

## **<sup>H</sup>YABANCI UNSURLU TEMİNAT MEKTUBU SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK**

*Dr. Ali Gümrah TOKER\**

### **GİRİŞ**

Bir sözleşme ilişkisine girecek taraf, karşı tarafın edimini sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getireceği konusunda kendini güvende hissetmek ister. Özellikle ticarî hayatta bu durumla daha yoğun şekilde karşılaşmaktadır. Gerek ülke içi Ticarî ilişkilerde gerekse de uluslararası ticarî ilişkilerde, taraflar arasındaki güven problemi, önemli bir sorun teşkil etmektedir.

Taraflar, aralarındaki bu güven probleminin çözümü konusunda çeşitli faaliyetlerde bulunmuşlardır. İlk olarak, bireysel teminat yolu ile bu sorunu çözmeye çalışmışlar; ortaya çıkan sıkıntılar nedeniyle farklı yollar aramaya başlamışlardır. Özellikle, ticarî yaşamın hareketlenmesi, ticarî ilişkilerin yoğunlaşması ile birlikte ortaya çıkabilecek riskler, tarafların verdikleri bireysel teminatlar ile karşılanamaz hale gelmiştir. Buna bağlı olarak sözleşmenin tarafları, ortaya çıkabilecek riskleri azaltmak amacıyla bireysel teminat yoluna başvurmadan vazgeçmişler; aralarındaki ilişkilerde banka garantilerini veya banka teminat mektuplarını kullanmaya başlamışlardır.

Uluslararası alanda banka teminat mektuplarının kullanımının yaygınlaşması ile birlikte bu konuya ilişkin olarak yabancı unsurlu uyuşmazlıklar ortaya çıkmıştır. Yabancı unsura sahip banka teminat sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkları çözmek için de bu uyuşmazlıklar hakkında hangi hukukun uygulama alanı bulacağına tespiti gerekir. Yabancı unsurlu bir banka teminat mektubu sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık Türk hakimi önüne geldiğinde hakim, MÖHUK m. 24'de yer alan ve sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku düzenleyen bağlama kuralı aracılığı ile

<sup>H</sup> Hakem incelemesinden geçmiştir.

\* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

yetkili hukuku tespit edecektir. Bunun yanında yabancı unsura sahip banka teminat mektubundan doğan ilişkiler, sadece teminat mektubu sözleşmesi ve bu sözleşmenin tarafları olan banka ve muhatap arasındaki ilişkiden ibaret değildir. Bu nedenle çalışmada, yabancı unsurlu banka teminat mektubundan doğan diğer ilişkiler hakkında uygulanacak hukukun tespitine yönelik bazı açıklamalarda da bulunulacaktır.

### I. YABANCI UNSURUN TESPİTİ ve VASIFLANDIRMA SORUNU

5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun<sup>1</sup> (MÖHUK) uyarınca banka teminat mektuplarına uygulanacak hukukun tespiti edilebilmesi için taraflar arasındaki bu ilişkinin yabancı unsura sahip olması ve özel hukuka ilişkin olması gerekir. Zira 5718 Sayılı Kanun'un "Kapsam" başlıklı 1. maddesinde bu Kanun uyarınca uygulanacak hukuk belirlenirken yabancı unsur taşıyan özel hukuka ilişkin<sup>2</sup> işlem ve ilişkilerin dikkate alınacağı düzenlenmiştir.

Milletlerarası özel hukukta, kanunlar ihtilâfı alanında, yabancı unsura sahip olay ve ilişkilerden doğan uyumsuzlıklara uygulanmak üzere yetkili hukuk tespit edilirken, çeşitli hukukî kavramlardan hareket edilir. Kanunlar ihtilâfı kuralları, bağlama konusunu belirlemek amacıyla genel kavramlar kullanır. Bu genel kavramlar ise o kanunlar ihtilâfı kuralının düzenlediği hayat ilişkisini ve ilişkilerini işaret eder<sup>3</sup>.

Yabancı unsurlu olay veya ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenmesi için bağlama konusunu oluşturan hukukî kavramların hukukî niteliklerinin

<sup>1</sup> RG. 12.12.2007-26728, Yayımlandığı Düstur: 5. Ter., C. 47.

<sup>2</sup> Taraflar arasındaki banka teminat mektubu ilişkisinin özel hukuka ait olduğu açıktır. Teminat mektubu ilişkisinin hukukî niteliği genellikle garanti sözleşmesi olmakla birlikte, kefalet sözleşmesi veya karma nitelikli sözleşme olduğu durumlara da rastlanmaktadır. Teminat mektubu verilmesi banka ile muhatap arasında sözleşmeye dayalı bir hukukî ilişki yaratırken, bu ilişkinin yanı sıra diğer bazı hukukî ilişkiler de söz konusu olmaktadır. Doğrudan garantide lehdar ile (ilk) banka arasında ve dolaylı garantilerde ise ilk banka ile ikinci banka arasında vekâlet sözleşmesi bulunmaktadır. Dolaylı garantilerde garantör yabancı banka ilk bankadan kontrgaranti almadan muhataba teminat mektubu vermediği için her iki banka arasında da garanti sözleşmesinin varlığı söz konusudur. Bkz. IV No'lu başlık altındaki açıklamalar.

<sup>3</sup> **Nomer**, Ergin: Devletler Hususî Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011, s. 94.

tespiti gerekir. Bu durumda hâkim, ilk olarak, önüne gelen bir hukukî olay veya ilişkinin yabancı unsura sahip olup olmadığını araştırarak, yabancı unsuru tespit etmesinden sonra olay ve ilişkinin hukukî niteliğini tespit edecektir.

#### A. YABANCI UNSUR

Taraflar arasındaki hukukî ilişki, birden çok hukuk sistemi ile ilgiliyse yabancı unsurun varlığı kabul edilmektedir. Bu durumda, taraflar arasındaki yabancı unsurlu hukukî ilişki, yargı organlarına başvurulacak ülke huku-kundan başka diğer bir hukuk sistemi veya sistemleri ile bağlantılıdır<sup>4</sup>. Yabancı unsurun çeşitli hukukî ilişkiler bakımından gerçekleşme biçimi hakkında öğretilerde bazı örnekler verilmiştir. Taraf kişilerden en az birinin yabancı olması veya yabancı bir ülkede yerleşim yerinin olması veya devamlı oturması, uyuşmazlığa teşkil eden “şey”in yabancı ülkede bulunması, uyuşmazlığa konu olan işlemin yabancı ülkede yapılması, taraflar arasındaki olay veya ilişkinin tamamen veya kısmen yabancı ülkede meydana gelmesi, uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin yabancı ülkede icra edilmesi, uyuşmazlığa konu olan sözleşmeye tarafların yabancı bir hukukun uygulanmasını kararlaştırmış olmaları, uyuşmazlığa konu olan haksız fiilin yabancı ülkede gerçekleşmesi<sup>5</sup> verilen bu örneklerden bazılarıdır.

Yabancı unsurlu (veya milletlerarası nitelikli) sözleşmelerin tespiti bakımından, hangi sözleşmenin yabancı unsurlu, hangi sözleşmenin mahallî sözleşme olduğunu tespit eden ölçütlerin neler olacağı konusunda açıklamalarda bulunulmalıdır. Taraflar arasındaki bir sözleşmenin yabancı unsura sahip olup olmadığının tespitine yönelik bir inceleme yapıldığında, bu tespitite bize yol gösterecek ölçütler hakkında öğretilerde birbirinden farklı anlayış ve eğilimler bulunmaktadır. Bu konuya ilişkin öğretilerdeki bir görüşe göre sözleşmenin yabancı unsura sahip olup olmadığının tespitinde sözleşmenin birden çok hukuk sistemi ile bağlantısı esas alınmalı ve birden çok hukuk sistemi ile bağlantılı sözleşmeler yabancı unsurlu sayılmalıdır. Diğer bir görüşe göre yabancı unsurun tayin ve tespitinde sözleşme ile ilgili

<sup>4</sup> **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır B.: Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul 2012, s. 8-9.

<sup>5</sup> **Nomer**, s. 5; **Çelikel/Erdem**, s. 8-9; **Tekinalp**, Gülören/**Çavuşoğlu**, A. Uyanık: Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. Bası, İstanbul 2011, s. 22.

şahsî ve coğrafi unsurlardan hareket edilmeli, sözleşmenin tarafları farklı devlet vatandaşlığına sahipse veya farklı ülkelerde yerleşim yeri veya mutad meskene sahipse veya sözleşme konusu şey, hizmet ya da ödemeler bir ülkenin sınırlarını aşmakta ise sözleşmenin yabancı unsura sahip olduğu kabul edilmelidir<sup>6</sup>.

Bahsedilen iki görüş de sözleşmenin yabancı unsurlu olup olmadığını tespit ederken, klâsik anlamda bir yabancı unsurun varlığını aramaktadır. Bu durumda, taraflar arasındaki borç ilişkisi, kişi veya yer bakımından bir yabancı unsur içerdiği takdirde sözleşme milletlerarası niteliğe sahip olacaktır<sup>7</sup>. Günümüzde ise, bu konuda yeni bir anlayışın ve uygulamanın olduğu

<sup>6</sup> Bu noktadaki görüşler ve bu görüşleri savunan yazarlar için bkz. **Şanlı**, Cemal: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 29-31.

<sup>7</sup> Bu konudaki bir başka görüş farklılığı, MÖHUK m. 24 uyarınca yapılabilecek hukuk seçimi bakımından karşımıza çıkmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre MÖHUK m. 24 uyarınca yapılabilecek hukuk seçimi, yabancı unsur taşımayan sözleşmeler için uygulanamaz; bu konuda milli hukukta yer alan irade serbestliği söz konusudur. Hukuk seçimi ancak yabancı unsur taşıyan sözleşmeler için geçerlidir. Tarafları Türk vatandaşı olan ve yabancılık unsuru taşımayan bir sözleşmede MÖHUK m. 24 uyarınca yabancı bir hukukun seçilmesi, taraflar arasındaki ilişkiyi milletlerarası özel hukukun kapsamına sokmaz. Başka bir ifadeyle, MÖHUK m. 24 anlamında hukuk seçimine imkan tanınamaması için “sözleşmenin, seçilen hukuk dışında, objektif olarak yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşme olması gerekmektedir”. Bu görüş için bkz. **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 352 dn. 10’daki yazarlar ayrıca bkz. **Özdemir-Kocasakal**, Hatice: “MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında “Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme” ve “Uluslararası Sözleşme” Kavramları”, İBD 1999, S. 4, s. 926-941; **Özdemir-Kocasakal**, Hatice: “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletler-arası Özel Hukuk Bülteni 2010, Y. 30, S. 1-2, s. 33-35; **Doğan**, Vahit: Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010, s. 24 dn.5 ve s. 288 vd. Bu konudaki başka bir görüşe göre modern anlamda hukuk seçimi, iradeye milletlerarası özel hukukta bir bağlama kuralı tesis etme özelliği tanınmaktadır. Bu yolla seçilen hukuk, emredici kuralları da dahil olmak üzere taraflar arasındaki sözleşme uygulanır; taraflar arasındaki ilişkiye bağımsız olarak yabancı bir unsurun katılımını sağlayan bir bağlama noktasıdır. Başka bir ifadeyle, yabancı bir hukuk seçimi ile taraflar arasındaki hukukî ilişki, yabancı unsurlu bir hukukî ilişki haline gelir; taraflar arasındaki bu sözleşme artık yabancılık unsuru taşıyan bir sözleşmedir. Bu durumda, yabancılık unsurunun tespitinde, taraf iradelerinden başka bir ölçütün aranmasına gerek yoktur. Bu görüş için bkz. **Nomer**, s. 307; Yargıtay HGK’nun 1998 tarihli kararında da aynı sonuca varılmıştır. Yüksek mahkemeye göre “...Borç ilişkisi, yabancılık unsurunu taşımaktadır. Uyuşmazlığın doğduğu borç ilişkisinde, taraflardan birinin veya her ikisinin yabancı

görülmektedir. Yeni anlayışa göre, taraflar arasındaki borç ilişkisi, klâsik anlamda yabancı unsur içermese dahi, milletlerarası ticaret hayatını ilgilendirmesi hâlinde, artık taraflar arasındaki ilişkinin (sözleşmenin) yabancı unsura sahip olduğu kabul edilir<sup>8</sup>. Bu halde, sözleşmenin maddi (ekonomik) karakteri ön planda tutulmalı ve uluslararası ticareti ilgilendiren ya da uluslararası ticaretin yarar alanına giren sözleşmeler yabancı unsurlu başka bir ifadeyle milletlerarası nitelikli sayılmalıdır<sup>9</sup>.

Banka teminat mektupları hakkında uygulanacak hukuku tespit etmeden önce yabancı unsurun varlığını aramak gerekmektedir. Banka garanti sözleşmesinin veya teminat mektubunun üç köşeli bir ilişki (muhatap-bankalehedar) olduğu ve banka ile muhatap arasındaki ilişkinin temel ilişkiden bağımsız olduğu dikkate alındığında; her durumda bankanın muhataba verdiği teminat mektubunda klâsik anlamda bir yabancı unsurun varlığına (teminat verenin, lehdarın veya muhatabın yabancı olması gibi) rastlanmayabilir. DOĞAN, çalışmasında verdiği bir örnekle bu durumu açıklamıştır. Yazarın verdiği örnek şu şekildedir: “Türkiye’de açılan bir milletlerarası ihalede, ihale şartları arasında ihaleye katılacak kişilerden Türk bankalarından alınmış bir teminat mektubu temin edilmesi de bulunuyor ise ve ihaleyi kazanan yabancı firmanın Türk bankasından lehine teminat mektubu veya banka garantisi verilmesi talep edildiğinde Türk bankasının Türk muhataba vermiş olduğu bu teminat mektubunda klasik manada bir yabancılık unsurunun bulunmadığının kabulü gerekir. Oysa bu örnek olayda yabancı lehdar yerine, kural olarak yabancı bir bankanın kontrgarantisine istinaden bir Türk bankasının teminat vermesi söz konusudur”<sup>10</sup>.

olması veya akdin yapıldığı yerin veya icra yerinin yabancı ülke olması veya akid konusunun yabancı ülkede bulunması veya borç ilişkisinin yabancı ülkede doğması veya *borç ilişkisine uygulanacak, hukukun yabancı bir hukuk olması* gibi, bir yabancılık unsurunun bulunması gereklidir. Yabancılık unsuru taşımayan, bir borç ilişkisi için yabancı ülke mahkemesine yetki veren anlaşma Türk hukuku yönünden geçerli olmaz...” (Yarg. HGK., T. 6.5.1998, E. 12-28, K. 325, <http://www.corpus.com.tr/>).

<sup>8</sup> Akıncı, Ziya: Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, s. 25 vd; Tiryakioğlu, Bilgin: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996, s. 7 vd.; Doğan, Vahit: Banka Teminat Mektupları, 4. baskı, Ankara 2011, s. 159; Şanlı, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. bası, İstanbul 2011, s. 6.

<sup>9</sup> Çelikel/Erdem, s. 322; Şanlı, s. 6.

<sup>10</sup> Doğan, Teminat Mektupları, s. 159-160.

Verilen bu örneğe bakıldığında banka Türk bankasıdır, muhatap ise Türk'tür. İhale Türkiye'de açılmıştır. Banka ile muhatap arasındaki teminat mektubu ilişkisi, lehdar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden de bağımsızdır. Teminat mektubu ilişkisinde yabancılik unsurunun tespiti yapılırken; klasik anlamda bir yabancılik unsurunu aramak yerine, taraflar arasındaki ilişkinin milletlerarası ticaretin menfaatlerine hizmet eden bir ilişki olup olmadığı dikkate alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu konudaki yeni anlayış uyarınca, taraflar arasındaki teminat mektubu ilişkisi, milletlerarası ticaret hayatını ilgilendiriyorsa, taraflar arasındaki ilişkinin milletlerarası niteliğe sahip olduğu kabul edilmelidir. Aynı şekilde, milletlerarası ticareti ilgilendirmesi şartıyla, teminat mektubu ilişkisinde olduğu gibi, temel ilişkide de klasik manada yabancılik unsurunun bulunmaması hâlinde bile (örneğin Türkiye'de açılmış milletlerarası bir ihalede Türk firmalarının ihaleyi aldıkları kabul edilirse) yabancı unsurlu bir borç ilişkisinin varlığından söz edilmelidir. Aksinin kabulü, yabancı firmalara tanınan imkânların Türk firmalarına tanınmaması anlamına gelir. Bu durum da millî ekonomiye zarar verir<sup>11</sup>.

## B. VASIFLANDIRMA SORUNU

### 1. Milletlerarası Özel Hukukta Vasıflandırma Hakkında Genel Bilgiler

Hukuk düzenlerinin belli hayat ilişkilerini farklı şekilde vasıflandırması, milletlerarası özel hukukta vasıflandırma sorununu ortaya çıkarmaktadır. Karşılaştırmalı hukukta, kanunlar ihtilâfi kurallarında yer alan bağlama konularını düzenleyen kavramların çeşitliliğinin az olduğu, hatta bu kavramların hemen hemen aynı olduğu görülmektedir. Buna karşın, bu genel kavramlar içinde yer alan hayat ilişkileri ise farklı hukuk düzenlerinde farklı değerlendirilebilmektedir. Bu nedenle, belli bir hayat ilişkisi vasıflandırılması sırasında hukuk düzenleri birbirlerinden farklı sonuçlara ulaşabilmektedir<sup>12</sup>.

Milletlerarası özel hukukta kanunlar ihtilâfi kuralları yorumlanırken bağlama kuralının konusunu teşkil eden kavramların doğurabileceği çeşitli tereddütler nedeniyle ortaya çıkan probleme "vasıflandırma problemi" denir.

<sup>11</sup> Doğan, Teminat Mektupları, s. 159.

<sup>12</sup> Nomer, s. 94.

Hâkim, bu gibi durumlarda ortaya çıkan problemi çözmek için yorum yapacaktır. Bu yoruma, milletlerarası özel hukukta “vasıflandırma” adı verilmektedir<sup>13</sup>.

Hâkim, kanunlar ihtilâfı kuralı vasıtasıyla yetkili hukuku tespit ederken, yapması gereken ilk iş vasıflandırmadır. Kuralın uygulanmasında, bir hukukî kurum veya hukukî ilişki, ilgili hukuk düzenlerinde farklı vasıflandırmalara tâbi tutuluyorsa, bu konuda hangi vasıflandırmanın dikkate alınacağını hâkim tespit eder. Uyuşmazlık konusu olaydaki hukukî kurum veya hukukî ilişkinin ilgili hukuk düzenlerince vasıflandırılması birbirinden farklı ise dikkate alınacak vasıflandırmaya göre farklı kanunlar ihtilâfı kuralları ve farklı hukuk düzenleri uygulanacaktır<sup>14</sup>.

Milletlerarası özel hukukta vasıflandırma konusunda teoride üç hukuk sistemine yönelik incelemelerde bulunulmuştur. Bunlar *lex fori* (hâkimin hukuku), *lex causae* (hüküm statüsü) ve bağımsızlık teorisidir<sup>15</sup>.

*Lex fori* (hâkimin hukuku) uyarınca hâkim, bağlama konusu olan hayat ilişkisini kendi hukuk sistemini uyarınca değerlendirir. Bağlama konusunun vasıflandırılmasını, kendi hukuk sistemine göre yapar.

*Lex causae* (hüküm statüsü) uyarınca hâkim, bağlama konusu olan hayat ilişkisinin vasıflandırmasını milletlerarası özel hukuk bakımından yetkili hukuk düzenine göre yapar.

Bağımsızlık teorisi (otonom yorum) uyarınca hâkim, bağımsız ve özel olarak kanunlar ihtilâfı hukuku için oluşturulmuş kavramlara göre vasıflandırma yapar. Bu noktada dikkate alınması gereken hukuk, hâkimin hukuku veya hüküm statüsü değildir. Bu yöntemde hâkime karşılaştırmalı hukuktan yararlanılması önerilir.

*Lex fori* (hâkimin hukuku) teorisi, karşılaştırmalı hukukta, Türk öğretisi ve uygulamasında genel kabul gören teoridir<sup>16</sup>. Bağlama kuralları da hâkimin

<sup>13</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 40-41.

<sup>14</sup> **Nomer**, s. 94-95.

<sup>15</sup> Vasıflandırma ile ilgili olarak üç temel teori bulunmakta birlikte, bu teorilerin değişik şekilleri olarak da ifade edilen görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşler için bkz. **Nomer**, s. 100-101; Bu üç temel teori dışında diğer bazı teoriler, “Karma Yorum” başlığı altında toplanabilir. Bu teoriler, “Genişletilmiş *Lex Fori*” ve “Kademeli Yorum”dur. Bu iki teori için bkz. **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 43-44

<sup>16</sup> **Nomer**, s. 97, 101; **Çelikel/Erdem**, s. 91; **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 42.

hukukunun bir parçası olduğu için bu görüş genel olarak kabul görmektedir<sup>17</sup>. Bu durumda Türk hâkimi, kural olarak lex fori'nin vasıflandırmasından hareket ederek yetkili hukuku tayin eder<sup>18</sup>. Bununla birlikte, lex fori uyarınca yapılan niteleme her zaman tatminkâr sonuçlar vermeyebilir. Bazı durumlarda, lex causae'nin yorumuna gitmek daha hakkaniyetli olabilir. Bu durumda taraf menfaatleri, milletlerarası özel hukuk hakkaniyeti, ortaya konulan ihtilâf hâlindeki kanunlarla güdülen amaç gibi hususlar dikkate alınmalı ve vasıflandırmanın hangi sistem içinde yapılacağı sonucuna varılmalıdır<sup>19</sup>.

## 2. Banka Teminat Mektuplarının Vasıflandırılması

### a. Kural: *Lex Fori, Hakimin Hukuku Uyarınca Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Niteliği*

Milletlerarası özel hukukta hakim, banka teminat mektuplarının hukukî niteliğini belirlerken vasıflandırmayı kural olarak kendi hukuku uyarınca yapar. Bankanın müşterilerinden birisi lehine üçüncü kişiye teminat verdiği borç ilişkisinin hukukî niteliğini belirlerken örneğin bu ilişkinin bir garanti sözleşmesi mi veya kefalet sözleşmesi mi olduğunu kendi hukuku uyarınca yapacağı vasıflandırma ile tespit eder. Dolayısıyla yabancı unsura sahip özel hukuka ilişkin bir uyuşmazlık önüne geldiğinde Türk hâkimi de lex fori uyarınca kendi millî hukukunu uygulayacak; uyuşmazlık konusu olan yabancı unsurlu banka teminat mektubunun hukukî niteliğini Türk hukuku uyarınca tespit edecektir. Bu sebeple, Türk mahkemesinin önüne yabancı unsurlu banka teminat mektubundan doğan bir uyuşmazlık geldiğinde, mahkeme, banka teminat mektubunun hukukî niteliğini Türk hukukunu dikkate alarak belirleyecektir.

<sup>17</sup> Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 42.

<sup>18</sup> Kural lex fori olmakla beraber, bazı durumlarda lex causae'nin yorumuna gitmek daha hakkaniyetli sonuçlara ulaşılmasını sağlar. bkz. Çelikel/Erdem, s. 91-92.

<sup>19</sup> Hâkimin hukukunda yer almayan veya farklı sistem kavramları içinde düzenleniş olan hukukî kurumların yorumlanmasında lex fori yöntemi, hâkimi çözüme ulaştırmaz. Örneğin, zamanaşımında, eğer konu lex fori'de (hâkimin hukukunda) maddi hukuka, lex causae'da (uygulanacak hukukta) usul hukukuna giriyorsa bu sorunun çözümünde lex fori yöntemi yetersiz kalır. İngiliz hukukunda yer alan "trust" kavramı Türk hukukunda düzenlenmediği için Türk hâkimi lex fori olan Türk hukukuna göre yorum yapamaz (Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 42-43).



Banka Teminat mektuplarına ilişkin bir uyuşmazlıkta uygulanacak hukukun tespit edilmesi açısından *lex fori* uyarınca yapılan vasıflandırmada Türk hâkiminin dikkate alacağı ilk konu, teminat mektubu ilişkisinin Türk Borçlar Hukuku alanına girdiği olacaktır. Teminat mektubu, aslen taraflar arasındaki ticarî ilişkiden doğmaktadır. Milletlerarası ticari ilişkilerde, sözleşmenin karşı tarafının edimini gereği gibi veya zamanında yerine getirmemesi rizikosuna karşı, ticarî ilişkinin alacaklısı durumunda bulunan taraf, muhtemel uğrayabileceği zararlara karşılık olarak sözleşmenin diğer tarafından bir teminat mektubu isteyebilecektir. Kendisinden teminat mektubu istenen taraf ise bankasına müracaat edecek, rizikonun gerçekleşmesi hâlinde, sözleşmenin karşı tarafının zararını karşılayacağına dair onunla bir teminat mektubu sözleşmesi yapmasını istemektedir. Bu noktada banka, müşterisi olan sözleşmenin borçlusu olan tarafın, borcunu asıl sözleşmeye uygun olarak zamanında ve gereği gibi yerine getireceğini aksi halde asıl sözleşmenin tarafları arasındaki hukukî ilişkiden doğabilecek zararları üstleneceğini taahhüt eder. Görüldüğü gibi teminat mektubu ilişkisinde kural olarak, üç taraf bulunmaktadır. Bunlar, teminat mektubunu veren banka, lehine teminat mektubu verilen lehdar ve garanti alan muhataptır. Yabancı unsurlu olay ve ilişkiler nedeniyle verilen teminat mektuplarında ikinci bir banka da devreye girebilmekte, teminat mektubu talep edilen banka mektubu muhataba doğrudan kendisi vermek yerine yabancı bir banka aracılığı (fonksiyonuna göre bu banka muhabir banka veya garantör banka olabilir) ile de verebilmektedir<sup>20</sup>.

Teminat mektuplarının hukukî niteliği konusunda gerek öğretide gerekse de yargı kararlarında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Temel olarak dört görüş bulunmaktadır. Bunlar; hukukî niteliğin “kefalet sözleşmesi”, “garanti sözleşmesi”, “karma nitelikli sözleşme” ve “sui generis sözleşme” olduğu yönündedir<sup>21</sup>. Ayrıca Yargıtay’ın banka teminat mektuplarının hukukî niteliğinin belirlendiği 1967 ve 1969 Tarihli iki içtihadı birleştirme kararı bulunmaktadır. Bu noktada bu görüşlerden ve içtihadı birleştirme kararlarından bahsedilmelidir.

<sup>20</sup> **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 60.

<sup>21</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Halûk: “Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukukî Mâhiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 793-831.

### *i. Kefalet Sözleşmesi Görüşü*

Bu görüş uyarınca, banka teminat mektupları kefalet sözleşmesi niteliği taşırlar. Bu görüş, öğretilerdeki bazı yazarlarca savunulmuştur<sup>22</sup>. Ayrıca Yargıtay'ın eski tarihli bazı kararlarına da bakıldığında aynı sonucun benimsenmiş olduğu görülmektedir<sup>23</sup>.

Bu görüş uyarınca, teminat mektubunu veren banka, muhatabın hiçbir zaman zarara uğramayacağını taahhüt etmemektedir. Banka, lehdarın taahhüdünü ifa etmemesi hâlinde mektupta yazılı bedeli ödeyeceğini beyan ederek muhatabın, sözleşmede tespit edilmiş meblağa kadar uğrayacağı zararları karşılamayı taahhüt etmektedir.

Banka teminat mektuplarında yer alan “ilk talepte” ödeme kayıtları, bankanın ödeme anının tespitine ilişkin bir kayıt olarak kabul edilmiştir<sup>24</sup>. Bu kayıt ile bankanın def’i ve itirazlarını ileri sürememesi sadece ödeme anına münhasırdır. Zımnın rizikonun gerçekleşmesi şartı ile banka ödemede bulunacaktır. Banka, lehdarın girişimin sonucu ile bağlı olmamakla birlikte,

<sup>22</sup> **Ünay**, Vecdi: Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilmesi Usulleri, Ankara 1957, s. 199; **Onur**, Vedat: Bankacılık Hukuku, Ankara 1965, s. 99; **Sav**, Atilla: “Banka Teminat Mektuplarının Haczi”, ABD 1967, S. 1, s. 48; **Somuncuoğlu**, Ünal: “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Umumi Kontrgaranti Taahhütlerine Göre Bankaların Nakit Depo Talebi”, İBD 1975, S. 9-10, s. 831; **Somuncuoğlu**, Ünal: “Bir Yargıtay Kararı İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları, BATİDER 1975, S. 1, s. 171; **Reisoğlu**, Seza: Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, s. 102 vd; ayrıca bkz. **Barlas**, Nami: Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, s. 40 dn. 155’deki Yazarlar.

<sup>23</sup> Temyiz mahkemesi, Ticaret dairesinin yayımlanmamış bir kararında mahkeme bir teminat mektubunu kefalet niteliğinde görmüş ve ödeyen kefilin kontrgaranti veren rücu kefile müracaat edebileceğini kabul etmiştir (Yarg. Tic. D., T. 6.12.1959, E. 58 K. 377, yayımlanmamış karar). Aynı şekilde yine Ticaret Dairesinin yayımlanmamış bir kararında da bir teminat mektubu kefalet olarak kabul edilmiştir (Yarg. Tic. D., T. 30.4.1959, E. 892 K. 1213, yayımlanmamış karar). Bu kararlar için bkz. **Tandoğan**, Halûk: Garanti Mukavelesi, Ankara 1959, s. 35 dn. 129 ayrıca bkz. Yarg. Tic. D., 23.1.1968, E. 67/1558, K. 400, Bu karar için bkz. **Akyazan**, **Sıtkı**: Banka Ve Ticaret Hukuku İle İlgili İncelemeler, Ankara 1972, s. 177.

<sup>24</sup> Alman hukukuna bakıldığında, bankanın muhatap ile yaptığı sözleşmede, bankanın ödeme yükümlülüğünün “ilk talepte” kaydını içermesi durumu, garanti sözleşmesinin varlığı bakımından önemli bir ipucudur. Bununla birlikte, kefalet sözleşmelerinde de “ilk talepte” ödeme kaydı bulunabilir. Bu kayıt, Alman hukukunda, bankanın garanti sözleşmesi yaptığı konusunda önemli bir ipucu olarak kabul edilmektedir (**Doğan**, Teminat Mektupları, s. 30).

banka teminat mektubunu vermedeki tek menfaati komisyon alacağıdır. Bu nedenlerle banka teminat mektuplarının hukukî niteliği kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmiştir<sup>25</sup>. Bunun yanında kefalet görüşünün ortaya atıldığı yıllardaki Türk bankacılık uygulamasına bakıldığında; banka teminat mektuplarında bankanın “borçlu ile birlikte müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu” sıfatı ile sorumlu olacağına dair ibareler yer almaktaydı<sup>26</sup>. Uygulamada banka teminat mektuplarında yer alan bu kayıtlar da bu görüşü destekleyen yazarlarca, kefalet görüşüne gerekçe olarak gösterilmiştir.

Kefalet görüşünü destekleyen yazarlar da kendi içinde görüş ayrılığına düşmektedir. Bu yazarların bir kısmı, tüm banka teminat mektuplarının hukukî niteliğini, mutlak surette kefalet sözleşmesi olarak görmekte<sup>27</sup>, diğer bir kısmı ise banka teminat mektuplarının genelde kefalet niteliğini taşıdığını, fakat garanti niteliğinde de banka teminat mektupları verileceğini kabul etmektedirler<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> **Somuncuoğlu**, Nakit Depo Talebi, s. 851; İsviçre’de de önceleri banka teminat mektuplarının kefalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul ediyordu. Bu konuda bkz. **Tandoğan**, Garanti Mukavelesi, s. 35 vd.

<sup>26</sup> **Günel**, Vural: “Teminat Mektupları”, ABD 1968, C. 25, S. 6, s. 973; **Akyazan**, Sıtkı: “Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, BATİDER 1975, C. 8, S. 1, s. 2; Bu dönemde öğretilerde teminat mektuplarının hukukî mâhiyetinin kefalet yerine garanti sözleşmesi olarak belirlenmesinin lehine teminat mektubu tanzim edilen kişilerin hukukunun korunması açısından yararlı olacağını belirten yazarlar da mevcuttur. Örneğin **Günel**’a göre “...mevcut hukukî müesseseler karşısında, bankalarca tanzim olunup, çeşitli vesilelerle toplum hayatında kullanılan teminat mektuplarının, hukukumuzda tam gelişmemiş bir müessese olan “garanti mukavelesi” olarak nitelendirilmesi, uygulama alanında kefaletle nazaran daha fazla pürüzler meydana çıkarabilecek ve bankaların, teminat mektupları içinde, özellikle ve özenle yerleştirdikleri *müteselsil kefil* ve *müşterek borçlu sıfatıyla kefil* gibi terimler dolayısıyla kefil olarak sorumlu olacaklarını kabul etmek gerekebilecekse de, lehine teminat mektubu tanzim edilen kişilerin hukukunu da korumak gerekir. Teminat mektuplarının kendilerine ibraz olunduğu gerçek ve tüzel kişiler her halde, muamelenin da gerektirdiği gibi, karşılarında kefil yerine bir garantör bulunmasını tercih edeceklerdir. Kefalet hukukunun güç çözümler hükümleri ve defileri yerine, bir “asli borçlu” ile hesaplaşmak lehdarların lehine olacaktır...” (**Günel**, s. 973).

<sup>27</sup> **Onur**, s. 99; **Sav**, s. 48; **Somuncuoğlu**, Nakit depo Talebi, s. 831; **Somuncuoğlu**, İnceleme, s. 171 ayrıca bkz. **Barlas**, s. 40 dn. 157’deki Yazarlar.

<sup>28</sup> **Reisoğlu**, s. 97, **Reisoğlu**, 2003 tarihli “Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler” adlı eserinde çalışmamızda “garanti sözleşmesi görüşü” başlığı altında değinilecek olan 1967 ve 1969 tarihli içtihadı birleştirme kararları ve buna bağlı oluşan bankacılık

## ii. Garanti Sözleşmesi Görüşü

Hukukî niteliğin garanti sözleşmesi olduğunu öne süren yazarlara göre banka teminat mektupları, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olmasından ötürü bir tür garanti sözleşmesidir. Banka, teminat mektuplarıyla kayıtsız şartsız bir ödeme yükümlülüğü altına girmemekte, üçüncü kişi durumunda bulunan lehdarın edimini ifa etmemesi ya da sair rizikoların ortaya çıkması hâlinde muhatabın uğrayabileceği zararları teminat altına almayı amaçlamaktadır. Burada teminat mektubunun geçerliliği, üçüncü kişi olan lehdarın borcunun varlığından ve geçerliliğinden tamamen bağımsız olup teminat mektupları bu kişinin ediminin sözleşme hükümlerine göre yerine getirilmesine hizmet etmektedir. Bu durumda bankalar, temel ilişki-den ayrı borç altına girmektedirler. Bankanın vermiş olduğu teminat ile temel ilişki birbirinden bağımsızdır. Bu sebeplerle banka teminat mektuplarının hukukî niteliği konusunda kefalet sözleşmesinden değil de garanti sözleşmesinden bahsedilebileceği kabul edilmektedir<sup>29</sup>.

Önceleri banka teminat mektuplarının hukukî niteliği konusunda kefalet lehine kararlar veren Yargıtay, 1967 tarihli içtihadı birleştirme kararıyla<sup>30</sup> hukukî nitelendirmesini değiştirmiş, garanti sözleşmesi görüşünü benimsemiştir.

1967 tarihli içtihadı birleştirme kararına konu olan olayda, taşıyıcının taşıma sözleşmesinin gereklerini yerine getireceği konusu banka tarafından verilen teminat mektubu ile taşıtan lehine teminat altına alınmış, taşıma sözleşmesi yerine getirilmiş ve banka tarafından teminat altına alınan fiiller gerçekleşmiştir. Buna karşın taşıtan, teminat mektubunun iadesi gerektiği halde vermemiş; mektubun geri verilmesi konusunda dava açılmış, davada taşıtan zamanaşımı def'i'nde bulunuştur. Yüksek mahkemece yapılan ince-

uygulaması nedeniyle banka teminat mektuplarının hukukî niteliğini garanti sözleşmesi olarak kabul ederek incelemesini bu yönde yapmıştır (**Reisoğlu**, Seza: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Ankara 2003, s. 29-79); **Yüksel**, Sait: Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, İstanbul 1974, s. 339-345.

<sup>29</sup> **Günel**, s. 973; **Erman**, Eyüp S.: "Teminat Mektubu-Kefalet Akdi-Garanti Akdi", Adalet Dergisi 1969, S. 7, s. 417-418; **Yakışıklı**, Ramazan: "Teminat Mektupları", Vergi Dünyası 2001, S. 235, s. 96-97; **Haznedar**, İbrahim M.: "Banka Teminat Mektupları (Garanti Sözleşmesi-Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt)", Legal Hukuk Dergisi 2003, s. 77.

<sup>30</sup> Yarg. İ.B.K., T. 13.12.1967, E. 1966/16, K. 1967/7, R.G., T. 5.4.1968- S. 12867, s. 3.

leme sonucunda çözümlenmesi gereken hukukî sorun, davada taşıtan tarafından ileri sürülen zamanaşımı def'i'nin geçerli olup olmadığı olarak belirlenmiş<sup>31</sup> ve bu sorun çözümlerken banka teminat mektuplarının hukukî niteliği hakkında açıklamalarda bulunulmuştur. Yüksek mahkemeye göre banka teminat mektupları, bir bakımından üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğindedir. Daima yazılı şekilde düzenlenmektedir. Bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar, bu mektupta rakamla gösterilir. Bankanın sıfatı, teminat veren olduğu için taahhüdü; esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas sözleşmeden ayrı ve tamamıyla bağımsızdır. Bankanın taahhüdü, lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı değildir. Bu taahhüt garanti taahhüdü olarak boyut kazanır. Banka, teminat mektubu ile sözleşmenin tarafı olan kişinin yükümlülüklerini yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde teminatı alan kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üstüne alır. Yüksek mahkeme, garanti veren ve üçüncü şahsın fiilini garanti eden kişileri tanımlamış ve teminat mektuplarının garanti sözleşmesi sayılmasını gerektiğini açıkça belirtmiştir. Mahkemeye göre bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmesinden doğan zararın tazminini kabul etmesi hâlinde o kimse garanti veren konumundadır. Üçüncü şahsın fiilini garanti eden ise üçüncü kişinin bir şey yapacağını başkasına vaat eder; o şeyin yerine getirilmemesi hâlinde müspet ve karşılık mâhiyette zarar ve ziyanın ödemekle yükümlüdür<sup>32</sup>. Bu sebeplerle teminat mektubu veren banka bir borç yüklenmektedir ve bu

<sup>31</sup> “Çözümlenmesi gereken hukukî konu, teminat mektubunu taşıyıcıya iade etmeyen davalı taşıtanın Türk Ticaret Kanunu’nun 767 ve kaldırılan 865 sayılı Ticaret Kanununun 889uncu maddelerine dayanmak suretiyle zamanaşımı definde bulunup bulunmayacağı ve böyle bir konuda sözü edilen zamanaşımının uygulanıp uygulanmayacağı üzerinde toplanmaktadır”. Bununla birlikte davanın sonunda varılan sonuç, bu konuda zamanaşımı ileri sürülemeyeceği yönündedir. Bkz. Yarg. İ.B.K., T. 13.12.1967, E. 1966/16, K. 1967/7, RG., T. 5.4.1968- S. 12867, s. 3.

<sup>32</sup> Bu noktada, garanti sözleşmesinin kefaletten farkını yüksek mahkeme şu şekilde ifade etmiştir: “...Garanti akdinin kefaletten farklı; kefilin borcu ferî mâhiyeti haiz, yani asıl borca munzam ikinci derecede taahhüt olduğu, kefil borcun tediyeye edilmemesi hâlinde tazminat vermeyi değil asıl borca icrası lazım olan taahhüdün ifasını, yani borcu ödemeyi üzerine aldığı halde garanti veren kimsenin borcu, ferî değil müstakil niteliği taşımış olmasıdır. Garanti veren, asıl taahhüdün icrasına değil, zarar ve ziyan tediyesiyle yükümlüdür...” (Yarg. İ.B.K., T. 13.12.1967, E. 1966/16, K. 1967/7, RG., T. 5.4.1968- S. 12867, s. 3).

sözleşmenin borçlusu durumundadır. Teminatı alan ise sözleşmenin alacaklısıdır. Sözleşme hükümlerini yerine getirme yönünden fiili taahhüt edilen üçüncü şahıs ise garanti sözleşmesinin taraflarından değildir. Teminat altına alınan sonucun gerçekleşmesi hâlinde taahhüt ortadan kalkmaktadır.

Yargıtay'ın 1967 tarihli içtihadı birleştirme kararına bakıldığında; banka teminat mektuplarının niteliği konusunda yapılan değerlendirmenin kararın gerekçesinde yer aldığı buna karşın sonuç kısmında yer almadığı görülmektedir. Bu nedenle 1967 içtihadı birleştirme kararından sonra mahkemelerin kefalet sonucuna vardığı kararlara da rastlanmaktadır. Bunun üzerine sorunu ayrıntıları ile inceleyen yeni bir içtihadı birleştirme kararına gereksinim duyulmuş<sup>33</sup>, 1969 tarihli içtihadı birleştirme kararı, bugünkü yerleşik uygulamayı yaratmış ve nitelendirmeyi garanti sözleşmesi yönünde toplamıştır<sup>34</sup>.

1969 tarihli içtihadı birleştirme kararında yüksek mahkeme teminat mektuplarını, Borçlar Kanunu 110. madde (TBK m. 128) çerçevesinde üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olarak nitelendirmiştir. Bu içtihadı birleştirme kararına konu olay olayda yüksek mahkeme şu yönde karar vermiştir: "...Geçici dışalım yolu ile yurda getirilen malların belirlenen süre içinde yurt dışına çıkarılmaması durumunda bu eşya için gümrük vesaire vergi ve resim olarak tahakkuk edilen parayı gümrük idaresinin her zaman yapabileceği yazılı istek üzerine derhal veya herhangi bir itiraza ya da hüküm verilmesine gerek kalmaksızın ödemekle bankanın borçlu ile birlikte ortak ve dayanışmalı (müşterek ve müteselsil) kefil sıfatıyla yükümlü olduğuna ilişkin bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine ve fakat borçlu ile değil de diğer kişilerle yapılan bir sözleşmeye dayanarak gümrük idaresine verilen güvence mektupları; BK. nun 110. maddesindeki 3. kişinin eylemini taahhüt niteliğinde bir güvence sözleşmesidir. Güvence veren banka; alacaklı gümrük idaresine bu nedenle ödediği parayı eylemi taahhüt edilen üçüncü kişi durumundaki geçici dış alımcıdan dönerek (rücuan) isteyemez..."<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> **Barlas**, s. 41; **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 32-33.

<sup>34</sup> **Barlas**, s. 41.

<sup>35</sup> Yarg. İ.B.K., T. 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6, RG., T. 3.10.1969 - S. 13317, s. 1-5. Bu kararın eleştirisi için bkz. **Reisoğlu**, Seza: "Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar", AÜHF Ellinci Yıl Armağanı'ndan ayrı bası, Ankara 1977, s. 345-347.

Yüksek mahkeme bu sonuca varırken bazı gerekçeler ileri sürmüştür. Bu yolla gümrük idarelerine verilen banka teminat mektuplarında bulunan “ilk talepte” ödeme kayıtları ile banka, asıl borçtan bağımsız olarak bir yüküm altına girmiştir. Zira, bu durumda banka defilerden feragat etmiş, asıl borçludan daha ağır bir yükümlülük altına girmiştir. Buna karşın kefil, defilerden feragat edemez. Olay bakımından yapılan bu yönde bir feragâtın hükümsüz sayılmayıp, hukukî niteliğin belirlenmesine yönelik bir ölçü olarak kabul edilmesi gerekir. Bu noktada, aslîlik-fer’îlik ölçüsü yeterlidir; diğer ölçütlere başvurmaya gerek yoktur. Sonuç olarak denilebilir ki, Yargıtay’ın 1967 ve 1969 tarihlerinde verdiği iki içtihadı birleştirme kararında, Yüksek mahkeme, “aslîlik - fer’î”lik kıstasından hareketle banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır<sup>36</sup>.

### iii. Karma Nitelik Görüşü

TANDOĞAN’a göre banka teminat mektuplarının tümünü kefalet veya tümünü garanti sözleşmesi niteliğinde kabul etmek doğru değildir. Bu sebeple, banka teminat mektupları garanti niteliği veya kefalet niteliği taşıyabilir. Ayrıca bu iki hukukî ilişkiyi kapsayacak şekilde karma nitelik taşıyan teminat mektubu dahi verilebilir. Bu nedenle, tüm banka teminat mektupları için geçerli olacak şekilde nitelik belirlenmesinden ziyade her banka teminat mektubunun ayrı ayrı nitelendirilmesi, her somut olay bakımından ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir. Bu görüş uyarınca banka teminat mektupları, türlerine göre ayrılıp her bir tür özelliklerine göre ayrı bir nitelermeye tâbi tutulmalıdır<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> Yüksek mahkeme daha sonra verdiği kararlarında garanti görüşünü benimsemiş, teminat mektuplarının BK.nun 110. maddesinde (TBK m. 128) düzenlenen 3. kişinin fiilini taahhüt niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır. 11. HD., T. 28.10.1993, E. 5623/1992, K. 6866/1993; 11. HD., T. 30.1.2001, E. 679/2001, K. 663/2001; 11. HD., T. 30.10.2001, E. 5398/2001, K. 8323/2001; YHGK, T. 14.11.2001, E. 11-996/2001, K. 1026/2001; 19. HD., T. 14.10.2004, E. 212/2004, K. 10106/2004; 11. HD., T. 21.4.2005, E. 5922/2004, K. 4008/2005; 11. HD., T. 4.6.2007, E. 5679/ 2006, K. 8483/2007; 11. HD., T. 15.3.2010, E. 12747/2008, K. 3032/2010; 12. HD., T. 13.4.2010, E. 2305/2010, K. 9414/2010; 11. HD., T. 3.6.2010, E. 14111/2008, K. 6322/2010, bu kararlar için bkz. <www.corpus.com.tr>.

<sup>37</sup> Teminat mektupları türleri ve bu mektupların türlerine göre hukukî mâhiyetleri için bkz. **Tandoğan**, Hukukî Mâhiyet, s. 812 vd. Benzer görüşte **Barlas**, s. 44 vd.

Her bir somut olay bakımından banka teminat mektuplarının niteliğini tespit ederken yapılan değerlendirmede bazı kıstaslar dikkate alınır. Değerlendirmede nazara alınan ilk kıstas, “Aslîlik-Fer’îlik kıstası”dır. Bu kıstas uyarınca banka, yerine getirilmesini garanti ettiği üçüncü kişinin borcunun geçerliliğine, varlığına ve ifasının mümkün olup olmamasına bağlı olarak taahhüt altına giriyorsa kefalet sözleşmesi olarak, aksi halde garanti sözleşmesi olarak nitelendirme yapılmalıdır<sup>38</sup>.

Teminat mektubunun metninde taahhüdün asli veya fer’î niteliğini tespit eden hükümler olmadığı takdirde ise değerlendirmede “menfaat kıstası” da göz önüne alınabilir. Garanti sözleşmesinde taraflardan biri karşı tarafın muayyen bir tarzda hareket etmesinde, bir teşebbüse girmesinde doğrudan doğruya menfaati vardır. Bu nedenle karşı tarafı bahsedilen hareket tarzına sevk etmek için bu hareket tarzına bağlı rizikoları kısmen veya tamamen üstüne alır. Buna karşın her ne kadar kefalet de bir kimseyi diğer biriyle sözleşme yapmaya razı etmek için yapılırsa da kefilin temin ettiği borcu doğuran sözleşmenin yapılmasında genellikle doğrudan doğruya bir menfaati yoktur. Bu sebeple, menfaat kıstası uyarınca teminat mektupları kefalet olarak değerlendirilir. Zira genellikle temin ettiği taahhüdün yerine getirilmesinde bankanın doğrudan doğruya bir menfaati bulunmaması, banka teminat mektubunu lehdardan bir komisyon almak için vermektedir<sup>39</sup>.

#### *iv. Kendine Özgü (Sui Generis) Nitelik Görüşü*

AKYAZAN’a göre teminat mektupları, kefalet niteliğinde değildir. Kefalet, fer’î olduğu halde teminat mektubu bağımsızdır. Kefil, asıl borçlunun alacaklıya karşı yükümlü olduğu borçtan sorumlu olduğu halde, teminat mektubunda banka, mektupta yazılı olan miktarı ödemekle yükümlüdür. Kefalette, kefilin alacaklıya halef olması kefil ile asıl borçlu arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklanır; oysa ki teminat mektuplarında bu yönde

<sup>38</sup> **Tandoğan**, Garanti Mukavelesi, s. 32-33; **Tandoğan**, Hukukî Mâhiyet, s. 804-806.

<sup>39</sup> **Tandoğan**, Garanti Mukavelesi, s. 32-33; **Tandoğan**, Hukukî Mâhiyet, s. 807-808. Bu iki kıstasın yanı sıra **Tandoğan**’ın tespit ettiği diğer kıstaslar, “Garanti verenin ve kefilin edalarının mevzu nazara alınarak yapılan tefrikler (Asıl borçlunun edasını yerine getirme-tazminat ödeme kıstası, Temin edilen edasının mevzuunun para olup olmaması kıstası)”, “İvaz kıstası”, “Tarafların kullandığı tâbiler; tereddüt hâlinde kefalet karinesi”dir (**Tandoğan**, Hukukî Mâhiyet, s. 808-812). Aynı şekilde bu iki kıstasın yanı sıra **Reisoğlu**’nun tespit ettiği diğer kıstaslar “tekeffül edenin kefaleti aşan bir yükümlülük yüklenmesi” ve “şahsa yönelik ilgi” dir (**Reisoğlu**, Kefalet, s. 85, 87-88).



bir sözleşme ilişkisi ve halefiyet yoktur. Kefil, asıl borçlunun defilerini alacaklıya karşı ileri sürebilir, buna karşın banka defileri süremez<sup>40</sup>.

Yazara göre teminat mektupları, garanti sözleşmesi olarak nitelendirilemez. Çünkü teminat mektuplarında ve üçüncü kişinin fiilini taahhütte olduğu gibi garanti sözleşmesinde üç taraf yoktur. Garanti sözleşmesinde garanti alan ve garanti veren olarak iki taraf vardır. Garanti alanın da garanti verenden isteyebileceği, ne teminat mektubunda yazılı olduğu gibi belirli bir meblağ, ne de üçüncü kişinin fiilini taahhütte olduğu gibi zarar ziyandır; garanti veren tazminatla sorumludur<sup>41</sup>. Yazar, 1969 tarihli içtihadı birleştirme kararını da eleştirmektedir. Yazara göre, Borçlar Kanununun 110. maddesi (TBK m. 128) ile banka teminat mektupları bakımından kabul gören hâl birbirine paralellik gösterse de banka teminat mektupları teknik anlamda Borçlar Kanununun 110. maddesinde yer alan üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde değildir. Borçlar Kanunu'nun 110. maddesinde yer alan şartlar, banka teminat mektuplarında tam anlamıyla bulunmamaktadır. Çünkü, banka teminat mektuplarında banka, kendi müşterisine (lehdara) bir edimin yerine getirilmesini taahhüt etmemekte; kendisinden teminat mektubu talebinde bulunan kişinin (müşterisinin/lehdarın) sözleşmeden doğan sorumluluğunu yerine getirmemesi durumunda önceden tespit edilmiş olan ödeme yükümlülüğünü üzerine almaktadır. Bu durumda banka muhatabın uğradığı zararın miktarı ile ilgilenmez, yalnızca taahhüt ettiği miktara kadar doğacak zarardan dolayı sorumludur<sup>42</sup>.

Bu gerekçelerle teminat mektupları, kefalet, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmeleri gibi teminat hukuku kategorisine dahil “nev’i şahsına münhasır müstakil bir teminat sözleşmesi” olarak nitelendirilmelidir. Teminat mektuplarına “bağımsız bir nitelik ve özellik” tanımak daha uygun olacaktır. Ancak Borçlar Kanunu’nda banka teminat mektuplarını düzenleyen özel hükümler bulunmadığı için bu konudaki uyumsuzlukların kefalet ve başkasının fiilini taahhüt hükümlerine kıyasen çözümlenmesi gerekmektedir<sup>43</sup>.

<sup>40</sup> **Akyazan**, Sıtkı: “Banka Teminat Mektupları”, BATİDER 1969, C. 5, S. 1, s. 22.

<sup>41</sup> **Akyazan**, Teminat mektupları, s. 26.

<sup>42</sup> **Akyazan**, Teminat mektupları, s. 25-26; **Akyazan**, Sıtkı: “Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar”, BATİDER 1974, C. VII, S. 3, s. 570.

<sup>43</sup> Yazarın bu görüşü için bkz. **Akyazan**, Teminat mektupları, s. 27 vd.; **Akyazan**, Çeşitli Sorunlar, s. 570 vd.; **Akyazan**, Zamanaşımı, s. 4 vd.

### v. Değerlendirme

Bankanın vermiş olduğu teminat ile temel ilişki birbirinden bağımsızsa, banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi niteliğinden söz edilmektedir. Buna karşın, bankanın vermiş olduğu teminat ile temel ilişki birbiriyle bağımlıysa banka teminat mektubunun kefalet sözleşmesi niteliği kabul edilmelidir. Bu sebeple banka teminat mektuplarının tümünün niteliğini üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi veya kefalet sözleşmesi olarak belirlemek yanlıgılara sebep olacaktır.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, tarafların irade muhtariyetine sahip olmaları nedeniyle, teminat mektupları garanti sözleşmesi niteliğinde yapılabileceği gibi, kefalet sözleşmesi niteliğinde de yapılabilir. Bu durumu engelleyen bir düzenleme Türk hukukunda yer almamaktadır. Banka teminat mektuplarında yer alan, “ilk talepte ödeme” veya “hiçbir itiraz ve defiyeye gerek kalmaksızın ödeme” ibareleri tek başına mektubun garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesine yetmez<sup>44</sup>. Teminat mektuplarında yer alan bu ibareler, sözleşmenin garanti sözleşmesi olduğu yönünde aksi ispat edilebilir bir karine olarak kabul edilmelidir<sup>45</sup>. Bu nedenle, her somut olayda mektubun taşıdığı özellikler dikkate alınarak karar verilmeli<sup>46</sup>; teminat mektuplarının metinlerinden hareket edilirken<sup>47</sup> tarafların gerçek iradelerinin tespiti yolu ile (BK m. 18/TBK m. 19) hukukî nitelik belirlenmelidir. Zira 1969 tarihli Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararında da teminat mektupları konusunda genel bir yargıya varılmamıştır. Bu kararda sadece somut olaya konu teşkil eden ve belirli kayıtları içeren bir banka teminat mektubu, 3. kişinin eylemini taahhüt niteliğinde olan (teminat amaçlı garanti/kefalet benzeri garanti) garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Farklı ibareleri içeren bir teminat mektubunun, şartları taşıdığı takdirde garanti değil de kefalet sözleşmesi olarak da nitelendirilebilir<sup>48</sup>. Bu sebeple, kefalet sözleşmelerine bazı yönlerden benzeyen teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesinin hangi noktalardan kefalet sözleşmesinden ayrıldığını tespit etmek

<sup>44</sup> **Barlas**, s. 46; **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 35.

<sup>45</sup> **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 35.

<sup>46</sup> **Yüksel**, s. 345; **Ekşi**, Nuray: Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010, s. 306.

<sup>47</sup> Bu görüşte **Selçuk**, Mehmet E.: “Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Statüsü”, ABD 1970, S. 1, s. 22; **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 35.

<sup>48</sup> **Arkan**, Sabih: “Teminat Mektubu veren Bankanın Hukukî Durumu”, BATİDER 1992, C. 16, S. 4, s. 60.

yararlı olacaktır. Her iki tip sözleşme arasındaki temel farklılıklar<sup>49</sup> şunlardır:

- Kefalet ile garanti sözleşmelerini birbirinden ayıran temel ölçüt, borcun niteliğidir. Kefalet sözleşmesinde kefilin borcu fer'î olmasına karşın garanti verenin borcu, asıl borcun varlık ve geçerliliğinden, dava ve takip edilebilirliğinden bağımsızdır<sup>50</sup>. Bu sebeple garanti veren esas ilişkiden doğan defileri ileri süremez<sup>51</sup>.

- Kefil yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına kanun gereği halef olduğu halde, garanti verenin kanundan doğan böyle bir hakkı bulunmamaktadır<sup>52</sup>.

- Kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekle bağlı olduğu halde garanti sözleşmesi özel bir şekle bağlı değildir<sup>53</sup>. Buna karşın, 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nda (BK)<sup>54</sup>,dan farklı olarak 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK)<sup>55</sup> yer alan yenilik gözden kaçırılmamalıdır. TBK m. 603 ile getirilen düzenleme uyarınca kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Bu hüküm nedeniyle, kişisel güvence sağlama amacı güden bir sözleşme olan

<sup>49</sup> Diğer farklar için bkz. **Reisoğlu**, Seza: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, s. 78-81; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 76-78.

<sup>50</sup> **Tandoğan**, Halûk: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 3. bası, Ankara 1987, s. 812, 820 vd; **Reisoğlu**, Kefalet, s. 80; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 76; **Develioğlu**, Hüseyin M.: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 114; **Gümüş**, **Mustafa A.**: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010, s. 658-659; **Zevkliler**, **Aydın/Gökyayla**, Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010, s. 534; **Özen**, **Burak**: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012, s. 27-28.

<sup>51</sup> **Reisoğlu**, Kefalet, s. 79; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 77; **Develioğlu**, s. 127; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 534; **Özen**, s. 27.

<sup>52</sup> **Reisoğlu**, Kefalet, s. 80; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 77; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 534; **Özen**, s. 28.

<sup>53</sup> **Reisoğlu**, Kefalet, s. 79; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 75-76; **Develioğlu**, s. 154-155; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 534.

<sup>54</sup> RG. 29.4.1926-359, Yayımlandığı Düstur: 3. Ter., C. 7, s. 762.

<sup>55</sup> RG. 4.2.2011-27836.

garanti sözleşmesinin de kefalet sözleşmesinin bağlı olduğu şekle uygun bir biçimde yapılması gerekecektir. Başka bir ifadeyle, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu yürürlüğe girdiğinde artık kefaletin tüm geçerlilik şartları garanti sözleşmesi için de geçerli olacak, garanti sözleşmesi niteliğindeki banka teminat mektuplarının veriliş şekli ve bu konuya ilişkin uygulama değişecektir<sup>56</sup>.

### *b. İstisna: Lex Causae*

Hakimin kendi hukukunda tanınmayan olay ve ilişkiler ile karşılaştığında, lex fori uyarınca yapılan nitelendirme tatminkâr sonuçlar vermediğinde, taraf menfaatlerine veya milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı sonuçlar doğduğunda ilişkinin esasına uygulanması gereken hukuka göre vasıflandırma yapılması gerektiği kabul edilmektedir<sup>57</sup>. Banka teminat mektuplarının hukukî niteliğinin hakimin hukuku uyarınca tespit edildiği hallerde taraf menfaatlerine veya milletlerarası özel hukuk hakkaniyetine aykırı sonuçlar doğuyorsa artık lex fori değil de lex causae'ya göre vasıflandırma yapılması gerektiği söylenebilir. Bunun yanında banka teminat mektubu bakımından taraflar arasındaki ilişki, bir sözleşme ilişkisidir. MÖHUK m. 24/I uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtiği hukuka tâbidir. Aynı şekilde sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi (örtülü hukuk seçimi) de geçerlidir. Kanun, sözleşmenin taraflarına yabancı bir hukuku seçme konusunda serbesti tanımıştır. Bu madde uyarınca yabancı ülkenin hukukunun seçilmesi hâlinde konu ile ilgili her tür vasıflandırma, seçilen hukuka yani, lex causae'ya göre yapılacaktır<sup>58</sup>.

## II. GARANTİ SÖZLEŞMESİ ve BU NİTELİKLİ BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI HAKKINDA GENEL BİLGİLER

### A. GENEL OLARAK

Banka teminat mektubu aracılığıyla teminat veren ile alan arasında kefalet veya garanti niteliğinde ya da karma nitelikte ilişki yaratılabileceğini

<sup>56</sup> Barlas, Nami: “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri”, İzBD 2011, Y. 76, S. 2, s. 28.

<sup>57</sup> Çelikel/Erdem, s. 91-92; Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 42-43; Doğan, Teminat Mektupları, s. 208.

<sup>58</sup> Çelikel/Erdem, s. 93.

teminat mektubunun hukukî niteliği konusundaki görüşleri incelenirken belirtilmiştir. Her ne kadar teminat mektuplarının metinlerinden ve tarafların gerçek iradelerinden hareketle hukukî niteliklerinin belirlenmesi bu konuda çözüm olarak kabul edilse de bankacılık uygulamasında, teminat mektupları kural olarak garanti sözleşmesi niteliğinde yapıldığı için çalışmada yabancı unsurlu banka teminat mektubu sözleşmesinden doğan uyumsuzluklarda uygulanacak hukukun tespiti sırasında teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinden hareket edilecektir.

Türk hukukunda banka teminat mektuplarına ilişkin yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak bu konuda yasal bir tanım da bulunmamaktadır. Öğretide ise, bu konuda bazı tanımlar<sup>59</sup> yapılsa da genellikle banka teminat mektupları tanımlanmamaktadır. Banka teminat mektuplarının tam bir tanımını yapmak da zordur. Teminat mektuplarının tümü aynı nitelikteki hukukî ilişkiyi doğurmamakta ve her birinin içeriği farklı olabilmektedir. Zira, banka teminat mektuplarının kefalet veya garanti sözleşmesi biçiminde düzenlenebilmesinin mümkün olması veya bu iki tür hukuki

<sup>59</sup> Öğretide banka teminat mektuplarını ayrıca tanımlayan yazarlara da rastlanmaktadır. Örneğin, “Teminat ve kefalet mektubu; hakiki veya hükmi şahıslara karşı taahhüde girilen veya bunlardan ödünç para alan kimselerin meçhul itibarları yerinde bir banka itibarının ikamesi süratiyle, taahhüdün ifa veya borcun eda edilmemesi yüzünden o şahıs veya müessesenin zarara uğramamasını temine mâtuf bir muameledir” (Ünay, s. 198); “Banka teminat mektubu, borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimin yerine getirilmesini garanti için bir banka tarafından alacaklıya verilen bir mektuptur. Bu mektupta banka, borçlunun üzerine aldığı edimi mukavele hükümleri dairesinde yerine getirmediği takdirde mektup muhatabı olan alacaklının ilk talebinde hiçbir itiraz ve hükme hacet kalmadan teminat mektubunda yazılı meblağı ödemeyi taahhüt eder” (Akyazan, Çeşitli Sorunlar, s. 567); “Borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimi yerine getirmemesi hâlinde, belirli bir miktar parayı alacaklının ilk talebinde ona derhal ödemeyi kabul ve taahhüt ettiğine dair bir banka tarafından verilen mektuba banka teminat mektubu denir” (Akyazan, Teminat mektupları, s. 16); “Teminat mektubu, bankaların; belli bir işin gerçekleşmesini, bir malın teslimini veya bir borcun ödenmesini muhataba taahhüt eden müşterisinin, bu taahhüdün evvelce muhatap tarafından saptanan koşullara uygun olarak yerine getirilmemesi hâlinde belli bir paranın banka tarafından muhataba ödeneceğini garanti altına alan belgedir” (Taşpolat, Ali: Döviz Teminat Mektupları, İstanbul 1985, s. 11); Develioğlu, banka garantisini kefalet benzeri garanti sözleşmesi tanımından yola çıkarak şu şekilde tanımlamıştır: “Banka garantisi ile garanti veren, bir kimseye, muhataba, üçüncü bir şahsın, lehdarın, muhataba karşı borcunu ifa etmemesi veya bir riskin doğması hâlinde bir miktar parayı -çoğu zaman ilk talepte olmak üzere ödemeyi gayri kabili rücu bir şekilde taahhüt eder” (Develioğlu, s. 35).

ilişkiyi kapsayacak şekilde karma bir teminat ilişkisinin kurulabilmesi, bu konuda bir tanımın yapılmasını zorlaştırmaktadır<sup>60</sup>.

Öğretide, genellikle garanti sözleşmesi niteliğindeki banka teminat mektuplarının tanımlarken banka teminat mektuplarına ilişkin bir tanım yapmamakta, bunun yerine garanti sözleşmesini tanımlama yoluna gidilmektedir<sup>61</sup>.

Bu açıklamalardan hareketle, çalışmanın bu başlığı altında, garanti sözleşmesinin anlamı, garanti sözleşmesinin unsurları ve banka teminat mektuplarının tarafları incelenmiştir. Bu noktada, özellikle garanti sözleşmesinin unsurlarının önemi gözden kaçırılmamalıdır. Zira, banka ile muhatap arasında yapılan teminat mektubu sözleşmesi bu unsurları içermiyorsa bankanın yapmış olduğu bu sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

## B. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI ve UNSURLARI

### 1. Tanım

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi, 6098 sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da garanti sözleşmesi bütün özellik ve hükümleri ile düzenlenmemiştir.

Öğretide, genellikle garanti sözleşmesinin TBK m. 128'de (BK m. 110) düzenlenen "üçüncü kişinin fiilini üstlenme"den başka bir nitelik taşımayan hukukî bir kurum olduğu kabul edilmektedir<sup>62</sup>. Bu tür sözleşmelerin şahsi teminat sözleşmelerinden olduğu konusunda ise tereddüt duyulmamaktadır.

<sup>60</sup> Barlas, s. 8; Ekşi, s. 292.

<sup>61</sup> Bkz. **Sungurtekin**, Meral: "Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme", TBBD 1990, S. VI, s. 546 vd.; **Kahyaoglu**, Cem E.: Banka Garantileri, İstanbul 1996, s. 7 vd.; **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 37 vd.

<sup>62</sup> Aynı sonuca 11.6.1969 gün ve 4/6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında da varılmıştır. bkz. Yarg. İ.B.K., 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6, RG., T. 3.10.1969-13317, s. 3. Buna karşın, BK m. 110'nun (TBK m. 128) sadece garanti sözleşmesinin türlerinden birisi olan kefalet benzeri (teminat amaçlı) garanti sözleşmesini düzenlediği de ileri sürülmüştür. Bu konuda bir başka görüşe göre ise garanti sözleşmesi, BK. m. 110 (TBK m. 128) anlamında üçüncü kişinin taahhüt olarak nitelendirilemez ve bu nedenle de sui generis bir sözleşme olarak kabul edilmelidir. Bu görüşler ve görüşleri savunan yazarlar için bkz. **Gümüş**, s. 652-653 dn. 3685-3688.

Ayrıca öğretide garanti sözleşmeleri, saf garanti sözleşmesi ve teminat amaçlı (veyahut kefalet benzeri) garanti sözleşmeleri olarak ikili bir ayırımla sınıflandırılmaktadır.

Garanti sözleşmesinin kendi özgü özellikleri olması, tek tarafa mükellefiyetler yüklemesi ve çok değişik şekillerde uygulama kabiliyetinin olmamasından ötürü bu sözleşme türü pozitif düzenlemelerde tanımlanmamaktadır<sup>63</sup>. Alman hukukçu STAMMLER, garanti sözleşmesinin unsur ve sınırlarının tespiti yolu ile bu sözleşme türünü ilk defa 1866'da yayımladığı “Garanti Sözleşmesi” adlı eserinde tanımlamıştır. Bu tanıma göre “Garanti sözleşmeleri, bir kimsenin başkasının kazanç elde etmeye yönelik teşebbüsünü takviye ve teşvik için, o teşebbüse bağlı rizikoyu ivazsız olarak bir muamele ile tamamen veya belli sınırlar dahilinde üzerine aldığı bir sözleşmedir”<sup>64</sup>. STAMMLER, bu eserinde takviye ve teşviki konu alan garanti sözleşmelerini tanımlamıştır. Çalışması bu türdeki garanti sözleşmeleri ile sınırlıdır. Buna karşın garanti sözleşmesi kavramı, sadece yazar tarafından açıklanan türde sözleşmeleri kapsamamakta bunun yanında teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerini de kapsamına almaktadır<sup>65</sup>. Yazarın bu tanımı, bu ve diğer bazı yönlerden eleştirilse<sup>66</sup> de garanti sözleşmesine modern anlamda ışık tutmakta<sup>67</sup> ve daha sonra yapılan tanımların hareket noktası olarak kabul edilmektedir<sup>68</sup>.

<sup>63</sup> Barlas, s. 7; Doğan, Teminat Mektupları, s. 37.

<sup>64</sup> Stammler'in tanımı ve bu tanımdan çıkan sonuçlar için bkz. Tandoğan, Garanti Mukavelesi, s. 6 vd.

<sup>65</sup> Garanti sözleşmesinin konusu, daima üçüncü kişilerin edimini garanti etmek değildir. Bunun yanında garanti veren, üçüncü kişinin bir edimde bulunmasıyla ilgisi olmayan riskleri de üzerine alabilir. Bu hâlde başkasının fiilini taahhütten değil, garanti sözleşmesinin mevcudiyetinden bahsedilebilecektir (Günel, s. 971).

<sup>66</sup> Reisoğlu, gerek Alman gerekse de Türk öğretisinde bu tanımla ilgili yapılan eleştirileri şu ana başlıklar altında toplamıştır. Bunlar; sözleşmenin unsuru olarak kabul edilemeyecek niteliklere tanımda yer verilmesi, sözleşmeyi karakterize eden ve diğer teminatlardan ayırt etme imkânını veren unsurlardan bahsedilmemesi, bazı unsurların hatalı, diğerlerinin ise müphem olması gibi hususlardır (Reisoğlu, s. 6; Reisoğlu, sorunlar, s. 339-340); Yapılan eleştiriler konusunda ayrıca bkz. Tandoğan, Garanti Mukavelesi, s. 6 vd.

<sup>67</sup> Kahyaoğlu, s. 7.

<sup>68</sup> Reisoğlu, s. 6. Türk yargı kararlarında dahi Stammler'in bu tanımından bahsedildiği görülmektedir. Yarg. İ.B.K., 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6, RG., T. 3.10.1969-13317, s. 3.

Türk öğretisinde<sup>69</sup> ve bazı yargı kararlarında<sup>70</sup> garanti sözleşmesinin tanımlandığı görülmektedir. Yapılan bu tanımlarda genel olarak şu noktalar üzerinde durulmuştur:

Garanti veren, üçüncü bir kişinin belli bir davranışını veya belli bir teşebbüsün sonucunu temin etmek amacıyla garanti alan ile anlaşmakta, üçüncü bir kişinin temin edilen eylemi yapmaması veya sonucun gerçekleşmemesi hâlinde ise garanti alana tazminat ödemeyi taahhüt etmektedir. Garanti verenin amacı, üçüncü kişinin eylemi nedeniyle veya başka nedenlerle umulan sonucun ortaya çıkmaması rizikosunu (tehlikesini) üstlenmektir. Garanti veren bu rizikoyu (tehlikeyi) üzerine alarak, garanti alanı teşebbüse girmeye sevk etmeyi amaçlamaktadır.

## 2. Unsurları

Taraflar arasındaki sözleşmeyi, garanti sözleşmesi olarak nitelendirebilmek için bazı unsurların o sözleşmede yer alması gerekir. Garanti sözleşmesine özgü unsurların bulunmadığı bir sözleşme, taraflarca garanti sözleşmesi olarak nitelendirilse dahi garanti sözleşmesi olarak kabul edilemez<sup>71</sup>.

Garanti sözleşmesinin unsurları; garanti verenin garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmek amacı, garanti alanın hareket tarzından doğacak rizikonun (tehlikenin) garanti verence üstlenilmesi, garanti verenin garanti alana karşı bağımsız yükümlülüğün altına girmesi ve ivazsızlıktır.

Bankaların yapmış olduğu teminat mektubu sözleşmelerinin de garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunun kabulü için bu unsurları ihtiva etmesi gerekir. Öğreti ve uygulamada kabul edilen bu unsurları ihtiva etmeyen bir

<sup>69</sup> “Garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile, teşebbüsün tehlikesini üzerine alır” (**Reisoğlu**, s. 9); “Garanti sözleşmesi, bir kimsenin başkasını belli bir hareket tarzına yöneltmek amacıyla bu hareket tarzından da o kişi için doğacak tehlikeleri (risk) kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız bir sözleşmedir” (**Arkan**, s. 60); “Garanti Sözleşmesi, garanti verenin garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik rizikoyu, bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği sözleşmedir” (**Gümüş**, s. 648).

<sup>70</sup> “Garanti mukavelesi bir kimsenin fer’î olmayan bir mukavele ile başkasına ait bir teşebbüsün belirli bir sonuca ulaşacağını garanti etmesidir” (Yarg. İ.B.K., 11.6.1969, E. 1969/4, K. 1969/6, R.G., T. 3.10.1969-13317, s. 3).

<sup>71</sup> **Sungurtekin**, s. 548.



teminat mektubu sözleşmesini taraflar garanti sözleşmesi olarak nitelendirebilirler dahi sözleşme garanti sözleşmesi olarak kabul edilemeyecektir. Banka ile muhatap arasında yapılan teminat mektubu sözleşmesi, garanti sözleşmesinde bulunması gereken unsurları taşıyorsa, teminat amaçlı diğer bir sözleşme olabilir ancak garanti sözleşmesi olarak kabul edilemez<sup>72</sup>.

*a. Garanti Verenin Garanti Alanı Belli Bir Hareket Tarzına Yönelmek Amacı*

Garanti verenin garanti alanı belli bir hareket tarzına yönelmek amacıyla onun bu hareketinin neticesinde doğabilecek zararlı sonuçları karşılamayı taahhüt etmektedir<sup>73</sup>. Garanti verenin bu amacı, garanti sözleşmesini diğer sözleşmelerden ayırmakta; taraflar arasındaki sözleşmeyi garanti sözleşmesi olarak karakterize etmektedir. Garanti verenin, bir kişiyi neden belli bir hareket tarzına yönelmek istediği konusu önem taşımaz<sup>74</sup>. Garanti alanın yöneltildiği bu hareket tarzı, bir ticari işletme kurmak, bir anonim ortaklığın pay senetlerini satın almak, bir gösteri düzenlemek, üçüncü bir kişiyle sözleşme yapmak gibi olumlu bir eylem olabileceği gibi olumsuz bir eylem (kaçınma) de olabilir<sup>75</sup>.

Garanti verenin garanti alanı belli bir hareket tarzına yönelmek amacı, garanti sözleşmesinin taraflarca akdedilmesinin temel sebebini oluşturur. Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerinde ise bu sebebin teminat sağlama olduğu kabul edilmektedir<sup>76</sup>. Bu tip garanti sözleşmelerinde garanti alanı belli bir hareket tarzına yönelme amacı ikinci planda kalmakta, kefaletten farklı olarak ferî olmayan bağımsız bir taahhütle bir riski üzerine alma hususu sözleşmenin aslî bir unsuru olarak kabul edilmektedir<sup>77</sup>. Banka teminat mektubu ilişkisinde taraflar arasındaki garanti sözleşmesi teminat amaçlı (kefalet benzeri) garanti sözleşmesidir. Zira teminat mektubu veril-

<sup>72</sup> Doğan, Teminat Mektupları, s. 39.

<sup>73</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 809; Reisoğlu, s. 18; Reisoğlu, Sorunlar, s. 341-342; Doğan, Teminat Mektupları, s. 39; Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011, s. 710.

<sup>74</sup> Reisoğlu, Sorunlar, s. 341.

<sup>75</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 810; Tandoğan, Garanti Mukavelesi, s. 7; Reisoğlu, s. 14; Doğan, Teminat Mektupları, s. 40; Gümüş, s. 652; Yavuz/Acar/Özen, s. 711.

<sup>76</sup> Gümüş, s. 652; Yavuz/Acar/Özen, s. 711.

<sup>77</sup> Reisoğlu, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 37.

diğinde banka tarafından başlangıçta bir ödeme yapılmamakta, banka ileriye yönelik bir taahhüt altına girmektedir<sup>78</sup>. Garanti verenin (bankanın) üstlendiği risk, bir borcun konusunu oluşturan edimin yerine getirilmemesi riski olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durumda, banka garantisinin işlevi, bir muhatapın ticari bir sözleşmeden doğan alacağını sözleşmeye uygun olarak elde etmesini garanti etmektedir<sup>79</sup>.

#### ***b. Garanti Alanın Hareket Tarzından Doğacak Rizikonun (Tehlikenin) Garanti Verence Üstlenilmesi***

Garanti veren, garanti alanı belirli bir hareket tarzına yöneltmek için özellikle de onun alacaklı olarak borç ilişkisine girişmesini teminat altına almak için bu hareket tarzı veya borç ilişkisinden doğabilecek rizikoları (tehlikeleri) üstlenmektedir<sup>80</sup>. Riziko, gelecekte ortaya çıkıp çıkmayacağı şüpheli ve garanti alan için ekonomik anlamda olumsuz sonuç veya zarar olarak tanımlanmış her olaydır<sup>81</sup>. Banka teminat mektubu ile bu ilişkide rizikoyu üstlenen taraf bankadır; bankanın yükümlülüğü garanti alanı müstakbel bir zarara karşı korumaktır<sup>82</sup>. Bu nedenle banka, garanti sözleşmesinde temin edilen riskin doğması hâlinde ödeme yapmayı taahhüt eder<sup>83</sup>.

Garanti sözleşmesi ile güvence altına alınabilecek belli başlı riskler, lehdarın sözleşme metninde belirlenen ve muhatap için ekonomik açıdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi veya zararlı bir olayın gerçekleşmesi sebebiyle ortaya çıkabilecek risklerdir<sup>84</sup>. Garanti veren bütün riski yüklenilebileceği gibi, risk kısmen de yüklenilmiş olabilir. Riskin kısmen yüklenilmesi hâlin gereklerinden anlaşılabilir. Bu konuda tarafların açık irade beyanlarına gerek duyulmaz. Ancak şüphe hâlinde garanti verenin bütün riskleri üstlendiğinin kabulü gerekir<sup>85</sup>.

<sup>78</sup> Ekşi, s. 292.

<sup>79</sup> Develioğlu, s. 35-36.

<sup>80</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 811; Doğan, Teminat Mektupları, s. 40; Yavuz/Acar/Özen, s. 711.

<sup>81</sup> Gümüş, s. 649.

<sup>82</sup> Reisoğlu, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 38.

<sup>83</sup> Develioğlu, s. 36.

<sup>84</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 811; Reisoğlu, s. 9-10; Reisoğlu, Sorunlar, s. 340; Doğan, Teminat Mektupları, s. 40-42.

<sup>85</sup> Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s. 812; Reisoğlu, s. 10; Reisoğlu, Sorunlar, s. 340; Sungurtekin, s. 549.

Garanti verenin yüklediği rizikonun kapsamına kaza ve beklenmeyen haller de girer<sup>86</sup>. Bu durum, garanti sözleşmesinin mâhiyet ve amacına uygundur. Bir diğerini rizikolu bir işe sevk eden kimse, ihtirazî kayıt ileri sürmeksizin bir sonucun gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi ile ilgili tehlikeyi üzerine almaktadır. Garanti alan kimse, giriştiği işten dolayı herhangi bir zarara uğramayacağı kendisine garanti edildiği için harekete geçmiştir. Garanti verenin, kaza, beklenmeyen hallerden sorumlu olmaması ancak garanti sözleşmesinde bir hüküm koydurması hâlinde mümkündür<sup>87</sup>. Banka, teminat mektubu ile riziko yüklenmektedir. Banka teminat mektubunun paraya çevrilmesine neden olabilecek bu riziko, mektup muhatabının lehtar nedeniyle uğrayabileceği rizikodur. Dolayısıyla, muhatap dışında bir başkasının bankadan tazmin talebinde bulunması mümkün değildir<sup>88</sup>. Bu rizikonun gerçekleştiği anda bankanın tazmin yükümlülüğü doğar. Bu nedenle banka, mücbir sebepler, kaza beklenemeyen haller, imkansızlık, muhatap ile lehtar arasındaki sözleşmenin geçersizliği gibi lehtarın taahhüdünü yerine getirmesini engelleyen nedenleri ileri sürerek tazmin istemini reddedemez<sup>89</sup>.

Garanti verenin sorumluluğu azami bir tutarla sınırlandırılmamıştır. Garanti alanın girişiminin faaliyet alanının genişlemesi hâlinde doğabilecek zarardan garanti verenin sorumlu olmayacağı savunulabilir<sup>90</sup>. Bu durumda şu yönde bir ayırım yapılmalıdır. Rizikonun artması, sözleşmenin mâhiyet ve amacına uygun olarak garanti alanın kusuru olmaksızın ortaya çıkmışsa, bu duruma garanti veren katlanmak durumundadır. Buna karşın, garanti sözleşmesinde aksi kararlaştırılmamışsa, örneğin, teşebbüsün daha çok kâr getireceği tahmin edilerek faaliyet sahasının genişletilmesi hâlinde doğacak zararlardan garanti veren sorumlu tutulmamalıdır. Garanti verenin, daha sonra rizikonun artması hâlinde zor duruma düşmemesi için, azamî tutar ile sorumluluğunu sınırlaması gerekmektedir<sup>91</sup>. Banka teminat mektuplarında daima azamî sorumluluğu gösteren bir limit bulunmaktadır. Ayrıca, teminat mektubu düzenlenirken riskin kapsamı da tayin edilmelidir. Teminat mektubunda

<sup>86</sup> Reisoğlu, s. 11; Reisoğlu, Sorunlar, s. 340-341; Yavuz/Acar/Özen, s. 711.

<sup>87</sup> Reisoğlu, s. 12.

<sup>88</sup> 11. HD., T. 26.11.2005, E. 13822/2005, K. 11376/2005, <www.corpus.com.tr>.

<sup>89</sup> 11. HD., T. 15.3.2010, E. 12747/2008, K. 3032/2010, <www.corpus.com.tr>.

<sup>90</sup> Yavuz/Acar/Özen, s. 711.

<sup>91</sup> Reisoğlu, s. 12-13.

yazılı risk, genişletilemez ve değiştirilemez. Lehtar ile muhatap arasındaki sözleşmede teminat mektubunun verilmesine dair yazılı riskin, teminat mektubunda gösterilmemesi halinde banka ödemedi kaçınmak durumundadır<sup>92</sup>. Banka, muhatabın yazılı beyanından teminat mektubu ile garanti edilmeyen bir borcun tazminini talep ettiğini anlarsa, ödeme yapmayı reddedebilir<sup>93</sup>.

### *c. Garanti Verenin Garanti Alana Karşı Bağımsız Yükümlülüğün Altına girmesi*

Garanti sözleşmesi ile garanti veren garanti alana karşı bağımsız bir yükümlülük altına girmektedir. “Bağımsız yükümlülüğün altına girmek” tâbiri ile anlatılmak istenen, garanti sözleşmesinin mevcudiyetinin ve içeriğinin başka bir sözleşmenin içeriğine bağlı olmamasıdır. Garanti verenin yükümlülüğü, başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, devamına, dava edilebilir olup olmamasına bağlı değildir. Garanti sözleşmesi, sadece lehdarın muhataba karşı üstlendiği bir borcu hiç veya sözleşmeye uygun olarak ifa etmemesi rizikosunu ile ilgilidir. Garanti sözleşmesinin bu özelliği onu fer’î yükümlülük içeren teminat amaçlı diğer sözleşmelerden (kefalet sözleşmesi ve bazı sözleşmelerdeki fer’î teminat yükümlülüklerinden) ayırt etmeye yarar<sup>94</sup>. Banka ve muhatap arasındaki garanti niteliğindeki teminat mektubu sözleşmesi, lehdar ile muhatap arasında yapılan ve borcu doğuran temel ilişkiden bağımsızdır.

<sup>92</sup> Aynı şekilde, banka, muhatabın talebinin haksız olduğunu, dürüstlük kuralı (MK m. 2) ile bağdaşmadığını kesin olarak biliyorsa teminat mektubunda “ilk talepte ödeme kaydı” bulunsun bile ödeme yapmaktan kaçınabilmesi gerekir. Teminat mektubu ile güvence alınan riskin gerçekleşmediği hallerde yapılan ödeme talebi, hakkın kötüye kullanılması olup hukuk düzenleri hakkın kötüye kullanılmasını korumazlar (11. HD., T. 13.7.2006, E. 5589/2006, K. 8345/2006; Y. HGK., T. 28.11.2007, E. 11-852/2007, K. 892/2007; 11. HD., T. 25.10.2010, E. 3511/2009, K. 10747/2010, bu kararlar için bkz. <www.corpus.com.tr>).

<sup>93</sup> **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 50.

<sup>94</sup> **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 812; **Reisoğlu**, s. 19-21; **Reisoğlu**, Sorunlar, s. 342-343; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 54-55; **Sungurtekin**, s. 549-550; **Özen**, s. 24-25; **Gümüş**, s. 651; **Zevkliler/Gökyayla**, s. 534; **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 42; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 711.

#### *d. İvazsızlık*

Garanti sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olmasından dolayı ivazsızdır. Sadece garanti veren bir yükümlülük altına girer. Riziko yüklenilmesi ile amaçlanan garanti alandan karşı bir ivaz yüklenilmesi değil, teşebbüsün gerçekleşmesidir<sup>95</sup>. Buna karşın, garanti sözleşmesinin ivazlı olarak da akdedilmesini engelleyen bir hukukî düzenleme yoktur.

Bankacılık uygulamasında, lehine garanti veya teminat mektubu verilecek kişi ile bankanın yapmış olduğu sözleşmede, banka belli bir komisyon talep etmektedir. Taraflar aksine bir anlaşmaya varmamışlarsa, banka kendisi ile garanti sözleşmesi yaptığı kişiden değil, lehine garanti vermeyi üstlendiği kişiden komisyon talep etmektedir. Bu durum sözleşmeyi ivazlı hale getirmemektedir<sup>96</sup>.

### 3. Teminat Mektubu İlişkisinin Tarafları

Garanti sözleşmesinde üç ilişki mevcut olduğu için teminat mektubu ilişkisinin genellikle üç tarafı bulunmaktadır. Bunlar garanti veya teminat mektubu veren banka, lehine garanti ve teminat mektubu verilen lehdar ve garanti alan muhataptır<sup>97</sup>. Banka ile muhatap arasında bir teminat (garanti) ilişkisi, muhatap ve lehdar arasında temel borç ilişkisi mevcuttur.

Lehine teminat verilen lehdardır. Bu durumda borçlu olan lehdarın edimi, muhataba karşı banka tarafından garanti edilmiştir<sup>98</sup>. Bankanın teminat mektubu vermesiyle lehdarın itibarının yerini bankanın itibarı almıştır. Banka teminat mektubu düzenleyerek muhatap bakımından asıl borçludan

<sup>95</sup> **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri, s. 817; **Reisoğlu**, s. 22-25; **Reisoğlu**, Sorunlar, s. 343; **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 44.

<sup>96</sup> **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 44.

<sup>97</sup> Teminat mektubu düzenlenmesinde üç tarafın menfaati varsa da teminat ilişkisinin iki tarafı vardır. Bunlar taahhüt altına giren banka ve garanti alan muhataptır. Bir edimi veya fiili taahhüt eden lehdar ise teminat mektubunun tarafı değildir. Ancak banka rücu hakkını güvenceye almak için lehdarla imzaladığı bir kontrgarantiye dayanarak ve lehdarın talimatıyla teminat mektubu düzenler. Teminat mektubu lehdarın talimatıyla düzenlenmiş olsa dahi, banka teminat mektubundan kaynaklanan teminat ilişkisi banka ile muhatap arasında meydana geleceğinden lehdar bu ilişkinin tarafı değildir (**Ekşi**, s. 293).

<sup>98</sup> **Akyazan**, Teminat mektupları, s. 16; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 25.

daha sağlam bir borçlu konumuna geçmektedir. Bu şekilde lehdara işin verilmesi kolaylaşacağından onun faaliyet sahası da genişleyecektir<sup>99</sup>.

Bankanın kendisine hitaben teminat mektubu verdiği kimseye muhatap denir. Muhatap gerçek veya tüzel bir kişi, resmi daire veya özel sektör olabilir<sup>100</sup>. Teminat verenin bir banka olması daha başlangıçta, teminat verilen alacaklı muhatap için önemli güven unsuru teşkil eder<sup>101</sup>. Muhatap, lehdarın yükümlülüğünü yerine getirmemesi hâlinde ortaya çıkması muhtemel zararları, banka teminat mektubunu paraya çevirerek karşılayacaktır<sup>102</sup>.

Teminat veren banka ise teminat mektubu karşılığında bir komisyon elde etmektedir. Teminat mektubu paraya çevrilsen bile müşterisi konumunda olan lehdara imzalattığı kontrgarantiden ödediği meblağı geri alması mümkün olduğundan bir zararı söz konusu değildir<sup>103</sup>. Muhatapın talebi uyarınca teminat mektubunun muhteviyatı olan parayı ödemek zorunda kalan banka, bu parayı her türlü masraf ve faizi ile birlikte geri almak konusunda kendilerini de teminat atına almak isteyeceği için borçlu olan lehdardan kontrgaranti talep etmektedir. Bankaya karşı taahhüt altına giren ve bunun için taşınır ve taşınmaz mal rehin veren gerçek ve tüzel kişiye “kontrgaranti veren kimse” veya “kontrgaran” denir. Kontrgaranti sözleşmesi ile kontrgaranti veren ile banka arasında, bankanın kontrgaranti verene rücu etmesine imkan veren bir hukukî ilişki yaratılmıştır<sup>104</sup>. Kontrgaranti verenin lehdarın yanısıra üçüncü bir kişi olabileceği de gözden kaçırılmamalıdır<sup>105</sup>.

Teminat mektubu ilişkisinin genellikle üç tarafı bulunduğundan söz edilmiştir. Özellikle yabancı unsurlu bir ilişkide, ilişkinin taraflarında artış olabilmektedir. Bu durumda garantinin veriliş şekline göre ikinci bir (yabancı garantör) banka da devreye girebilmektedir. Keza garanti veya teminat mektubu talep edilen banka garantiyi doğrudan kendisi verebileceği

<sup>99</sup> **Eksi**, s. 293.

<sup>100</sup> **Akyazan**, Teminat mektupları, s. 16.

<sup>101</sup> **Barlas**, s. 1; **Eksi**, s. 293.

<sup>102</sup> **Eksi**, s. 293.

<sup>103</sup> **Eksi**, s. 293.

<sup>104</sup> 12. HD., T. 7.11.2003, E. 16972/2003, K. 21995/2003; 12. HD., T. 18.12.2003, E. 21005/2003, K. 25710/2003; 12. HD., T. 16.2.2004, E. 25565/2003, K. 2948/2004; 12. HD., T. 14.5.2007, E. 3811/2007, K. 9846/2007, bu kararlar için bkz. <www.corpus.com.tr>.

<sup>105</sup> **Akyazan**, Teminat mektupları, s. 17.

gibi (doğrudan banka garantisi veya garanti sözleşmesi), yabancı bir banka aracılığıyla aracılığı ile de muhataba garanti verilebilir (dolaylı banka garantisi veya garanti sözleşmesi). Sonuç olarak banka teminat mektubu ilişkisinin tarafları hakkında şu sonuca varılabilir: Doğrudan banka garantisinin tarafları garanti veren banka, garanti alan muhatap ve lehine garanti verilen lehdardır. Dolaylı banka garantilerinde ise bunlara ek olarak yabancı garantör (aracı) banka veya muhabir banka devreye girmektedir.

### III. MÖHUK m. 24 UYARINCA TEMİNAT MEKTUBU SÖZLEŞMESİNE UYGULANACAK HUKUK

Milletlerarası özel hukukta bir uyuşmazlık, Türk mahkemesinin önüne geldiğinde hâkim, 5718 sayılı MÖHUK m. 1 uyarınca ilk önce taraflar arasında ilişkinin yabancılık unsuru taşıdığını ve özel hukuka ilişkin olduğunu saptamalı ve uyuşmazlık konusunun tespiti için hukukî nitelendirme (vasıflandırma) yapmalıdır. Hâkim, taraflar arasındaki ilişkinin, yabancı unsurlu, özel hukuka ilişkin ve yaptığı vasıflandırma sonucunda sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi olduğu sonucuna varırsa, uyuşmazlığın çözümünde yetkili hukuku MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edecektir.

MÖHUK m. 24, yabancı unsurlu sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku belirleyen genel nitelikli bir bağlama kuralıdır. Bu madde ile çeşitli sözleşme türlerine dayanan ilişkiler, bir çatı altında birleştirilmiş ve hukuk güvenliğini sağlamak amacıyla genel yaklaşımı ifade eden karineler oluşturulmuştur<sup>106</sup>. Örneğin, satım sözleşmesi, bağışlama, kullandırma sözleşmeleri (taşınır kirası, finansal kiralama, karz ve ariyet), eser sözleşmesi, yayım sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi, vekâletsiz iş görme, acentelik-komisyonculuk-tellallık, garanti sözleşmesi, kefalet sözleşmesi, franchise sözleşmesi, sigorta sözleşmesi, factoring sözleşmesi gibi sözleşmeye dayanan borç ilişkileri bakımından uygulanacak hukuk MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilir<sup>107</sup>. Buna karşın, önemleri dolayısıyla bazı özel sözleşme tiplerine uygulanacak hukukun tespitine ilişkin bağlama kurallarının MÖHUK'ta ayrıca düzenlendiği görülmektedir. Bu sözleşmeler, taşınmazlara ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 25), tüketici sözleşmeleri (MÖHUK m. 26), iş sözleşmeleri

<sup>106</sup> Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 388.

<sup>107</sup> Örneklerde verilen sözleşme tiplerine uygulanacak hukukun tespiti için bkz. Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 389-418.

(MÖHUK m. 27), fikri mülkiyet haklarına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 28) ve eşyanın taşınmasına ilişkin sözleşmeler (MÖHUK m. 29) dir.

Banka teminat mektubu ilişkisine uygulanacak hukukun tespiti bakımından MÖHUK'ta özel bir düzenleme yer almamaktadır. Yabancı unsurlu teminat mektubu ilişkisi ile karşılaşan Türk hakimi vasıflandırmayı *lex fori* yani Türk hukuku uyarınca yapacaktır. Hakim, önüne gelen bu ilişkinin bir garanti sözleşmesi mi yoksa diğer bir teminat, örneğin kefalet sözleşmesi mi olduğunu kendi hukuku uyarınca tespit edecektir<sup>108</sup>. Daha önce de belirtildiği gibi bankacılık uygulamasında, teminat mektupları genellikle garanti sözleşmesi niteliğinde yapılmaktadır. Bu nedenle, teminat mektubu veren banka ile muhatap arasındaki (doğrudan teminat mektubu ilişkisinde ilk banka ile muhatap arasında/dolaylı teminat mektubu ilişkisinde yabancı garantör banka ve muhatap arasındaki) teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde, taraflar arasındaki ilişkinin hukukî niteliğinin garanti sözleşmesi olduğundan hareketle MÖHUK m. 24 uyarınca uygulanacak hukuk tespit edilecektir.

“Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuk” başlıklı MÖHUK m. 24, sözleşme statüsünün belirlenmesinde önerilen bağlama kurallarını iki grupta toplamıştır. MÖHUK m. 24'ün ilk üç fıkrası, belli şartlar altında tarafların aralarındaki borç ilişkisine uygulanmak üzere hukuk seçiminde bulunabileceklerini düzenlemektedir. MÖHUK m. 24'ün dördüncü ve son fıkrası ise tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde objektif olarak tespit edilen hukuktur. Bu iki grup kısaca “tarafların seçtiği hukuk” ve “objektif olarak tespit edilen hukuk” olarak isimlendirilmektedir.

5718 sayılı MÖHUK'un 24. maddesi, 2675 sayılı aynı adı taşıyan eski MÖHUK'un<sup>109</sup> 24. maddesini karşılamaktadır. Her iki madde bakımından bir karşılaştırma yapıldığında, 5718 sayılı Kanunda yer alan bu düzenleme, 2675 sayılı Kanundaki düzenlemeye nazaran taraflara hukuk seçimi konusunda daha fazla serbesti tanımış ve hukuk seçimi konusunu daha ayrıntılı düzenlemiştir. Ayrıca yeni düzenlemede hukuk seçimi yapılmaması halinde sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan objektif kriterler değiştirilmiştir. 2675 Sayılı Kanunun yürürlükte olduğu dönemde öğretide bu madde ile ilgili yapılan eleştiriler ve Avrupa Birliği'nin konuya ilişkin

<sup>108</sup> Bkz. I, B., 2.

<sup>109</sup> RG. 22.5.1982-17701.



düzenlemeleri dikkate alınarak<sup>110</sup> 5718 sayılı Kanundaki düzenleme oluşturulmuştur<sup>111</sup>.

### A. MÖHUK M. 24/I-III UYARINCA YETKİLİ HUKUKUN TARAFLARCA SEÇİLMESİ

Sözleşmeden doğan borç ilişkileri, taraflara irade özgürlüğü tanımaktadır. Borçlar hukukuna ilişkin sözleşmelerin içeriği, kapsamı ve sona erişi sözleşmenin taraflarınca serbestçe kararlaştırılabilmektedir. Devletlerin birçoğunun milli hukukunda yazılı sınırlayıcı bazı kurallara tâbi kılınarak “sözleşme serbestisi (özgürlüğü)” olarak isimlendirilen bir ilke yer almaktadır. Türk hukukunda “sözleşme serbestisi (özgürlüğü)” ilkesi ve sınırları TBK m. 26-27’de (BK m. 19-20’de) düzenlenmiştir. Bu sebeple Türk huku-

<sup>110</sup> Sözleşmeden doğan borçlara uygulanacak hukukun tespitine yönelik hükümler hazırlanırken, Avrupa Birliği mevzuatı ve Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu’nun (Roma Konvansiyonu) hükümleri dikkate alınmıştır. 5718 sayılı MÖHUK m. 24’ün esin kaynağı Roma Konvansiyonudur. Daha sonra bu Konvansiyonun uygulanması sürecinde yaşanan aksaklıklar nedeniyle Roma I tüzüğü oluşturulmuş ve Avrupa Birliği müktesebatının bir parçası haline gelmiştir. Roma Konvansiyonu, 19 Haziran 1980 tarihinde imzaya açılmış, 1 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Konvansiyonun tarihçesi ve amacı hakkında bkz. **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 L. J.* 1994, Vol. 27, s. 174-176; **Mcguinness**, Gina M.: “The Rome Convention: The Contracting Parties’ Choice”, *San Diego Int’l L. J.* 2000, Vol. 1, s. 129-131, s. 136; **North**, Peter/**Fawcett**, James: *Cheshire and North’s Private International Law*, thirteenth edition, Oxford University Press 1999, s. 535-536; **Zaremba**, Jochen: “International Electronic Transaction Contracts Between U. S. and EU Companies and Customers”, *Conn. J. Int’l L.* 2002-2003, Vol. 18, s. 490-491; **Dacey/Morris**: *The Conflict of Laws* (edt by Lawrence Collins), 14th. ed., Vol. 2, London 2006, s. 1541-1543; Roma Konvansiyonu ile Avrupa birliği müktesebatının ilişkisi için ayrıca bkz. **D’oliveira**, Hans Ulrich J.: “The EU and Metamorphosis of Private International Law”, *Reform and Development of Private International Law, Essays in Honour of Sir Peter North*, ed. By. Fawcett James, Oxford University Press New York 2002, s. 121 vd.; **Eksi**, Nuray: *Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu*, İstanbul 2004, s. 1 vd.; **Pasa**, Barbara/**Benacchio**, Gian A.: *The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe*, Central European University Press Budapest-New York 2005, s. 268-271.

<sup>111</sup> **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 27.

kunda sözleşmenin konusu kanunen öngörülen sınırlara<sup>112</sup> aykırı olmamak kaydıyla serbestçe düzenlenebilmektedir.

Millî hukuklarda taraflara belli sınırlar içinde sözleşme yapma özgürlüğünün tanınması, ticari hayatın özelliği ile bağlantılı olup<sup>113</sup>, borç sözleşmeleri alanında taraf menfaatlerinin ağır basmasından kaynaklanmaktadır<sup>114</sup>. Borçlar hukuku alanında taraflara tanınan bu özgürlük, milletlerarası özel hukukun konusuna giren ilişkilere de yansımıştır<sup>115</sup>. Sözleşme serbestisi özgürlüğü, milletlerarası özel hukukta, konunun niteliği gereği, sözleşmenin tâbi olacağı hukukun taraflarca tayin edilebileceği şeklinde kabul görmüştür<sup>116</sup>.

Yabancı unsurlu borç ilişkileri bakımından hukuk seçimi, taraflar arasındaki ilişkilerin güven ve istikrarını sağladığı gibi ileride ortaya çıkabilecek ihtilâflarda uygulanacak hukukun tespiti konusunda yargı merciinin

<sup>112</sup> Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ve konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüz kabul edilmektedir (TBK m. 27/1).

<sup>113</sup> **Çelikel/Erdem**, s. 318.

<sup>114</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 349.

<sup>115</sup> Milletlerarası özel hukukta, sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukukun tespitinde tanınan irade özgürlüğünün (sözleşme serbestisinin) temeli 16. yüzyıla dayanmaktadır. 16. yüzyıldan itibaren savunulan bu esas, 19. yüzyılda özellikle Savigny'in görüşlerinde yerini almıştır. Bu konuyu düzenleyen yasalarda 19. yüzyıldan itibaren kabul edilmeye başlanmıştır. 19. yüzyılda aralarında İngiltere, Fransa, Belçika ve İskandinav ülkelerinin bulunduğu çeşitli Avrupa ülkelerinde sözleşmelere uygulanacak hukukunun tespitinde katı olarak uygulanan "sözleşme yeri hukuku" esas (lex loci contractus) terk edilmiştir. Günümüzde, hemen hemen bütün milletlerarası özel hukuk ihtilâflarını düzenleyen kanunlarında sözleşmeden doğan borçlar tarafların seçtikleri hukuka tâbi tutulmuştur. Bu konuda bkz. **Çelikel/Erdem**, s. 318 vd.; **Tiryakioğlu**, s. 19 vd.; Roma Konvansiyonu'nun "Seçim Serbestisi" başlığını taşıyan 3. maddesi, taraf ülke hukukları ve diğer birçok ülkenin hukuk sistemi bakımından kabul gören sözleşme serbestisi ilkesini düzenlemektedir (**Horlacher**, s. 177; **McGuinness**, s. 150-151; **Zaremba**, s. 492; **Dacey/Morris**, s. 1560-1561; **North/Fawcett**, s. 552-553).

<sup>116</sup> Örneğin, Milletlerarası Ticaret Odasının "Talep Garantileriyle İlgili Hazırlanmış Olduğu Birörnek Kurallar (TGBK)"da milletlerarası özel hukuk anlamındaki irade özgürlüğü ilkesi teminat mektubu sözleşmeleri bakımından da açıkça kabul edilmiştir. Nitekim 34. maddedeki "...garantide farklı şartlara bağlanmadığı sürece..." ifadesi bu sonucu sağlamaktadır. Buna karşın hükümde tarafların aksini nasıl kararlaştırabilecekleri konusunda açıklayıcı bir ifadeye yer verilmemiş; taraflara tanınan hukuk seçiminin kullanılma şekli millî hukuklara bırakılmıştır (**Doğan**, Teminat Mektupları, s. 186).

işini kolaylaştırmaktadır. Bu nedenle tekmil hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilâfı kurallarında hukuk seçimine ilişkin bir hüküm bulunmaktadır<sup>117</sup>. Taraflar aralarındaki sözleşmede bir hukuk seçimine yer vermezlerse, ihtilâf hâlinde başvuru yargı merciinin kendi kanunlar ihtilâfı kuralları ile yetkili hukuk tespit edilecek ve bu hukuk, tarafların beklentilerine ve sözleşmesel ilişkinin mâhiyetine uygun düşmeyebilecektir. Ayrıca hukuk seçimi, “potansiyel ihtilâfların” ortaya çıkmasını önleyici bir fonksiyona da sahiptir. Sözleşme hükümlerine uygun ifadan kaçınmak isteyen taraf, sözleşmenin hükümlerini ve tâbi kılındığı hukukun ilgili kurallarını dikkate alacağı için, bu davranışının hukuki sonuçlarını önceden değerlendirecek ve seçilen hukuka göre sorumluluktan kaçınamayacağını anladığı takdirde bu hareketinden vazgeçebilecektir<sup>118</sup>.

MÖHUK m. 24’ün ilk üç fıkrası ile kanun koyucu, sözleşmeye uygulanacak hukuku seçme konusunda tarafları serbest bırakılmıştır. İrade özgürlüğü ilkesi çerçevesinde taraflar aralarındaki sözleşme hakkında uygulanacak hukuku serbestçe belirleyebilirler. Taraflara tanınan bu serbesti, sözleşmenin taraflarının iradelerine bir kanunlar ihtilâfı kuralı niteliği verme anlamına gelmekte; seçilen hukuk, sözleşmenin bütünü ile tâbi olduğu “yetkili hukuk” olmaktadır<sup>119</sup>. Teminat mektubu ilişkisinin tarafları, garantör banka ile muhataptır. Taraflar arasındaki ilişkinin hukukî niteliğinin de garanti sözleşmesi olduğu dikkate alındığında taraflar, aralarındaki banka garanti sözleşmesine veya teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukuku, “sözleşme serbestisi (irade özgürlüğü)”ne de uygun olarak, MÖHUK m. 24/I uyarınca belirleyebileceklerdir. Bu durumda taraflarca seçilen hukuk, sözleşmenin bütünü üzerinde etki doğurur. Ehliyet<sup>120</sup> ve şekil<sup>121</sup> konuları bu durumdan ayrıdır.

<sup>117</sup> Milletlerarası özel hukukta irade serbestisi hakkında bkz. **Şanlı**, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 105 vd.

<sup>118</sup> **Şanlı**, s. 41-42.

<sup>119</sup> **Nomer**, s. 309.

<sup>120</sup> Banka teminat mektuplarının şekline ilişkin hukuk, “Hukukî İşlemlerde Şekil” başlıklı MÖHUK m. 7 uyarınca tespit edilir. Bu madde uyarınca hukuki işlemler yapıldıkları yer hukukunun veya hukuki işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir.

<sup>121</sup> Banka teminat mektuplarında tarafların ehliyeti, “Ehliyet” başlıklı MÖHUK m. 9 uyarınca tespit edilir. Teminat mektubunu düzenleyen banka tüzel kişi olmasına rağmen

MÖHUK m. 24/I'e uyarınca sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların "açık" olarak seçtiği hukuka tâbidir. Aynı fıkra uyarınca taraflar, "sözleşmenin hükümlerinden ve halin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen" hukuk seçimini de yapabilirler.

Bankacılık uygulamasında pek sıklıkla rastlanmasa da banka teminat mektubu sözleşmesinin tarafları aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku, MÖHUK m. 24/I uyarınca kararlaştırabilirler. Nitekim, Yüksek mahkeme de bir kararında bu sonuca varmıştır<sup>122</sup>.

MÖHUK m. 24/I'de yer alan, "hukuk" seçimi ile anlatılmak istenen, tarafların belli bir devlete ait hukuk nizamını seçebilmeleridir<sup>123</sup>. Uygulama

---

muhatap gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. MÖHUK m. 9 hem gerçek hem de tüzel kişilerle diğer kişi veya mal topluluklarının ehliyetine uygulanacak hukuku düzenler. Buna göre "Hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. 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 aynı haklara ilişkin işlemler bu hükmün dışındadır. Kişinin millî hukukuna göre kazandığı erginlik, vatandaşlığının değişmesi ile sona ermez. 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. Statüsü bulunmayan tüzel kişiler ile tüzel kişiliği bulunmayan kişi veya mal topluluklarının ehliyeti, fiilî idare merkezi hukukuna tâbidir".

<sup>122</sup> "Taraflar arasındaki uyumsuzluk yabancılik unsuru taşıyan sözleşmeden kaynaklanmıştır. 2675 Sayılı Kanununun 1. maddesi uyarınca, yabancılik unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk ve mahkemelerin yetkisi bu kanuna tâbi kılınmıştır. Davanın konusunu oluşturan teminat mektubu için yapılan sözleşmenin son cümlesinde (bu teminattan doğan bütün hak ve yükümlülüklerin Federal Alman Cumhuriyeti kanunları tarafından yönlendirileceği) yazılıdır. Bu nedenle sözleşmeden doğan bu ihtilâfın giderilmesinde konu ile ilgili Federal Alman Cumhuriyeti kanunlarının uygulanması gerektiğinden mahkemece belirtilen mevzuat hükümlerinin tarafların yardımı ile ilgili yerlerden getirilmesi...davanın sonuçlandırılması yerine yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş kararın bozulması uygun bulunmuştur..." (15. HD., T. 17.2.2000, E. 2001/654, K. 2001/1010, **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 189 dn. 134).

<sup>123</sup> **Nomer**, s. 307 aynı görüşte **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 37-38; Roma Konvansiyonu bakımından da aynı sonuca varılmaktadır. Nitekim, m. 1 (1)'e bakıldığında Konvansiyondaki kurallar, farklı devletlerin hukukları arasında bir seçimin olduğu her durumda sözleşmelerden doğan ilişkilere uygulanacaktır. Bu nedenle m. 3(1) uyarınca seçilecek hukuk, belli bir devlete ait hukuk nizamı olmalıdır. Örneğin, lex mercatoria veya hukukun genel prensipleri, uygulanacak hukuk olarak taraflarca kararlaştırılamaz (**Dacey/Morris**, s. 1567-1568; **North/Fawcett**, s. 559-560).

alanı ülke ile sınırlanmamış, birden çok ülkeyi kapsayan hukuk kuralları, MÖHUK m. 24 anlamında bir devlete ait “hukuk” kavramı dışında kalır. Örneğin, taraflar, *lex mercatoria*’yı<sup>124</sup>, UNIDROIT-Prensiplerini<sup>125</sup>, hukukun genel prensiplerini, devletler hukuku kurallarını aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak “hukuk” olarak kararlaştıramazlar. Dolayısıyla taraflar, aralarındaki teminat mektubu sözleşmesi hakkında uygulanacak hukuk olarak ancak milli hukuk sistemlerini kararlaştırabilir. Zira, milli hukuk sistemleri dışında yapılan hukuk seçimlerinin bazı sakıncaları bulunmaktadır. Bu gibi bir hukuk seçimi çok defa pratik ihtiyaçlara cevap vermeyecektir. Özel olarak sözleşmede düzenlenmeyen pek çok konuda bu hukuk kurallarından çözüm elde edilemeyecek, taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkiye kesinlik ve belirlilik kazandırmayacağı için muhtemel sonuçlar da

<sup>124</sup> Aksi görüş için bkz. **Sargın**, Fügen: Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002, s. 194 - **Sargın**, Eski MÖHUK m. 24’de yer alan “seçilen kanun” ifadesinin *lex mercatoria*’yı da kapsayacak şekilde geniş anlaşılması gerektiği fikrindedir. Yazara göre hukuk seçimi, sadece yabancı bir devletin hukukunun seçimi ile sınırlandırılmamalıdır. **Doğan**’a göre *lex mercatoria* olarak nitelendirilen 758 sayılı TGBK’yı taraflar “yetkili hukuk” olarak belirleyebilirler. Buna karşın TGBK’da garanti sözleşmeleri veya teminat mektuplarının bütün yönleri ile düzenlenmediğini belirten yazar, düzenleme dışında kalan hususlarda mutlaka belirli bir ülke hukukunun yetkili kılınması gerektiğini belirtmiştir (**Doğan**, Teminat Mektupları, s. 191-192). **Sural**’a göre Yeni MÖHUK m. 24/I’de “hukuk” ifadesi yerine “hukuk kuralları” ifadesi tercih edilerek, bu konuda uluslararası ticaretin gereklerine ve yenilikçi yaklaşımlara daha uygun bir düzenleme getirilmesi yerinde olurdu (**Sural**, Ceyda: Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, İzmir 2008, s. 182).

<sup>125</sup> Geleneksel görüş uyarınca, Unidroit prensipleri sadece Borçlar Hukukunun bir bölümüne yönelik düzenlemeleriyle bir “hukuk” oluşturmadığı ve prensiplerin arkasında bunlara geleneksel anlamda hukuk vasfı veren bir ulusal egemenlik gücü bulunmadığı için ulusal kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca taraflar aralarındaki sözleşmeleri ancak ulusal hukuk düzenlerine tâbi tutabilirler. Bu Prensipere atıfta bulunulması ancak incorporation yolu ile bu Prensiplerin sözleşmenin bir parçası haline getirildiği anlamına gelir. Bu durumda uygulanacak hukuk, hâkimin hukukunun kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca ayrıca belirlenen hukuk olup bu devlet hukukunun emredici kurallarına aykırı düşmediği oranda bu kurallar geçerli olur. Geleneksel görüşe karşın öğretilerde azınlıkta olsa da bazı yazarlar, taraflarca uygulanacak hukuk olarak Prensiplerin seçilmesi hâlinde bu Prensiplerin devlet mahkemelerince uygulanacak hukuk olarak doğrudan uygulanabileceği kanaatindedir. Bu görüşler ve görüşleri savunan yazarlar için bkz. **Sural**, s. 176 vd.

önceden tahmin edilemeyecektir<sup>126</sup>. Bu nedenle yabancı unsurlu bir sözleşmeden doğan ihtilâflarda uygulanacak hukuk olarak belirli bir devletin hukukunun seçilmesi, gerek sözleşmesel ilişkinin hukukî güvenliği bakımından, gerekse ileride ortaya çıkabilecek ihtilâfların çözümü bakımından faydalı olacaktır<sup>127</sup>.

MÖHUK m. 24 açısından taraflarca seçilen hukukun haklı bir menfaate dayanmasına veya sözleşmeye tâbi bir ilişkisinin bulunmasına gerek yoktur<sup>128</sup>. Hukuk seçimi, haklı menfaat ve benzeri gibi sınırları değişken veya taraflar dışındaki kişilerin yorumlayamayacakları kriterlere bağlı tutulmamalıdır<sup>129</sup>. Seçilen hukuk ile sözleşme hükümlerinin uyumlu olmaması hâlinde seçilen hukukun emredici kuralları ile sözleşme hükümleri birbiriyle çelişebilir; taraflarca seçilen hukukun emredici kuralları, sözleşmeyi tamamen veya sözleşmenin bazı hükümlerini geçersiz sayabilir. Seçilen hukuk ile sözleşme hükümleri arasındaki uyum, sözleşme kaleme alınırken hukukun seçilmesi ile sağlanabilir. Bu durumda yabancı unsurlu sözleşme, belirli bir hukuk sistemi dikkate alarak tasarlanırsa ve uygulanacak hukuk olarak da bu hukuk seçilirse uyum sağlanacak ve potansiyel ihtilâfların önüne geçilebilecektir<sup>130</sup>. Bu nedenlerle, banka teminat sözleşmesi hakkında uygulanacak hukuk seçilirken taraflar, seçilen hukuk ile sözleşme hükümlerinin uyumlu olmasına özen göstermelidir. Banka teminat sözleşmesi oluşturulurken hukuk seçimi yoluna gidilmeli; ileride ortaya çıkabilecek muhtemel ihtilâflar önlenmelidir.

MÖHUK m. 24/I uyarınca, taraflar “açık” veya “örtülü (zimnî)” irade beyanları ile hukuk seçimi yapabilirler. Ayrıca hukuk seçimi belirli bir şekle de tâbi değildir.

<sup>126</sup> Şanlı, s. 46.

<sup>127</sup> Şanlı, s. 45.

<sup>128</sup> Roma Konvansiyonu m. 3(1) bakımından da aynı sonuca varılmaktadır. Bkz. **Horlacher**, s. 177. Ancak bazı ülkelerin milletlerarası özel hukuka ilişkin düzenlemeleri uyarınca irade özgürlüğü sınırlıdır. Bu düzenlemeler uyarınca taraflar ancak sözleşme ile irtibatlı olan belirli bir hukuk sistemini seçebilirler. Bu nedenle, irade serbestisine sınırlamalar getiren bir ülkenin mahkemelerini seçmek durumunda iseler, yargı yeri ülkesinin tatbikine izin vereceği bir hukuku seçmelidirler. Aksi halde, taraflar arasındaki sözleşmeye seçtikleri hukuk uygulanamaz. Davanın görüldüğü ülkenin milletlerarası özel hukuk kurallarının yetkili kıldığı hukuk uygulanır (Şanlı, s. 44).

<sup>129</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 352-353.

<sup>130</sup> Şanlı, s. 42-43.

Taraflar, belli bir hukuku seçme iradelerini yorumu gerektirmeyecek bir şekilde anlaşılır şekilde ifade etmişlerse “açık hukuk seçimi”nin varlığından bahsedilebilir. Bu durumda taraflar, aralarında doğmuş olan veya doğması muhtemel ihtilâfları belirli bir hukuk nizamının seçimiyle çözmek iradesine sahip olup bilinçli olarak bir hukuku seçmişlerdir.

Açık hukuk seçimi genellikle, sözleşmenin genel hükümleri arasında yer alan özel bir maddeyle gerçekleştirilir. Hukuk seçimine yönelik bu şekilde bir maddenin içeriği ve kapsamında yeterli açıklık yoksa madde hâkimin hukuku (lex fori) uyarınca yorumlanır<sup>131</sup>. Bu nedenle banka teminat sözleşmesinin taraflarının hukuk seçimi yapıp yapmadığını tespit edebilmek için ilk önce sözleşme metnine bakılmalı, belirli bir hukuk seçiminin yapıldığı sözleşme hüküm veya hükümlerinden açıkça anlaşılıyorsa sözleşme o hukuka tâbi kılınmalıdır. Örneğin sözleşmede “uyuşmazlık hâlinde Türk hukuku yetkilidir” ifadesini içeren bir hüküm yer alıyorsa, açık hukuk seçimi yapıldığından tereddüt etmemek gerekir. Buna karşın sözleşmenin hüküm veya hükümlerinden bu sonuca varılamıyorsa, açık hukuk seçim yapıp yapılmadığı konusunda dava Türkiye’de açılmışsa Türk hukuku (hâkimin hukuku-lex fori) uyarınca sonuca varılır.

Sözleşmenin tarafları, hukuk seçimi iradelerini açık olarak beyan etmeseler dahi bir hukuk seçimi yapıldığına ilişkin iradeleri tespit edilebiliyorsa, tarafların hukuk seçimi yaptıkları kabul edilir<sup>132</sup>. Türk milletlerarası özel hukukunda, örtülü (zımnî) hukuk seçimi yapılabilmektedir. Yalnız, örtülü hukuk seçiminin, sözleşmeden şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılması gerekmektedir. MÖHUK m. 24/I c. 2’de bu konu düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca, sözleşmenin hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilen hukuk seçimi de geçerli sayılmaktadır<sup>133</sup>.

<sup>131</sup> Nomer, s. 309.

<sup>132</sup> Roma Konvansiyonu m. 3 (1) uyarınca hukuk seçimi, açık olabileceği gibi sözleşmede yer alan ifadelerden veya halin özelliklerinden anlaşılması kaydıyla örtülü olarak da yapılabilir. Örtülü olarak hukuk seçiminin Konvansiyon bakımından geçerli olması için tarafların belli bir hukuku seçmeye yönelik gerçek iradeleri olmalı ve bu iradeleri halin özelliklerinden anlaşılmalıdır. Farazi irade ile hukuk seçimi kabul edilemez. Bu konudaki bazı yargı kararları için bkz. **Dacey/Morris**, s. 1573-1577; **North/Fawcett**, s. 560-564.

<sup>133</sup> 2675 sayılı Eski MÖHUK m. 24 uyarınca “Sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri kanuna tâbi”ydi. Bu nedenle, örtülü hukuk seçiminin yapıp yapıla-

Teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukuku taraflar, açık irade beyanı ile olabileceği gibi örtülü irade beyanı ile seçebilirler. Bu noktada örtülü hukuk seçiminin tespiti sorunuyla karşılaşmaktadır. Tarafların örtülü hukuk seçimi yapıp yapmadığının tespit edilebilmesi her zaman kolay olmayabilir. Örtülü irade beyanında da tarafların gerçek iradeleri vardır. Örtülü irade beyanında tarafların hukuk seçme ve açıklama konusunda suurlu oldukları kabul edilir. Bu nedenle açık bir hukuk seçimi yoksa örtülü irade beyanı ile hukuk seçimi çeşitli vakıalara dayanılarak tespit edilebilir<sup>134</sup>. Bu konuda sözleşmenin esasına ilişkin hükümlerden bir sonuca varılabilir. Sözleşmenin diğer hükümleri ile bertaraf edilemeyecek belirtilerden sonuç çıkarılması mümkündür. Bu belirtilere örnek olarak, “sözleşmede belirli bir hukukun hükümlerinin kullanılması, belirli bir hukuka dayanılarak gerçekleştirilmiş genel sözleşme şartlarının kullanılması, açık bir hukuk seçiminin yapılmış olduğu sözleşmeye gönderme yapılmış olması, bir hukuk seçiminin yapılmış olduğu ve fiilen de seçilmiş bu hukuka göre yerine getirilmiş olduğu aynı neviden sözleşmelerin taraflar arasında mevcut olması, taraflar arasındaki bütün uyumsuzluklar bakımından aynı devletin mahkemelerinin münhasıran yetkilendirilmiş olması” gösterilmektedir<sup>135</sup>. Bu gibi delillerden veya vakılardan hiçbiri tek başına örtülü irade beyanı yolu ile hukuk seçimi yapıldığı sonucunu vermeyebilir. Bu sebeple bu delillerden veya vakılardan birkaçının bir arada bulunması gerektiği kabul edilmektedir<sup>136</sup>. Teminat mektubu sözleşmeleri bakımından örtülü irade beyanı ile hukuk seçimi, genellikle “yetkili mahkemenin tespiti” ile veya “yalnızca belirli bir hukuk düzeninde tanımlanabilir nitelikte teminat mektubu sözleşmesinin yapıl-

mayacağı konusunda öğretide görüş ayrılıkları bulunmaktaydı. Bir kısım yazarlar, örtülü hukuk seçiminin belli şartlar altında yapılabileceği sonucuna varırken diğer bir kısım yazarlar bunun o anki düzenleme nedeniyle bunun mümkün olmayacağı sonucuna varmıştır. Bu konudaki görüşler ve bu görüşleri savunan yazarlar için bkz. **Toker**, Gümrah A.: 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005, s. 49 dn. 140.

<sup>134</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 358.

<sup>135</sup> **Nomer**, s. 310-311; benzer örnekler için bkz. **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 358; **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 45; Roma Konvansiyonu m. 3(1)'de düzenlenen örtülü hukuk seçimi bakımından da öğretide benzer örnekler verilmiştir. Bkz. **Mcguinness**, s. 153-154.

<sup>136</sup> **Nomer**, s. 310-311; **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 358; **Demir-Gökyayla**, **Cemile**: Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Ankara 2005, s. 310-331; **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 45.



ması” ile gerçekleştiği görülmektedir<sup>137</sup>. Teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukukun örtülü hukuk beyanı yolu ile seçildiğinin kabulü için somut delillerden veya vakıalardan hareket edilmeli ve bu şekilde sonuca varılmalıdır. Bu delillerden veya vakıalardan birkaçı somut olayda tespit edilebiliyorsa ancak bu halde örtülü hukuk seçiminden bahsedilebilecektir. Çünkü bu yolla, tarafların hukuk seçimi konusundaki gerçek iradelerine de ulaşılmaktadır.

MÖHUK m. 24/I c. 2 uyarınca örtülü hukuk seçimi mümkün olmakla birlikte, tarafların farazî iradelerinden yola çıkılarak hukuk seçimi yapabilecekleri sonucuna varılamaz<sup>138</sup>. Teminat mektubu sözleşmesinin tarafları, hukuk seçimi yapsalardı hangi hukuku seçerlerdi şeklinde hâkim tarafından yapılan bir yorumla tarafların hukuk seçimine yönelik farazî iradesine ve buna bağlı olarak uygulanacak hukukun tespitine itibar edilmemesi gerekmektedir. Çünkü, farazi hukuk seçimi, örtülü hukuk seçiminden farklı olarak tarafların gerçek iradelerini yansıtmamaktadır.

Kural olarak her hukuk nizamı, hukuk seçiminin konusu yapılabilir. İrade muhtariyeti sonucu seçilen hukuk, emredici ve tamamlayıcı hükümleri bir bütün hâlinde taraflar arasındaki ilişkiye uygulanır<sup>139</sup>. Bunun yanında bazı sözleşme tiplerinde hukuk seçimi bizzat kanun ile sınırlandırılmıştır. Örneğin, MÖHUK m. 26/I uyarınca tüketici sözleşmelerinde hukuk seçimi “tüketicinin mutad meskeni hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla”, MÖHUK m. 27/I uyarınca iş sözleşmelerinde hukuk seçimi “işçinin mutad işyeri hukukunun emredici hükümleri uyarınca sahip olacağı asgarî koruma saklı kalmak kaydıyla” geçerli kabul edilir<sup>140</sup>. Teminat mektubu sözleşmesi, MÖHUK’ta özel olarak

<sup>137</sup> Doğan, Teminat Mektupları, s. 190.

<sup>138</sup> Nomer, s. 310; Çelikel/Erdem, s. 322 dn. 101.

<sup>139</sup> Nomer, s. 312-313; Şanlı, s. 46; Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 351; Demir-Gökyayla, s. 276.

<sup>140</sup> 2007 Tarihli Yeni MÖHUK tasarısı hazırlanırken sigorta sözleşmelerine ilişkin özel bir düzenleme yapılması öngörülmüş, çok farklı alanlarda sigorta sözleşmesi yapılabildiği için tek bir madde ile menfaatler dengesini sağlayacak bir kural getirmenin zorluğu dikkate alınarak vazgeçilmiştir (Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 404). Bu sebeple sigorta sözleşmelerine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilecektir. Buna karşın, sigorta sözleşmelerinde sigortalanan kimse, sözleşmenin zayıf tarafı olduğu için onun adına asgarî koruma sağlamak ve hukuk seçimini buna göre sınırlamak daha uygun olacaktır.

düzenlenmediği için, MÖHUK m. 24 hükmüne başvurulacaktır. Bu nedenle taraflar, seçtikleri hukuk nizamı konusunda bir sınırlama ile karşılaşmayacaklardır.

Tarafların MÖHUK m. 24/I uyarınca hukuk seçimi yapmış olmaları hâlinde seçilen hukuka yapılan atıf maddi norm atfıdır. Bu durumda, taraflarca seçilmiş olan hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları değil, maddi hukuk kuralları<sup>141</sup> seçilmiştir<sup>142</sup>. Bu noktada, genel olarak kabul edilen kural olan atıf teorisinden, hukuk seçiminde ayrılmıştır. Atıf teorisi, MÖHUK m. 2/III'de yer almaktadır. Bu teoriye göre, yabancı hukuka atıf yapıldığında, bu ülke hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarına atıf yapılmaktadır. Bu kuralların başka bir hukuku (devam eden atıf) veya kendi ülkesinin hukukunu (iade atıf) yetkili kılması hâlinde bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. MÖHUK m. 2/III atıf teorisini, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla sınırlı tuttuğu için yabancı unsurlu sözleşmeden

<sup>141</sup> Taraflarca seçilen hukukun maddi kurallarının yanında bu hukuk sisteminin bir parçası olan uluslararası sözleşmelerin de dikkate alınması gerekmektedir. Uluslararası sözleşmeler, seçilen hukukun (maddi hukukunun) bir parçası olarak uygulama alanına giren ilişkilere doğrudan uygulanır. Bu gibi uluslararası sözleşmelerde taraflara sözleşmenin uygulanmasını tamamen veya kısmen bertaraf etmelerini sağlayan veya sözleşmenin hükümlerinden kurtulmayı veya sonuçlarını değiştirebilmelerini sağlayan maddeler de yer almaktadır. Örneğin, 11 Nisan 1980 tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (CISG-United Nations Convention on Contracts for The International Sale of Goods), uygulamada bilinen adıyla Viyana Satım Sözleşmesi (Vienna Sales Convention), doğrudan uygulanan bu uluslararası sözleşmelerden biri olup taraflara 6. maddesi ile Sözleşmenin uygulanmasından kaçınma imkanı tanımıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Toker**, s. 119 vd ayrıca bkz. **Ferrari**, Franko: "Uniform Application and Interest Rates Under The 1980 Vienna Sales Convention", Ga. J. Int'l Comp. L. 1994-1995, Vol. 24, s. 467 vd.; **Volken**, Paul: "The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-filling", International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures, Oceana 1986, Ch. 2, s. 35 vd.; **Bell**, Kevin: "The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods", Pace International Law Review, Vol. 8, Y. 1996, s. 254; Ayrıca UNCITRAL tarafından hazırlanan, "Bağımsız Teminatlar ve Standby Akreditife İlişkin Konvansiyon" da bulunmaktadır. Bu Konvansiyon, 11 Aralık 1995 yılında imzaya açılmış, 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Banka teminat mektuplarına ilişkin hükümler içeren bu Konvansiyona Türkiye taraf değildir (**Eksi**, s. 319-322).

<sup>142</sup> **Nomer**, s. 313; **Çelikel/Erdem**, s. 323; **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 355; **Şanlı**, s. 47; **Demir-Gökyayla**, s. 276, 292-294; **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 30; **Toker**, s. 50.

doğan ihtilâflarda atıf dikkate alınmaz. MÖHUK m. 2/IV, hukuk seçimi hâlinde taraflar aksini kararlaştırmadıkça seçilen hukukun maddi hükümlerinin uygulanacağını açıkça düzenlemiştir.

Aksine bir çözüm tarzının benimsenmesi hâlinde, tarafların seçtikleri hukukun aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanmaması gibi bir sonuçla karşılaşılabilir<sup>143</sup>; bu durum da hukuk güvenliğini tehdit edebileceği<sup>144</sup> için kanunun düzenlemesi yerindedir. Bununla birlikte, MÖHUK m. 2/IV tarafların bu konudaki iradesine önem vermektedir. Şöyle ki taraflar “aksini kararlaştırarak” aralarındaki yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkisine uygulanmasını istedikleri hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları ile birlikte uygulanmasını “açıkça” belirleyebilirler. Bu nedenlerle, taraflar aksini kararlaştırmadığı müddetçe teminat mektubu sözleşmesine seçilen hukukun maddi hükümleri dikkate alınmalıdır.

MÖHUK m. 24/II uyarınca taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanabileceğini kararlaştırabilirler. Bu hüküm uyarınca kısmî hukuk seçimi mümkün olup; taraflar, yaptıkları sözleşmenin bir kısmını seçtikleri bir hukuka tâbi tutma olanağına sahiptirler. Bu durumda birden fazla hukukun uygulanmasının da mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>145</sup>. Örneğin, bir yabancı unsurlu bir satım sözleşmesinde taraflar, satıcının hakları ve yükümlülüklerini satıcının edimini ifa edeceği yer hukukuna, alıcının hak ve yükümlülüklerini ise alıcının ülkesi hukukuna veya ödemenin yapılacağı ülke hukukuna tâbi tutabilirler<sup>146</sup>. Bu durumda şekil ve ehliyeteye tâbi sözleşme şartları birbirinden farklı hukuklara tâbi iken sözleşmenin meydana gelişi, hükümleri ve farklı hükümleri de kısmî hukuk seçimi yolu ile kendi aralarında birbirinden ayrılabilir. Buna karşın, içerik itibarıyla birbirinden ayıramayacak hususların farklı hukuklara tâbi

<sup>143</sup> Tiryakioğlu, s. 24; Şanlı, s. 47; Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 355.

<sup>144</sup> Uluslararası borçlar hukukunda genel olarak atıf reddedilmiştir. Buna karşın, bu konuda genel tereddütler olabileceği gibi farklı uygulamalar da bulunmaktadır. Bu sebeple, sözleşmenin seçilen maddi kuralları ile yönetileceğinden emin olmak için seçilen hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları uygulamadan maddi hükümlerinin uygulanacağını belirleyen ibareler sözleşmeye yazılmalıdır (Şanlı, s. 47).

<sup>145</sup> Çelikel/Erdem, s. 320; Şanlı, s. 49; Demir-Gökyayla, s. 286; Roma Konvansiyonu m. 3(1) son cümle uyarınca taraflar seçimlerinde seçilen hukukun sözleşmenin tamamına veya bir kısmına uygulanacağını kararlaştırabilirler. Bkz. McGuinness, s. 152.

<sup>146</sup> Şanlı, s. 49.

tutulmaması gerekmektedir<sup>147</sup>. Teminat mektubu sözleşmesi bakımından da taraflar, kısmî hukuk seçimi yoluna gidebilirler. Yalnız bu sözleşme banka açısından tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için her ne kadar teoride mümkün olsa da uygulamada böyle bir duruma rastlama olasılığı azdır<sup>148</sup>. Bunun yanında asıl sözleşme ile teminat mektubu sözleşmesi birbirlerinden bağımsız iki farklı sözleşme olduğu için bu iki sözleşme bakımından tarafların birbirinden farklı ülke hukukları seçmesi kısmî hukuk seçimi olarak nitelendirilemez<sup>149</sup>.

Türk hukukunda hukuk seçiminin yapılama zamanı konusunda bir sınırlama yoktur<sup>150</sup>. MÖHUK m. 24/III c. 1 uyarınca hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir veya değiştirilebilir. Taraflar, aralarındaki sözleşme hakkında uygulanacak hukuku genellikle sözleşmenin yapılması sırasında kararlaştırırlar. Buna karşın hukuk seçimi sonradan hatta dava aşamasında da yapılabilir<sup>151</sup>. Taraflar, yaptıkları hukuk seçimini daha sonradan değiştirebilirler. Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça sonradan yapılacak hukuk seçiminin sözleşmenin kurulması anından itibaren (geriye) etkili olacağı kabul edilmelidir<sup>152</sup>. Bu durumda sözleşmenin meydana gelişi ve geçerliliği eski

<sup>147</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 354; Roma Konvansiyonu m. 3(1) bakımından da aynı sonuca varılmaktadır. Bkz. **Dicey/Morris**, s. 1569; **North/Fawcett**, s. 553-554.

<sup>148</sup> 2675 sayılı Eski MÖHUK döneminde kanunda kısmî hukuk seçimine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen öğretilde kısmî hukuk seçimi yapılabileceği sonucuna varılıyordu. Bununla birlikte öğretilde kısmî hukuk seçimi yoluna başvurunun ender olarak karşılaşılan bir durum olduğu öne sürülmüştür. Örneğin **Demir-Gökyayla**'ya göre "... tarafların yaptıkları sözleşmenin bir kısmını bir hukuka, diğer bir kısmını başka bir hukuka tâbi kılmak suretiyle bir bilmece yaratmaları, milletlerarası ticaret hayatında oldukça ender görülen bir olaydır. Bununla birlikte, kısmî hukuk seçimi yapılması hâlinde, uygulanacak hukukun bölüneceği ve ortaya içinden çıkılmaz sorunların çıkabileceği düşüncesinden hareketle kısmî hukuk seçimini engellemek doğru değildir." (**Demir-Gökyayla**, s. 286).

<sup>149</sup> **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 178-179.

<sup>150</sup> **Nomer**, s. 313; **Çelikel/Erdem**, s. 323; **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 356; **Tiryakioğlu**, s. 214; **Demir-Gökyayla**, s. 334; **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 179-180; **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 31; **Toker**, s. 50.

<sup>151</sup> **Nomer**, s. 313; **Çelikel/Erdem**, s. 323; **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 356; **Toker**, s. 50.

<sup>152</sup> Zirâ sözleşmenin birbirini takip eden iki farklı hukuka tâbi olmasında, tarafların kural olarak menfaatleri yoktur (**Nomer**, s. 314); **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 356; **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 31.

seçilen hukuka, hükümleri ise yeni seçilen hukuka tâbi olur<sup>153</sup>. Daha sonra özellikle de mahkeme safhasında yapılan hukuk seçimi genellikle hakimin hukuku (lex fori) lehine gerçekleşmektedir. Hakimin kendi hukukunu uygulama kolaylığı ortaya çıktığı için genellikle böyle bir durumda hakimin hukuku (lex fori) tercih edilir<sup>154</sup>. MÖHUK m. 24/III c. 2 uyarınca sözleşmenin kurulmasından sonraki hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkili olarak geçerlidir. Tarafların sonradan seçtiği hukuk, önceki sözleşme statüsüne oranla üçüncü kişinin hukukî durumunu kötüleştirebilir. Böyle bir durumda, hukuk seçiminin sonuçları kanunlar ihtilâfi bakımından esas sözleşmenin tarafları arasındaki ilişki ile sınırlı kalır. Tarafların üçüncü kişi ile ilişkilerinde önceki sözleşme statüsü geçerliliğini korumaya devam eder<sup>155</sup>. Bu nedenlerle taraflar, aralarındaki teminat mektubu sözleşmesi hakkında uygulanacak hukuku istedikleri zaman kararlaştırabilirler; aksini kararlaştırmadıkları sürece sonradan yapılan hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkilidir.

Taraflarca seçilen hukukta zaman içinde bazı değişiklikler meydana gelebilir ve bu değişiklikler tarafların hak ve borçlarını etkileyebilir. Sözleşmenin yapılmasından ve hukuk seçiminden sonra seçilen hukukta meydana gelen değişiklikler geriye etkili ise tarafların hak ve borçları bundan etkilenir; geriye etkili değil ise hukuk seçimi yapıldığı tarihteki yürürlükte bulunan hukuk etkisini sürdürür. Taraflar, sözleşmenin yapılması sırasında belirleyici olan dengeleri bozmamak adına sözleşmesel ilişkilerini münhasıran sözleşmenin yapımı sırasında yürürlükte bulunan hukuka, bunu sözleşmede açıkça belirtmek şartıyla tâbi kılabilirler. Buna karşın seçilen hukukta meydana gelen ve geçmişe etkili olan değişiklikler kamu düzenine ilişkin ise tarafların aksi yöndeki anlaşması geçerli olmaz; sonradan yürürlüğe giren kurallar uygulanır<sup>156</sup>. Tarafların teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak

<sup>153</sup> Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 356-357.

<sup>154</sup> Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 356.

<sup>155</sup> Nomer, s. 314; Roma Konvansiyonu m.3(2)'de de benzer bir düzenleme mevcuttur. Sözleşmenin yapılmasından sonra uygulanacak hukukla ilgili olarak taraflar değişiklik yapabilirler. Yapılan bu değişiklikler, Konvansiyon'un 9. maddesinde belirtilen hukuka uygun olarak yapılmış şekli geçerliliğini ve üçüncü kişilerin haklarını ihlal edemez. Bkz. Horlacher, s. 177-178 ve s. 186; Dicey/Morris, s. 1569-1570; North/Fawcett, s. 555-556.

<sup>156</sup> Şanlı, s. 48 ayrıca bkz. Nomer, s. 314-315.

hukuk olarak kararlaştırdıkları hukukta zaman içinde meydana gelen değişikliklerin geçerliliği ve etkisi açısından da aynı sonuçlara varılmalıdır.

### **B. MÖHUK m. 24/IV UYARINCA OBJEKTİF ESASLARA GÖRE YETKİLİ HUKUKUN TESPİTİ**

Tarafların açık veya örtülü bir hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukukunun tespiti gerekir. Bu durumda hakim, MÖHUK m. 24/IV uyarınca bu hukuku tespit edecektir. Hükme göre tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, “o sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuk” uygulanır. Bu durumda, “sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuk”, objektif bağlama noktası olarak kabul edilir; sözleşmenin tâbi olacağı hukuku belirler<sup>157</sup>.

MÖHUK, “sözleşme ile en sıkı ilişkili olan hukuk”u objektif bağlama noktası olarak kabul etmiş, bu hukukun tespitinde “sözleşmenin karakteristik edimi”nden yardım alınacağını düzenlemiş; her hukuki ilişki için en sıkı ilişkili hukuku belirlerken karakteristik edimi dikkate alan bazı kriterler kabul etmiştir<sup>158</sup>. MÖHUK m. 24/IV uyarınca kriter olarak, karakteristik

<sup>157</sup> Roma Konvansiyonu’nun “Seçim Yokluğu Halinde Uygulanacak Hukuk” başlıklı 4. maddesi, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanacak hukuku seçmedikleri hallerde hangi hukukun uygulanacağını tespit eder. Bu durumda sözleşmenin en yakın irtibatlı olduğu ülkenin hukuku yetkili hukuktur. Bununla beraber, sözleşmenin ayrılabilir bir bölümü diğer bir ülke ile daha yakın irtibatlı ise istisna olarak bu ülkenin hukuku uygulanır. Bkz. **Horlacher**, s. 178; **Dicey/Morris**, s. 1581 vd; **North/Fawcett**, s. 565 vd.

<sup>158</sup> **Nomer**, s. 318; **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 365; **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 55-56. Aynı şekilde Roma Konvansiyonu m. 4(2), en yakın irtibatlı bazı kriterler ile belirlemiştir. Buna göre sözleşmenin yapıldığı anda karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülke; tüzel kişilik kazanmış veya kazanmamış kuruluşlarda ise merkezi idarelerinin bulunduğu ülke ile sözleşmenin en yakın irtibatlı olduğu farz edilir. Bununla beraber sözleşme, taraflardan birinin ticareti veya mesleği gereğince yapılmışsa, esas işyerinin bulunduğu ülke; sözleşmede yer alan ifadelerden ifanın esas işyerinden başka bir işyerinde yerine getirileceği anlaşılıyorsa bu işyerinin bulunduğu ülke ile sözleşme yakından irtibatlıdır. Kriterler bu şekilde sıralandıktan sonra Konvansiyon m. 4(5) uyarınca bir istisna kuralı getirilmiştir. Buna göre eğer karakteristik edim belirlenemiyorsa m. 4(2) uygulanmayacaktır ve sözleşmenin başka bir ülke ile daha sıkı irtibatlı olduğu sözleşmenin şartlarından bir bütün olarak anlaşılabiliriyorsa bu maddede belirtilen kriterler dikkate alınmayacaktır. Ayrıca Konvansiyon m. 4(3)’de sözleşmenin konusunun bir gayrimenkul maldaki hak veya bu mal üzerindeki hakkın kullanımı ile

edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu ülke hukuku, en sıkı ilişkili hukuktur. Aynı şekilde ticarî veya meslekî faaliyetler çerçevesinde yapılan sözleşmelerde, karakteristik edim borçlusunun işyerinin, iş yeri bulunmuyor ise yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku, karine olarak en sıkı ilişkili hukuktur<sup>159</sup>. Ancak, sözleşme bu hukuklardan başka bir hukuk ile “daha sıkı” ilişki içerisinde bulunuyorsa, sözleşmeye uygulanacak hukuk, “zorunlu olarak” bu hukuktur.

MÖHUK m. 24/IV uyarınca objektif esaslara göre yetkili hukuk belirlenirken ilk yapılması gereken hangi tarafın ediminin sözleşmenin karakteristik edimi olduğunu tespitidir. Karakteristik edim kavramı, kanunda açıklanmamıştır. Öğretide “karakteristik edim, sözleşmeye hukukî özelliğini veren, ona damgasını vuran<sup>160</sup>, ilişkide rizikolu olduğu kabul edilen<sup>161</sup> edim olarak” açıklanmaktadır. Sözleşme tiplerine göre hangi tarafının ediminin karakteristik edim olduğunun tespitine örnekler vermek gerekirse, satım sözleşmesinde satıcının, kira sözleşmesinde kiraya verenin, eser sözleşmesinde eseri meydana getirenin, karz sözleşmesinde ödünç verenin, acentelik sözleşmesinde acentenin, bağışlama vaadinde bağışta bulunanın, sigorta sözleşmesinde sigortacının, iş sözleşmesinde işçinin (MÖHUK m. 27), ticari temsilcilik sözleşmesinde ticari temsilcinin, taşıma sözleşmesinde nakliyecinin taahhüdü (MÖHUK m. 29), garanti sözleşmesinde garanti verenin, kefalet sözleşmesinde kefilin edimi karakteristik edimdir<sup>162</sup>.

---

ilgili olması halinde ve m. 4(4)'de menkul malların taşınması sözleşmesinde en yakın irtibatlı hukukun tespiti ayrıca düzenlenmiştir. Bkz. **Horlacher**, s. 178-179, 187-188; **Dacey/Morris**, s. 1581-1588; **North/Fawcett**, s. 568-575.

<sup>159</sup> Roma Konvansiyonu m. 4(2)'de sözleşmenin en yakın irtibatlı olduğu ülke tespit edilirken, “borcun ifa yeri” yerine “karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni” veya “merkezi idarenin bulunduğu yer” veya “esas işyerinin bulunduğu yer” tercih edilmiştir. Her ne kadar ifa yeri ile Konvansiyonda belirtilen yerler çoğu zaman aynı ülkede olsa da farklı ülkelerde de olabilir. Bu durumda mutad meskeni veya merkezi idarenin veya işyerinin bulunduğu yeri saptamak ifa yerini saptamaktan daha kolaydır. Bkz. **Dacey/Morris**, s. 1585; **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 53-54; **North/Fawcett**, s. 571-572.

<sup>160</sup> **Nomer**, s. 318.

<sup>161</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 365.

<sup>162</sup> **Nomer**, s. 319; **Tekinalp**, s. 387 vd; **Toker**, s. 51.

Garantör banka ile muhatap arasındaki teminat mektubu sözleşmesinde karakteristik edim bankanın edimidir. Teminat mektubu sözleşmesi, genellikle tek tarafa mükellefiyet yükleyen garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu için garanti veren sıfatıyla bankanın ediminin karakteristik edim olduğundan şüphe edilmemelidir. Bu durumda karakteristik edim borçlusu garantör bankadır.

Karakteristik edim borçlusu, bu şekilde belirlendikten sonra mutad meskeninin bulunduğu ülke hukukunun tespiti gerekmektedir. “Mutad mesken”, 24. maddede düzenlenen bağlama kuralının ilk bağlama noktasıdır. “Mutad mesken” kavramı, yerleşim yerinin aksine hukuki bir kavram değil, bir vaktadan ibarettir<sup>163</sup>. Bir kişinin yaşamının ağırlık merkezinin bulunduğu yer veya ülkeyi<sup>164</sup>, genellikle de kişinin fiilen oturduğu yeri<sup>165</sup> ifade eder. Hukuki bir kavram olmadığı için maddi delillerle ispat edilmelidir<sup>166</sup>. Ağırlık merkezinin nasıl belirleneceği veya oturma süresinin ne olması gerektiği konularında farklı görüşler ileri sürülse de kişinin mutad meskeni hakkında karar verilebilmesi için genellikle iki unsurun varlığının dikkate alınması gerekir: “oturmanın devamlılığı ve oturma niyeti (kastı)”<sup>167</sup>. Karakteristik edim borçlusunun tüzel kişi olduğu hallerde MÖHUK m. 9/IV uyarınca tüzel kişinin fiili (esas) idare merkezi, mutad mesken kavramını ifade eder ve sözleşme bu yer hukukuna tâbi olur<sup>168</sup>. Banka teminat mektubu sözleşmesi bakımından bu bağlama kuralı atlanmalıdır. Bu sözleşme bakımından banka, mesleki veya ticari bir faaliyet sonucu teminat mektubu sözleşmesini muhatap ile akdetmektedir. Bu konuyu ele alan bağlama kuralı, MÖHUK m. 24/IV c. 2’de düzenlenmektedir.

Meslekî veya ticarî bir faaliyet sonucu yapılan borç sözleşmesine uygulanacak hukuk tespit edilirken, MÖHUK m. 24/IV c. 2 uyarınca karak-

<sup>163</sup> Nomer, s. 117; Özkan, Işıl: Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003, s. 82.

<sup>164</sup> Nomer, s. 117-118; Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 68.

<sup>165</sup> Özkan, s. 82; Çelikel/Erdem, s. 188.

<sup>166</sup> Özkan, s. 82.

<sup>167</sup> Bkz. Nomer, s. 118-119; Özkan, s. 83; Çelikel/Erdem, s. 188; Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 68.

<sup>168</sup> Nomer, s. 118; Tekinalp/Çavuşoğlu, s. 367; Özdemir-Kocasakal’a göre her ne kadar kanunun gerekçesinde yer alan ifadeler dikkate alındığında tüzel kişiler açısından idare merkezinin esas alınması sonucu çıksa da bu konunun açık bir şekilde kanun metnine konulması daha yararlı olacaktır. Bkz. Özdemir-Kocasakal, MÖHUK m. 24, s. 57.



teristik edim borçlusunun “işyeri hukuku”<sup>169</sup> dikkate alınacaktır. “İşyeri” kriterinin esas alınmasının temel nedeni, meslekî veya ticarî faaliyetlerin devamlılığının olmasıdır<sup>170</sup>. İşyeri sahibi gerçek ve tüzel kişi olabileceği için işyeri bağlama kavramının, hem gerçek hem de tüzel kişiler açısından uygulaması mümkündür. Madde hükmü gereğince, işyerinin bulunmaması hâlinde yerleşim yeri hukuku uygulanır. MÖHUK, ticari veya mesleki faaliyet açısından işyerinin bulunmaması hâlinde hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler için söz konusu olabilecek “yerleşim yeri” kriterini benimsemiştir<sup>171</sup>. Aynı madde birden çok işyerine sahip olması hâlinde hangi işyeri hukukunun esas alınacağını da düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, birden çok işyerine sahip olması hâlinde sözleşme ile en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku uygulama alanı bulacaktır. Madde metninde yer alan işyeri her zaman tüzel kişi açısından idare merkezi ile örtüşmeyebilir. Sözleşme ilişkisinin kurulması veya ifasında idare merkezine nazaran daha aktif yol almış olan tüzel kişinin şubesi veya satış ofisi en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri olarak uygulanacak hukuku belirleyebilir<sup>172</sup>. Bu açıklamalardan hareketle, teminat mektubu sözleşmesinde karakteristik edimi yüklenen banka, mesleki veya ticari bir faaliyet sonucu bu sözleşmeye taraf olduğu için, mektubu veren bankanın işyerinin (şubesinin) bulunduğu ülke hukuku<sup>173</sup> teminat mektubu statüsü olarak dikkate alınacaktır<sup>174</sup>. Bu durumda

<sup>169</sup> Milletlerarası özel hukukta işyeri kavramı hakkında bkz. **Özkan**, s. 88 vd.; İşyeri kavramı geniş bir şekilde yorumlanmadır. Ticarî ve sınaî bir faaliyetin yürütülmesinde kullanılan bütün birimlerin işyeri olarak kabul edilmesi mümkündür. Örneğin, fabrika, depo, satış ofisi, merkez, şube işyeri kavramı içinde sayılmalıdır (**Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 59). Türkiye'nin taraf olduğu Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi' de (Viyana Sözleşmesi) de “işyeri kavramı”na yer verilmiştir. Öğretide birçok yazar bu kavramı uygulamada yer alan tartışmalardan, konu ile ilgili mahkeme kararlarından yararlanarak tanımlamışlardır. Kısaca bu sözleşme bakımından işyeri şu şekilde tanımlanabilir: “İşyeri, merkez gibi katı kurallara tabi olmayan sürekli ve düzenli iş yapılan yere verilen addır”. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Toker**, s. 35-38.

<sup>170</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 366.

<sup>171</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 368; Milletlerarası özel hukukta yerleşim yeri kavramı hakkında bkz. **Özkan**, s. 77 vd.

<sup>172</sup> **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 59.

<sup>173</sup> 5718 Sayılı Yeni MÖHUK m. 24/IV ile getirilen işyeri bağlama noktası, 2675 sayılı Eski MÖHUK zamanında kabul gören ifa yeri bağlama noktasından kaynaklanan sıkıntıları sona erdirmiştir. Zira Eski MÖHUK zamanında garantör banka ile muhatap arasın-

işyeri kavramı, halimin hukuku olan Türk hukuku uyarınca tespit olunacaktır.

Sadece para ödeme borcu yüklenmiş tarafın edimi karakteristik edim olarak nazara alınmaz. Örneklerden de anlaşıldığı gibi genellikle<sup>175</sup> para borcunu yüklenmiş tarafın edimi değil de karşı tarafın edimi karakteristik edimdir. Bununla birlikte bazı sözleşme tiplerinde karakteristik edim saptan-

daki borç ilişkisine uygulanacak hukuku tespit edilirken bu kanunun 24. maddesinden sonuca varılmaktaydı. Bu maddenin ilk fıkrası uyarınca taraflar aralarındaki ilişkiye uygulanacak hukuku açıkça seçmemişlerse ikinci fıkra uyarınca borcun ifa yeri, borç birden fazla ise karakteristik edimin ifa yeri hukuku taraflar arasındaki bu ilişkiye uygulanacak hukuktur. Banka ile muhatap arasındaki ilişkide borç altına giren taraf banka olduğu için bankanın borcunu ifa ettiği ülkenin hukuku bu kanun uyarınca yetkili hukuktur. İfa yeri ise bağlama noktasının lex fori vasıflandırılması ile Türkiye’de görülen bir davada Türk hukukuna göre belirlenmekteydi. Bu durumda Türk hukukunda uygulanacak madde, Borçlar Kanunu’nun 73. maddesi olup; bu maddenin ilk fıkrası uyarınca taraflar borcun ifa edileceği yer konusunda açıkça veya zımnen anlaşabilmekte; bu şekilde bir anlaşma yoksa bu madde uyarınca para borçları alacaklının yerleşim yerinde ifa edileceği için bankanın para borcu alacaklının yerleşim yerinde ifa edilebilecek ve alacaklı da muhatap olacağı için muhatapın yerleşim yerinin bulunduğu ülke hukuku yetkili hukuk olarak kabul edilmekteydi. O dönemde **Sungurtekin**, bu durumu haklı olarak eleştirmiş; banka teminat mektuplarına uygulanacak hukukun muhatapın yerleşim yerinin bulunduğu yer hukuku olarak belirlenmesinin taraf menfaatlerine uygun düşmeyeceğini belirtmiştir. Yazar, teminat mektubu veren bankanın kendi yerleşim yeri hukukunu daha iyi bildiği, ona riayet edeceği, taahhütlerinin sonuçlarını ona göre öngörebileceğini varsayarak MÖHUK m. 24’de ifa yeri hukuku yerine borçlunun (bankanın) yerleşim yeri hukukun esas alınması daha uygun olacağı sonucuna varmıştır (**Sungurtekin**, s. 564). Yine bu dönemde **Kahyaoglu** ve **Doğan**, banka teminat mektuplarında genellikle bankanın borcunu ifa yerinin bankanın yerleşim yeri olduğu konusunda tarafların zımnen anlaştığı kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmüşler; buna bağlı olarak da bankanın edimini ifa edeceği yer olan yerleşim yerinin bulunduğu yer hukuku, garantör banka ile muhatap arasındaki ilişkide uygulanacak hukuk olacağı sonucuna varmışlardır (**Kahyaoglu**, s. 128 ayrıca bkz. s. 68; **Doğan, Vahit**: Banka Teminat Mektupları, 3. baskı, Ankara 2005, s. 332).

<sup>174</sup> MÖHUK m. 24/IV uyarınca varılan bu sonuç, TGBK m. 34/a ile de uyumludur. TGBK m. 34/a uyarınca “garantörün garantiyi düzenleyen şubesinin veya ofisinin bulunduğu yer” garanti statüsü olarak kabul edilmiştir.

<sup>175</sup> Bazı durumlarda para borcunu yüklenen tarafın edimi karakteristik edim olarak kabul edilmektedir. Örneğin, sigorta sözleşmelerinde sigortacının edimi, kural olarak para borcu olmasına rağmen, karakteristik edim olarak sözleşmeye ağırlığını kabul ettirmiştir. Sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklar hakkında uygulanacak hukuk, sigorta şirketinin merkezinin bulunduğu ülke hukukudur (**Nomer**, s. 319).

namamaktadır. Çeşitli sözleşme tiplerinin unsurları sözleşmenin tarafları arasında taksim edilmişse, tarafların edimin biri diğerine nazaran tercih edilememekte buna bağlı olarak karakteristik edim tespit edilememektedir<sup>176</sup>. Örneğin, trampa sözleşmesi. Taraf edimlerinin eşit ağırlığa sahip olduğu bir sözleşme tipinde veya karakteristik edimin belirlenmesi mümkün olmadığı karma nitelikli, sui generis sözleşme tiplerinde uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24/IV uyarınca sözleşmeye daha veya en sıkı ilişkili hukuktur<sup>177</sup>. Buna karşın, hukukî nitelik ve özellikleri itibarıyla birbirlerinden bağımsız olmakla beraber tarafların serbest iradeleri ile birbirine bağlanmış sözleşmelerde, kural olarak uygulanacak hukuk, her bir sözleşme için ayrı belirlenir<sup>178</sup>. Teminat mektubu sözleşmesinde karakteristik edimin bankanın edimi olduğu açıktır. Bu sebeple bu tür sözleşmeler bakımından belirlenen sorun ortaya çıkmamaktadır.

MÖHUK m. 24/IV c. 3 “gerçek bir istisna kuralı” getirmiştir. Bu cümle ile hâkime somut olayda objektif bağlama kuralına nazaran sözleşme ile daha sıkı ilişkili hukukun bulunması hâlinde bu hukuku uygulama sorunluluğu getirilmiştir<sup>179</sup>. Hâlin bütün şartları dikkate alındıktan sonra karakteristik edim yardımıyla tespit edilen en sıkı ilişkili hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit eden hâkim, tespit ettiği daha sıkı ilişkili hukuku uygulamak zorundadır. Bu kural, milletlerarası özel hukukta somut olay adaletinin sağlanmasında çok önemli bir aşamayı oluşturmaktadır<sup>180</sup>. Öğretide daha sıkı ilişkili hukuka, “sözleşmenin ifa yeri, dili, kuruluş yeri, tarafların ortak mutad meskeni veya ortak yerleşim yeri, yetki sözleşmesinin varlığı” gibi örnekler verilmiştir<sup>181</sup>. Kanunun bu hükmünden hareketle hâkim, halin şart-

<sup>176</sup> Nomer, s. 320.

<sup>177</sup> Nomer, s. 320; Buna karşın **Özdemir-Kocasakal**'a göre karakteristik edimin tespit edilemediği sözleşmeler açısından dördüncü fıkranın ilk cümlesinde yer alan sıkı bağlantı kriterinin esas alınması gerekmektedir. Yazara göre daha yakın bağlantı (daha sıkı ilişkili hukuk), “üçüncü cümle uyarınca karakteristik edimin tespit edildiği, ancak bu edime dayanılarak belirlenen hukukun sözleşme ile yakın bağlantılara sahip olmadığı durumlarda işlev göreceği bir istisna kuralı olarak yorumlanmalıdır” (**Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 60).

<sup>178</sup> Nomer, s. 321; **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 366.

<sup>179</sup> **Çelikel/Erdem**, s. 341; **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 367

<sup>180</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 367; **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 60.

<sup>181</sup> **Tekinalp/Çavuşoğlu**, s. 368; **Özdemir-Kocasakal**, MÖHUK m. 24, s. 60-61.

larına göre banka teminat sözleşmesinde karakteristik edim borçlusu olan garantör bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukukundan sıkı ilişkili diğer bir ülkenin hukukunu tespit etmişse bu hukuku uygulamakla yükümlüdür. Zira madde metninde açıkça "...bu hukuka tâbi olur" ifadesine rastlanmaktadır.

"Yabancı Hukukun Uygulanması" başlıklı MÖHUK m. 2'de milletlerarası özel hukukta atfî düzenleyen bir hükme rastlanmaktadır. MÖHUK m. 2/III uyarınca, uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddi hukuk hükümleri uygulanır. Bu nedenle, yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde "atfî" kabul edilmemiştir. MÖHUK m. 24/IV uyarınca objektif olarak yetkili hukuk tespitinde yabancı bir ülkenin hukukunun uygulanması gereken hallerde o ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınmayacaktır. Bu nedenle hâkim, MÖHUK m. 24/IV'e göre teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukuku objektif esaslara göre tespit ederken, her bir bağlama kuralı uyarınca yapılan atfî maddi norm atfî olarak kabul edecek, atfî yapılan hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarını dikkate almayacaktır<sup>182</sup>.

#### IV. YABANCI UNSURLU BANKA TEMİNAT MEKTUBUNDAN DOĞAN DİĞER İLİŞKİLER HAKKINDA UYGULANACAK HUKUK

Yabancı unsura sahip banka teminat mektubundan doğan ilişkiler, sadece teminat mektubu sözleşmesi ve bu sözleşmenin tarafları olan banka ve muhatap arasındaki ilişkiden ibaret değildir. Banka garantileri veya banka teminat mektupları, lehdarın da katılımıyla üç köşeli bir hukukî ilişkiyi içermektedir. Bununla birlikte, teminat mektubu yabancı unsura sahip olduğunda genellikle söz konusu ilişkinin taraflarında artış olmakta ve ilişkiye ikinci bir banka da dahil olmaktadır. Bu nedenle, teminat mektubu, çeşitli hukukî ilişkilere konu olup her bir hukukî ilişkinin diğerinden bağımsız karakteri bulunmaktadır. Her ne kadar çalışmanın temel amacı, bu hukukî ilişkilere biri olan teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti olsa da teminat mektubundan doğan diğer hukukî ilişkiler ve her bir hukukî ilişki hakkında uygulanacak hukukun tespiti hakkında da kısa bir açıklama yapılması yararlı olacaktır.

<sup>182</sup> MÖHUK m. 9 uyarınca teminat mektubu sözleşmesinin taraflarının ehliyetlerine uygulanacak hukuk bakımından atfî dikkate alınacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Talep edilen banka teminat mektubunun niteliğine göre teminat mektubunu iki şekilde düzenlenebilir. Lehdarın teminat mektubu talep ettiği (garantör) banka, muhataba teminat mektubu vermeyi bizzat üstlenebileceği gibi, banka kontrgarantisini vererek muhatabın ülkesindeki bir bankadan teminat mektubunu da temin edebilir. Birinci durum, doğrudan teminat mektubu, ikinci durum ise dolaylı teminat mektubu olarak adlandırılmaktadır<sup>183</sup>. Her iki tür teminat mektubundan farklı hukukî ilişkiler doğmaktadır.

#### **A. DOĞRUDAN TEMİNAT MEKTUBU NEDENİYLE LEHDAR İLE BANKA ARASINDA DOĞAN HUKUKİ İLİŞKİ HAKKINDA UYGULANACAK HUKUK**

Teminat mektubu sözleşmesi dışında doğrudan teminat mektubundan doğan diğer bir ilişki, teminat mektubu temin etme sözleşmesidir. Lehdar ile banka arasındaki teminat mektubu temin etme sözleşmesinin, MÖHUK m. 1 uyarınca yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin bir işlem veya ilişki olduğunun tespitinden sonra taraflar arasındaki ilişkinin hukukî mâhiyeti bulunmalıdır.

Lehda ile banka arasında yapılan teminat mektubu temin etme sözleşmesinin hukukî mahiyeti vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir<sup>184</sup>. MÖHUK'ta vekalet sözleşmesine uygulanacak hukuku tespit eden özel bir bağlama kuralı bulunmadığı için yetkili hukuk MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilecektir. Bu durumda taraflar, MÖHUK m. 24/I uyarınca açık olarak hukuk seçimi yapabilecekleri gibi sözleşme hükümlerinden veya hâlin şartlarından tereddüde yer vermeyecek biçimde anlaşılabilmesi şartıyla örtülü hukuk seçimi de yapabilirler. MÖHUK m. 24/I uyarınca hukuk seçimi yoluna gidilmemişse, MÖHUK m. 24/IV uyarınca objektif bağlama kuralları uyarınca sonuca varılır. Vekalet sözleşmesinde karakteristik edim, vekilin edimidir. Bu nedenle lehda ile banka arasındaki ilişkide karakteristik edim bankanın edimidir. Banka ile lehda arasındaki vekalet sözleşmesi niteliğindeki teminat mektubu temin etme sözleşmesi, ticari veya mesleki faaliyetler amacıyla kurulduğu için karakteristik edimle ilgili bağlama kriteri olarak

<sup>183</sup> **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 188.

<sup>184</sup> **Sungurtekin**, s. 555; **Kaya**, Arslan: “İlk Yazılı Talepte Klozunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İÜHF 1995, s. 215-216; **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 188.

vekilin (karakteristik edim burçlusunu olan bankanın) işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanır. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

### **B. DOLAYLI TEMİNAT MEKTUBU NEDENİYLE BANKALAR ARASINDA DOĞAN HUKUKİ İLİŞKİLERE UYGULANACAK HUKUK**

#### **1. İlk Banka ile Yabancı Garantör Banka Arasındaki Teminat Mektubu Temin Etme Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk**

Lehdar kendi ülkesindeki bir bankadan yabancı ülkedeki muhataba verilmek üzere teminat mektubu talebinde bulunmuşsa banka iki yola başvuru yapılabilir. Bu durumda banka, yabancı ülkedeki muhataba teminat mektubunu bizzat verebilir. Bunun yanında banka, muhatabın faaliyet gösterdiği ülkede yer alan bir bankanın (yabancı garantör banka) teminat mektubunu temin etme yoluna da gidebilir. Bu durumda banka sözleşmede öngörülen şartlara uygun bir banka arayacak, muhatabın faaliyet gösterdiği ülkede bulacağı partner banka ile lehdar ile yapmış olduğu teminat mektubu temin etme sözleşmesine uygun bir sözleşme yapacaktır.

Teminat mektubu temin etme sözleşmesinin tarafı olan banka yabancı ülkede faaliyet gösteren muhataba bizzat teminat mektubu vermeyerek bu ülkede bulunan bir bankanın teminat mektubunun temini yoluna gitmişse, bu durumda bankalar arasındaki ilişkinin hukukî niteliğini vekâlet sözleşmesidir<sup>185</sup>. Bu durumda MÖHUK m. 1 uyarınca şartlar da mevcutsa, iki banka arasındaki vekalet sözleşmesine uygulanacak hukuk, MÖHUK m. 24 uyarınca tespit edilir. MÖHUK m. 24/I uyarınca bankalar açık veya örtülü hukuk seçimi yapamamışlarsa, karakteristik edimin tespiti gerekir. Vekalet sözleşmesinde karakteristik edim, vekilin edimi olduğu için, ilk banka ile garantör yabancı banka arasındaki ilişkide, karakteristik edim yabancı garantör bankanın edimidir. Bu durumda yetkili hukuk, MÖHUK m. 24/IV uyarınca yabancı garantör bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukukudur. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

<sup>185</sup> Doğan, Teminat Mektupları, s. 189-190.

## 2. İlk Banka ile Yabancı Garantör Banka Arasındaki Kontrgaranti Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk

Uluslararası bankacılık uygulamasında, dolayı garantilerde garantör yabancı banka ilk bankadan kontrgaranti almadan muhataba teminat mektubu vermemektedir. Kontrgarantide bir taahhüde garanti sözleşmesi niteliği veren ibareler yer aldığı<sup>186</sup> ve kontrgaranti bankalar arasındaki bir teminat mektubu veya garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu için<sup>187</sup>, kontrgarantinin hukukî mâhiyeti garanti sözleşmesidir<sup>188</sup>. Garanti Sözleşmeleri MÖHUK'ta özel bir bağlama kuralı ile düzenlenmediği için MÖHUK m. 24/I uyarınca bankalar açık veya örtülü hukuk seçimi yapamamışlarsa, karakteristik edimin tespiti vasıtasıyla yetkili hukuk bulunur. Garanti sözleşmesinde karakteristik edim, garanti verenin edimi olduğu için MÖHUK m. 24/IV uyarınca kontrgaranti veren (garanti veren) ilk bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukuku uygulanacak huktur<sup>189</sup>. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olur.

### SONUÇ

Muhatap ile banka arasındaki yabancı unsurlu teminat mektubu sözleşmesinden doğan bir uyuşmazlık, Türk mahkemesinin önüne geldiğinde hâkim, 5718 sayılı MÖHUK m. 1 uyarınca öncelikle taraflar arasında ilişkinin yabancılık unsuru taşıdığını ve özel hukuka ilişkin olduğunu tespit etmelidir.

Banka teminat mektupları veya teminat mektubu sözleşmesi bakımından yabancı unsur tespit edilirken, klasik anlamda yabancı unsur aranma-

<sup>186</sup> **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 403.

<sup>187</sup> **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 403; **Doğan**, Teminat Mektupları, s. 260.

<sup>188</sup> Buna karşın, Kontrgaranti sözleşmesinde açık bir hüküm bulunmayan hallerde vekâlet akdi hükümlerinin niteliğine uygun düştüğü takdirde uygulanacağı da kabul edilmektedir (**Kahyaoğlu**, s. 25-26; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları-Kontrgarantiler, s. 403).

<sup>189</sup> MÖHUK m. 24/IV uyarınca varılan bu sonuç, TGBK m. 34/b ile de uyumludur. TGBK m. 34/b uyarınca “kontrgarantinin tâbi olacağı amir yasa ve kontrgarantörün kontrgarantiyi düzenleyen şubesinin veya ofisinin bulunduğu yer” kontrgaranti (garanti) statüsü olarak kabul edilmiştir.

maktadır. Teminat mektubu sözleşmesinin yabancı unsura sahip olup olmadığını belirlerken, sözleşmenin ekonomik karakteri ön planda tutulmalı; sözleşme milletlerarası ticaret hayatını ilgilendiriyorsa yabancı unsura sahip olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca taraflar arasındaki banka teminat mektubu ilişkisi özel hukuka tabidir. Çünkü bu ilişki bir sözleşmeye dayanmaktadır.

Taraflar arasındaki ilişki yabancı unsura sahip ve özel hukuka ilişkinse uyuşmazlık konusunun tespiti için hâkim hukukî nitelendirme (vasıflandırma) yapmalıdır. Türk mahkemesinin önüne yabancı unsurlu banka teminat mektubundan doğan bir uyuşmazlık geldiğinde, mahkeme, kural olarak lex fori uyarınca vasıflandırma yapacak, ancak lex causae'nin yorumuna gitmek daha hakkaniyetli olduğu hallerde lex causae'ya yani uygulanacak hukuka göre vasıflandırma yapacaktır. Hâkim, banka teminat mektubunun hukukî niteliğini lex fori uyarınca belirlerken Türk hukukunu dikkate alacaktır. Türk hukukunda banka teminat mektuplarının hukukî niteliği hakkında farklı görüşler mevcuttur. Her bir somut olay bakımından teminat mektuplarının metinlerinden ve tarafların gerçek iradelerinden hareketle hukukî niteliklerinin belirlenmesi bu sorunun çözümü olarak kabul edilebilir. Yargıtay'ın 1967 ve 1969 tarihlerinde verdiği iki içtihadı birleştirme kararında, yüksek mahkeme, "aslilik - fer'î"lik kıstasından hareketle banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır. Yüksek mahkeme daha sonra verdiği kararlarda da garanti görüşünü benimsemiştir. Bunun yanında bankacılık uygulamasında, teminat mektupları kural olarak garanti sözleşmesi niteliğinde yapılmaktadır. Teminat mektubu sözleşmesinin kefalet sözleşmesi niteliğinde yapılmasına da bir engel yoktur.

MÖHUK, bazı özel sözleşme tiplerini önemleri dolayısıyla ayrıca düzenlerken, teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukukun tespiti bakımından özel bir düzenlemeye yer vermemiştir. Doğrudan teminat mektubu ilişkisinde ilk banka ile muhatap arasındaki, dolaylı teminat mektubu ilişkisinde ise ikinci banka ve muhatap arasındaki teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukukun tespitinde, MÖHUK m. 24'de düzenlenen ve "sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde uygulanacak hukuku" belirleyen genel hükümden hareket edilecektir. Taraflar arasındaki teminat mektubu sözleşmesinin hukukî niteliği genellikle garanti sözleşmesi olduğu için MÖHUK m. 24 uyarınca garanti sözleşmesine uygulanacak hukuk tespit edilecektir.



MÖHUK m. 24/I uyarınca banka ile muhatap, banka garanti sözleşmesine veya teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukuku, sözleşme serbestisine de uygun olarak belirleyebilirler. Bu madde uyarınca, taraflarca açık veya örtülü olarak seçilen hukuk, sözleşmenin bütünü üzerinde etki doğurur. Özellikle, örtülü hukuk seçiminin tespiti bakımından dikkatli olunmalıdır. Örtülü irade beyanı ile hukuk seçimi, çeşitli vakıtalara dayanılarak tespit edilir. Teminat mektubu sözleşmeleri bakımından örtülü irade beyanı ile hukuk seçimi, genellikle “yetkili mahkemenin tespiti” ile veya “yalnızca belirli bir hukuk düzeninde tanımlanabilir nitelikte teminat mektubu sözleşmesinin yapılması” şeklinde gerçekleşmektedir. Buna karşın tarafların farazî iradelerinden yola çıkılarak hukuk seçimi yapılamaz.

MÖHUK m. 2/III atıf teorisini, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarla sınırlı tutmuştur. Bunun yanında MÖHUK m. 2/IV, hukuk seçimi hâlinde taraflar aksini kararlaştırmadıkça seçilen hukukun maddi hükümlerinin uygulanacağını açıkça düzenlemiştir. Bu nedenle taraflar, aksini kararlaştırmadıkları müddetçe, MÖHUK m. 24/I uyarınca banka teminat sözleşmelerine uygulanacak hukuk olarak seçtikleri hukukun kanunlar ihtilâfi kuralları değil maddi hukuk kuralları uygulanacaktır.

MÖHUK m. 24/II uyarınca taraflar, seçilen hukukun sözleşmenin tamamına ya da bir kısmına uygulanabileceğini kararlaştırabilirler. Teminat sözleşmesi banka açısından tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için taraflar kısmî hukuk seçimine çoğu zaman gitmek istemeyeceklerdir.

MÖHUK m. 24/III uyarınca taraflar aralarındaki teminat mektubu sözleşmesi hakkında uygulanacak hukuku istedikleri zaman kararlaştırabilirler; aksini kararlaştırmadıkları sürece sonradan yapılan hukuk seçimi, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak kaydıyla geriye etkilidir.

Taraflar, teminat mektubu sözleşmesine uygulanacak hukuku belirlememişlerse yetkili hukuk, MÖHUK m. 24/IV uyarınca objektif esaslara göre belirlenir. Sözleşme ile en sıkı ilişkili hukuk, objektif bağlama noktası olarak kabul edilir. Bu hukukun tespitinde ise sözleşmenin karakteristik edimini dikkate alan karineler, aynı maddede kabul edilmiştir. Banka ile muhatap arasındaki teminat mektubu sözleşmesinde karakteristik edim, bankanın edimidir. Teminat mektubu sözleşmesi, genellikle tek tarafa mükellefiyet yükleyen garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu için garanti

veren sıfatıyla bankanın edimi karakteristik edimdir<sup>190</sup>. Banka, mesleki veya ticari bir faaliyet sonucu bu sözleşmeye taraf olduğu için mektubu veren bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukuku yetkili hukuktur. Fakat, hâlin bütün şartları dikkate alındıktan sonra bu hukuktan daha sıkı ilişkili bir hukuk tespit eden hâkim, tespit ettiği daha sıkı ilişkili hukuku uygulamak zorundadır. Zira MÖHUK m. 24/IV c. 3 ile “gerçek bir istisna kuralı” getirilmiştir.

MÖHUK m. 2/III uyarınca yabancı unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde “atıf” kabul edilmediği için objektif olarak yetkili hukuk tespitinde, yabancı bir ülkenin hukukunun uygulanması gereken hallerde o ülkenin kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınmayacaktır.

Yabancı unsurlu banka teminat mektubundan doğan diğer ilişkiler ve bu ilişkilerin her biri hakkında MÖHUK m. 24 uygulanarak tespit olunan yetkili hukuk;

- Doğrudan teminat mektubunda lehtar ile banka arasındaki vekalet sözleşmesi niteliğindeki teminat mektubu temin etme sözleşmesine uygulanacak hukuku, taraflar açık veya örtülü olarak kararlaştırmamışlarsa vekil olan bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukuku,
- Dolaylı teminat mektubunda ilk banka ile ikinci banka arasındaki vekalet sözleşmesi niteliğindeki teminat mektubu temin etme sözleşmesine uygulanacak hukuku, taraflar açık veya örtülü olarak kararlaştırmamışlarsa vekil olan ikinci bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukuku
- Dolaylı teminat mektubunda ilk banka ile ikinci banka arasındaki garanti sözleşmesi niteliğindeki kontrgaranti sözleşmesine uygulanacak hukuku taraflar açık veya örtülü olarak kararlaştırmamışlarsa garanti veren ilk bankanın işyerinin bulunduğu ülke hukuku,

uygulanacak hukuktur. Ancak her üç ihtimal bakımından hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme bu hukuka tâbi olur.

<sup>190</sup> Aynı şekilde teminat mektubu sözleşmesinin hukukî niteliği kefalet olduğu durumlarda, karakteristik edim kefil sıfatıyla bankanın edimidir.

### ***Kaynakça***

- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994.
- Akyazan, Sıtkı:** Banka Ve Ticaret hukuku İle İlgili İncelemeler, Ankara 1972.
- Akyazan, Sıtkı:** “Banka Teminat Mektupları”, BATİDER 1969, C. 5, S. 1, s. 16-34 (Teminat Mektupları).
- Akyazan, Sıtkı:** “Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar”, BATİDER 1974, C. 7, S. 3, s. 567-579 (Çeşitli Sorunlar).
- Akyazan, Sıtkı:** “Teminat Mektuplarında Zamanaşımı”, BATİDER 1975, C. 8, S. 1, s. 1-13 (Anılış: Zamanaşımı).
- Arkan, Sabih:** “Teminat Mektubu veren Bankanın Hukukî Durumu”, BATİDER 1992, C. 16, S. 4, s. 59-87.
- Barlas, Nami:** Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986.
- Barlas, Nami:** “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri”, İZBD 2011, Y. 76, S. 2, s. 7-28.
- Bell, Kevin:** “The Sphere of Application of the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods”, Pace International Law Review, Vol. 8, Y. 1996, s. 237-258.
- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır B.:** Milletlerarası Özel Hukuk, 11. Bası, İstanbul 2012.
- Demir-Gökyayla, Cemile:** Milletlerarası Özel Hukukta Tek Satıcılık Sözleşmeleri, Ankara 2005.
- Develioğlu, Hüseyin M.:** Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.
- Dicey/Morris:** The Conflict of Laws (edt by Lawrence Collins), 14th. ed., Vol. 2, London 2006.
- Doğan, Vahit:** Banka Teminat Mektupları, 3. baskı, Ankara 2005.
- Doğan, Vahit:** Banka Teminat Mektupları, 4. baskı, Ankara 2011 (Teminat Mektupları).

- Doğan, Vahit:** Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2010.
- D'oliveira, Hans Ulrich J.:** "The EU and Metamorphosis of Private International Law", Reform and Development of Private International Law, Essays in Honour of Sir Peter North, ed. By. Fawcett James, Oxford University Press New York 2002, s. 111-136.
- Ekşi, Nuray:** Milletlerarası Ticaret Hukuku, İstanbul 2010.
- Ekşi, Nuray:** Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Konvansiyonu, İstanbul 2004.
- Erman, Eyüp S.:** "Teminat Mektubu-Kefalet Akdi-Garanti Akdi", Adalet Dergisi 1969, S. 7, s. 411-419.
- Ferrari, Franko:** "Uniform Application and Interest Rates Under The 1980 Vienna Sales Convention", Ga. J. Int'l Comp. L. 1994-1995, Vol. 24, s. 467-478.
- Gümüş, Mustafa A.:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C. 2, İstanbul 2010.
- Günel, Vural:** "Teminata Mektupları", ABD 1968, C. 25, S. 6, s. 969-973.
- Haznedar, İbrahim M.:** "Banka Teminat Mektupları (Garanti Sözleşmesi-Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt)", Legal Hukuk Dergisi 2003, s. 77-81.
- 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 L. J. 1994, Vol. 27, s. 173-201.
- Kahyaoğlu, Cem E.:** Banka Garantileri, İstanbul 1996.
- Kaya, Arslan:** "İlk Yazılı Talepte Klozunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İÜHF 1995, s. 211-243.
- Mcguinness, Gina M.:** "The Rome Convention: The Contracting Parties' Choice", San Diego Int'l L. J. 2000, Vol. 1, s. 127-172.
- Nomer, Ergin:** Devletler Hususî Hukuku, 19. Bası, İstanbul 2011.
- North, Peter/Fawcett, James:** Cheshire and North's Private International Law, thirteenth edition, Oxford University Press 1999.
- Onur, Vedat:** Bankacılık Hukuku, Ankara 1965.
- Özdemir-Kocasakal, Hatice:** "MÖHUK Kapsamına Giren Sözleşmelerin Tespiti Bağlamında "Yabancılık Unsuru Taşıyan Sözleşme" ve "Uluslararası Sözleşme" Kavramları", İBD 1999, S. 4, s. 926-941

- Özdemir-Kocasakal, Hatice:** “Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun MÖHUK m. 24 Çerçevesinde Tespiti ve Üçüncü Devletin Doğrudan Uygulanan Kuralları”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni* 2010, Y. 30, S. 1-2, s. 27-88 (MÖHUK m. 24).
- Özen, Burak:** 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2012.
- Özkan, Işıl:** Devletler Özel Hukukunda İkametgah, Mutad Mesken ve İşyeri Bağlama Noktalarının Yeniden Değerlendirilmesi, Ankara 2003.
- Pasa, Barbara/Benacchio, Gian A.:** The Harmonization of Civil and Commercial Law in Europe, Central European University Press Budapest-New York 2005.
- Reisoğlu, Seza:** Garanti Mukavelesi, Ankara 1963 (Garanti Mukavelesi).
- Reisoğlu, Seza:** “Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar”, AÜHF Ellinci Yıl Armağanı’ndan ayrı bası, Ankara 1977, s. 335-357 (Sorunlar).
- Reisoğlu, Seza:** Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Baskı, Ankara 2003 (Teminat Mektupları-Kontrgarantiler).
- Reisoğlu, Seza:** Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992 (Kefalet).
- Sargın, Fügen:** Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticari Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 2002.
- Sav, Atilla:** “Banka Teminat Mektuplarının Haczi”, ABD 1967, S. 1, s. 48-50.
- Selçuk, Mehmet E.:** “Banka Teminat Mektuplarının Hukukî Statüsü”, ABD 1970, S. 1, s. 19-22.
- Somuncuoğlu, Ünal:** “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Umumi Kontrgaranti Taahhütlerine Göre Bankaların Nakit Depo Talebi”, İBD 1975, S. 9-10, s. 831-842 (Nakit depo talebi).
- Somuncuoğlu, Ünal:** “Bir Yargıtay Kararı İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları, BATİDER 1975, S. 1, s. 165 (İnceleme).
- Sungurtekin, Meral:** “Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Uluslararası Unsurlu İhtilaflara Uygulanacak Hukuk Hakkında Bir İnceleme”, TBB 1990, S. 6, s. 543-567.
- Sural, Ceyda:** Uluslararası Ticari Sözleşmelere Uygulanacak Hukuk Olarak Unidroit Prensipleri, İzmir 2008.

- Şanlı, Cemal:** Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 4. bası, İstanbul 2011.
- Şanlı, Cemal:** Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986 (Esasa Uygulanacak Hukuk).
- Tandoğan, Halûk:** “Bankaların Verdikleri Teminat Mektuplarının Hukukî Mâhiyeti”, Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Ankara 1962, s. 793-831 (Hukukî Mâhiyet).
- Tandoğan, Halûk:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 3. bası, Ankara 1987 (Özel Borç İlişkileri).
- Tandoğan, Halûk:** Garanti Mukavelesi, Ankara 1959 (Garanti Mukavelesi).
- Taşpolat, Ali:** Döviz Teminat Mektupları, İstanbul 1985.
- Tekinalp, Gülören/Çavuşoğlu, A. Uyanık:** Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, 11. bası, İstanbul 2011.
- Tiryakioğlu, Bilgin:** Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.
- Toker, Gümrah A.:** 11 Nisan 1980 Tarihli Uluslararası Taşınır Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin (Viyana Sözleşmesi) Uygulama Alanı, Ankara 2005.
- Ünay, Vecdi:** Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilmesi Usülleri, Ankara 1957.
- Yakışıklı, Ramazan:** “Teminat Mektupları”, Vergi Dünyası 2001, S. 235, s. 95-98
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak:** Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011.
- Yüksel, Sait:** Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, İstanbul 1974.
- Volken, Paul:** “The Vienna Convention: Scope, Interpretation, and Gap-filling”, International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures, Oceana 1986, Ch. 2, s. 19-53.
- Zarembo, Jochen:** “International Electronic Transaction Contracts Between U. S. and EU Companies and Customers”, Conn. J. Int'l L. 2002-2003, Vol. 18, s. 479-521.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010.