UCP 600 mad.16

⁸³⁵ Kring, s.1231.

⁸³⁶ Kring, s.1233.

⁸³⁷ Çalışmamızda “*akreditif*” ifadesi, USP kurallarına göre düzenlenen akreditifleri tanımlamak için kullanılmıştır. Doktrinde “*ticari akreditifler*” olarak da adlandırılmakta olup, “*akreditif*” ifadesinin kullanılması uluslararası metinler dikkate alınarak daha uygun bulunmuştur.

⁸³⁸ Fuat İlalan, “Letter of Credit”, 5 **Banka Hukuk Dergisi** 562 (1970). www.heinonline.com (01.04.2021), s.563; Kring, s.1221.. ; Hugo, ICC, s.6.; HGK 4.11.1964 E.942/D-4 K.637 sayılı ilamında; “...*akreditif mal satın almış bir kimsenin bir banka ile yaptığı anlaşma üzerine, o bankanın belli belgelerin satıcı tarafından ibrazı karşılığında, bu satıcıya satış parasının ödenmesini hedef tutan akittir.*” Şeklinde değerlendirmede bulunmuştur. (Kring, s.1221.)

⁸³⁹ Benzer bir görüş için bkz. Tekinalp, s.414-415.

⁸⁴⁰ Kring, s.1220.

muhteviyatında bankanın üçüncü kişi karşısında ödeme yapmayı bağımsız olarak taahhüt ettiği bir hukuki ilişki bulunmaktadır.⁸⁴¹ Buna karşın, banka garanti sözleşmelerinde teminat fonksiyonu ön planda iken akreditifler yüksek ödeme fonksiyonunu haiz belgelerdir.⁸⁴²

İki kurumun arasındaki en önemli fark, bankanın borcunun niteliğinde ortaya çıkmaktadır. Zira, akreditifte borçlu, kendi borcunun ifa edilmesi için bankayı görevlendirir iken, banka garantisinden doğan borç, bankanın kendi borcudur.⁸⁴³ Bununla birlikte, akreditifte banka, akreditifin ödenmesi için öngörülen belgelerin ibraz edilmesi şartıyla her durumda ödeme yapmakla mükelleftir. Buna karşın, banka garantilerinde belli koşulların varlığı durumunda bankanın ödeme yapmayı reddetmesi mümkündür.⁸⁴⁴

Uluslararası hukukta, akreditiflerin düzenlenmiş olduğu temel metinler ICC tarafından oluşturulan UCP metinleridir.⁸⁴⁵ UCP 600 sayılı broşürün 2007 yılında yürürlüğe girmesiyle, 1993 yılından beri yürürlükte olan UCP 500 broşürü yürürlükten kaldırılmıştır. Bu kuralların uygulama alanı bulması, taraflarca kabul edilmesine bağlıdır. Uygulamada, akreditiflerin UCP metinleri ile uyumlu olarak düzenlendiği görülmektedir.

UCP metinlerinde yer aldığı üzere, akreditiften doğan borcun talep edilebilmesi için gereken evrakların, akreditif metninde yer alan tanıma ve kapsama sıkı sıkıya uygun olması gerekir. Aksi halde, banka ödeme yapmayı reddedecektir. İbraz edilen belgeler üzerindeki bazı küçük sehven yapılmış hataların, ödeme emrini geçersiz kılıp kılmayacağına ilişkin farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Alman Federal Mahkemesi önüne gelen bir davada, “önemsiz sapma”⁸⁴⁶ kapsamına giren hallerde, ödeme talebinin ibrazının akreditif metninin amacına ve kapsamına göre makul olması durumunda bu önemsiz farkların kabul edilebilir olduğu yönünde değerlendirmede bulunmuştur.⁸⁴⁷ Bir diğer davada, akreditif metninde yer alan “denetleme sertifikasının resmi bir denetleme şirketi tarafından imzalanması” şartına ilişkin uyuşmazlıkta, Mahkeme, ödeme talebine eklenen ve resmi bir

⁸⁴¹ Kleiner, s.114-115.; Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.177.

⁸⁴² Doğan, Banka Teminat, s.43; Dohm, s.31.

⁸⁴³ Kleiner, s.117; Doğan, Banka Teminat, s.44.

⁸⁴⁴ Doğan, Banka Teminat, s.44.

⁸⁴⁵ Hugo, ICC, s.17.

⁸⁴⁶ “geringfügige Abweichungen” terimi kullanılmıştır.

⁸⁴⁷ BGH WM, 1960, 38-39 (Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.209-210 dn.134)

denetleme şirketi yerine meşru bir denetleme şirketinden alınan belgeyi, sağlayıcının ülkesinde resmi anlamda tanınmış bir denetleme şirketi bulunmaması nedeniyle kabul etmiştir.⁸⁴⁸ Buna karşın belirtmek gerekir ki, metnin anlaşılır olmaması durumunda yapılan ödeme emrinin uygunluğu çok sınırlı olarak değerlendirilmektedir. Son olarak, ödeme talebinin amire bildirmesinin gerekip gerekmediği hususunda açık bir düzenleme bulunmasa da ticari teamüle bakıldığında, bankanın amire bildirimde bulunduğu görülmektedir.⁸⁴⁹

2. Banka Garantilerinin Standby Akreditifleri ile İlişkisi⁸⁵⁰ (ISP 98)

Standby akreditifleri, Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bankaların uluslararası banka garanti sözleşmesi düzenlemesinin mümkün olmaması⁸⁵¹ nedeniyle geliştirilen ve müşteri talimatı ile akreditif açan bankanın, müşterisi olan amirin, lehdar karşısında yüklenmiş olduğu bir edimi yerine getirmemesi durumunda lehdarın gerekli belgeleri ibraz ederek yapmış olduğu ödeme talebine istinaden mektubun üzerinde yazan miktarı ödemeyi taahhüt ettiği bir teminat olarak tanımlanmıştır.⁸⁵² Buna karşın, standby akreditiflerini düzenleyen ISP 98 kurallarında özel bir tanımlama yapılmasından kaçınılmıştır.⁸⁵³ Standby akreditifleri de, garanti sözleşmelerinde olduğu gibi belli bir riskin gerçekleşmesi sonucunda akreditif metninde yazılı bedeli, lehdara ödemeyi bağımsız, bağlayıcı ve geri dönülemez bir şekilde taahhüt altına alırlar.⁸⁵⁴ Bununla birlikte, güvence sağlama fonksiyonlarının yanında temel olarak ödeme fonksiyonunu haiz belgelerdir.⁸⁵⁵ Bu özellikleri ile amaç bakımından uluslararası banka garantilerinden ayrılmaktadır. Standby Akreditifleri, mal akreditiflerinden de ayrılmaktadır. Zira, standby akreditifleri garanti edilen edimin yerine getirilmemesi riskini teminat altına almakta

⁸⁴⁸ BGH WM 1958, 1542-1543 (Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.210.)

⁸⁴⁹ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.215.

⁸⁵⁰ Çalışmamızda, Standby Akreditifleri; ISP 98 hükümlerine göre düzenlenen ve Anglo-Amerikan hukuk sisteminde ortaya çıkan teminat akreditifi türünü tanımlamak için kullanılmıştır. Doktrinde, “belgeli akreditif” ile sıkça aynı anlamda kullanılsa da aynı kavramlar olmadıklarına ilişkin tartışmalar bulunduğundan, çalışmamızda “standby” ifadesi tercih edilmiştir.

⁸⁵¹ *Glass-Steagall Act*, 1933 düzenlemesiyle çoğunluktaki bankaların garanti sözleşmesi düzenlemesine cevaz verilmemektedir.

⁸⁵² Tekinalp, s.414-415; Doğan, Banka Teminat, s.46.

⁸⁵³ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.166.

⁸⁵⁴ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.166.; Ekici ve Durukanoğlu, s.275

⁸⁵⁵ Doğan, Banka Teminat, s.47.

olup, mal akreditifleri ise taahhüdün ifasını teminat altına aldıklarından bankanın durumu ve ibrazı istenen belgeler bakımından farklı kriterler uygulanmaktadır.⁸⁵⁶

Uluslararası banka garanti sözleşmeleri ile standby akreditifi arasındaki en temel fark, lehdarın ödeme talebinin yanında bazı belgeleri ibraz etme yükümlülüğü bakımından ortaya çıkmaktadır. Garanti sözleşmelerinde, lehdarın ödeme talebine ek olarak bazı belgeleri ibraz etmesi taraflarca garanti metninde kararlaştırılabilir. Bu durumda geçerli bir ödeme emrinden bahsedilebilmesi için lehdarın kararlaştırılan belgeler ile başvurması gerekmektedir. Aksi halde, banka, ödeme emrinin geçersiz olduğu savunması yaparak ödemeden kaçınabilecektir. Bununla birlikte, garanti metninde böyle bir klozun bulunmaması durumunda lehdar yalnızca riskin gerçekleştiğini belirten bir ödeme talebi göndererek bankanın borcunu muaccel hale getirebilecektir. Standby Akreditiflerinde ise, taraflar ibraz edilmesi gereken belgelere ilişkin bir kloz düzenlemeseler dahi lehdar bazı belgeleri sunmakla mükelleftir.⁸⁵⁷

Standby Akreditiflerinin metninde “*şartsız*”, “*kesin*”, “*temel ilişkiden doğan def’i ve itirazlardan feragat edilerek*” gibi ifadelerle yer verilmese dahi, temel ilişkiden doğan def’i ve itirazlar, akreditif açan banka tarafından ileri sürülemez.⁸⁵⁸ Buna karşın, banka garantilerinin hukuki mahiyeti “*koşulsuz*”, “*ilk talepte ödeme*” emrini haiz gibi ifadelerin metinde yer alıp almadığı gözetilerek yorumlanmaktadır. Bununla birlikte, ISP 98 regülasyonunda, sahtecilik/aldatma durumunun varlığı halinde yapılan ödeme talebinin akibetine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Böyle bir düzenleme yapılmamasının nedeni, genel anlamda Amerikan hukukunda ancak hak talebinde bulunanın kötüniyetli olması durumunda hakkın kötüye kullanılması savunmasına cevaz verilmesi olabilir.⁸⁵⁹ Görüldüğü üzere, standby akreditiflerinde bankanın ödeme savunmasında bulunabilmesi oldukça sınırlandırılmıştır.⁸⁶⁰ Banka garantilerinde ise bankanın temel ilişkiden doğan def’i ve itirazları ileri sürmesi kural olarak mümkün olmamakla birlikte istisnai bir hal

⁸⁵⁶ Reisoğlu, Banka Teminat, s.469

⁸⁵⁷ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.166; Doğan, Teminat Akreditifleri, s.12.

⁸⁵⁸ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.178

⁸⁵⁹ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.180.

⁸⁶⁰ Doğan, Teminat Akreditifleri, s.19.

olarak garantör bankanın, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğunu likit delil ile ileri sürmesi kabul edilebilmektedir.⁸⁶¹

Standby akreditifinden doğan ilişkinin kurulmasında, Amerikan hukukuna özgü bir teori olan mailbox teorisi⁸⁶² kabul edilmiştir. Bu bağlamda, standby akreditifinin düzenleyen bankanın hakimiyet alanında çıkması ile hukuki ilişki kurulmuş olur. Böylece, banka artık dönülmez ve kesin olarak akreditif ile bağlı olacaktır. Akreditifin metninde standby akreditifinin temel özelliklerine aykırı hükümlerin yer alması durumunda, akreditif ilişkisi varlığını devam ettirecek olup, aykırı olan hükümlerin geçersiz olacağı kabul edilmektedir.⁸⁶³

ISP 98 regülasyonunda, standby akreditiflerinde “otomatik değişiklik” imkanı da düzenlenmiştir. Bu kapsamda, akreditif metninde yer alan şartların gerçekleşmesiyle birlikte taraflarca ön görülen değişiklik kendiliğinden mümkün hale gelmektedir.⁸⁶⁴ Örneğin, akreditif bedelinin öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde otomatik olarak artması veya azalması taraflarca düzenlenebilir. Bu durumda, şartların varlığı halinde tarafların onayı aranmadan bedelin arttırımı veya azaltımı söz konusu olabilecektir. Buna karşın, garanti sözleşmesinde değişiklik yapılabilmesi için bankanın açıkça onayının alınması gerekmektedir.

Standby akreditiflerinde ödeme talebinde bulunulabilmesi için gerekli belgelerin ancak standby metninin düzenlendiği dilde tanzim edilmiş olması aranmaktadır.⁸⁶⁵ Buna karşın, uluslararası garanti sözleşmelerinde genel olarak böyle bir zorunluluk kabul edilmemiştir.⁸⁶⁶ Ayrıca standby akreditifine dayalı ödeme taleplerinde sunulması gereken belgelerin ibraz şekli ISP 98 de düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde yer aldığı üzere, ibrazda gerekli belgelerin açıkça “kağıt” formunda olması aranmamakta ise belgelerin modern haberleşme araçları ile gönderilmesi mümkündür. Örneğin, SWIFT ve benzeri şifreli araçlarla ibraz edilen ödeme

⁸⁶¹ Hakkın kötüye kullanılmasının garanti sözleşmelerinde nazara alınmasının mahiyeti ülke hukuklarına bağlı olarak değişkenlik gösterebilmektedir. Çalışmamızın ikinci bölümünde bu husus ayrıntılı olarak incelenmiştir.

⁸⁶² Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.191-192.

⁸⁶³ Doğan, Teminat Akreditifleri, s.16.

⁸⁶⁴ Doğan, Teminat Akreditifleri, s.17.

⁸⁶⁵ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.205

⁸⁶⁶ Belirtmek gerekir ki, garanti sözleşmeleri tanzim edilirken ulusal hukuklara tabi olunması durumunda ülkeler bazı zorunluluklar getirebilmektedir. Örneğin; Türkiye’de yerleşik kişiler arasında yabancılık unsuru olmaması durumunda banka garanti sözleşmelerinin 805 sayılı Kanun gereğince Türkçe yapılması zorunludur.

taleplerinin kabulü mümkün olabilecektir.⁸⁶⁷ Uluslararası garanti sözleşmelerinde ise asıl kural kağıt formunda ödeme ibrazı olmakla birlikte, modern araçlarında kullanılabilmesini engelleyen katı bir düzenleme bulunmamaktadır.⁸⁶⁸ Lehdarın eksik belge ile ödeme talebinde bulunmasının standby akreditifleri bakımından kısmi ibraz olarak kabul edilebileceği ve banka tarafından süre verilerek bu eksikliğin giderilmesinin istenebileceği kabul edilmiştir.⁸⁶⁹ Buna karşın, garanti metninde bazı belgelerin ibrazı kararlaştırılmışsa, bunların tümünün ödeme emriyle birlikte garantör bankaya sunulması esastır. Ödeme talebi gönderenin kimliği ve temsil yetkisinin tespit edilmesine yönelik standby akreditiflerinde farklı bir yaklaşım benimsenmiştir. Bu bağlamda, bankanın ibrazı yapan kişinin kimliğini veya temsil yetkisini tespit etme ve inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu durum açıkça ISP 98 regülasyonunda da düzenlenmektedir. Bu husus, standby akreditiflerinin ve ISP 98 regülasyonlarının Almanya, İsviçre ve Türkiye gibi ülkelerin genel hukuk anlayışıyla bağdaşmadığından eleştirilmektedir.⁸⁷⁰ Nitekim, Alman Federal Mahkemesi önüne gelen bir davada, ödeme emrinin lehdar tarafından imzalanmamış olması nedeniyle ödeme emri yok hükmünde kabul edilmiştir.⁸⁷¹ Bununla birlikte, banka garanti sözleşmesi kapsamında sunulan ödeme emrinin banka tarafından şekli anlamda incelenmesi aynı zamanda karşılık ilişkisindeki özen borcunun da bir yansımasıdır. Karşılık ilişkisi bakımından standby akreditifleri ile garanti sözleşmeleri arasındaki farklardan bir diğeri de ödeme talebinin amire bildirimi hususunda ortaya çıkmaktadır. Zira, standby ilişkisi kapsamında lehdar tarafından gönderilen ödeme emrinin, banka tarafından ivedilikle amire bildirilmesi yükümlülüğü bulunmadığı ISP 98 metninde açıkça yer almaktadır. Bu husus doktrinde tartışmalara neden olmuş, hatta söz konusu maddenin birçok ulusal hukuk düzeninin gereksinimleri nazara alındığında yokluk hükmünde sayılabileceği ifade edilmiştir.⁸⁷² Yine, uygun bir ödeme talebinin gönderilmesi durumunda bankanın ne kadar süre içerisinde ödeme yapabileceğine ilişkin de farklı düzenlemeler kabul edilmiştir. Garanti ilişkisinde geçerli ödeme emrinin ibrazından sonra bankanın borcu muaccel olmakta,

⁸⁶⁷ Doğan, Teminat Akreditifleri, s.21.

⁸⁶⁸ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.201.

⁸⁶⁹ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.208-209.

⁸⁷⁰ Doğan, Teminat Akreditifleri, s.22; Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.203; Kahyaoğlu, s.27; aksi yönde görüş için bkz. Von Westphalen, s.162

⁸⁷¹ BGH EwR 765 BGB,99 (Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.203, dn.119.)

⁸⁷² Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.216, dn.159.

derhal ödeme yapma yükümlülüğü altına girmektedir. Bununla birlikte, belirli bir süre öngörülmemiş olup genel olarak makul süre içerisinde ödeme yapılması gerektiği kabul edilmiştir. Standby akreditiflerinde ise banka, gerekli belgeler ile ödeme talebinde bulunulması halinde 3 ila 7 iş günü arasında ödeme yapmakla mükelleftir.⁸⁷³

Son olarak, banka garanti sözleşmesinde lehdarın ödemeyi talep etme hakkını devretmesi, ancak garanti metninde açıkça öngörülmüş olmasına bağlıdır.⁸⁷⁴ Bunun temel sebebi, amirin, alt sözleşme tarafı partnerine güvenerek garanti düzenlenmesi emri vermesidir.⁸⁷⁵ Ayrıca, garanti konusu borç ilişkisinin devri ancak bankanın açık muvafakiyeti ile mümkün olacaktır.⁸⁷⁶ Standby akreditiflerinde ise taraflar aksini kararlaştırmamış ise standby'nin devri mümkündür.⁸⁷⁷ Zira, ISP 98 de standby devri açık ve ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.

C. Banka Garantilerine İlişkin Diğer Ülkelerin Düzenlemeleri

1. Rusya Federasyonu

Rus hukukunda, Kara Avrupası hukukundan farklı olarak banka garanti sözleşmeleri ayrıntılı olarak kanun ile düzenlenmiştir. Rus Medeni Kanunu'nun 368 ila 379 maddeleri arasında banka garanti sözleşmelerinin esasları hüküm altına alınmıştır.⁸⁷⁸ İlk kısımda, banka garanti sözleşmelerinin bağımsızlığı ve geri alınamazlığı vurgulanmıştır. Bunun yanı sıra, lehdar tarafından yapılan ödeme emrinin yazılı olması ve garanti metninde kararlaştırılan belgelerin ibrazı, uygun bir ödeme talebinin kabulü için gerekli unsurlar olarak sayılmıştır.

Rus Medeni Kanunu'nun 375 ve 376. Maddelerinde bankanın, ödeme talebini almasını müteakip amire bildirim yapması zorunluğu getirilmiştir. Dolayısıyla,

⁸⁷³ Doğan, Teminat Akreditifleri, s.25.

⁸⁷⁴ BGH WM 1999,72,73; BGH WM 1990,287,291

⁸⁷⁵ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.196; Alexandar Lukic, "Bank Demand Guarantee and Standby Letter of Credit as Collaterals in International Trading Operation", *IJTM*, V.2, I.10, October, 2014, ss.13-15. (International Trading Operation), s.14.

⁸⁷⁶ Yargıtay 11 HD 21.04.1992 E.1990/7824 K.1992/5567 sayılı ilamında; "...teminat mektubu ile garanti edilen borç ilişkisinin devri ancak borçlunun fiilini yükümlenen bankanın açık muvafakiyeti ile mümkün olur..." şeklinde hüküm kurmuştur. (Lale, s.545-546)

⁸⁷⁷ Nielsen ve Nielsen, Standby Letters, s.196; Doğan, Teminat Akreditifi, s.25-26, Lukic, International Trading Operation, s.14

⁸⁷⁸ Rus Medeni Kanunu'nun ingilizce tam metni için bkz. www.wipo.int

bankanın ödeme emrini amire bildirmeksizin garanti bedelini ödemesi halinde kanuna aykırılık durumu söz konusu olacaktır. Bununla birlikte, ödeme emrinin hakkın suistimali suretiyle talep edilmesinin önüne geçilebilmesi için iki aşamalı bir sürecin kabul edilmiştir.⁸⁷⁹ Zira 376. Madde uyarınca, garantör bankanın, teminat altına alınan temel borcun halihazırda tam olarak ifa edildiğini, temel sözleşmenin teminat altına alınan edimler bakımından sona erdiğini veya bazı sınırlı hallerde temel sözleşmenin geçersiz olduğunu bilmesi durumunda, bu hususu hem amire hem de lehdara bildirmekle yükümlü olacağı hüküm altına alınmıştır. Buna karşın, garantör bankanın ikinci bir ödeme talebi alması halinde, garanti bedelini ödemesi gündeme gelebilecektir.

Rus hukukunda da tarafların garanti sözleşmesine ICC kurallarının uygulanmasını kararlaştırabilecekleri kabul edilmiştir. Buna karşın, kabul edilen modeller, Rus hukukunun emredici hükümlerine aykırılık teşkil etmesi durumunda uygulama alanı bulamayacaktır.⁸⁸⁰ Genel anlamda, ICC yeknesak kurallarında yer alan esasların, özellikle 2009 sonrası revizyonlarla Rus Medeni Kanunu'nda da uygulama alanı bulduğunu söylemek mümkündür.⁸⁸¹ Son olarak, uygulamada banka garantilerinin klasik yazılı formatta düzenlenmesi şartının da esnetilerek, Yüksek Tahkim Mahkemesi görüşleri ışığında SWIFT ve Blockchain gibi elektronik ortam uygulamalarının önünü açan adımların da atıldığı görülmektedir.⁸⁸²

2. Çin Halk Cumhuriyeti

Çin hukukunda, 1999 tarihli Sözleşmeler Hukuku Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle daha önce farklı Kanunlar ile düzenlenen ulusal ve uluslararası ticari nitelikli sözleşmeler tek çatı altında birleştirilmiştir.⁸⁸³ Ayrıca, Çin hukukunda özel

⁸⁷⁹ Natalya Rasskazova, "Independent Security Rights under Russian Legislation", **Juridica International Law Review**, Cilt: XX, 2013, ss. 94-103. www.juridicainternational.eu (24.04.2021), s.98.

⁸⁸⁰ Rasskazova, s.96.

⁸⁸¹ Rasskazova, s.96.

⁸⁸² Rasskazova, s.97.; Polly Jean Harrison, "VTB Bank First in Russia to Issue a Digital Bank Guarantee via Russian Blockchain Platform", **the Fintechtimes**, 21.12. 2020, <https://thefintechtimes.com/vtb-bank-first-in-russia-to-issue-a-digital-bank-guarantee-via-russian-blockchain-platform/> (30.04.2021)

⁸⁸³ Charl Hugo, "Demand Guarantees in the People's Republic Of China And The Republic Of South Africa", **Brics Law Journal**, Cilt: VI, Sayı: 2, 2019. www.researchgate.net (20.04.2021) (China), s.21.

sözleşme ilişkilerini detaylı olarak düzenleyen özel kanunlar ve Çin Halk Cumhuriyeti Yüksek mahkemesi düzenlemeleri kabul edilmiştir. Çin hukukunda genel bir prensip olarak dürüstlük kuralı tüm hukuki ilişkilerde önemli bir rol oynamaktadır. Garantiden doğan hukuki ilişkileri düzenleyen özel nitelikli iki temel düzenleme bulunmaktadır. İlki, 2016 yılında yürürlüğe giren ve Çin Halk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi tarafından oluşturulan bağımsız garantilere ilişkin mahkemenin yorumlarını ortaya koyan düzenlemedir.⁸⁸⁴ Diğeri ise genel anlamda garanti sözleşmelerinin tabi olduğu esasları belirleyen ve özellikle yabancı para üzerinden düzenlenen Çin garanti sözleşmelerine ilişkin özel hükümleri ihtiva eden Teminat Hukuku Kanunu⁸⁸⁵'dur. Bununla birlikte, Çin Medeni Kanunu ile Sözleşmeler Hukuku Kanunu, özel düzenlemelerde hüküm bulunmaması durumunda genel nitelikli kanunlar olarak uygulama alanı bulmaktadır.

IGP düzenlemesi, Çin Halk Cumhuriyeti Yüksek Mahkemesi tarafından oluşturulmuş bağlayıcı kuralları ihtiva etmektedir. Bu düzenlemenin 3. Maddesinde bir teminat sözleşmesinin bağımsız garanti sözleşmesi niteliğinde olabilmesi için gereken kriterler yer almaktadır. Buna göre, garanti sözleşmesinde taahhüt edilen miktarın lehdar tarafından yapılacak ödeme talebine istinaden ödenmesinin öngörölmüş olması, tarafların garanti sözleşmesinin bağımsız garantilere ilişkin kabul edilen ICC veya diğeri model kanunlara tabi olacağına ilişkin anlaşmış olmaları, garantinin metninde açıkça temel ilişkiden bağımsız olduğu veya ödeme talebinin garantörün borcunun muaccel olması için yeterli olduğunu ibarelerinin yer alması durumlarının varlığı halinde, sözleşme ilişkisinin bağımsız garanti niteliğinde olduğu kabul edilmiştir.⁸⁸⁶ Aynı düzenlemenin 6.maddesinde ise temel ilişkiden doğan def'i ve savunmaların garantör tarafından ileri sürülemeyeceği ve bu kuralın tek istisnasının hakkın kötüye kullanılması olduğu hüküm altına alınmıştır. Görüldüğü üzere, Çin hukukunda da hakkın kötüye kullanılması hali bir istisna olarak kabul edilerek garantör bankanın ödeme yapmama savunmasında nazara alınabileceği ifade edilmiştir. Düzenlemede hakkın kötüye kullanılması hali özel

⁸⁸⁴ İng. *Provisions of the Supreme Court of the People's Republic of China on Several Issues Concerning the Trial of Disputes over Independent Guarantees (IGP)*

⁸⁸⁵ İng. *Security Law Provisions* bkz. Hugo, China, s.21; Shirley C. Y. Wong, "The Law of Guarantee in China and Hong Kong", **Hong Kong Law Journal**, Cilt: 26, Sayı:3, 1996, s. 369-394. www.heinonline.com (20.04.2021), s.372 vd.

⁸⁸⁶ Hugo, China, s.23-24.

olarak 12, 13 ve 14. Maddelerde ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu kapsamda, hakkın kötüye kullanılması beş temel hal ile sınırlandırılarak, garanti metninin veya ödeme talebine dayanak teşkil eden belgelerin sahte olarak düzenlenmesi veya tahrifi, üçüncü kişiler tarafından düzenlenen belgelerin yanlış bilgiler ihtiva ettiğini bilerek yapılan ödeme talepleri, mahkeme veya hakem kararları ile teminat altına alınan temel ilişkiden doğan borcun bulunmadığının sabit olmasına rağmen ödeme talebinde bulunulması, lehdarın teminat altına alınan borcun tamamen ifa edildiğini bilerek ödeme talebinde bulunulması, garanti konusu dışındaki bir riske ilişkin ödeme talebinde bulunulması ve son olarak lehdarın bir hakkı olmadığını bilmesine rağmen hakkını kötüye kullanmak suretiyle talepte bulunması hallerinde bankanın ödeme yapmama savunmasını ileri sürebileceği kabul edilmiştir.⁸⁸⁷ Böylece, sayılan hallerden birinin varlığı durumunda garantör bankanın yerleşim yeri mahkemesinden ödemenin durdurulması talebinde bulunulabilmesi mümkündür. Bunun yanı sıra, hakkın kötüye kullanılması iddiasının kümülatif şartlar altında ispat edilmesi gerekmektedir. Düzenlemede, Alman ve Türk hukukuna nazaran farklı bir ifade kullanılarak, delillerin, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin yüksek ihtimal kuran⁸⁸⁸ nitelikte olması aranmıştır. Bununla birlikte, önleme kararının aciliyet arzetmesi, ödeme yapılmasının amir bakımından geri alınamaz bir zarara sebebiyet verme ihtimalinin bulunması ve tedbir talebinin haksız olması ihtimaline karşı teminat gösterilmesi kümülatif şartları da aranmaktadır.⁸⁸⁹ Buna karşın, bankanın iyiniyetle ödeme yapması durumunda, mahkemenin bu ödemenin tazmin edilebilmesi için verilen diğer garanti sözleşmelerine yani kontrgarantilere ilişkin ihtiyati tedbir kararı verebilmesi mümkün değildir.⁸⁹⁰ Sonuç olarak, 2016 yılında yürürlüğe giren düzenlemenin, önceki düzenlemelere nazaran irade bağımsızlığını, devletin müdahalesine tercih eden ve böylece URDG düzenlemelerine benzer bir yaklaşım benimsediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Son olarak, genel garanti sözleşmelerinin esaslarını ele alan bir diğer önemli düzenleme ise Teminat Hukuku Kanunu'dur. Bu bağlamda, garanti sözleşmelerinin

⁸⁸⁷ Hugo, China, s.25

⁸⁸⁸ İngilizce çevirisinde "*high probability*" ifadesi kullanılmıştır. (Hugo, China, s.25) Bu bağlamda, Türk ve Alman hukukundaki likit delil veya kesin delil kavramlarının kullanılmamış olduğu dolayısıyla biraz daha geniş yorumlama alanını haiz olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

⁸⁸⁹ Hugo, China, s.25.

⁸⁹⁰ IGP madde 14.

yazılı olarak düzenlenmesi zorunluluğu ve garanti metninde yer alması gereken unsurlar ayrıntılı olarak düzenlenmiş olmasına karşın aykırılık durumunda, uygulanacak müeyyide açık olarak tespit edilmemiştir. Doktrinde kabul edilen görüşe göre, düzenlemeye aykırılık doğrudan garanti sözleşmesinin geçersizliğine neden olmamaktadır.⁸⁹¹ Söz konusu Kanunda yabancı döviz üzerinden düzenlenecek garantilerin yetkili resmi makamlardan izin alınması ve sözleşmenin hükümlerinin detaylı düzenlenmesi ek yükümlülüklerine tabi olduğu hüküm altına alınmıştır.⁸⁹² Bu tür düzenlemelerin kamu menfaati kapsamı altında değerlendirilmesinin mümkün olacağı ve Çin Halk Cumhuriyeti hukukunda kamu menfaati kavramının geniş bir uygulama alanı bulduğu gözetilerek, ulusal hukukta detaylı olarak düzenlenmiş garanti sözleşmelerinin bu esaslara uyularak düzenlenmesi önem arz etmektedir. Bununla birlikte, uluslararası nitelikli garanti sözleşmelerinde ICC kurallarının seçilebilmesi imkanı mevcut olduğundan, bu kuralların banka garanti klotunda yer almasının taraf menfaatlerine daha uygun düşeceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

3. Orta Doğu Ülkeleri (Riskli Bölgeler)

Uluslararası banka garanti sözleşmeleri standartlarından farklı uygulamalara yer veren ülkeler genellikle orta doğu ülkeleridir. Bunun temel nedeni, bu devletlerin özel hukuk alanına müdahale etme eğiliminde olmalarıdır. Riskli ülkeler kapsamında İran, Libya, Cezayir, Suudi Arabistan, ve Suriye hukuklarındaki dikkat edilmesi gereken hususlara ilişkin genel bilgiler verilmesi amaçlanmıştır.

İran hukukunda, sözleşmeler ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu bağlamda, İran Medeni Kanunu'nun 14. Bölümünde garanti sözleşmelerinin esaslarına detaylı olarak yer verildiği görülmektedir. Bununla birlikte, banka garantilerinin hukuki niteliği bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüş olup, mahkemelerde ortak bir görüşün oluşturulmadığı ifade edilmiştir.⁸⁹³ Bazı hukukçular, banka

⁸⁹¹ Wong, s.374; Buna karşın yazılılık şartına aykırılık durumunda Teknoloji Sözleşmeleri Kanunu'nun maddelerinin kıyasen uygulanabileceğini ve bu hükümlerde yazılılık şartına aykırılığın müeyyidesinin sözleşmenin yokluğu olarak kabul edildiğini ileri süren görüş için bkz. Wong, s.372, dn.11.

⁸⁹² Wong, s.375.

⁸⁹³ Homayoun Mafi ve Mahdi Rahmani, "Analysis of Legal Nature of Bank Guarantees in Iranian Law", *IJSR*, Cilt:2, Sayı:11, November, 2013, ss.262-266. www.worldwidejournals.com (24.04.2021), s.262.

agrarantilerinin Medeni Kanun’da düzenlenen garanti sözleşmelerinden farklı olduğunu ve sui generis bir sözleşme sayılarak Medeni Kanunu’nun 10. Maddesine tabi olması gerektiğini savunmuştur.⁸⁹⁴ Genel kabul edilen görüşte, banka garanti sözleşmelerinin bağımsızlığına ve temel ilişkiden doğan def’i ve savunmaların garantörün ödeme borcunun doğmasına etki etmeyeceğine vurgu yapılmıştır.⁸⁹⁵ Nitekim, bu yaklaşım 2012 yılında düzenlenen Ticaret Beyannamesi’nin 836 ve 837. maddelerinde de benimsenmiştir.⁸⁹⁶ İran hukukunda, yurtdışına verilen garantiler “*ihraç garantileri*” olarak, ve yurtdışı bankalardan alınan garantiler ise “*ithal garantileri*” olarak ifade edilmektedir.⁸⁹⁷ İran banka garantilerinin uygulanma esasları İran Merkez Bankası tarafından tayin edilmektedir. İran Merkez Bankası tarafından kabul edilen 89/92820 sayılı sirküler ile URDG 758 kurallarının tercümesi yapılarak, İran bankalarının bu konuda bilgilendirilmesi talimatı verilmiştir.⁸⁹⁸ Buna karşın, uygulamada halen İran’da yerleşik kamu ve özel şirketler lehine verilecek banka garantilerinin İran bankaları tarafından düzenlenmesi esası kabul edilmektedir.⁸⁹⁹ Başka bir anlatım ile, lehdarın İran’da yerleşik kamu veya özel şirket olması halinde, yabancı banka tarafından doğrudan garanti verilmesi mümkün olmamaktadır. Yabancı bankaların, İran bankalarına verecekleri kontrgarantiler de ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Bu kapsamda, kontrgaranti metninde belirlenen meblağ ile birlikte ek faiz ve masrafların ödeneceğinin ayrıca metinde taahhüt edilmesi, ispat ve beyana gerek duyulmaksızın ödeme yapılacağı, garantinin vadesinin bitimine ek iki aylık posta süresinin tanınacağı, otomatik uzatım şartının yer alması ve garantinin İran hukukuna tabi olacağı ve İran mahkemelerinin yetkili kılınacağına ilişkin klozun bulunması gibi zorunluluklar getirilmiştir.⁹⁰⁰ Buna karşın, İran bankaları tarafından verilecek uluslararası banka garantilerinde ise İran Merkez Bankası’ndan izin alınması şartı öngörülmüştür.⁹⁰¹

⁸⁹⁴ Mafi ve Rahmani, s.266.

⁸⁹⁵ Herbert A. Getz, "Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letter of Credit Cases", **Harvard International Law Journal** , Cilt:21, Sayı:1, Winter 1980, s. 189-252. www.heinonline.com (20.04.2021) , s.197.

⁸⁹⁶ Mafi ve Rahmani, s.263.

⁸⁹⁷ Ekici ve Durukanoğlu, s.348.

⁸⁹⁸ Ekici ve Durukanoğlu, s.348.

⁸⁹⁹ Ekici ve Durukanoğlu, s.349.; Getz, s.200.

⁹⁰⁰ Ahvenainen, s.30.

⁹⁰¹ Ahvenainen, s.13.

Libya hukukunda, 1954 yılından beri yürürlükte olan Ticaret Kanunu'nun değiştirilmesine ilişkin önerilen taslak kanunda, banka garantileri açısından ICC kurallarının uygulama alanı bulmasına yönelik hükümlerin yer aldığı ifade edilmektedir.⁹⁰² Buna karşın, hala yürürlükte olan kanunlar ve uygulamalara bakıldığında, Libya'da yerleşik kişiler lehine verilecek banka garantilerinde “*mahkeme kararına rağmen ödeme yapılacağı*” şartının yer alması zorunluluğunun kabul edildiği görülmektedir.⁹⁰³ Dolayısıyla, bu klozun bulunmadığı garantiler, Libya hukuku bakımından geçerli sayılmamaktadır. Söz konusu şart, birçok ulusal hukuk kapsamında kamu düzenine aykırılık teşkil edebileceğinden ve dahi münhasır yetki alanına giren hususlara ilişkin değerlendirilebileceğinden, uygulamada bankalar tarafından bu tarz garantilerin tercih edilmediği görülmektedir.

Cezayir, Türk bankaları tarafından düzenlenen garanti sözleşmelerini kabul etmemektedir. Dolayısıyla Türk bankaları tarafından Cezayir'de yerleşik lehdarlara hitaben banka garanti sözleşmesi düzenlenmesi mümkün değildir. Uygulamada, Türk bankalarının öncelikle Fransa'daki bir bankaya kontgaranti verdikleri ve bu bankanın da Cezayir'deki bir başka bankaya kontrgaranti vermesi suretiyle nihayetinde Cezayirli banka tarafından Cezayirli lehdara hitaben garanti sözleşmesinin düzenlenmesi mümkün kılınmaktadır.⁹⁰⁴ Böylece, en az üç bankanın mevcut olduğu kompleks yapıli bir dolayli garanti ilişkisi söz konusu olacaktır.

Suudi Arabistan hukukunda kabul edildiği üzere, banka garantilerine ilişkin düzenleme ve kontrol yetkisi Merkez Bankası'na verilmiştir.⁹⁰⁵ Merkez Bankası tarafından yayımlanan 1991 tarihli Sirkülerde banka garantileri için örnek metinler yer almaktadır.⁹⁰⁶ Bu kapsamda, Suudi Arabistan'da yerleşik lehdarlara hitaben düzenlenecek banka garanti sözleşmelerin Suudi Arabistan kanunlarına tabi olarak düzenlemesi şartı aranmıştır.⁹⁰⁷ Ayrıca, garantinin vade tarihinden itibaren otuz günlük posta süresinin tanınması, lehdarın talebi üzerine garantinin süresinin

⁹⁰² Ekici ve Durukanoğlu, s.493.

⁹⁰³ Ekici ve Durukanoğlu, s.492.

⁹⁰⁴ Ekici ve Durukanoğlu, s.493.

⁹⁰⁵ Bertrams, s.36.

⁹⁰⁶ Bertrams, s.36.

⁹⁰⁷ Paul C.Homsy, “Legal Aspects of Doing Business in Saudi Arabia”, **International Lawyer**, 1982, ss.51-66, www.heinonline.com (20.04.2021), s.58.; Ekici ve Durukanoğlu, s.487.

uzatılabilmesi imkanının tanınması gibi ek bir takım esasların da kabul edildiği görülmektedir.⁹⁰⁸

Son olarak, Suriye’ de yerleşik lehdarlara hitaben düzenlenecek banka garanti sözleşmeleri kayıtsız şartsız olmalı ve ilk talepte ödenmek üzere düzenlenmelidir. Bununla birlikte Suriye’deki uygulamada bankalar, kontrgarantilerde yer alan vadeden sonraki posta süresi klozlarını kabul etmemekte olup, sonradan da kontrgarantiye dayanarak ödeme talep etmektedirler.⁹⁰⁹ Ayrıca, Suriye Ticaret Bankası tarafından yayımlanan 1988 tarihli Sirkülerde ek faiz ve masrafların, garanti üzerindeki limit ile sınırlı olmayacağına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır.⁹¹⁰ Suudi Arabistan’daki uygulamaya benzer şekilde Sirkülerde yer alan örnek metinlerin kullanılması zorunluluğu Suriye’de de kabul edilmektedir.⁹¹¹

Görüldüğü üzere riskli ülkelerde yerleşik kişiler lehine verilecek banka garanti sözleşmelerinde ulusal hukuk düzenlemelerine dikkat edilmesi ve amire açılacak kredilerin ve risk analizlerinin bu hususlar nazara alınarak yapılandırılması gerekmektedir. Özellikle garantide yer alan limitle sınırlı olmayan masraf ve faizlerden doğan sorumlulukların, banka garantilerinden doğan yükümlülüklerin öngörülebilir olmasına engel teşkil edebileceği riski nazara alınarak garanti sözleşmesi düzenlenmelidir.

⁹⁰⁸ Ekici ve Durukanoğlu, s.487.

⁹⁰⁹ Ekici ve Durukanoğlu, s.489.

⁹¹⁰ Ekici ve Durukanoğlu, s.489.

⁹¹¹ Ekici ve Durukanoğlu, s.490.

SONUÇ

Çalışmamızda ulaştığımız sonuçlar başlıca şöyledir;

Banka garanti sözleşmesi, bankanın garantör sıfatıyla belli bir meblağı ödemeyi bağımsız ve asli olarak yüklediği tek tarafa borç yükleyen bir garanti sözleşmesidir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, bankanın ödeme borcu asli bir borç olup, temel ilişki ve karşılık ilişkisinden bağımsız niteliktedir. Bu bağlamda, banka temel ilişkiden ve karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazları lehdara karşı ileri süremeyecektir. Buna karşın, banka garanti sözleşmesinin konusunu temel ilişki oluşturduğundan, banka garantileri soyut borç niteliğinde değildir. Başka bir anlatımla, banka garantileri illi bir sözleşme niteliğinde olup, temel ilişkiden doğan ve garantiyle teminat altına alınan borç veya edim garantinin sebebinin oluşturmaktadır.

Banka garanti sözleşmesinin hukuki niteliği bakımından doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu bağlamda Türk ve İsviçre doktrinlerinde ileri sürülen ilk görüş, garanti sözleşmesinin üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğine olduğuna ilişkin görüştür. Bununla birlikte, bizim de katıldığımız görüşe göre ise, garantinin *sui generis* sözleşme olduğu kabul edilmelidir. Alman hukukunda üçüncü kişinin fiilini taahhüt kurumu bulunmadığından *sui generis* sözleşme görüşü yönünde konsensus bulunmaktadır.

Banka garanti sözleşmeleri, sözleşme serbestliği ilkesi çerçevesinde kabul edildiğinden kural olarak şekil şartlarına tabi değildir. Başka bir anlatımla, genel olarak ulusal kanunlarda garanti sözleşmesinin tabi olacağı şekle ilişkin hüküm bulunmamaktadır. Buna karşın bazı kamu düzenlemelerinden doğan sınırlamaların banka garanti sözleşmesini ilgilendirmesi ölçüsünde kısıtlayıcı etkisinin bulunabileceği kabul edilmelidir.

Banka garanti sözleşmeleri temelde üçlü bir hukuki ilişkiye neden olmaktadır. Garantör banka ile lehdar arasındaki garanti ilişkisi, amir ile lehdar arasındaki temel ilişki ve son olarak amir ile garantör banka arasındaki karşılık ilişkisi banka garanti sözleşmesinden kaynaklanan ilişkilerdir. Bununla birlikte, birden fazla bankanın dahil olduğu dolaylı garanti ilişkisinde ise sayılan ilişkilere ek olarak iki banka arasında kontrgaranti ilişkisi de kurulmaktadır. Amir ile garantör banka arasında

kurulan karşılık ilişkisinin hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. İsviçre ve Türk hukukunda hakim olan görüş, bu ilişkiye vekalet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması yönündedir. Buna karşın Alman hukukunda düzenlenen vekalet ilişkisinde menfaat sağlama unsuru ihtiva edilmediğinden, hakim görüş karşılık ilişkisinde istisna sözleşmesi karakterini haiz işgörme ilişkisi hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündedir.

Banka garanti sözleşmesi alt kriterlere göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Garantinin süresine göre yapılan ayırmda süreli ve süresiz garantiler ele alınmıştır. Süresi bakımından banka garantilerinde üzerinde durulması gereken husus, bankanın ne kadar süre ile sorumluluğunun devam edeceğinin tespit edilmesidir. Yargıtay kararlarında süreli garantilerde bu bağlamda ikili bir ayırım yapılarak; hem sürenin hem de hükümsüzlük şartının garanti metninde yer alması durumunda, kararlaştırılan tarihe kadar riskin doğmaması veyahut riskin doğmasına rağmen lehdarın ödeme talebinde bulunmaması hallerinde bankanın sorumluluğu sona erecektir. Buna karşın garanti metninde süre yer almasına rağmen hükümsüzlük kaydının yer almaması durumunda süresi içerisinde riskin doğması halinde lehdar o süre ile sınırlı olmaksızın genel zamanaşımı süresine tabi olarak ödeme yapmakla mükellef olacaktır. Süresiz banka garantilerinde ise bankanın mükellefiyet süresi genel zamanaşımı süresiyle tespit edilecektir. Ödeme talebinin şekline bağlı olarak yapılan alt ayırmda ise şartlı garanti ile “ilk talepte ödeme” emrini haiz banka garantileri yer almaktadır. Uygulamada, banka garantilerinin ilk talepte ödeme emrini haiz garantiler olarak düzenlendiği görülmektedir. İlk talepte ödeme kaydı içeren banka garantilerinin en önemli sonucu ise geçerli bir ödeme talebinde bulunulması durumunda lehdarın garanti konusu riskin gerçekleştiğini ispat etmesi gerekmeksizin borcunun muaccel olması ve bankanın derhal ödeme yükümü altına girmesidir.

Banka garanti sözleşmelerinden doğan itiraz ve def’iler aksine ilişkin açık bir kayıt konulmaması koşuluyla taraflarca daima ileri sürülebilecektir. Bu bağlamda, hakkın doğumuna engel olan itirazlar, hakkı sona erdiren itirazlar, ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin itirazlar ve garanti sözleşmesinden doğan def’iler banka tarafından ileri sürülerek ödeme yapmaktan imtina edilebilir. Buna karşın, temel ilişkiden ve karşılık ilişkisinden doğan def’i ve itirazları bankanın lehbara karşı ileri

sürme imkanı bulunmamaktadır. Bu kuralın tek istisnası hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması halidir. Banka garantisi bünyesinde hakkın kötüye kullanılması halleri ulusal veya uluslararası düzenlemelerde açık olarak tespit edilmemiştir. Bu bağlamda, her hukuk düzeni farklı kriterleri nazara alabilceği gibi aynı ulusal düzene tabi mahkemeler dahi farklı faktörleri gözeterek sonuca varma eğilimindedir. Örneğin, Common Law sistemini benimseyen ülkelerde hakkın kötüye kullanılması halleri yalnızca lehdarın zarar verme kastıyla hareket ettiği sahtecilik veya belgede tahrif halleri gibi haller ile sınırlıdır. Buna karşın Kara Avrupası hukuk sistemlerinde genellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı genel hukuk prensibi olarak kabul edildiğinden zarar kastı bulunmaksızın da istisnai hallerde lehdarın hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunması durumunda bankanın ödememe savunmasında bulunmasına cevaz verebilmektedir. Hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek haller her hukuk düzeninde farklılık gösterdiği gibi mahkemeler tarafından da farkı tespit testlerine tabi tutulmaktadır. Bununla birlikte, hakkın kötüye kullanılmasında ispat vasıtalarının ciddi sınırlamalara tabi olacağı hemen her ulusal hukukta kabul görmektedir. Alman hukukunda, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin ispat ancak likit deliller ile mümkündür. Benzer şekilde, İsviçre ve Türk hukukunda da hiçbir şüpheye yer bırakmayacak nitelikte açık delillerle ispat şartı aranmaktadır.

Garantinin amacına aykırı ödeme talebinde bulunulması, mahkeme kararlarında hakkın kötüye kullanılması hali içerisinde değerlendirilmekte ise de, hakkın varlığı bakımından hakkın kötüye kullanılması kurumu ile farklılık göstermektedir. Zira, hakkın kötüye kullanılmasında görünürde bir hakkın var olduğu kabul edilmekte, garantinin amacına aykırı talepte ise görünürde dahi bir hakkın bulunmaması söz konusudur. Bu iki kavramın değerlendirilmesinde hukuki sonuçlar yönünden bir farklılık söz konusu olmamaktadır. Çalışmamızda sistematik bir tercih olarak ayrı başlıklarda incelenmesi uygun görülmüştür. Garantinin amacına aykırı olarak ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin; riskin doğmamasına rağmen talepte bulunulması, teminat altına alınmayan bir riske ilişkin ödeme talebinde bulunulması halleri örnek verilebilir.

Uluslararası nitelikli banka garantilerinde aranan ilk unsur yabancılık unsurudur. Yabancılık unsuruna ilişkin doktrinde farklı yaklaşımlar ileri sürülmüş

olsa da banka garantisinin uluslararası ticareti ilgilendiren nitelikte olması halinde yabancılık unsurunu haiz olduğunu ileri süren modern görüşün kabul edilmesinin, banka garantisi mahiyetiyle daha uygun düşeceği kabul edilmelidir. Uluslararası banka garanti sözleşmelerinde taraflar subjektif seçimi ile hem yetkili mahkemeyi hem de uygulanacak hukuku belirleyebilecektir. Taraflarca hukuk ve mahkeme seçimi yapılmaması durumunda Kanunlar ihtilafı kuralları ile yetki tesisine ilişkin kurallar uygulama alanı bulacak ve objektif seçim çerçevesinde yetkili mahkeme ve hukuk belirlenecektir. Banka garanti sözleşmesi bağımsız nitelikte olduğundan, temel sözleşmede bulunan hukuk seçimi ve yetkili mahkeme klostları, garanti sözleşmesine etki etmeyecektir.

Uluslararası banka garantisinde, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları halinde, yetkili hukukun tespitinde sıkı ilişkide bulunulan hukuk düzeninin tespit edilmesi gerekecektir. Banka garantisi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olduğundan karakteristik edim borçlusu garantör bankadır. Bu kapsamda bankanın mutad meskeni veya yerleşim yeri hukuku karine olarak sıkı irtibatlı yer olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda MÖHUK mad.24/4-c hükmü nazara alındığında garantörün işyeri hukuku, esasa uygulanacak hukuk olacaktır. Bununla birlikte garantör bankanın başka ülkelerde de şubelerinin bulunması halinde kural olarak sözleşmeyi düzenleyen şubenin bulunduğu yer hukuku, sıkı irtibatlı ve esasa uygulanacak hukuk kabul edilmektedir.

Banka garanti sözleşmeleriyle ilişkili olan uluslararası düzenlemeler başlıca UNCITRAL 1995 ve ICC tarafından oluşturulan URDG düzenlemeleridir. Bununla birlikte, UCP500/600 ile ISP 98 kurallarının da değerlendirilmesi uygun olacaktır. URDG 758 kılavuzunun modern uluslararası ticaretin ihtiyaçlarına daha uygun düzenlemeler içerdiği kabul edildiğinden, uluslararası bankacılık alanında düzenlenen garanti ve kontrgaranti metinlerinin URDG 758 kılavuzuna tabi olarak düzenlendiği görülmektedir. Zira, BM 05.07.2011 tarihinde ve FIDIC 14.03.2012 tarihinde URDG 758 sayılı kılavuzu kabul ettiğini açıklamıştır. Dünya Bankası ise finanse edilen projeler kapsamında düzenlenecek garanti ve kontrgarantilerin URDG 758 metnine tabi olacağını ilan etmiştir. Bu minvalde, Türkiye'deki kamu kurum ve kuruluşları yararına yurtdışında yerleşik kişilerin talimatıyla Türk bankalarının URDG kurallarına tabi olarak düzenlenen garantiler kamu lehdarları tarafından kabul

edilmektedir. Bu düzenlemeler, taraflarca kararlaştırılmış olmakla sözleşmenin bir parçası olarak uygulama alanı bulacaktır. Taraflar bu kuralların bir kısmının uygulama dışında bırakılmasını da kararlaştırabilirler.

Banka garanti sözleşmeleri ile benzer diğer uluslararası hukuki müesseselerin karşılaştırılması uygulamadaki esasların belirlenmesinde önem arz etmektedir. Bu bağlamda, ilk olarak, banka garantilerinin akreditifler ile ilişkisi ele alınmıştır. İki kurumun arasındaki en önemli fark, bankanın borcunun niteliğinde ortaya çıkmaktadır. Zira, akreditifte borçlu, kendi borcunun ifa edilmesi için bankayı görevlendirir iken, banka garantisinden doğan borç, bankanın kendi borcudur. Bununla birlikte, akreditifte banka, akreditifin ödenmesi için öngörülen belgelerin ibraz edilmesi şartıyla her durumda ödeme yapmakla mükelleftir. Buna karşın, banka garantilerinde belli koşulların varlığı durumunda bankanın ödeme yapmayı reddetmesi mümkündür. İkinci olarak, banka garantileri ile standby akreditiflerinin karşılaştırılması gerekmektedir. Standby akreditifleri de, garanti sözleşmelerinde olduğu gibi belli bir riskin gerçekleşmesi sonucunda akreditif metninde yazılı bedeli, lehdara ödemeyi bağımsız, bağlayıcı ve geri dönülemez bir şekilde taahhüt altına alırlar. Bununla birlikte, güvence sağlama fonksiyonlarının yanında temel olarak ödeme fonksiyonunu haiz belgelerdir. Bu özellikleri ile amaç bakımından uluslararası banka garantilerinden ayrılmaktadır. Uluslararası banka garanti sözleşmeleri ile standby akreditifi arasındaki en temel fark, lehdarın ödeme talebinin yanında bazı belgeleri ibraz etme yükümlülüğü bakımından ortaya çıkmaktadır. Zira kural olarak banka garanti sözleşmelerinde, lehdar yalnızca riskin gerçekleştiğini belirten bir ödeme talebi göndererek bankanın borcunu muaccel hale getirebilecektir. Standby Akreditiflerinde ise, taraflar ibraz edilmesi gereken belgelere ilişkin bir klot düzenlemeseler dahi lehdar bazı belgeleri sunmakla mükelleftir.

Son olarak, uluslararası banka garanti sözleşmelerinin farklı ulusal düzenleri ilgilendirmesi söz konusu olduğunda, bankanın yükümlülük altına girdiği riski tam olarak belirleyebilmesi ve geçerli bir banka garantisi düzenleyebilmesi için o sözleşmeyle ilişkili bulunan diğer hukuk düzenlerindeki esaslara da hakim olması gerekmektedir. Bu bağlamda, doktrinde ele alınmamış olan bazı ulusal düzenlemelerin banka garantisi bağlamında ele alınmasının faydalı olacağı kanaatine varılmıştır. Özellikle riski bölgeler olarak adlandırılan Orta Doğu ülkeleriyle kurulan

ticari ilişkiler nedeniyle Türk bankalarının bu ülkelerde yerleşik kişi lehdarlara garanti veya kontrgaranti düzenlemelerine uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bu bağlamda, Orta Doğu ülkelerinin kamu düzeni kapsamında banka garantilerine müdahale etme eğiliminde oldukları ve düzenlenecek garantilerde belli şartları aradıkları görülmektedir.



KAYNAKÇA

Adolphsen, Jens. **Europäisches Zivilverfahrensrecht**, 2.Auflage, Gießen, 2014.

Affaki, George ve Roy Goode. **Guide to ICC Uniform Rules for Demand Guarantees URDG758**, ICC Publication, 2011.

Ahvenainen, Laura. **On Demand Guarantees in Iran**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Laurea University of Applied Sciences, February, 2009. www.thesus.fi (20.04.2021)

Akipek, Jale G. ve Turgut Akıntürk. **Türk Medeni Hukuku**, Cilt:I Yeni Medeni Hukuka Uyarkanmış Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, 5.Bası, İstanbul, 2004.

Akyazan, Sıtkı. “Banka Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, **Batider**, 1975, Cilt:VIII, Sayı:1, ss.1-13.

Akyol, Şener. **Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2.Bası, İstanbul, 2006.

Apaydın, Eylem. “**The Principle of Good Faith in Contracts: Under the International Uniform Laws Cisc, Unidroit Principles and Principles of European Contract Law**”, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi. Under The International Uniform Lawscig, Unidroit Principles And Principles Of Europeancontract Law, 2020.

Aral, Fahrettin ve Hasan Ayrancı. **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Genişletilmiş 9.Bası, Ankara, 2012.

Aral, Fahrettin, “Teminat Mektuplarında Lehdar ile Muhatap ve Lehdar ile Banka Arasındaki Hukuki İlişki”, **Batider**, Cilt: XXIV, Sayı:21, Aralık 2007, ss. 189- 200. (Hukuki İlişki) www.heinonline.com (07.03.2019)

Arkan, Sabih. “Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu”, **Batider** 1992, Cilt:XVI, Sayı:4, ss.59-84.

Ataay, Aytekin. **Medeni Hukukun Genel Teorisi**, 3.Bası, İstanbul, 1980.

Ayan, Serkan. **Kefalet Sözleşmesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Aydoğdu, Murat ve Nalan Kahveci. **Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, İleri Kitapevi, İzmir, 2013.

Aydoğdu, Murat. “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Faiz İle İlgili Düzenlemeler”.**DEU Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Sayı: 1,2010,s.85-136, basım.2011.

Barlas, Nami. **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, İstanbul, 1986.

Baumann, Max. **Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch**, Erster Band, Einleitung- Das Personenrecht, 3.Auflage, Art.1-7 ZGB (Max Baumann/David Dürr/Arnold Marti/Viktor Lieder), Zürich, 1998.

Beckers, Loede. “Bank Policies on Guarantee Calls”, **1 Int'l Fin. L. Rev.** ss.32-34 (1982) www.heinonline.com (28.10.2018)

Bergsten, Eric E. “A New Regime for International Independent Guarantees and Stand-by Letters of Credit: The UNCITRAL Draft Convention on Guaranty Letters”, **The International Lawyer**, Cilt: 27, Sayı: 4,1993, ss.859-879. <https://core.ac.uk> (01.04.2021)

Bertrams, Roeland F. **Bank Guarantees in International Trade**, Fourth Revised Editions, Wolters Kluwer Law&Business, 2013.

Bingöl, İtir F. “Lex Mercatoria ve Türk Tahkim Hukuku’ndaki Yeri”, **D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, Cilt:19, Özel Sayı-2017, ss. 1953-1969. www.researchgate.net (01.04.2021)

Blau, Werner ve Joachim Jedzig. “Bank Guarantees to Pay upon First Written Demand in German Courts”, **23 Int'l L** 725 (1989). <https://scholar.smu.edu/til/vol23/iss3/10> (03/04/2021)

Bolgár, Vera. “Abuse of Rights in France, Germany, and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine”, **35 La. L. Rev.** (1975) , ss. 1015-1036.

Both, Alexandre, Tervel Stoyanov. “Chapter 28: Switzerland”, **International Bank and Other Guarantees Handbook-Europe**, Ed. Aubin, Yann; de Longeaux, Louis; Vecchiato, Jean-Claude, Kluwer Law International B.V., The Netherlands, 2017, ss.1239-1292.

Braggion, Antonio. “Bank guarantees and international jurisdiction based on "connection"”, **J.I.B.L.R.** 2014, Cilt: 29, Sayı: 6, ss.319-324. www.thomsonreuters.com (07.03.2019)

Buz Vedat. “Sözleşmeden Kararlaştırılardan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı”, **Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, XXI, 9-10 Aralık 2005, ss.133-158.

Büsser, Andres. **Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten**; Friburg-Schweiz, 1997.

Byers, Michael. “Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age”, (2002) 47 **R.D. McGill** 389, ss.389-431. www.researchgate.net (12.07.2020)

Can, Hacı ve Ali Gümrah Toker. **Milletlerarası Usul Hukuku**, Ankara, 2017.

Canaris, Claus-Wilhelm **Bankvertragsrecht** 1.Teil, 3.Aufl,Berlin,1988.

Canpolat, Ferhat. **Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler**, Ankara, 2009.

Coing, Helmut. “Probleme der internationalen Bankgarantie”, **ZHR** 147 (1983), ss.125-144.

Cueto-Rua, Julio. “Abuse of Rights”, **35 La. L. Rev.** (1975), <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol35/iss5/3> (20.07.2019)

Çelikel, Aysel ve B. Bahadır Erdem. **Milletlerarası Özel Hukuk**, 15.bası, Beta Yayınları, 2017.

Doğan, Vahit, “Mücbir Sebeplerin Teminat Mektuplarına Etkisi”, **Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları(2010 Revizyonu- URDG 758) Makaleler**, Editör: EKŞİ, Nuray, Beta Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2011, ss. 133- 153.

Doğan, Vahit. **Milletlerarası Özel Hukuk**, Gözden geçirilmiş 3.bası, Ankara, 2015.

Doğan,Vahit. “Teminat Akreditifleri”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:VI, Sayı:1- 2, 2002, ss.11-33. www.acikarsiv.gazi.edu.tr (28.10.2018)

Doğan,Vahit. **Banka Teminat Mektupları**, Genişletilmiş 6.bası, Ankara, 2020.

Dohm, Jürgen. **Bankgarantien im internationalen Handel**, Bern 1985.

Dr. Steffen Scheffen , Dr. Kullmann , Dr. Lepa and Bischoff. “Bank Guarantee”, **Re (VI ZR 14/83)**, [1987] E.C.C. 26 (1984) . www.thomsonreuters.com (07.03.2019)

Dural, Mustafa ve Suat Sarı. **Türk Özel Hukuku**, Cilt:I Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 3.bası, İstanbul, 2006.

Edis, Seyfullah. **Medeni Hukuka Giriş Ve Başlangıç Hükümleri**, 6.Bası, Ankara, 1997.

Egger, August, **Zürcher Kommentar- Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band-I: Einleitung und Personenrecht**(Art.1-89 ZGB), Zürich, 1930 – Nachdruck:1978.

Ekici, Akın ve Nihayet Durukanoğlu. **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları, Garanti ve Kontrgarantiler**, İstanbul, 2016.

Ekşi, Nuray. **Milletlerarası Ticaret Hukuku**, 2.bası, Beta Yayınları, 2015.

Ekşi, Nuray(Ed.). **Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları**(2010 Revizyonu-URDG 758), Beta Yayınları,2011.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Yetkin Yayınları, 14.Baskı, 2012.

Getz, Herbert A. "Enjoining the International Standby Letter of Credit: The Iranian Letter of Credit Cases", **Harvard International Law Journal** ,Cilt: 21, Sayı: 1, Winter 1980, ss. 189-252. www.heinonline.com (20.04.2021)

Giger, Hans. "Problems of Bank Guarantee Abuse in Swiss Law", 1987 **Ariz. J. Int'l Comp. L.** 38 (1987) www.heinonline.com (28.10.2018)

Goode, Roy: "Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law", **Int'l & Comp. L. Q.**, 1997, Cilt: 46.

Gorton, Lars. "Draft UNCITRAL Convention on independent guarantees",**J.B.L.** 1997, May, ss.240-253. www.thomsonreuters.com (07.03.2019)

Guettler, Andre ve Vahid Saadi. Public Bank Guarantees and Allocative Efficiency, **IWH Discussion Papers** No. 7/2015. www.iwh-halle.de (07.03.2019)

Guggenheim, D. **Die Verträge der Schweizerischen Bankpraxis**, Zurich, 1986.

Gustavus, Joseph D. “Letter of Credit Compliance under Revised UCC Article 5 and UCP 500”, 114 **Banking L.J.** 55 (1997) www.heinonline.com (28.10.2018)

Harrison, Polly Jean, “VTB Bank First in Russia to Issue a Digital Bank Guarantee via Russian Blockchain Platform”, **the Fintechtimes**, 21.12. 2020, <https://thefintechtimes.com/vtb-bank-first-in-russia-to-issue-a-digital-bank-guarantee-via-russian-blockchain-platform/> (30.04.2021)

Hogan& Lovells. “Jurisdiction and Governing Law Rules in the European Union”, January, 2016. www.hoganlovells.com (05.05.2021)

Homsy, Paul C., “Legal Aspects of Doing Business in Saudi Arabia”, **International Lawyer**, 1982, ss.51-66. www.heinonline.com (20.04.2021)

Horlacher, Matthew H. “The Rome Convention and The German Paradigm: Forecasting the Demise of the European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations”, **Cornell Int’L. J.** 1994, Cilt.:27, ss.173-201.

Hughes, Martin. “When is a Guarantee Not a Guarantee”, 3 **Law & Fin. Mkt. Rev.** 31 (2009) www.heinonline.com. (29.10.2018)

Hugo, Charl. “Demand Guarantees in the People’s Republic Of China And The Republic Of South Africa”, **Brics Law Journal**, Cilt: VI, Sayı:2, 2019. www.researchgate.net (20.04.2021)

Hugo, Charl. “Letters of Credit and Demand Guarantees: A Tale of Two Sets of Rules of the International Chamber of Commerce”, 2017 **J. S. AFR. L.** 1 (2017). www.heinonline.com (01.04.2021) (ICC)

İlalan, Fuat. “Letter of Credit”, 5 **Banka Hukuk Dergisi** 562 (1970).
www.heinonline.com (01.04.2021)

Kahyaoğlu, Emin C. **Banka Garantileri**, İstanbul, 1995.

Karahan, Sami, Zekeriyya Arı, Hayri Bozgeyik, Tahir Saraç ve Mücahit Ünal.
Kıymetli Evrak Hukuku, Mimoza Yayınları, 2013.

Kaya, Arslan, “İlk Yazılı Talepte Ödeme Klokunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu”, Reha Poroy’a Armağan, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul, 1995, ss.211- 244.

Kelly-Louw, Michelle, “Illegality as an Exception to the Autonomy Principle of Bank Demand Guarantees”, **Comparative and International Law Journal of Southern Africa**, 2009, Cilt:42, Sayı: 3, ss. 339-386.

Kelly-Louw, Michelle, “International Measures to Prohibit Fraudulent Calls on Demand Guarantees and Standby Letters of Credit”, **George Mason Journal of International Commercial Law 2009-2010 Journal Staff**, ss.72-120. (Fraudulent Calls) www.heinonline.com. (29.10.2018)

Kelly-Louw, Michelle, “Limiting Exceptions to the Autonomy Principle of Demand Guarantees and Letters of Credit”, **Essays in Honour of Frans Malan**, LexisNexis, 2014, ss. 197-218. (Autonomy Principle) (www.academia.edu)

Kelly-Louw, Michelle, “**Selective Legal Aspect of Bank Demand Guarantees**”,University of South Africa, Pretoria, October, 2009. (Legal Aspect)
<http://hdl.handle.net/10500/1350> (18.02.2020)

Kleiner, Beat. **Bankgarantie**,4.Aufl., Zurich, 1990.

Konig, Stephan. "Germany: requirements of claim under a guarantee on first demand", **J.I.B.L.** 1994, 9(6), N122-123. www.thomsonreuters.com (07.03.2019)

Koziol, Helmut. **Die Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie**, ÖBA 1999, ss.249-256.

Kozolchyk, Boris. "Bank Guarantees And Letters Of Credit: Time For A Return To The Fold", **Penn Law: Legal Scholarship Repository**, Cilt:11, Sayı:1, 2014. <https://scholarship.law.upenn.edu/jil/vol11/iss1/1> (18.02.2020)

Kring, F. Banu. "The Latest Regulation of the International Chamber of Commerce on Documentary Credits uniform Rules 600 (UCP 600) and Some of its Novelties Brought in Practice", 11 **Dokuz Eylul Universitesi Hukuk Fakultesi Dergisi**, s.1219 (2009) www.heinonline.com (28.10.2018)

Lale, Muktedir. **Yargıtay Uygulamasında Banka Teminat Mektupları**, Ankara, 2015.

Lando, Ole. "The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration", 34 **INT'L & COMP. L.Q.** 747 (1985).

Lukic, Alexandar. "Bank Demand Guarantee and Standby Letter of Credit as Collaterals in International Trading Operation", **IJIM**, V.2, I.10, October, 2014. ss.13-15.

Lukic, Alexandar. "The Role and Importance of Bank Demand Guarantees in International Trade", **Int.J.Eco. Res.**, 2014, Cilt:5, Sayı:3, ss.6-9. www.ijeronline.com (07.03.2019).

Mafi, Homayoun ve Mahdi Rahmani. "Analysis of Legal Nature of Bank Guarantees in Iranian Law", **IJSR**, Cilt:2, Sayı:11, November, 2013, ss.262-266. www.worldwidejournals.com (24.04.2021)

Maniruzzaman, Abul F.M. “The Lex Mercatoria and International Contracts: A Challenge for International Commercial Arbitration?”, **AM. U. INT’L L. Rev.**, Cilt:14, Sayı:3, 1999, ss.658-732. <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr> (01.04.2021)

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht. “*The suretyship in the law of the Member States of the European Communities*” , **Competition: Approximation Of Legislation Series-** 1971, Hamburg.

McGuinness, Gina M. “The Rome Convention: The Contracting Parties' Choice”, **San Diego Int’l L. J.** Cilt: I , 2000, ss.127-172. (10.02.2020)

Melzer, Wolfgang. “Current developments in German decisions on guarantees”, **I.B.F.L.** 1995, 14(2), ss.13-16. www.thomsonreuters.com (07.03.2019)

Melzer, Wolfgang. “Germany: discrepancies in an extend-or-pay-request under a guarantee upon first demand according to recent German case law”, **I.B.F.L.** 1996, 14(12), ss. 137-139. www.thomsonreuters.com (07.03.2019).

Melzer, Wolfgang. “Germany: first demand guarantees - recent decisions by the German Supreme Court”, **I.B.F.L.** 1997, 15(10), ss.117-119. www.thomsonreuters.com (07.03.2019).

Melzer, Wolfgang. “Germany: recent decisions and tendencies affecting the German law on guarantees”, **I.B.F.L.** 1996, Cilt: 15, Sayı: 4, ss.46-48.

Merz, Hans. Berner Kommentar, **Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Einleitung(Art.1-10 ZGB), Bern, 1962- Nachdruck:1966, Art.2 ZGB.

Mugasha, Agasha. “Enjoining the beneficiary's claim on a letter of credit or bank guarantee”, **J.B.L.** 2004, Sep, ss.515-538. www.thomsonreuters.com (07.03.2019)

Munoz, Edgardo ve David Obey Ament-Guemez. “Independent Guarantee Clauses in CISG Contracts”, 7 **Geo. Mason J. Int'l Com. L.**, Cilt:7:2, ss.83 (2016) www.heinonline.com (05.04.2021)

Nielsen, Jens ve Nicolai Nielsen,. “The German Bank Guarantee: Lesson to Be Drawn for China”, 5 **Geo. Mason J. Int'l Com. L.** 171 (2014) www.heinonline.com (28.10.2018)

Nielsen, Jens ve Nicolai Nielsen. “Standby Letters of Credit and the ISP 98: A European Perspective”, 16 **B.F.L.R.** 163. www.thomsonreuters.com (07.03.2019)

Nielsen, Jens. **Bankgarantien bei Aushandelsgeschäften**, Köln, 1986.

Nomer, Ergin. **Devletler Hususi Hukuku**, 21.bası, İstanbul, 2015.

Oğuzman, M. Kemal ve M.Turgut Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası İstanbul 2006.

Oğuzman, M.Kemal ve Nami Barlas. **Medeni Hukuk**, 17.Bası, İstanbul, 2011.

Oy, Osman ve Gülcan Güngüler. **Türk Hukuk Mevzuatına Göre Kredi ve Kredi Teminatları**, Beta Yayınları, 1. Bası, İstanbul, 2008.

Özen, Burak. **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi**, 4.bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Özkan, Işıl ve Uğur Tütüncübaşı. **Uluslararası Usul Hukuku**, Genişletilmiş 2.bası, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.

Özsunay, Ergun. **Medeni Hukuka Giriş**, 5.Bası, İstanbul, 1986.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. **Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.

Pieck, Manfred. “A Study of the Significant Aspects of German Contract Law”, **Annual Survey of International & Comparative Law**, Cilt:3, Sayı:1, Art. 7, (111), 1996, ss.111- 176.

Rasskazova, Natalya. “Independent Security Rights under Russian Legislation”, **Juridica International Law Review**, Cilt:XX, 2013, ss.94-103. www.juridicainternational.eu (24.04.2021)

Reisoğlu, Seza. “ Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, **Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı**, 1925-1975, Cilt: I, Ankara 1977, ss.335-357.

Reisoğlu, Seza. **Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler**, Ankara, 2003.

Reisoğlu, Seza. **Bankacılık Kanunu Şerhi**, Cilt I ve II, Ankara, 2007.

Reisoğlu, Seza. **Garanti Mukavelesi**, Ankara, 1963.

Ridder, Philip ve Marc- Philippe Weller. “Unforeseen Circumstances, Hardship, Impossibility and Force Majeure under German Contract Law”, **22 Eur. Rev. Private L.** 371 (2014), ss.371-392. www.heinonline.com (07.03.2019)

Samuel, Geoffrey. **Introduction to the Common Law**, Edward Elgar Pub, 2014.

Saymen, Ferit H. “Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimalı”, **İÜHF** 1946, ss.1129-1151.

SchiedsVZ **Zeitschrift für Shiedsverfahren**, 2006, s.335, 839.

SchiedsVZ **Zeitschrift für Shiedsverfahren**, 2008, s.196, 200.

Schmitthoff, Clive M. “Nature and Evolution of the Transnational Law of Commercial Transactions”, in **Clive Schmitthoff’s Selected Essay’s on International Trade Law** ed., Cheng, Chia-Jui, Londra, 1988.

Schröder, Burkhard. **Regress und Rückabwicklung bei der Bankgarantie auf erstes Anfordern**, Diss. München 2003.

Schulze, W. G. “The UCP 600: A New Law Applicable to Documentary Letters of Credit”, 21 **S. Afr. Mercantile L.J.** 228 (2009) www.heinonline.com (28.10.2018)

Schwank, Friedrich. “New trends in international bank guarantees”, **Int. Bank. L.** 1987, 6(3), 35-40. www.thomsonreuters.com (07.03.2019)

Schwarz, Andreas B. **Medeni Hukuka Giriş** (Çeviren: Hıfzı Veldet), İstanbul, 1942.

Seviğ, V. Raşit. **Kanunlar İhtilafı, Yasama ve Yargılama Çatışmaları**, İstanbul, 1974.

Somuncuoglu, Unal. “A Decision by the Court of Cassation and Bank Letters of Guarantee”, 8 **Banka Huk. Dergisi** 165 (1975) www.heinonline.com. (28.10.2018)

Stammler, Rudolf. **Der Garantievertrag, Archiv für dir civilistische Privatrecht** 69/19, 1866.

Statius van Eps, Randolph ve Alan Steele-Nicholson. “Preventing Dutch Guarantee Abuse”, 7 **In’tl Fin. L. Rev.** 16 (1988) www.heinonline.com. (29.10.2018)

Sungurtekin, Meral. “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme”, **TBB Dergisi**, Cilt: II, 1990, ss.543-567.

Sural, Ceyda. **Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri**, İzmir, 2008.

Şanlı, Cemal, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe. **Milletlerarası Özel Hukuk**, 7.bası, Beta Yayınları, 2019.

Şanlı, Cemal. “Milletlerarası Akitlerde Zamanaşımı”, **İBD**, Cilt:63, 1989, ss.637-649.

Şanlı, Cemal. **Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları**, Beta Yayınları, 2013.

Tandoğan, Haluk. “Report Prepared by the Study Group of the International Chamber of Commerce on the Preliminary Draft of Revised Uniform Rules concerning Contract Guarantees”, 8 **Banka Huk. Dergisi** 1 (1976) www.heinonline.com (28.10.2018).

Tandoğan, Haluk. **Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri**, Cilt:II, Ankara 1987.

Tandoğan, Haluk. **Garanti Mukavelesi**, Ankara, 1959.

Tekinalp, Ünal. **Banka Hukukunun Esasları**, Cilt: I, İstanbul, 1988.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Medeni Hukuka Giriş Dersleri**, İstanbul 1992.

Teoman Ömer. “Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu**, VI (28-29 Nisan 1995), Ankara 1995, ss.107-144.

Toker, Ali Gümrah. “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 12, Özel Sayı, 2010, ss.991-1052.(Basım yılı:2012)

Toker, Ali Gümrah. “Viyana Satım Sözleşmesi(CISG) Uyarınca Sözleşmenin Esaslı İhlali”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Cilt:33, Sayı:1, 2016, ss.213-250. www.dergipark.org.tr (27.09.2021)

Topçuoğlu, Hamide. **Kanuna Karşı Hile**, İzmir 1950.

Tuor, Peter, Bernhard Schnyder ve Jörg Schmid. **Das Schweizerische Zivilgesetzbuch**, 11.Auflage, Zürich, 1995.

Unicredit. “*Bank Guarantees in Foreign Trade*”, Munich, October, 2017.

Van Boom, Willem H. “ Impossibility, Impracticability and Unforeseen Circumstances”, **SSRN Electronic Journal**, March, 2020. www.researchgate.net (12.07.2020)

Van Lith, Hélène. **International Jurisdiction and Commercial Litigation Uniform Rules for Contract Disputes**, Thesis, Erasmus Universiteit Rotterdam, The Hague, The Netherlands, 2009. <https://repub.eur.nl> (05.05.2021)

Vasseur, Michel. “Fransız Hukuku’nda Banka Teminat Mektupları”, Çev. Yavaş, Murat, **MÜHF-HAD**, Cilt:14, Sayı:1-2. ss.237-252.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. **Türk Medeni Hukuku**, Cilt I: Umumi Esaslar, 5. Bası, İstanbul, 1956.

Vischer, Frank. **Inernationales Vertragsrecht**, Bern, 1962.

Von Mettenheim, Heinrich. “Die mißbräuchliche Inanspruchnahme bedingungsloser Bankgarantien”, **RIW/AWD**, 1981.

Von Tuhr, Andreas ve Arnold Escher. **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.

Von Tuhr, Andreas ve Hans Peter. **Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts**, Bd. I, 3 A., Zürich 1979.

Von Westphalen, Graf. **Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr**, 3.Auflage, Heidelberg 2005.

Wong, Shirley C. Y. "The Law of Guarantee in China and Hong Kong", **Hong Kong Law Journal**, Cilt: 26, Sayı: 3, 1996, ss. 369-394. www.heinonline.com (20.04.2021)

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Sözlüğü**, Yetkin Yayınları, Yenilenmiş 4.baskı, Ankara, 2010.

Zahn, Johannes C. D., Dietmar Ehrlich ve Kerstin Neumann. **Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel**, 7.Aufl, Berlin-New York, 2001.

Zobl, Dieter. **Die Bankgarantie im schweizerischen Recht**, Personelsicherheiten-Berner Bankrechtstag, 1997, Bern 1997, ss.23-53.