

Doğrudan veya Dolaylı Banka Garantilerinde Uygulanacak Hukukla İlgili Değerlendirmeler

Assessments on the Applicable Law Regarding Direct and Indirect Bank Guarantees

Hüseyin Akif KARACA* 

ÖZ

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesiyle muhatap ile garanti sözleşmesi yapan banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkide lehtarın edimini ifa etmemesi nedeniyle muhatap bakımından ortaya çıkan rizikoyu üstlenmektedir. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin doğrudan garanti sözleşmesi ve dolaylı garanti sözleşmesi olmak üzere iki alt türü bulunmaktadır. Doğrudan garanti sözleşmesinde garanti veren banka, lehtarın kendisine doğrudan başvurusu üzerine muhataba garanti vermektedir. Dolaylı garanti sözleşmesinde lehtar kendi ülkesindeki bankaya garanti talebiyle başvurmakta, bu banka muhatabın ülkesindeki bankadan muhataba garanti verilmesini talep etmektedir. Makalemizde garanti veren banka ile muhatap arasındaki gerek doğrudan garanti sözleşmesine gerekse dolaylı garanti sözleşmesine uygulanacak hukuk ve bu garanti ilişkilerinde ortaya çıkabilecek olası kanunlar ihtilafı meseleleri ele alınmaktadır. Uygulanacak hukuka dair değerlendirmeler garanti sözleşmesi açısından özellik arz eden konularla sınırlandırılmıştır. Bu bağlamda dolaylı garanti yapısında bankalar arası ilişkiye uygulanacak hukuk ile bu hukukun garanti ilişkisi bakımından taşıdığı önem incelenmektedir. Garanti bankasının muhatabın ülkesinde teyit bankası veya muhabir banka kullanması hâlinde muhatap ile teyit bankası veya muhabir banka arasındaki ilişkilere uygulanacak hukukun yanı sıra garanti bankası ile teyit bankası veya muhabir bankası arasındaki hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk da değerlendirilmektedir. Garanti sözleşmesine uygulanacak hukuk bakımından kamu düzeni müdahalesi ve doğrudan uygulanan kuralların uygulanacak hukuka etkisi de makalemizde ele alınmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Garanti Sözleşmesi, Doğrudan Garanti, Dolaylı Garanti, Hukuk Seçimi, Genel İşlem Şartları, Teyit Bankası, Muhabir Banka, Kamu Düzeni, Doğrudan Uygulanan Kurallar.

ABSTRACT

The guarantor bank concludes a contract of guarantee with the creditor and assumes the risk that arises out of the failure of the principal debtor's performance under the main contract between the principal debtor and the creditor. There are two types of contracts of guarantee, which are direct contract of guarantee and indirect contract of guarantee. Under a direct contract of guarantee the guarantor bank gives guarantee to the creditor by direct application of the principal debtor. Under an indirect contract of guarantee the principal debtor applies to the bank in his home country with a demand of guarantee and this bank demands from the bank in the creditor's country to conclude a contract of guarantee with the creditor. The law applicable to both a direct contract of guarantee and an indirect contract of guarantee and possible conflict of laws matters that may arise out of a guarantee relationship are addressed in our article. Assessments regarding the applicable law are limited to issues that are specific to the contract of guarantee. In this context, the applicable law to the relationship between the banks under indirect guarantee structure and the significance of this law in terms of guarantee relationship are analysed. The guarantor bank may use a confirming bank or corresponding bank in the country of the creditor. The law applicable to the relations between the creditor and the confirming bank or the corresponding bank, as well as the applicable law to the legal relationship between the guarantee bank and the confirming bank or the corresponding bank are also evaluated. The effect of public order and overriding mandatory provisions to the applicable law of contract of guarantee is addressed in our article.

Keywords: Contract of Guarantee, Direct Guarantee, Indirect Guarantee, Choice of Law, Standard Terms and Conditions, Confirming Bank, Corresponding Bank, Public Order, Overriding Mandatory Provisions.

* Doç. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, akif.karaca@marmara.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3893-3132.

Makalenin maddi hukuk kısmının yazımında görüşleriyle katkıda bulunan ve Almanca kaynaklara erişimde yardımcı olan Prof. Dr. Burak Özen'e teşekkürlerimi sunarım

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Hüseyin Akif KARACA

E-posta/E-mail: akif.karaca@marmara.edu.tr

Geliş Tarihi/Received: 08.03.2024

Kabul Tarihi/Accepted: 02.05.2024

I. GİRİŞ

Olağan bir banka garantisinin arka planında üç köşeli bir ilişki bulunmakta ve bu üç köşede yer alan taraflar arasında birbirinden farklı sözleşmeler yer almaktadır. Bu bağlamda garanti lehtarları ile garanti muhatabı arasında yer alan temel ilişki satış, eser gibi bir sözleşme olabilir. Garanti lehtarları ile banka arasında hukukumuz açısından çok defa vekâlet sözleşmesi niteliğinde bir iş görme sözleşmesi bulunmaktadır. Nihayet garanti veren banka ile garanti muhatabı arasında çok defa teminatı amaçlayan, kefalet benzeri garanti niteliğinde bir garanti sözleşmesi kurulmaktadır. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi ile garanti veren banka, lehtarın muhatapla arasındaki temel ilişkiden kaynaklı edimini yerine getirmemesi nedeniyle muhatap açısından oluşacak rizikoyu üzerine almaktadır.

Makalemizde garanti veren banka ve garanti muhatabı arasındaki garanti sözleşmesinin maddi hukuk boyutu uygulanacak hukukun belirlenmesi açısından gerekli olduğu ölçüde sınırlı olarak ele alınmıştır. Uygulanacak hukuk incelemesi garanti sözleşmesi açısından özellik arz eden konularla sınırlandırılmıştır.

Bu doğrultuda garanti sözleşmelerinde hukuk seçimi incelemesi genel işlem şartlarında hukuk seçimi, kısmi hukuk seçimi ve yeknesak kuralların uygulanma şekliyle sınırlandırılmıştır. Benzer şekilde objektif kurala göre uygulanacak hukukun belirlenmesi aşamasında garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olması nedeniyle bu durumun uygulanacak hukuk bakımından doğurduğu sonuçlar incelenmekte, garanti veren bankanın lehtardan aldığı karşı garantiye bağlı olarak muhataba garanti vermesi karşı garanti sözleşmesinin niteliğini ve bu sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunun da incelenmesini gerektirmektedir.

Garanti sözleşmesinde garanti veren bankanın muhatabın ülkesinde teyit bankası veya muhabir banka kullanması mümkündür. Bu durumda teyit bankası veya muhabir bankanın gördükleri işlevler ve bu işlevlerin hukuki niteliği, muhatap ile teyit bankası veya muhabir banka arasındaki ilişkilere uygulanacak hukuk bakımından önem arz etmektedir. Garanti veren banka ile teyit bankası veya muhabir banka arasındaki hukuki ilişkinin niteliği ve uygulanacak hukuk da makalemizde incelenmektedir.

Doğrudan garanti ilişkisinin ötesinde daha çok sayıda kişi arasında yer alan sözleşmelerden oluşan dolaylı garanti yapısıyla ilgili sorunlar da makalemizde incelenmektedir. Dolaylı garanti yapısında yer alan sözleşmelerden bazılarında uygulanacak hukukla ilgili tartışmalı sorunlara özel önem verilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda dolaylı garanti yapısında garanti sözleşmesinde şahsi veya coğrafi açıdan olmasa dahi yabancılık unsurunun bulunması ve bu durumun uygulanacak hukuk bakımından taşıdığı önem incelenmiştir. Dolaylı garanti yapısında bankalar arası ilişkinin hukuki niteliği ve uygulanacak hukuk açısından önemi değerlendirilmiştir.

Garanti sözleşmesine uygulanacak hukukun istisnalarından kamu düzeni müdahalesi, özellikle hakkın kötüye kullanılması ve bu bağlamda dürüstlük kuralına aykırılık bakımından ayrıntılı ele alınmıştır. Uygulanacak hukukun istisnalarından doğrudan uygulanan kurallar, garanti sözleşmeleri bakımından taşıdıkları önem nedeniyle makalemizde inceleme konusu olmuştur.

II. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KONUSU VE TÜRLERİ

Garanti sözleşmesi, garanti alanın belirli bir davranışa girmesi veya borç ilişkisine girdiği üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle uğrayabileceği zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı sözleşmedir. Şahsi teminat sözleşmesi türlerinden birisi olan garanti sözleşmesi ile garanti veren üçüncü kişinin belirli bir davranışını veya bir girişimin sonucunu ve bu kişinin teminat altına alınan eylemi yapmaması veya sonucun gerçekleşmemesi durumunda garanti alanın uğradığı zararı karşılamayı, ödeme yapmayı, taahhüt etmektedir¹. Garanti verenin bir banka olduğu durumlarda garanti sözleşmesi “banka garantisi” veya “banka teminat mektubu” olarak adlandırılmaktadır. Banka garantileri ile muhatabın ticari sözleşmeden kaynaklanan alacağını sözleşmeye uygun olarak elde etmesi garanti edilmekte, elde edememe hâlinde banka ödeme yapmayı taahhüt etmektedir².

Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme türüdür. Garanti sözleşmesinde tanımlanan rizikonun gerçekleşmesi durumunda garanti veren, sözleşmede belirtilen bedeli ödemekle yükümlüdür. Garanti alan, garanti verenin kendisini yönelttiği davranışı gerçekleştirmek konusunda garanti verene karşı yükümlü değildir. Konumuzu oluşturan üçüncü kişinin ediminin garanti edildiği teminatı amaçlayan banka garanti sözleşmesinde üçüncü kişi edimini yerine getirmezse garanti veren bu edimi aynen ifade bulunmaya zorlanamaz. Garanti alan garanti verenden sadece garanti sözleşmesinde belirtilen bedeli ödemesini talep edebilir. Bu doğrultuda garanti alanın bir borcu bulunmamakta garanti sözleşmesinde belirtilen bedelin ödenmesini talep etme hakkı bulunmaktadır³.

Garanti sözleşmesinde garanti verenin ödeme yükümlülüğünün bağlandığı olaya “garanti olayı” denmektedir. Garanti olayı, gerçekleşince veya gerçekleşmeyince garanti verenin muhataba ödeme yapmasını gerektiren olgudur. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde temel ilişkideki edimin yerine getirilmemesi, maddi bir olgu olarak garanti olayını oluşturmaktadır⁴. Garanti olayı maddi nitelikte olabileceği gibi uygulamada çoğu kez olduğu gibi şekli nitelikte de olabilir. Şekli nitelikte olması hâlinde garanti olayı sözleşmede belirli belgelerin ibrazı veya ibraz dahi olmaksızın ödeme talebinin iletilmesi olarak kararlaştırılabilir. Bu durumda belgelerin ibrazı hâlinde veya ödeme talebinin iletilmesi hâlinde banka sadece belgelerin ve ödeme talebinin sözleşmeye uygunluğu ile ilgili bir inceleme yapabilecektir. Uygunluğunun tespiti hâlinde ödemeyi gerçekleştirmekle yükümlüdür⁵.

1 Cevdet Yavuz, Faruk Acar ve Burak Özen, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2* (11. Bası, Beta 2022) 1621; Halûk Tandoğan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 2* (3. Bası, Evrim 1987) 805, 811-812.

2 Hüseyin Murat Develioğlu, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (On İki Levha 2021) 19-21.

3 Seza Reisoğlu *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (2003) 231; Tandoğan (n 1) 853.

4 Beat Kleiner, Kaspar Landolt and Dominique Gempferli, *Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiesgeschäftes* (5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016) § 22, N 7-9; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 1632-1633.

5 Friedrich Graf von Westphalen, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (4. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft/dfw Mediengruppe 2014) Kap A, N 12-Kap C, N 176; Kleiner, Landolt and Gempferli (n 4) § 22, N 10-11; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 1633-1634.

Garanti sözleşmesinin teminatı amaçlayan kefalet benzeri, garanti sözleşmesi ile yöneltmeyi amaçlayan, saf, garanti sözleşmesi olmak üzere iki türü bulunmaktadır. Teminatı amaçlayan, kefalet benzeri, garanti sözleşmesi temeldeki borç ilişkisindeki borcun geçerli olarak doğup doğmadığı ve icraya konu edilebilirliğinden bağımsız olarak garanti verenin borçlunun edimini ifa etmemesinden sorumlu olduğu garanti sözleşmesi türüdür. Kefalet sözleşmesinden farkı kefaletin fer'i nitelikte, garanti verenin yükümlülüğünün ise asıl borçtan bütünüyle bağımsız ve asli nitelikte olmasından kaynaklanmaktadır⁶. Bağımsız olmasının sonucu, garanti lehtarları ile garanti alan arasındaki borç ilişkisinden bağımsız olarak bu borç ilişkisinin varlığına, geçerliliğine, hukuken ileri sürülebilirliğine bağlı olmaması; bu sözleşme bakımından ileri sürülebilecek itiraz ve defilerin garanti sözleşmesi kapsamında ileri sürülebilmesidir⁷. Banka teminat mektupları ödeme talebi hâlinde asıl borçlunun temel ilişkiden kaynaklı yapabileceği savunmalardan feragat kaydını taşımaları şartıyla genellikle bu tür garanti sözleşmesi niteliğindedirler⁸. Kesin olarak sonuca varılamaması, yorumda şüpheye düşülmesi hâlinde kefalet lehine karine olması gerektiği, bununla birlikte uluslararası işlemlerle ilişkili verilen teminatlarda ise bu alanda geçerli ticari teamüle uygun olarak garanti lehine bir nitelendirmenin yapılması gerektiği belirtilmiştir⁹.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinin doğrudan veya dolaylı garanti olmak üzere iki alt türü bulunmaktadır. Doğrudan garantide garanti açılması talebinde bulunulan ilk banka, kendi ülkesindeki veya yabancı ülkedeki muhataba garanti vermektedir. Dolaylı garantide ise garanti açılması talebiyle karşılaşan ilk banka, yabancı bir ülkede bulunan bir diğer bankaya başvurarak bu ikinci bankadan çoğunlukla kendi ülkesinde bulunan belirli bir muhataba garanti vermesini ister. Garanti sözleşmesi ikinci banka ile muhatap arasında kurulmaktadır. Bununla birlikte ikinci banka söz konusu garantiyi kendi adına ve ilk banka hesabına olarak vermektedir¹⁰. Muhataba garanti veren yabancı ülkedeki ikinci banka, bu garantiyi ilk banka tarafından düzenlenen ve kendisinin muhatap kılındığı bir karşı garantiye dayanarak vermektedir. İkinci banka muhataba ödeme yapması durumunda kendisine karşı garanti veren bankaya rücu etmektedir¹¹.

Yöneltmeyi amaçlayan, saf, garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı belirli bir davranışa yöneltmeyi amaçlamakta ve bu nedenle o kişi için doğabilecek zarar tehlikesini kısmen veya tamamen üzerine almayı taahhüt etmektedir. Bu sözleşme, garanti alanın garanti verenle veya üçüncü kişilerle hukuki ilişki kurmasını, değiştirmesini veya ortadan kaldırmasını amaçlar. Bu tür garanti sözleşmesinde bir girişimciye, girişimi neticesi uğrayabileceği zarar veya kazanç kaybı için ya da bir ortaklığa katılan kişiye bunun doğurabileceği olumsuz sonuçlar için teminat verilir. Kâr garantileri, temettü garantileri, tahvil alınması hâlinde anaparaların ve faizlerin vadesinde

6 Emin Cem Kahyaoğlu, *Banka Garantileri* (Beta 1996) 30-31; Ferhat Canpolat, *Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler* (Yetkin 2009) 73; Reisoğlu (n 3) 35-37.

7 Reisoğlu (n 3) 54.

8 Ayrımda kullanılacak ölçütler için bkz. Burak Özen, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017) 29-39.

9 Ayrıntılı bilgi için bkz. Jürgen Dohm, *Bankgarantien im internationalen Handel* (Verlag Stämpfli&Cie AG 1985) N 88-89; Kleiner/Landolt and Gemperli (n 4) § 5, N 63.

10 Dohm (n 9) N 259-283; Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 23, N 3-10.

11 Develioğlu (n 2) 35.

ödeneceğine ilişkin bankalar tarafından verilen garantiler, açığı kapatma garantileri bu tür garanti sözleşmesinin örneklerindedir¹². Yöneltmeyi amaçlayan garanti sözleşmesinde teminatı amaçlayan garanti sözleşmesinden farklı olarak garanti alan ile edimi garanti edilen arasında bir borç ilişkisi yoktur¹³. Gerek doğrudan garanti yapısında garanti lehtarından bankaya verilen karşı garanti gerekse dolaylı garanti yapısında ilk banka tarafından yabancı ülkedeki ikinci bankaya verilen karşı garanti teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi niteliğinde olmayıp garanti veren bankayı garanti vermeye yöneltmeyi amaçlayan saf garanti sözleşmesi niteliğindedirler.

III. GARANTİ SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

A. BANKA GARANTİLERİNDE UYGULANACAK HUKUKUN TARAFLARCA SEÇİLMESİ

Bu başlık altında banka garantilerinde hukuk seçimi sadece garanti sözleşmesinin niteliği gereği önem arz ettiğini düşündüğümüz konularla sınırlı olarak incelenmiştir. Banka garanti sözleşmesi Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nda¹⁴ (MÖHUK) özel olarak düzenlenen sözleşme türlerinden birisi olmadığı için uygulanacak hukukun MÖHUK m. 24 uyarınca belirlenmesi ve öncelikle tarafların hukuk seçimi yapıp yapmadığına bakılması gerekmektedir. MÖHUK m. 24/1'de belirtildiği üzere hukuk seçimi açık olarak ya da sözleşme hükümleri veya hâlin şartlarından şüpheye yer vermeyen biçimde anlaşılabilir şekilde yapılabilir. İkinci tür hukuk seçimine "örtülü hukuk seçimi" de denilmektedir. Açık hukuk seçimi, hukuk seçimine ilişkin sözleşme maddesinin ya da hukuk seçimi anlaşmasının lafzından yoruma ihtiyaç duymadan hangi hukukun seçildiği anlaşılabilen hukuk seçimidir¹⁵.

Garanti sözleşmesine uygulanacak hukukun açık olarak seçimi, çoğu kez bankanın genel işlem şartlarının müşteri tarafından kabul edilmesi ve bu şartlar içinde uygulanacak hukuka ilişkin hükmün mevcut olması yoluyla gerçekleşmektedir¹⁶. Bu takdirde iki aşamalı bir inceleme gerçekleştirmek gerekmektedir. İlk aşamada, yapılan hukuk seçiminin kanunlar ihtilafı hukuku bakımından geçerli olup olmadığı sorgulanacak; ikinci aşamadaysa sözleşme statüsü olarak taraflarca seçilen hukukun genel işlem şartlarına ilişkin hükümleri dikkate alınarak hukuk seçimine ilişkin şartın yürürlük ve içerik denetiminden geçip geçmeyeceğine karar verilecektir¹⁷.

Türk hukukunun seçildiği bir sözleşmede TBK m. 21'de yer alan yürürlük denetimine ve m. 25'te yer alan içerik denetimine dair hükümlere uygun düzenlenmiş genel işlem şartlarında yer alan

12 Tandoğan (n 1) 806-808; Canpolat (n 6) 72.

13 Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 4, N 1-5; Tandoğan (n 1) 808-809; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 1630-1631.

14 Kanun Numarası: 5718, Kabul Tarihi: 27.11.2007, RG 12.12.2007/26728.

15 Ergin Nomer, *Devletler Hususi Hukuku* (23. Bası, Beta 2021) 326.

16 Nicholas De Gottrau, "Die Bankgarantie im schweizerischen Recht" innen Graf von Westphalen, Brigitta Zöchling-Jud (Hrsg) *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (4. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft/dfw Mediengruppe 2014) Kap J, N 73; Dohm (n 9) N 307.

17 Westphalen (n 5) Kap F, N 11.

hukuk seçimi geçerli olacaktır. TBK m. 21/1 uyarınca karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının yürürlüğe girebilmesi için karşı tarafa şartların varlığı hakkında bilgi verilmesi, içeriğini öğrenme imkânının sağlanması ve karşı tarafın da bu şartları kabul etmesi gerekmektedir. Genel işlem şartlarında yer alan bir hukuk seçiminin karşı tarafın menfaatine aykırı olmasının bu hukukun çok büyük oranda düzenleyen tarafı koruması ve hukuk seçimi yapılmassa söz konusu hukukun uygulanmayacak olması durumunda gerçekleştiği ileri sürülebilir¹⁸. TBK m. 21/1 metninden de anlaşılacağı üzere genel işlem şartlarının varlığı hakkında bilgi verilmesi ve karşı tarafa sunarak içeriğini öğrenme imkânının sağlanması yeterlidir. Karşı tarafın bilfiil içeriğini öğrenmesinin sağlanması gerekli değildir¹⁹. Bu açıklamadan anlaşılacağı üzere genel işlem şartlarını hazırlayan taraf bu şartlarda hukuk seçimi anlaşmasının bulunduğu bildirmek zorunda dahi değildir.

TBK m. 21/2'de genel işlem şartlarındaki hükmün sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı nitelikte olması durumunda yazılmamış sayılacağı belirtilmiştir. Bu durum o sözleşmesel ilişki bakımından sözleşmenin türü, konusu ile bağdaşmayacak; somut olayın özelliklerine, doğasına aykırı hükümlerin olması durumunda gerçekleşir²⁰. Bununla birlikte hukuk seçiminin mümkün olduğu garanti sözleşmesi gibi sözleşmesel ilişkilerde hukuk seçiminin yapılması bu nitelikte olmadığı gibi bilakis tarafların lehine bir tercihtir.

TBK m. 25 genel işlem koşullarına ilişkin içerik denetimini düzenlemektedir. Bu madde uyarınca dürüstlük kurallarına aykırı olacak derecede karşı tarafın aleyhine ya da onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacaktır. Bu kapsamda sözleşmenin niteliği değerlendirildiğinde önemli ve ölçüsüz derecede sözleşme ilişkisinin dengesini bozacak nitelikteki genel işlem şartları TBK m. 25'e aykırı olacaktır²¹. Örneğin, düzenleyenin herhangi bir meşru menfaatine hizmet etmeksizin karşı tarafın ulaşmasının çok zor olduğu bir hukukun seçimi dürüstlük kuralına aykırı olacaktır²².

Banka garantilerinde banka tarafından hazırlanan genel işlem şartları içerisinde çoğunlukla güçlü taraf olan bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku seçilmektedir. Banka garanti sözleşmesinde genel işlem şartları temelinde yapılmassa dahi sözleşmenin bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi tutulmasının, bankanın bulunduğu ülkenin ekonomik şartlarına sıkı şekilde bağlı olması, hukuki statüsünün o ülkedeki kanunlardan soyutlanmasının ekonomik ve teknik açıdan zorluğu ve bulunduğu ülkedeki doğrudan uygulanan kurallara tabi olması gibi nedenlerle daha uygun olacağı ve hukuki bütünlüğü de sağlayacağı belirtilmiştir²³.

18 Berk Demirkol, "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması" (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 1313, 1324.

19 Yeşim M. Atamer, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. Bası, Beta 2001) 86-87.

20 Murat Aydoğdu, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi* (Seçkin 2014) 100-101; Atamer (n 19) 111.

21 Aydoğdu (n 20) 123.

22 Demirkol, "Genel İşlem Şartlarında..." (n 18) 1340-1341.

23 Hatice Özdemir, "Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları" (1999) 73(7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi 730, 745-746.

Kanaatimizce garanti sözleşmesi her ne kadar ticari sözleşme niteliğinde olsa da genel işlem şartlarında hukuk seçimi yapmak yerine çoğunlukla zayıf durumda olan garanti alanın iradesine de etkinlik tanımak ve onun çıkarlarını da korumak açısından hukuk seçimi müzakereye dayalı olarak yapılmalıdır. Bankanın işyerinin bulunduğu ülke kurallarına uyma yükümlülüğünü sağlamak için diğer sözleşmelerde olduğu gibi doğrudan uygulanan kuralların müdahalesinin yeterli olduğu kanaatindeyiz.

Garanti sözleşmelerinde uygulamadaki bir diğer husus, kamu tüzel kişilerinin açtığı uluslararası ihalelerde ihale şartnamesinde, banka garantisi bakımından kamu tüzel kişinin tabi olduğu hukuka yönelik “hukuk seçimi” yapılması öngörülmektedir²⁴. Banka garantisine uygulanacak hukuk bakımından hukuk seçimi bağlamında belirtmek gerekir ki, sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereğince, garanti lehtarıyla garanti muhatabı arasındaki temel borç ilişkisinin belirli bir hukuka tabi olması, banka garantisıyla ortaya çıkan teminat ilişkisine uygulanacak hukukun belirlenmesinde önem taşımaz. Aynı durum garanti lehtarı ile banka arasındaki vekâlet ilişkisine uygulanacak hukuk bakımından da geçerlidir. Her üç ilişkide de uygulanacak hukuk birbirinden bağımsız olarak belirlenmelidir. Bu nedenle açık bir hukuk seçimi yapıldığından söz edilebilmesi için, bu hukuk seçiminin doğrudan garanti sözleşmesine ilişkin olarak yapılması gerekir²⁵. Kanaatimizce her ne kadar hukuk seçimine dair ilkeler bakımından durum açıkladığımız gibi olsa da bu sözleşmeler aynı ticari ilişkinin parçaları niteliğinde olduğu için bütün sözleşmeler için aynı hukukun seçilmesi tarafların lehine bir durumdur.

Banka garantilerinde açık hukuk seçimi bakımından değerlendireceğimiz bir diğer husus bankacılık sektöründe yaygın uygulaması olan ve bir devlet dışı organ olan Milletlerarası Ticaret Odası (MTO) tarafından hazırlanan 758 sayılı Garantilere İlişkin Yeknesak Kurallardır²⁶ (*Uniform Rules for Demand Guarantees-URDG 758*). Bu nitelikteki kurallar, ancak sözleşmede yapılacak atıf yoluyla ancak içkinleştirme “*incorporation*” yöntemiyle sözleşme parçası hâline getirilerek uygulanabilirler²⁷. Bu durum URDG m. 1/a’da kuralların ancak garanti sözleşmesinde bu kurallara atıf yapılması hâlinde uygulanabileceği ifadesiyle de belirtilmiştir. Ayrıca kurallar incelendiğinde garanti sözleşmelerine ilişkin bütün hususları kapsamadığı da görülmektedir. Bu nedenle URDG m. 34’te bir kanunlar ihtilafı kuralına yer verilmiş ve garanti sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe garanti sözleşmesine bankanın iş yerinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı belirtilmiştir.

İşaret edeceğimiz hususlar nedeniyle banka garantilerinde kısmi hukuk seçimi meselesini de incelemek gerekmektedir. MÖHUK m. 24/2’de tarafların sözleşmenin tümü için bir hukuk seçebilecekleri gibi belirli bir kısmı için hukuk seçebilmelerinin de mümkün olduğu belirtilerek

24 ibid 744.

25 Westphalen (n 5) Kap F, N 6.

26 <https://www.cipcic-bragadin.com/wp-content/uploads/2015/09/ICC-URDG-758.pdf> 10.01.2024; URDG 758 hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akın Ekinci ve Nihayet Durukanoğlu, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler)* (Legal 2016) 211 vd.

27 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hüseyin Akif Karaca, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda “Hukuk Kuralları”nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3” iç Sibel Özel ve Mustafa Erkan (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler: Uluslararası Konferans 11 Ekim 2018* (On İki Levha 2018) 134-135.

kısmi hukuk seçimine izin verilmiştir. Bununla birlikte kısmi hukuk seçimi sözleşmenin gerek hukuki gerek ekonomik açıdan bölünebilir olan, birbirinden bağımsız bölümleri için yapılabilir²⁸. Kısmi hukuk seçimi her ne kadar teorik açıdan mümkün olsa da sözleşmenin hukuki ve ekonomik açıdan bir bütünlük arz ettiği, bölümler arasındaki irtibat ve sözleşmenin tümüne uygulanacak kavramlar dikkate alındığında kısmi hukuk seçimi yapılması durumunda sözleşmenin ve sözleşmeye uygulanacak hukukun uyumu ve bütünlüğünün bozulması büyük ihtimaldir. Bu nedenlerle kısmi hukuk seçimi tercih edilmemesi gereken bir hukuk seçimi tarzıdır²⁹. Banka garanti sözleşmeleri açısından kısmi hukuk seçimi değerlendirildiğinde banka garanti mektuplarının tek tarafa borç yükleyen sözleşmeler olması nedeniyle kısmi hukuk seçimine rastlanması düşük ihtimaldir³⁰. Kanaatimizce banka garantilerinde uygulamada kural olarak genel işlem şartları içerisinde hukuk seçimi yapılması ve bu şartları hazırlayan bankanın kendi hukukunu tercih edecek olması kısmi hukuk seçiminin yapılmasını çok düşük bir ihtimal hâline getirmektedir.

A. UYGULANACAK HUKUKUN OBJEKTİF BAĞLAMA KURALINA GÖRE BELİRLENMESİ

1. GENEL OLARAK

Banka garanti sözleşmelerinde uygulamada taraflar çoğunlukla hukuk seçimi yapmakta ve uygulanacak hukukun belirlenmesi problemi nadiren ortaya çıkmaktadır³¹. Bununla birlikte tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda uygulanacak hukuk objektif bağlama kuralına göre belirlenecektir. Objektif bağlama kuralını düzenleyen MÖHUK m. 24/4'te hukuk seçimi yokluğunda sözleşmeye en sıkı ilişkili hukukun uygulanacağı düzenlenmiştir. Bizim hukukumuzda en sıkı ilişkili hukuka dair karine belirlenirken MÖHUK m. 24/4'te karakteristik edim teorisinden hareket edilmiş ve karine karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kurulduğu sıradaki mutad meskeni, konumuzu oluşturan banka garanti sözleşmeleri gibi ticari ve mesleki faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun iş yeri, birden fazla iş yeri varsa sözleşme ile en sıkı ilişkili iş yeri, iş yeri bulunmuyorsa yerleşim yeri hukuku olarak belirlenmiştir.

Belirtmek istediğimiz bir diğer husus, banka garantisine uygulanacak hukuk belirlenirken garanti muhatabı ile lehtar arasındaki temel ilişkiye hangi hukukun uygulanacağı önem taşımamaktadır. Bunun sebebinin banka garantisinin bağımsız niteliği olduğu, banka garantisinin esas sözleşmeden bağımsız olması nedeniyle uygulanacak hukuk açısından da bağımsız değerlendirme yapılmasının gerekmesi olduğu belirtilmektedir³². Kanaatimizce bankaca verilen kişisel teminatın bağımsız olup

28 G. C. Cheshire, Peter North and James J. Fawcett, *Private International Law* (15th edn., OUP 2017) 707; Cemal Şanlı, Emre Esen ve İnci Ataman-Fıganmeşe, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023) 329.

29 Sibel Özel, Mustafa Erkan, Hatice Selin Pürselim ve Hüseyin Akif Karaca, *Milletlerarası Özel Hukuk*, (2. Bası, On İki Levha 2023) 419-420.

30 Ali Gümrah Toker, "Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk" (2012) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 991, 1034.

31 Özdemir, "Banka Teminat Mektupları" (n 23) 743-744.

32 Westphalen (n 5) Kap F, N 5.

olmadığı ele aldığımız konu bakımından önemsizdir. Banka kefalet gibi fer'i nitelikte bir sözleşmeyle teminat verseydi de durum değişmeyecek, temel ilişkiye uygulanacak hukukla kefalete uygulanacak hukuku birbirinden ayrı olarak değerlendirmek gerekecektir. Bu ayrı değerlendirmenin sebebi, teminatın bağımsız olup olmaması değil, birden fazla sözleşmenin bulunması ve her bir sözleşmenin “sözleşmelerin nispliği” ilkesi uyarınca farklı taraflar arasında hüküm doğurmasıdır. Aynı şekilde garanti veren banka ile lehtar arasındaki vekâlet ilişkisine uygulanacak hukuk da sözleşmelerin nispliği ilkesi uyarınca ayrı değerlendirilmelidir.

Karakteristik edim bir sözleşmeye vasfını veren, onu diğer sözleşmelerden ayırt eden ve rizikolu olan edimdir³³. Bu doğrultuda sözleşmeye adını veren eylemi gerçekleştiren ve bu nedenle mesleki veya ticari sözleşmelerde o mesleği gerçekleştiren kişinin edimidir³⁴. Bu kişinin faaliyetlerini ilgili ülkenin sosyal, ekonomik hayatında karakterize etmekte, sözleşmeyi parçası olduğu ekonomik ve sosyal çevreye bağlamaktadır³⁵.

Banka garanti sözleşmelerinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olmaları, bankanın garanti olayı gerçekleştiğinde ödeme talebini yerine getirme borcuna karşılık muhatabın bir borcunun olmaması nedeniyle, doğal olarak karakteristik edim bankanın edimi olmaktadır. Banka garanti sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmaması durumunda karakteristik edimin bankanın edimi olması nedeniyle sözleşmeye MÖHUK m. 24/4 uyarınca karakteristik edim borçlusunu olan bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Aynı fıkra uyarınca birden fazla iş yeri varsa en sıkı ilişkili iş yerinin esas alınması nedeniyle garanti sözleşmesini düzenleyen banka şubesinin bulunduğu yer hukuku garanti sözleşmesine uygulanacaktır.

MÖHUK m. 24/4'ün son cümlesinde “Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tabi olur.” düzenlemesi yer almaktadır. İstisna kuralı olarak da ifade edilen daha sıkı ilişkili hukuk, en sıkı ilişkili hukuka ilişkin karine olan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş yeri bağlama noktasının karineyi gerçekleştirmemesi durumunda ortaya çıkar. Karinenin gösterdiği hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukuk bulunduğu karinenin aksi ispat edilmektedir³⁶. Daha sıkı ilişkili hukuk belirlenirken hukuki ilişkinin niteliği, menfaat dengesi ve sözleşme ile ilgili karine harici irtibat noktaları dikkate alınır. Bu irtibat noktalarının karinenin gösterdiği hukuktan bir başka ülke hukukunun uygulanmasını gerektirecek şekilde o ülkede yoğunlaşması, karinenin gösterdiği hukukun

33 Gülören Tekinalp, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13. Bası, Vedat 2020) 289; Nomer (n 15) 335.

34 Aysel Çelikel ve Bahadır Erdem, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021) 389; Berk Demirkol, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat 2014) 251.

35 Ole Lando, “The Conflict of Laws of Contracts: General Principles” (1984) 196 *Recueil des cours* 225, 387; Mario Giuliano and Paul Lagarde, *Council Report on the Convention on the Applicable Law to Contractual Obligations, Official Journal of the European Communities*, (1980) 282.1 20; Çeşitli sözleşme tiplerinde karakteristik edim belirlemelerine ilişkin bkz. Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 29) 427-428.

36 Aslı Bayata-Canyaş, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet 2012) 177.

sözleşmesel ilişkiden izole olması gerekmektedir³⁷. Kanaatimizce banka garantilerinde daha da sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlayabilecek irtibat noktalarından en önemlisi olan ifa yerinin de aksine anlaşma yoksa, bankanın iş yerinin bulunduğu ülke olması banka garantilerine uygulanacak hukuk belirlenirken istisna kuralına başvurmayı çok düşük bir ihtimal hâline getirmektedir. Bununla birlikte kanaatimizin aksi bir durum doktrinde sözleşmelerde istisna kuralının uygulanmasına verilen bir örnek olan sözleşme kurulduktan kısa süre sonra iş yerinin değişmesi ve ifanın, bizim konumuz kapsamında bankanın ödeme yapmasının, sözleşme kurulduktan uzun bir süre sonra yapılması hâlinde iş yerinin sözleşme ile bağlantısının kalmaması durumunda ortaya çıkabilir³⁸.

Banka garanti sözleşmesinde garanti veren banka çoğunlukla lehtardan bir karşı garanti almak yoluyla muhataba garanti vermektedir. Karşı garanti ilişkisi, teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi niteliğinde olmayıp garanti veren bankayı muhataba garanti vermeye yöneltmeyi amaçlayan, saf, garanti sözleşmesi niteliğindedir. Karşı garanti ilişkisinde karakteristik edim borçlusu bu garantiyi veren lehtar olduğundan dolayı tarafların hukuk seçimi yapmaması durumunda, karşı garanti sözleşmesine lehtarın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Karşı garanti sözleşmesinin niteliği ve uygulanacak hukukla ilgili meseleler makalemizin ilerleyen kısmında ayrıntılı olarak incelenecektir.

2. GARANTİ SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA TEYİT BANKASI VEYA MUHABİR BANKA KULLANILMASININ UYGULANACAK HUKUK BAKIMINDAN ÖZELLİKLERİ

Bir banka tarafından verilen garantinin bir başka banka tarafından teyit edilmesi, mevcut bir borca katılma anlamına gelir. Buna göre teyit bankası, ilk bankanın garantiden kaynaklanan borcuna katılmış olmaktadır. Borca katılmanın özelliği, katılma sonucu ortaya çıkan borca katılanın borcu ile ilk borcun sebebinin aynı olmasıdır. Borca katılan teyit bankası garanti sözleşmesinden doğan borcun müteselsil borçlusu hâline gelmekte ve karakteristik edimi yerine getirmektedir. Bu nedenle ilk bankanın borcuyla katılma yoluyla ortaya çıkan teyit bankasının borcu, uygulanacak hukuk bakımından birbirinden ayrı olarak değerlendirilmelidir. Buna göre ilk bankanın borcu, vermiş olduğu garantiden kaynaklanan ve bu garantinin karakteristik edimini oluşturan bir borç olarak söz konusu bankanın iş yeri hukukuna tabi olacaktır. Buna karşılık teyit bankasının borcu, katılma yoluyla ortaya çıkan diğer bir borç olarak teyit bankasının iş yeri hukukuna tabidir. Zira teyit bankası, kendi adına üstlenmiş sayıldığı garantiden kaynaklanan karakteristik edimi yerine getirecektir³⁹.

Garanti veren bankanın muhatabın ülkesinde muhabir banka kullanması durumunda muhabir banka garanti veren bankanın ifa yardımcısı niteliğindedir. Bu nedenle muhabir bankanın faaliyetlerinden kaynaklı talepler garanti sözleşmesi kapsamında garanti veren bankaya yöneltilecektir. Bu nitelikli

37 Gülin Güngör, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin 2007) 238.

38 Sibel Özel, "Sözleşmesel İlişkide Möhuk m. 24/II'de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi" (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 577, 592.

39 Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 27, N 3; Westphalen (n 5) Kap F, N 34.

taleplere ilişkin uygulanacak hukuk da garanti veren bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

Garanti veren bankanın, muhatabın ülkesindeki bir başka bankayı muhabir veya teyit bankası olarak kullanması durumunda garanti bankasıyla teyit bankası veya muhabir banka arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilebilir. Vekâlet sözleşmesinde de diğer iş görme sözleşmelerinde olduğu gibi iş görenin edimi, vekilin edimi, karakteristik edimi oluşturmaktadır. Muhabir bankanın veya teyit bankasının vekâlet sözleşmesinden doğan karakteristik edimin borçlusu olması nedeniyle bankalar arası ilişki muhabir bankanın veya teyit bankasının iş yerinin bulunduğu ülkenin hukukuna tabi olacaktır⁴⁰.

Garanti veren bankanın müşterisi olan lehtar ile teyit bankası arasında sözleşmelerin nispiği ilkesi uyarınca herhangi bir hukuki ilişki yoktur. Bununla birlikte garanti veren banka ile garanti lehtarı arasındaki asıl vekâlet ilişkisindeki müvekkil olan garanti lehtarının garanti bankası ile teyit bankası arasındaki alt vekâlet ilişkisine dayanarak alt vekil olan teyit bankasından doğrudan talepte bulunabilip bulunamayacağı konusu ortaya çıkmaktadır. Bu konuda uygulanacak hukuk, alt vekâlet ilişkisi kapsamında karakteristik edim borçlusu olan alt vekil konumundaki teyit bankasının iş yerinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. Alt vekil olan teyit bankasından neler beklenebileceği, bu kapsamda teyit bankasının asıl vekâlet ilişkisindeki vekâlet veren lehtardan gelecek bir doğrudan talebe muhatap olup olamayacağı teyit bankasının iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna göre belirlenecektir⁴¹.

3. DOLAYLI GARANTİ YAPISININ UYGULANACAK HUKUK BAKIMINDAN ÖZELLİKLERİ

a. Genel Olarak

Dolaylı garanti yapısında bazı ayrımlar yapılması gerekmektedir. Dolaylı garanti yapısında, böyle bir garanti açılması talebiyle karşılaşılan ilk banka, yabancı bir ülkede bulunan bir diğer bankaya başvurarak bu ikinci bankadan çoğunlukla bu bankanın ülkesinde bulunan belirli bir muhataba garanti vermesini ister. Garanti sözleşmesi ikinci banka ile muhatap arasında kurulmakla beraber ikinci banka söz konusu garantiyi kendi adına ve ilk banka hesabına olmak üzere verecektir⁴².

Dolaylı garantide garanti veren ikinci banka ile garanti muhatabı çoğunlukla aynı ülkede olmakta ve şahsi veya coğrafi bakımdan yabancılik unsuru bulunmamakla beraber garanti veren bu ikinci banka lehtarın ülkesindeki ilk bankanın verdiği karşı garantiye dayalı olarak garanti olayı gerçekleştiğinde bu ilk bankaya müracaat etme imkânı ile garanti sözleşmesini kendi adına ancak ilk banka hesabına yapmaktadır. Bu durumda sınır aşan kredi ve hizmet transferi olduğu için ikinci banka ile muhatap arasındaki sözleşmede milletlerarası ticaretin yarar alanına giren bir durum bulunmakta,

40 Dohm (n 9) N 315.

41 De Gottrau (n 16) Kap J, N 74.

42 Dohm (n 9) N 259-283; Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 23, N 3-10.

şahsi veya coğrafi unsurlar bakımından yabancılik unsuru bulunmasa dahi sözleşme yabancılik unsurunu taşımaktadır⁴³. Bu duruma doktrinde verilen bir örnek, Türkiye'de milletlerarası bir ihale düzenlenmesi ve bu ihaleye katılacaklardan Türk bankalarından verilmiş teminat mektubu istenmesi durumunda ihaleyi kazanan yabancı firmaya Türk bankasından garanti verilmesinin istenmesidir. Bu garanti ilişkisinde lehtar yabancı bir ülkede bulunmakla beraber garanti sözleşmesinin tarafları olan banka ve muhatap Türkiye'de bulunduğundan şahsi veya coğrafi açıdan yabancılik unsuru bulunmamaktadır. Bu olayda yabancı lehtar lehine, kural olarak yabancı bir bankanın karşı garantisine dayalı olarak Türk bankası bir Türk şirketi veya kurumu ile garanti sözleşmesi yapmaktadır. Bu ilişki milletlerarası ticaretin menfaatlerine hizmet etmesi nedeniyle yabancılik unsuruna sahiptir. Bu garanti sözleşmesinden kaynaklı uyuşmazlık Türk mahkemeleri önüne geldiğinde, yabancılik unsuruna sahip olması nedeniyle MÖHUK m. 24 uyarınca uygulanacak hukukun belirlenmesi gerekecektir⁴⁴.

Dolaylı garanti uygulamasında kural olarak ikinci bankadan kendi ülkesindeki muhataba garanti vermesi istenilmekle beraber özellikle muhatabın ülkesinde bankacılık sistemine güven duyulmayan hâllerde muhatabın ülkesinden başka ülkedeki bankadan muhataba garanti vermesi talep edilebilecektir. Böylelikle şahsi veya coğrafi açıdan da yabancılik unsuru taşıyan ve uygulanacak hukuk meselesi ortaya çıkan bir dolaylı garanti uygulaması ortaya çıkar. Garanti sözleşmesinin kendi adına ilk banka hesabına hareket eden ikinci banka ile yabancı ülkedeki muhatap arasında kurulması nedeniyle ikinci banka tarafından verilen garantiye karakteristik edim borçlusu olan bu bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Garanti veren bankanın iş yeri hukukuna bağlanmak yabancı ülkedeki muhatap açısından kuşku doğuruyorsa başvurulacak yol hukuk seçimine gidilmesidir. Böyle bir hukuk seçimi yoluyla garanti ilişkisinin ikinci bankanın iş yeri hukukuna değil, muhatabın ülkesinin veya üçüncü bir ülkenin hukukuna tabi kılınması gerçekleştirilebilir⁴⁵.

b. Bankalar Arası İlişkiye Uygulanacak Hukuk

Garanti verilmesi için lehtar tarafından kendisine başvuru alan ilk banka ile bu bankanın muhataba garanti vermesi için başvurduğu ikinci banka arasındaki ilişki, bunlardan birinin diğerinin dolaylı temsilcisi olarak iş göreceği bir vekâlet ilişkisidir. Bu ilişkiden doğan karakteristik edimi yerine getirecek olan, kendi adına ve ilk banka hesabına garanti vererek koşulları gerçekleşince bu garantiyi paraya çevirecek olan ikinci bankadır. İkinci bankanın gerek garanti vermesi gerekse bu garantiden kaynaklanan ödeme talebini yerine getirmesi, ilk bankaya karşı üstlendiği iş görme borcunu oluşturmaktadır. İki banka arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olduğu ve vekâlet sözleşmesinden doğan karakteristik edimin vekilin edimi olduğu dikkate alındığında, bankalar arası ilişkiye vekil konumundaki ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır⁴⁶.

43 Milletlerarası ticaretin yarar alanına girme ve yabancılik unsuru ilişkisi için bkz. Cemal Şanlı, *Uluslararası Ticari Aktillerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bası, Beta 2019) 9.

44 Vahit Doğan, *Teminat Mektupları* (6. Bası, Savaş 2020) 201-202.

45 Westphalen (n 5) Kap F, N 29.

46 Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 27, N 4; Dohm (n 9) N 318; De Gottrau (n 16) Kap J, N 75.

İkinci bankanın iş yeri hukukunun uygulanmasıyla ilk bankanın çıkarının yeterince gözetilmiş olmayacağı yönünde bir kaygıya yer yoktur. İkinci bankanın vekil sıfatıyla gider yapması, bu bankanın kendi adına vermiş olduğu garantinin paraya çevrilmesinden kaynaklanacaktır. Bu bakımdan garantinin paraya çevrilmesi koşullarını belirleyen garanti sözleşmesine uygulanan hukuk düzeninin, aynı zamanda ilk bankayla ikinci banka arasındaki vekâlet ilişkisi bakımından da uygulanacağı ve ikinci bankanın garantiyi paraya çevirmekle yaptığı giderin vekâlet ilişkisi bakımından “borca uygun” yapılmış bir gider sayılmasını belirleyeceği açıktır. Bu nedenle garantinin paraya çevrilmesini belirleyen hukuk düzeniyle vekilin gider talebini ileri sürme koşullarını belirleyen hukuk düzeninin ayrıştırılmaması doğaldır. Öte yandan ilk banka, ikinci banka tarafından yapılan gideri karşıladıktan sonra kendi ülkesinde yerleşik müşterisi olan garanti lehtarına onunla arasındaki vekâlet ilişkisine dayanarak rücu edebilecek ve yaptığı gider kendi üzerinde kalmayacaktır. İlk bankanın müşterisine rücu ederken dayanacağı vekâlet ilişkisi, bu bankanın iş yeri hukukuna tabi olacağı için bu hukukun verilerinden haberdar olması ve bunları gözetmesi beklenebilecek olan ilk bankanın çıkarı yeterli ölçüde gözetilmiş olur⁴⁷.

Buna karşılık iki banka arasında çoğunlukla ayrıca bir garanti ilişkisi mevcut olmaktadır. Vekâlet veren konumundaki ilk banka ikinci bankaya bir karşı garanti, diğer adıyla rücu garantisi vermiş olabilir. Karşı garantiye uygulanacak hukuk konusu doktrinde tartışmalara yol açmıştır:

Doktrindeki bir görüş⁴⁸, iki banka arasındaki ilişkinin vekâlet ve karşı garanti olarak ayrıştırılmasının ve farklı hukuklara tabi olmasının tahammülü güç bir karışıklık yaratacağını ve bu durumun hukukun sadelik ve yalınlık sağlama ihtiyacına ters düşeceğini, bankalar arası ilişkinin yeknesak bir bağlama kuralı ile düzenlenmesini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre ilk bankanın ikinci bankaya verdiği karşı garanti, gerçek anlamda bir garanti değildir. Karşı garanti yoluyla ikinci bankanın ilk bankaya karşı sahip olduğu gider alacağı için ayrı bir talep temeli yaratılmış olur. İkinci banka ilk bankanın vekili sıfatıyla elde ettiği gider alacağını vekâlet sözleşmesi kapsamında ileri sürmek yerine, ilk bankanın verdiği karşı garantiden kaynaklanan talebi ileri sürme olanağına kavuşmuş olur. Vekâlet sözleşmesi uyarınca gideri talep etseydi uygulanacak hukukun da bu yönde olması durumunda özenle hareket ettiğini kanıtlamak zorunda olurdu. İkinci banka, karşı garanti verilmiş olması durumunda özenle hareket ettiğini ispat zorunda olmadan giderleri talep edebilmektedir. Bu nedenle vekilin gider talebinin ayrı bir talep temeli yaratacak tarzda biçimlendirilmesinden başka bir nitelik taşımayan karşı garantinin, vekâlet ilişkisinin yanında ayrı bir ilişki olarak tasarlanması ve ayrı bir bağlama kuralına tabi tutulması gereksizdir. Bu görüş uyarınca ilk banka ile ikinci banka arasındaki yegâne hukuki ilişki vekâlet ilişkisi olup bu ilişkinin tabi olacağı hukukun saptanmasıyla yetinilmelidir. Bu görüşe göre vekil konumundaki ikinci banka ister vekâlet ilişkisinden kaynaklanan gider talebini ileri sürsün isterse karşı garantiye dayanarak talepte bulunsun uygulanacak hukuk vekil sıfatıyla karakteristik edimi yerine getiren ikinci bankanın iş yeri hukukudur. Kişisel teminatların en başta gelen özelliği başkasının borcuna ilişkin olmasıdır. Kişi kendi borcu için kefil olamayacağı gibi garanti de veremez.

47 Westphalen (n 5) Kap F, N 32.

48 Jens Nielsen, *Bankgarantien bei Aussenhandelsgeschäften* (Köln Bank-Verl 1986) 97-98.

Bizim de katıldığımız doktrindeki diğer görüş⁴⁹ uyarınca karşı garanti ilişkisi gerçek anlamıyla bir garanti ilişkisi niteliğindedir. Karşı garanti, kefalet benzeri bir garanti olmayıp yöneltmeyi amaçlayan bir saf garanti olarak nitelenmelidir. Karşı garantiyle teminat altına alınan risk, ikinci bankanın vekil sıfatıyla üstlendiği garantinin paraya çevrilmesidir. Bu risk gerçekleşir gerçekleşmez ikinci banka karşı garantiye başvurabilecektir. Şu hâlde dolaylı garantilerde uygulanacak hukukun belirlenmesinde karşı garantinin niteliğine dair değerlendirme belirleyici olacaktır. Karşı garanti gerçek anlamıyla bir garanti olarak görülmeyp vekilin ücret talebinin yeniden ve bağımsız bir talep temeli yaratacak tarzda biçimlendirilmesinden ibaret görülürse gerek bankalar arası vekâlet ilişkisinden gerekse karşı garantiden kaynaklanan uyuşmazlıklar, vekâlet ilişkisine uygulanacak hukuka yani vekil sıfatıyla hareket eden ikinci bankanın yerleşik olduğu yer hukukuna göre çözülecektir. Karşı garantinin gerçek bir garanti niteliğinde olduğu kabul edildiğinde, bankalar arası vekâlet ilişkisinden doğan uyuşmazlıklar, ikinci bankanın iş yerinin olduğu yer hukukuna tabi tutulurken karşı garantiden kaynaklanan uyuşmazlıklar ilk bankanın iş yerinin olduğu yer hukukuna göre çözülecektir.

Kanaatimizce ilk bankanın ikinci bankaya verdiği karşı garantinin gerçek bir garanti niteliğinde olmasının önemli bir delili saf garantilerin en önemli özelliklerinden yöneltme amacını taşıması ve bu tür garanti sözleşmesinin tarafları arasında henüz bir borç ilişkisinin bulunmamasıdır. Karşı garantide ilk banka garanti alan ikinci bankayı muhataba garanti vermeye yöneltme amacını taşımakta ayrıca iki banka arasında henüz bir borç ilişkisi bulunmamaktadır. Bunlara ek olarak ilk banka tarafından ikinci bankaya verilen karşı garantide doktrindeki diğer görüşün aksine karşı garanti veren banka kendi borcu için teminat vermemekte, teminat altına alınan risk ikinci bankanın verdiği garantideki garanti olayının gerçekleşmesi sonucu bankanın ödeme yapması olmaktadır.

Garanti veren konumundaki ikinci bankanın iş yeri hukuku esas alınarak bu garantinin paraya çevrilmesi talebinin haklılığı veya hakkın kötüye kullanılması sayılmasına ilişkin belirlemeler, bankalar arası ilişki bakımından bir diğer açıdan önem taşır. İlk bankayla ikinci banka arasındaki vekâlet ilişkisinde, bu ilişkinin tabi olduğu hukuk uyarınca vekilin gider talebinde bulunmasının koşulları belirlenecektir. Bu koşullar arasında vekilin özen yükümünü yerine getirmesi yer almaktaysa bu yükümün yerine getirilip getirilmediğinin saptanmasında garanti ilişkisinin tabi olduğu hukukun ödeme yükümünün koşullarıyla ilgili verilerini dikkate almak gerekecektir. İkinci bankanın ilk bankanın vekili sıfatıyla özenli hareket etmiş sayılabilmesi için garantiden kaynaklanan ödeme yükümünü bizzat bu garantinin ve garantinin tabi olduğu hukukun koşulları uyarınca yerine getirmiş sayılması gerekir. Öte yandan ilk bankanın ikinci bankaya bir karşı garanti verdiği olasılıkta, karşı garantiye dayanan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı, asıl garantinin paraya çevrilmesi talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılıp sayılmayacağı sorunundan bağımsız olarak düşünülemez. Bu ikinci sorun bakımından, asıl garantinin tabi olduğu hukukun verileri önem taşımaktadır. Buna göre karşı garantiye dayanan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılmasının ne gibi durumlarda söz konusu olacağı, karşı garantiyi veren ilk bankanın yerleşik olduğu yer hukukuna göre cevap bulacaktır. Bununla birlikte bu hukuk düzeni sorunun çözümünde ikinci banka tarafından verilen asıl garantiye dayanan ödeme talebinin hakkın kötüye

49 Kleiner, Landolt and Gemperli (n 4) § 27, N 4.

kullanılması sayılmasına değer atfediyorsa bu sefer de asıl garantiyi veren ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu yer hukukuna göre bu ikinci bankanın hakkın kötüye kullanılması gerekçesiyle ödeme talebini reddetmesi gerekirken bunu yapmayıp karşı garantiden amaca aykırı bir tarzda yararlanıp yararlanmadığı incelenecektir⁵⁰.

IV. GARANTİ SÖZLEŞMESİNDE UYGULANACAK HUKUKA İLİŞKİN İSTİSNAİ DURUMLAR

A. GARANTİ SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA KAMU DÜZENİ MÜDAHALESİ

MÖHUK m. 5'te belirtildiği üzere kanunlar ihtilafı kuralı ile belirlenen yabancı hukukun hükümlerinin uyumsuzluğa uygulanmasının Türk kamu düzenine açıkça aykırılık oluşturması durumunda bu hükümler yerine, kamu düzeni müdahalesi sonucu gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanacaktır. Gerekli görülen hâllerde Türk hukuku uygulanır ifadesiyle kast edilen, yabancı hukuktaki kamu düzenine aykırılık oluşturan hüküm yerine uygulanması mümkün başka bir hüküm mevcutsa mesele yine yabancı hukuka göre çözümlenecektir. Kamu düzeninin genel bir tanımını yapmak oldukça güç olmakla birlikte⁵¹ kamu düzeninin içeriği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı'nda (YİBGKK) şu şekilde belirlenmiştir:

“...kamu düzeninin çerçevesi, Türk hukukunun temel değerlerine, Türk genel adap ve ahlak anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı temel adalet anlayışına, Türk kanunlarının dayandığı genel siyasete, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklere, milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine, toplumun medeniyet seviyesine, siyasi ve ekonomik rejimine, insan hak ve özgürlüklerine aykırılık şeklinde çizilebilir.”⁵²

YİBGKK'da belirtildiği üzere “milletlerarası alanda geçerli ortak prensip ve özel hukuka ait iyiniyet prensibine dayanan kurallara, medeni toplulukların müştereken benimsedikleri ahlak ilkeleri ve adalet anlayışının ifadesi olan hukuk prensiplerine” aykırılık kamu düzenine aykırılık niteliğindedir. Medeni hukuk ve borçlar hukuku alanındaki temel prensiplere, örneğin ahde vefa kuralına, irade sakatlığına ilişkin kurallara veya dürüstlük kuralına aykırı yabancı hukuk hükümleri kamu düzenine aykırılık oluşturacaktır⁵³.

Medeni Kanun'un başlangıç hükümlerinde yer alan m. 2/2'de “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” hükmüne yer verilmiştir. Bir hakkın tanınmasındaki amaca uygun olarak kullanılmaması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmaktadır ve dürüstlük kuralı ile bağdaşmamaktadır⁵⁴. Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı her somut olayın kendi şartlarına göre belirlenecek olmakla birlikte somut olayda hakkın kötüye kullanılmasına işaret edebilecek

50 ibid § 27, N 5.

51 Kamu düzeni kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 29) 120 vd.

52 YİBGKK T 10.02.2012, 2010/1 E, 2012/1 K, RG 20.09.2012-28417.

53 Özel, Erkan, Pürselim ve Karaca (n 29) 128.

54 M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, *Medeni Hukuk Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar* (29. Bası, On İki Levha 2023) 254.

belirli temel kriterler mevcuttur. Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaat bulunmaması, hakkın kullanımının hak sahibine sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı orantısızlık bulunması, hak sahibinin ahlaka aykırı davranışına dayanarak hakkını kullanması, hak sahibinin uyandırdığı güvene aykırı davranışta bulunması başlıca kriterleri oluşturmaktadır⁵⁵.

Konumuz olan garanti sözleşmeleri bakımından kamu düzeni müdahalesi incelendiğinde gerek doğrudan garantilerde garanti veren bankanın gerekse dolaylı garanti yapısındaki ikinci bankanın verdiği asıl garantinin tabi olduğu hukuk, bu garantiye dayalı ödeme talebinin hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesiyle reddi olanağını tanımıyorsa kamu düzeninin müdahale edeceği tipik bir durum ortaya çıkmaktadır. Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı düşecek tarzda kullanılmasına kayıtsız kalan bir hukuk düzeni, bu açıdan kamu düzeniyle çelişik bir durumdadır denilebilir. Hakların dürüstlük kuralı uyarınca kullanılmasına ilişkin titizlik gösterilmesi, her çağdaş hukuk düzeninden beklenebilecek bir tutumdur. Böyle bir tutum takınmayan hukuk düzeninin ilgili hükümleri kamu düzeni müdahalesiyle uygulanmamalıdır.

Gerek doğrudan banka garantilerinde gerekse dolaylı banka garantilerinde ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturabilecek durumlar mevcuttur. Örneğin riskin gerçekleşmesine bizzat garanti muhatabı sebep olmuşsa ve buna rağmen ödeme talebinde bulunuyorsa bu talep hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Nitekim TBK m. 175/2'nin "tarafardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa koşul gerçekleşmemiş sayılır" diyen düzenlemesi de zikrettiğimiz olasılıkta bankanın ödeme talebini reddedebileceğini gösterir. Bu durumda garanti sözleşmesinin kendisinden kaynaklanan bir savunma sebebi mevcuttur. Temel ilişki uyarınca yerine getirilmesi gereken bir edimin bulunmadığı hususunda, bu temel ilişkinin tarafları arasında bir mutabakat mevcut olmasına rağmen bankadan ödeme talep edilmesi, bir diğer hakkın kötüye kullanılması örneğidir. Örneğin temel borç ilişkisinin ikale yoluyla ortadan kaldırıldığı veya temel ilişkiden garanti lehtarları için doğan borçların ibra edilmiş olduğu durumlarda, garanti muhatabının bankaya yaptığı ödeme talebi, hakkın kötüye kullanıldığı itirazıyla geri çevrilebilir. Bir diğer olasılık olarak garanti muhatabının, temel ilişkinin karşı tarafından, garanti lehtarından bu temel ilişki uyarınca yerine getirmesi gereken edimi talep edebilmesi için öncelikle kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken yükümler olabilir. Garanti muhatabı, bu yükümleri yerine getirmediği hâlde temel ilişkiden doğan edimin yerine getirilmediği gerekçesiyle bankadan ödeme talebinde bulunursa hakkını kötüye kullanmış sayılır. Garanti alanın, temel ilişkiden doğan edimin yerine getirilmesi için bu ilişkinin karşı tarafına, garanti lehtarına süre vermesine rağmen ödeme talebinde bulunması, hakkın kötüye kullanılmasının bir diğer örneğidir. Temel ilişkiden doğan edimin TBK m. 27 uyarınca hukuka veya ahlaka aykırı ve bu nedenle açıkça dava edilemez olması durumunda, garanti verene yapılan ödeme talebi hakkın kötüye kullanıldığı anlamına gelir. Temel ilişkideki edimin kendi kusuruyla imkânsızlaşmasına yol açan garanti muhatabı, garanti verenden ödeme talep etmekle yine hakkını kötüye kullanmış olur. Muhatabın temel ilişkinin karşı tarafına takas beyanında bulunmasına rağmen bankadan ödeme talep etmesi ya da temel ilişkinin karşı tarafına açtığı davanın

55 ibid 260 vd.

reddedilmesine ilişkin kararın kesinleşmesine rağmen bankadan ödeme talep eden muhatabın durumu, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturmasının tipik örnekleridir⁵⁶.

Kanaatimizce ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması oluşturduğu gerekçesiyle kamu düzenine aykırılık incelemesi yapılırken dikkate alınması gereken çok önemli bir husus bulunmaktadır. Bu husus gerek milletlerarası özel hukuk bakımından kamu düzeni müdahalesinin gerekse dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle hakkın kötüye kullanılması savunmasının istisnai niteliğidir. Bu doğrultuda yabancı hukukta hakkın kötüye kullanılması savunması yapma imkânı yoksa ancak meseleye çözüm sağlayan başka bir kural varsa kamu düzeni müdahalesi yerine bu kural uygulanmalıdır. Benzer şekilde kamu düzeni müdahalesinin gerçekleşmesi hâlinde de mahkeme ülkesinin hukuku uyarınca hakkın kötüye kullanılması savunması yapılabilmesi için mahkeme ülkesi hukukunun diğer kurallarında meseleye çözüm sağlayan bir düzenlemenin olmaması gerekir.

B. GARANTİ SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA DOĞRUDAN UYGULANAN KURALLARIN ETKİSİ

Doğrudan uygulanan kurallar hukuki ilişkiye uygulanacak hukuk hangi hukuk olursa olsun devlet menfaatinin gereği olarak uyuşmazlığa uygulanan hukuk kurallarıdır⁵⁷. Doğrudan uygulanan kurallar devletin ekonomik, sosyal, siyasal alandaki bazı politikalarını gerçekleştirmek için bu politikaları özel hukuk ilişkileri üzerinde etkili hâle getiren kurallardır. Uygulama alanına giren bütün uyuşmazlıklarda konuluş amaçlarının gereği zorunlu olarak uygulanırlar⁵⁸. Konumuz bakımından doğrudan uygulanan kural türlerinden kambiyo rejimine ilişkin kuralların parçası olan Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu⁵⁹ (TPKK) ve bu Kanun kapsamında çıkarılan 32 sayılı Karar⁶⁰ ve buna ilişkin tebliğler özel önem arz etmektedir.

Uyuşmazlığın görüldüğü mahkeme ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları MÖHUK m. 6'da belirtildiği üzere uygulama alanına giren her durumda uygulanacaklardır. Bununla birlikte MÖHUK m. 31'de belirtildiği üzere sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devlet hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması, bu kuralların uygulanması da mümkündür. Maddede bu kurallara etki tanımaya, uygulayıp uygulamamaya karar verirken kuralların amacının, niteliğinin, içeriğinin ve uygulanmasının sonuçlarının dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Üçüncü ülkenin doğrudan uygulanan kurallarının uygulanma sebebi, uluslararası nitelikli sözleşmelerin başta ifa yeri ülkesi olmak üzere sözleşmenin karşı tarafının yerleşim yerinin, mutad meskeninin bulunduğu veya sözleşme konusu malların bulunduğu ülke gibi başka ülkelerle de

56 Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılacağı hâllerle ilgili olarak bkz. Reisoğlu (n 3) 294 vd., Canpolat (n 6) 220 vd.; Yavuz, Acar ve Özen (n 1) 1634 vd.

57 Özel/Erkan/Pürselim ve Karaca (n 29) 131-132.

58 Hatice Özdemir-Kocasakal, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001) 12-13.

59 Kanun Numarası: 1567, Kabul Tarihi: 20.02.1930, RG 25.02.1930/1433.

60 RG 11.08.1989-20249.

ilişkili olmalarıdır⁶¹. Bu ülkelerdeki doğrudan uygulanan kuralların uygulanmaması ifa engeli oluşturabileceği gibi o ülkenin temel hukuk politikalarına aykırılık oluşabileceğinden verilen kararın o ülkede tenfiz engeliyle karşılaşmasına sebep olabilir. Bu hâlde tarafın da korunmaya değer yararı bulunmaktadır⁶². Objektif kurala göre garanti sözleşmesine garanti veren bankanın iş yeri hukuku uygulanmakla birlikte tarafların başka bir ülke hukukunu seçmiş olmaları durumunda aynı zamanda ifa yeri hukuku olan ve sözleşmeyle sıkı ilişkili olan garanti veren bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına etki tanımak gerekecektir.

Banka garantilerine ilişkin Türk mahkemelerindeki yargulamalarda uygulanacak olan doğrudan uygulanan kurallardan 32 sayılı Kararın 3. maddesinde Türk parasıyla ödemeyi sağlayan belgelerin yurt içinden ihracı ve yurt içine ithalinin serbest olduğu, dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye'de Türk parası ile ödeme, tahsilat ve tevdiatta bulunmalarının serbest olduğu belirtilmiştir. Bu düzenleme uyarınca yurt dışındaki bir bankanın Türkiye'deki muhataba, Türkiye'deki bir bankanın da yurt dışındaki muhataba Türk lirası üzerinden banka teminat mektubu düzenlemesi mümkündür.

32 Sayılı Kararın gayri nakdi krediler, garanti ve kefaletler başlıklı 18. maddesinin 1. fıkrası uyarınca Türkiye'de yerleşik kişilerin yurt dışından garanti sağlamalarının mümkün olduğu ve ayrıca gerek Türkiye'de gerekse yurt dışında yerleşik kişiler lehine dışarıda yerleşik muhataplara teminat mektubu düzenlenmesinin, garanti verilmesinin serbest olduğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca Türkiye'de yerleşik kişiler lehine veya bu kişiler muhatap olacak şekilde yurt dışındaki bankalardan garanti sağlanması mümkün olduğu gibi, Türkiye'deki bankaların Türkiye'deki veya yurt dışındaki lehtar lehine yurt dışındaki muhataplar ile banka garanti sözleşmesi yapmaları mümkündür. Aynı maddenin 2. fıkrası uyarınca bankaların dışarıdaki lehtar lehine Türkiye'deki muhataba döviz üzerinden teminat mektubu vermeleri mümkün olduğu gibi Türkiye'de açılacak uluslararası ihalelerle ilgili olarak Türkiye'deki lehtar lehine Türkiye'deki muhataba da döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri, garanti vermeleri mümkün olmaktadır. Bu düzenlemeden lehtarın da muhatabın da Türkiye'de olması durumunda döviz üzerinden teminat mektubu verilmesinin ancak Türkiye'de açılacak uluslararası ihalelerle sınırlı olduğu anlaşılmaktadır. Aynı maddenin 4. fıkrası uyarınca bankaların düzenledikleri teminat mektupları ve verdikleri garantilerle ilgili olarak yurt dışındaki muhataba ödeme yapmaları durumunda transfer tarihinden itibaren 30 gün içinde bakanlığa bilgi vermeleri gerektiği düzenlenmiştir.

Banka garantileri ile ilgili doğrudan uygulanan kural niteliğindeki bir diğer düzenleme 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu⁶³'nün teminat mektupları başlıklı 27. maddesinde yer almaktadır. Maddede Kanun kapsamındaki işler için verilecek geçici, kesin veya avans teminat mektuplarının miktar, kapsam ve şeklini tespit etmek konusunda Maliye Bakanlığı yetkili kılınmıştır. Bu düzenlemelere aykırı teminat mektupları kabul edilmeyecektir.

61 Mustafa Erkan, "MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış" (2011) 15(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81, 106.

62 Hatice Özdemir-Kocasakal, "Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları" (2010) 30(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 27, 86; Nomer (n 15) 346.

63 Kanun Numarası: 2886, Kabul Tarihi: 08.09.1983, RG 10.09.1983/18161.

V. SONUÇ

Garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğindedir. Sözleşmede belirlenen şekli veya maddi garanti olayının gerçekleşmesi hâlinde, garanti muhatabının ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması hâllerinden birisini oluşturmaması şartıyla garanti veren banka muhataba ödeme yapmakla yükümlüdür.

Banka garantilerinde hukuk seçimi, uygulamada çoğunlukla genel işlem şartlarında yer alan bir hükümle yapılmaktadır. Bu durumda taraflar MÖHUK m. 24'teki koşullara tabi olarak hukuk seçimi yapabilirler. Hukuk seçimi anlaşmasının maddi bakımdan geçerliliği de seçilen hukuka tabi olacaktır. Genel işlem şartlarında yapılan hukuk seçimi seçilen hukukun yürürlük ve içerik denetimine ilişkin hükümlerine uygun olarak yapılmalıdır. Genel işlem şartlarında bütünüyle kabul veya ret esası geçerli olduğundan ve bu şartlar banka tarafından hazırlandığından kural olarak bankanın istediği hukukun seçilmesi sonucu ortaya çıkacaktır. Genel işlem şartlarında çoğunlukla bankanın hukuku seçilmekle birlikte hukuk seçimi böyle bir temelde yapılmasa dahi, bankanın faaliyetlerinin iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olması, oranın ekonomik şartları ile sıkı şekilde bağlı olması ve bankacılık uygulaması bakımından bulunduğu yer doğrudan uygulanan kurallarının önemi nedeniyle bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukunun seçilmesi bütünlük sağlayabilecektir. Bununla birlikte kanaatimizce garanti sözleşmesi ticari sözleşme niteliğinde olmakla birlikte çoğunlukla zayıf durumda olan garanti alanın iradesine de etkinlik tanınmalı ve onun çıkarlarını da korumak açısından müzakereye dayalı hukuk seçimi yapılmalıdır. Bankanın iş yerinin bulunduğu yer kurallarına uyma yükümlülüğünün doğrudan uygulanan kuralların müdahalesi ile sağlanabileceği kanaatindeyiz.

Her ne kadar kısmi hukuk seçimi mümkünse de banka garantileri bakımından değerlendirildiğinde bu sözleşmelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşme olması ve kanaatimizce büyük çoğunlukla genel işlem şartları içerisinde hukuk seçimi yapılması neticesi bankanın kendi ülkesinin kurallarını tercih edecek olması nedeniyle kısmi hukuk seçimine yer verilmesi olasılığı oldukça düşüktür.

Sözleşmelerin nispiyeti ilkesi gereğince garanti lehtarları ile muhatap arasındaki temel ilişkideki hukuk seçimi veya garanti lehtarları ile banka arasındaki vekâlet ilişkisindeki hukuk seçimi banka garantileri için bir etki doğurmasa dahi bu sözleşmeler aynı ticari ilişkinin parçaları niteliğinde olduğu için bütün sözleşmeler için aynı hukukun seçilmesi tarafların lehine bir durumdur.

Devlet mahkemelerindeki yargılamalarda ancak bir devlet hukukunun seçilmesi mümkündür. Banka garantilerinde yaygın uygulaması olan MTO'nun 758 sayılı Garantilere İlişkin Yeknesak Kuralları, ancak içkinleştirme "*incorporation*" yöntemiyle sözleşme parçası hâline getirilebilirler. Garanti sözleşmesinin tabi olduğu hukukun emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla sözleşme hükmü olarak uygulanabilirler.

Banka garanti sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmayan hâllerde uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24/4'te yer alan objektif bağlama kuralına göre belirlenecektir. Bu fıkrada belirtilen karakteristik edim borçlusunun iş yeri hukuku karinesinden hareket edildiğinde banka garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olması nedeniyle karakteristik edim, doğal olarak

garanti olayı gerçekleştiğinde ödeme talebini yerine getirmekle yükümlü olan bankanın edimidir. Bu nedenle objektif kurala göre banka garanti sözleşmesine bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Garanti sözleşmelerinde daha da sıkı ilişkili hukukun olması hâlinde bu hukukun uygulanmasını gerektiren istisna kuralının uygulanma ihtimalinin çok düşük olduğu kanaatindeyiz. Bunun nedeni daha da sıkı ilişkili hukukun uygulanmasını sağlayabilecek irtibat noktalarından en önemlisi olan ifa yerinin kural olarak bankanın iş yeri olmasıdır.

Garanti sözleşmesinde teyit bankası kullanılması hâlinde, teyit bankası borca katılmakta, garanti sözleşmesinden doğan borcun müteselsil borçlusu hâline gelmekte ve gerektiğinde kendi adına üstlendiği garantiden kaynaklı karakteristik edimi yerine getirmektedir. Teyit bankasının borcu bu bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. Garanti veren banka, muhatabın ülkesinde muhabir banka kullanırsa muhabir banka garanti veren bankanın ifa yardımcısı niteliğinde olduğu için bu bankanın işlemlerinden kaynaklı talepler de garanti sözleşmesi kapsamında garanti veren bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. Garanti veren banka ile teyit bankası veya muhabir banka arasındaki ilişkinin vekâlet ilişkisi olması ve karakteristik edimin teyit bankası veya muhabir bankanın edimi olması nedeniyle bankalar arası ilişkiye bu bankaların iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır.

Dolaylı garanti yapısında garanti veren ikinci banka ilk bankanın dolaylı temsilcisi olarak iş görmektedir, garanti vermektedir. Dolaylı garantide ikinci banka ilk banka hesabına da olsa kendi adına garanti vermektedir. Bu garanti sözleşmesinde de uygulanacak hukuk ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku olacaktır.

Dolaylı garantide bankalar arası ilişki vekâlet ilişkisidir. Bu nedenle bankalar arası ilişkiye vekil konumundaki ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacaktır. Böylelikle garanti sözleşmesi ile bankalar arasındaki vekâlet ilişkisinin her ikisi de ikinci bankanın iş yerinin bulunduğu ülke hukukuna tabi olacaktır. Bu durumun sonucu olarak garantinin paraya çevrilmesinin şartları ile ikinci bankanın vekâlet ilişkisi kapsamında yaptığı giderin borca uygun yapılmış olup olmadığını aynı hukuk düzeni belirleyecektir. Aynı şekilde vekâlet sözleşmesi kapsamında vekilin özen yükümlülüğünü yerine getirmesi ile bu yükümlülüğün bağlı olduğu garanti sözleşmesinde yer alan ödeme koşulları da aynı hukuka tabi tutulacaktır.

Dolaylı garanti yapısında ikinci banka çoğunlukla ilk bankanın verdiği bir karşı garantiye dayalı olarak muhataba kendi adına ilk banka hesabına garanti vermektedir. Karşı garanti kefalet benzeri şahsi teminat sağlayan garanti niteliğinde olmayıp ikinci bankayı garanti vermeye yönelmeyi amaçlayan saf garanti sözleşmesi niteliindedir. Karşı garanti sözleşmesine uygulanacak hukuk bu ilişki kapsamında garanti veren ilk bankanın iş yerinin bulunduğu yer hukuku olacaktır. İlk bankanın ikinci bankaya verdiği karşı garantinin vekâlet ilişkisi kapsamında alternatif bir talep temeli mi yarattığı yoksa gerçek bir garanti mi oluşturduğu konusundaki kanaatimiz gerçek bir garanti oluşturduğudur. Bunun nedenleri, saf garantilerin en önemli özelliklerinden yöneltme amacını taşıması, bankalar arasında henüz bir borç ilişkisinin bulunmaması ve ilk bankanın kendi borcu

için teminat niteliğinde olmayıp ikinci bankanın verdiği garantideki garanti olayının gerçekleşmesi sonucu bu bankanın ödeme yapması riskinin teminatını oluşturmasıdır.

Hukukun genel prensiplerinden ve Türk hukukunun temel ilkelerinden olan iyiniyet ve dürüstlük kuralları ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanılması milletlerarası özel hukuk alanındaki kamu düzeni kavramının kapsamında yer almaktadır. Bu doğrultuda garanti sözleşmesine uygulanacak hukuk, ilgili başlık altında ayrıntılı örnekleriyle açıkladığımız hakkın kötüye kullanılmasının gerçekleşmesine rağmen muhatabın ödeme talebini ret imkânı tanımıyorsa dürüstlük kuralına ve bu bağlamda kamu düzenine aykırılık oluşacaktır. Bu durumda yabancı hukuk yerine Türk hukuku uygulanacak ve Türk hukukunda garanti sözleşmelerinde ödeme talebine ilişkin hakkın kötüye kullanılması hâlleri kapsamında mesele değerlendirilecektir. Kanaatimizce değerlendirme yapılırken gerek kamu düzeni müdahalesinin gerekse dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle hakkın kötüye kullanılması savunması yapılabilmesinin istisnai niteliklerine önem verilmesi gerekmektedir.

Garanti sözleşmesi bağlamında mahkeme ülkesinin doğrudan uygulanan kuralları, kapsamlarına giren konularda her hâlde uygulama alanı bulacaktır. Türk mahkemelerindeki yargılamalarda TPKKHK, bu Kanuna ilişkin 32 sayılı Karar ve ilgili tebliğler ile Devlet İhale Kanunundaki teminat mektuplarına ilişkin doğrudan uygulanan kurallar uygulama alanı bulacaktır. Mahkeme ülkesinin doğrudan uygulanan kurallarına ek olarak sözleşmeyle sıkı ilişkili üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarına da etki tanınması, uygulanması gündeme gelebilecektir. Bu doğrultuda tarafların başka bir ülkenin hukukunu seçmeleri durumunda aynı zamanda ifa yeri ülkesi olan bankanın iş yerinin bulunduğu ülkenin doğrudan uygulanan kurallarına etki tanınması gerekebilir.

KAYNAKÇA

- Atamer YM, *Sözleşme Özgürlüğü'nün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* (2. Bası, Beta 2001).
- Aydoğdu M, *Türk Borçlar Hukuku'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi* (Seçkin 2014).
- Bayata-Canyaş A, *AB ve Türk Hukuku Uyarınca Sözleşmeye Uygulanacak Hukuka İlişkin Genel Kural* (Adalet 2012).
- Canpolat F, *Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler* (Yetkin 2009).
- Cheshire GC, North P and Fawcett JJ, *Private International Law* (15th edn, OUP 2017).
- Çelikel A ve Erdem B, *Milletlerarası Özel Hukuk* (17. Bası, Beta 2021).
- De Gottrau N, “Die Bankgarantie im schweizerischen Recht” innen Graf von Westphalen, Brigitta Zöchling-Jud (Hrsg) *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (4. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft/dfw Mediengruppe 2014).
- Demirkol B, “Türk Hukukunda Genel İşlem Şartlarında Yer Alan Hukuk Seçimi, Yetki Anlaşması ve Tahkim Anlaşmalarının Hüküm Doğurması” (2020) 40(2) Public and Private International Law Bulletin (Prof. Dr. Cemal Şanlı'ya Armağan) 1313-1350.
- Demirkol B, *Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un 24. Maddesi Çerçevesinde Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk* (Vedat 2014).
- Develioğlu HM, *Bağımsız Garanti Sözleşmeleri* (On İki Levha 2021).

- Doğan V, *Teminat Mektupları* (6. Bası, Savaş 2020).
- Dohm J, *Bankgarantien im internationalen Handel* (Verlag Stämpfli&Cie AG 1985).
- Ekinci A ve Durukanoğlu N, *Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Teminat Mektupları (Garanti ve Kontrgarantiler)* (Legal 2016).
- Erkan M, “MÖHUK m. 31 Bağlamında Türk Hukukunda Doğrudan Uygulanan Kurallara Bakış” (2011) 15(2) Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 81-121.
- Giuliano M and Lagarde P, *Council Report on the Convention on the Applicable Law to Contractual Obligations, Official Journal of the European Communities*, (1980) 282.1.
- Güngör G, *Temel Milletlerarası Özel Hukuk Metinlerinin Sözleşmeden Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Konusundaki Yakınlık Yaklaşımı* (Yetkin 2007).
- Kahyaoglu EC, *Banka Garantileri* (Beta 1996).
- Karaca HA, “Uluslararası Ticari Sözleşmelerden Kaynaklı Devlet Mahkemelerindeki Yargılamalarda “Hukuk Kuralları”nın Seçimi: Lahey Prensipleri m. 3” in Sibel Özel, Mustafa Erkan (eds), *Milletlerarası Özel Hukukta Sözleşmesel Meseleler: Uluslararası Konferans 11 Ekim 2018 (On İki Levha 2018)* 113-137.
- Kleiner B, Landolt K and Gemperli D, *Bankgarantie, Die Garantie unter besonderer Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes* (5. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2016).
- Lando O, “The Conflict of Laws of Contracts: General Principles” (1984) 196 Recueil des cours 225.
- Nielsen J, *Bankgarantien bei Aussenhandelsgechäften* (Köln Bank-Verl 1986).
- Nomer E, *Devletler Hususi Hukuku* (23. Bası, Beta 2021).
- Oğuzman MK ve Barlas N, *Medeni Hukuk Giriş/Kaynaklar/Temel Kavramlar* (29. Bası, On İki Levha 2023)
- Özdemir-Kocasakal H, “Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları” (2010) 30(1-2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 27-62.
- Özdemir-Kocasakal H, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* (Galatasaray Üniversitesi Yayınları 2001).
- Özdemir H, “Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları” (1999) 73(7-8-9) İstanbul Barosu Dergisi 730-761.
- Özel S, Erkan M, Pürselim HS ve Karaca HA, *Milletlerarası Özel Hukuk* (2. Bası, On İki Levha 2023).
- Özel S, “Sözleşmesel İlişkide Möhuk m. 24/II’de Öngörülen Objektif Bağlama Kuralının Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi” (2002) 22(2) Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni 577-618.
- Özen B, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi* (4. Bası, Vedat 2017).
- Reisoğlu S, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler* (2003).
- Şanlı C, Esen E ve Ataman-Figanmeşe İ, *Milletlerarası Özel Hukuk* (10. Bası, Beta 2023).
- Şanlı C, *Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* (7. Bası, Beta 2019).
- Tandoğan H, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri C. 2* (3. Bası, Evrim 1987).
- Tekinalp G, *Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama ve Usul Hukuku Kuralları* (13. Bası, Vedat 2020).
- Toker AG, “Yabancı Unsurlu Teminat Mektubu Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk” (2012) 12 (Özel Sayı) Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 991-1052.
- Westphalen GF, *Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr* (4. Auflage, Fachmedien Recht und Wirtschaft/dfw Mediengruppe 2014).
- Yavuz C, Acar F ve Özen B, *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler C. 2* (11. Bası, Beta 2022).