

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**BANKA GARANTİSİNDE SAVUNMA İMKÂN LARI VE
İHTİYATİ TEDBİRLER**

Doktora Tezi

Ferhat CANBOLAT

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Vedat BUZ

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

**BANKA GARANTİSİNDE SAVUNMA İMKÂN LARI VE
İHTİYATİ TEDBİRLER**

Doktora Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Vedat BUZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR.....	XI
BİBLİYOGRAFYA.....	XV
GİRİŞ	1
I-GENEL OLARAK.....	1
II-KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI	3

İ.BÖLÜM

BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİ VE GARANTİ ALANIN ÖDEME TALEBİ

§1. GENEL OLARAK BANKA GARANTİSİ	6
I-BANKA GARANTİSİ KAVRAMI VE GARANTİ SÖZLEŞMESİ, BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLE İLİŞKİSİ.....	6
A-Genel Olarak	6
B-Banka Garantisi Kavramının Garanti Sözleşmesi ve Banka Teminat Mektubu İle İlişkisi	8
C-Banka Garantisinin Tanımı	11
II-BANKA GARANTİSİ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI VE TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER	14
A-Banka Garantisi İlişkisinin Tarafları.....	16
1-Banka (Garanti Veren).....	16
2-Garanti Alan(Lehtar).....	17
3-Edimi Garanti Edilen	18
B-Taraflar Arasındaki İlişkiler	21
1-Banka İle Garanti Alan Arasındaki İlişki.....	21
2-Garanti Alan İle Edimi Garanti Edilen Arasındaki İlişki.....	21
3-Banka İle Edimi Garanti Edilen Arasındaki İlişki	24

III-BANKA GARANTİSİNİN ÇEŞİTLERİ	29
A-Genel Olarak	29
B-Garanti Edilen Rizikonun Niteliğine Göre Yapılan Ayırım.....	30
1-Yöneltmeyi amaçlayan (saf)garanti	30
2-Teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti.....	32
C-Garantinin Süresine Göre Yapılan Ayırım.....	32
1-Sürelî garanti	33
2-Süresiz garanti.....	35
D-Ödeme Talebinin Şekli ve Şartlarına Göre Yapılan Ayırım	36
1-“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garanti	37
2-Şarta bağlanmış garanti.....	41
E-Teminatın Konusuna Göre Yapılan Ayırım	42
1-İfa garantileri (Kesin garantiler)	43
2-Geçici garantiler	44
3-Avans(ön ödeme) garantileri.....	45
4-Ödeme garantileri.....	48
5-Eksik belgelere ilişkin garantiler	48
6-Kontrgarantiler	48
F-İkinci Bankanın Devreye Girmesine Göre Yapılan Ayırım	50
1-Doğrudan garanti	50
2-Dolaylı garanti	51
3-Konsorsiyum garantileri.....	52
IV-BANKA GARANTİSİNİN AMACI	53
A-Teminat Amacı.....	53
B-Likidite Sağlama Amacı.....	53
V-BANKA GARANTİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....	56
A-Genel olarak	56
B-Banka Garantisinin Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşler.....	58
1-Üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşü.....	58
2-Kendine özgü bir sözleşme türü olduğu görüşü.....	63
C-Görüşlerin Değerlendirmesi	65

VI-BANKA GARANTİSİNİN BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN FARKI.....	68
A-Kefaletten Farkı.....	68
B-Müteselsil Borçluluk ve Birlikte Borç Üstlenmekten Farkı.....	77
C-Belgeli Akreditiften Farkı	78
D-Avalden Farkı.....	79
E-İtibar Emrinden Farkı	80
F-Vekâletten Farkı.....	80
§2. BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI VE GARANTİ ALANIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNMASI.....	81
I-BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI	81
A-Genel Olarak	81
B-Sözleşmenin Şekli	85
C-Bankanın Sorumluluğunun Başlangıcı ve Sınırı	88
D-Sözleşmede Değişiklik Yapılması	91
E-Sözleşmenin Sona Ermesi	93
II-GARANTİ ALANIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNMASI.....	97
A-Ödeme Talebi.....	97
1-Genel Olarak	97
2-Ödeme Talebinin Şartları	100
3-Ödeme Talebinin Zamanı	101
4-Ödeme Talebinin Şekli ve İçeriği	102
5-Ödeme Talebine İlişkin Şartların Gerçekleştiğinin İspatı.....	105
B-Ödeme Talebinde Bulunulmasının Hukuki Sonuçları	106
1-Banka Garanti Sözleşmesine İlişkin Hukuki Sonuçları	107
a-Garanti Borcunun Muaccel Olması ve Bankanın Ödeme Yükümlülüğü.....	107
b-Garanti Bedelinin Ödeme Yerinde ve Zamanında Ödenmesi	110
2-Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları	111
a-Bankanın Ödeme Talebinde Bulunduğunu Bildirme Yükümlülüğü.....	111
b-Bankanın Ödeme Talebini İnceleme Yükümlülüğü	112
c-Bankanın Def'i ve İtirazları İleri Sürme Yükümlülüğü.....	115
d-Bankanın Garanti Bedelini Ödeme Yükümlülüğü.....	118

II.BÖLÜM

BANKA GARANTİSİNDE SAVUNMA İMKÂN LARI

§3. GENEL OLARAK SAVUNMA İMKÂN LARI	119
I-DEF'İ VE İTİRAZ KAVRAMLARI.....	119
A-Genel Olarak	119
B-Def'i	120
C-İtiraz	123
II-DEF'İ VE İTİRAZ ARASINDAKİ FARKLAR.....	124
III-DEF'İ VE İTİRAZIN İLERİ SÜRÜLMESİ.....	126
V-DEF'İ VE İTİRAZIN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HUKUKİ	
SONUÇLARI.....	129
A-Maddi Hukuka İlişkin Sonuçlar	129
B-Usul Hukukuna İlişkin Sonuçlar	130
§4. BANKA GARANTİSİNDE SAVUNMA İMKÂN LARI.....	131
I-GENEL OLARAK.....	131
II-İLERİ SÜRÜLEMEMEYECİK DEF'İ VE İTİRAZLAR	133
A-Karşılık İlişkisinden Doğan Def'i ve İtirazlar.....	133
B-Temel İlişkiden Doğan Def'i ve İtirazlar	135
C-İkinci Bankanın Devreye Girmesi Durumunda İki Banka Arasındaki	
İlişkiden Doğan Def'i ve İtirazlar	137
III-İLERİ SÜRÜLEBİLECEK DEF'İ VE İTİRAZLAR.....	138
§5. BANKANIN GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SAVUNMA	
İMKÂN LARI	140
I-HAKKIN DOĞUMUNA ENGEL OLAN İTİRAZLAR.....	140
A-Şekle aykırılık	140
B-Başlangıçtaki İmkânsızlık	142
C-Hukuka ve Ahlaka Aykırılık	144
D-İrade Sakatlıkları	146
1-Hata	147

2-Hile.....	153
3-İkrah	154
E-Temsil Yetkisinin Bulunmaması	155
II-HAKKI SONA ERDİREN İTİRAZLAR	157
A-İfa	158
B-İbra	159
C-Sonraki İmkânsızlık.....	162
D-Takas	163
III-ÖDEME TALEBİNİN GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN İTİRAZLAR	
.....	167
IV-GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DEF'İLER.....	174
A-Zamanaşımı Def'i	174
B-Erteleme Def'i	178
§6. GARANTİ BEDELİNİN ÖDENMESİNİN HAKKIN KÖTÜYE	
KULLANILMASI SURETİYLE TALEP EDİLDİĞİ SAVUNMASI	179
I-HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI	179
A-Genel Olarak	179
B-Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Dayandığı Esas	182
1-Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Dayandığı Esas	
Konusundaki Görüşler	182
2-Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukundaki Durum	185
C-Hakkın Kötüye Kullanıldığıın Kabulü İçin Varlığı Gerekli Şartlar	190
1-Bir Hakkın Varlığı	190
2-Hakkın Dürüstlük Kuralına Aykırı Biçimde Kullanılması	191
3-Hakkın Kötüye Kullanılmasından Zarar Doğmasının Gerekli Olup	
Olmadığı Sorunu	192
D-Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Yaptırımı.....	195
1-Genel Olarak	195
2-Hakkın Kötüye Kullanılmasına Karşı Açılabilir Davalar	197
II-GARANTİ BEDELİNİN ÖDENMESİNİN HAKKIN KÖTÜYE	
KULLANILMASI SURETİYLE TALEP EDİLMESİ	198

A-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiğinin Kabulü İçin Varlığı Gerekli Şartlar.....	200
1-Garanti Alanın Garanti Bedelini Talep Etmeye Yönelik Hakkının Bulunması	201
2-Garanti Alanın Talep Hakkını Dürüstlük Kuralına Aykırı Bir Şekilde Kullanması	202
B-Garanti Bedelinin Ödenmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edilmesinin Başlıca Görünümleri	205
1-Genel Olarak	205
2-Garanti Alanın Teminat Altına Alınan Edime İlişkin Bir Hakkının Bulunmadığını Kabul Etmesine Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması.....	206
3-Garanti Alanın Garanti Konusu Olayın Gerçekleşmesine Kendi Davranışı Yol Açmasına Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması	207
4-Garanti Alanın Teminat Altına Alınan Edimin İfası İçin Süre Vermesine Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması	211
5-Teminat Altına Alınan Edimin Talep Edilmesi Açıkça Batıl veya Dava Edilemez Olmasına Rağmen Garanti Alanın Ödeme Talebinde Bulunması	213
6-Teminat Altına Alınan Edimin Objektif Bakımdan Sonradan İmkânsız Olması Durumunda Ödeme Talebinde Bulunulması	214
C-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiğinin Belirlenmesi ve İspatı.....	217
1-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiğinin Belirlenmesi	217
2-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiğinin İspatı.....	219
D-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edilmesinin Hukuki Sonuçları	226
1-Banka Garanti Sözleşmesi Bakımından Hukuki Sonuçları	226
2-Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları.....	232
3-Temel İlişki bakımından hukuki sonuçları	235

§7. GARANTİ BEDELİNİN ÖDENMESİNİN GARANTİNİN AMACINA AYKIRI BİR ŞEKİLDE TALEP EDİLDİĞİ SAVUNMASI	237
I-SOMUT OLAYDA BANKA GARANTİSİNİN AMACININ TESPİTİ	238
II-GARANTİNİN AMACINA AYKIRI BİR ŞEKİLDE ÖDEME TALEBİNDE BULUNULMASI	242
A-Garantinin Amacına Aykırı Bir Şekilde Ödeme Talebinde Bulunulması Halleri	242
1-Garanti Kapsamında Bulunmayan Bir Konuda Ödeme Talebinde Bulunulması	242
2-Garanti Konusu Olayın Henüz Gerçekleşmemiş Olması.....	249
3-Garanti Konusu Olayın Gerçekleşmesinin Artık Mümkün Olmaması	253
B-Garantinin Amacına Aykırı Bir Şekilde Ödeme Talebinde Bulunulduğunun İspatı	256
1-Garanti Kapsamında Bulunmayan Bir Konuda Ödeme Talebinde Bulunulduğunun İspatı	256
2-Garanti Konusu Olayın Henüz Gerçekleşmediği ve Gerçekleşmesinin Artık Mümkün Olmadığının İspatı.....	258
3-“İlk Talepte” Ödeme Kaydını İçeren Bir Garantide Ödeme Talebinin Amaca Aykırılığının İspatı	260
III-GARANTİNİN AMACINA AYKIRI BİR ŞEKİLDE ÖDEME TALEBİNDE BULUNULMASININ HUKUKİ SONUÇLARI.....	262
A-Banka Garanti Sözleşmesi Bakımından Hukuki Sonuçları.....	263
B-Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları	265
C-Temel İlişki Bakımından Hukuki Sonuçları.....	267
IV-AMACA AYKIRI ÖDEME TALEBİ İLE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI SURETİYLE ÖDEME TALEBİNDE BULUNULMASI ARASINDAKİ FARKLAR	269
A-Genel Olarak	269
B-Amaca Aykırı Ödeme Talebi Halleri ile Hakkın Kötüye Kullanılması Arasındaki Farklılık	271

1-Garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki farklılık	271
2-Garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemesi ve gerçekleşmesinin artık mümkün olmaması ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki farklılık	272

III.BÖLÜM

BANKA GARANTİSİNDE İHTİYATİ TEDBİRLER

§8. GENEL OLARAK İHTİYATİ TEDBİR.....	275
I-İHTİYATİ TEDBİR KAVRAMI	275
II-İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ VE TALEBİN KARARA BAĞLANMASI	277
A-İhtiyati Tedbir Talebi	277
1-Talep Sahibi	277
2-İhtiyati Tedbir Talebinin Muhatabı.....	278
3-İhtiyati Tedbir Talebinin Şekli.....	279
4-Görevli ve Yetkili Mahkeme	280
5-Teminat Gösterilmesi.....	282
B-İhtiyati Tedbir Talebinin İncelenmesi ve İspat	284
1-İhtiyati Tedbir Talebinin İncelenmesi.....	284
2-İhtiyati Tedbirlerde İspat.....	284
C-İhtiyati Tedbir Kararı	285
III-İHTİYATİ TEDBİR KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ	287
§9. BANKA GARANTİSİNDE İHTİYATİ TEDBİRİN ÖNEMİ VE UYGULANMASI	288
I-BANKA GARANTİSİNDE İHTİYATİ TEDBİRİN ÖNEMİ VE GEÇERLİLİĞİ	288

A-Banka Garantisinde İhtiyati Tedbirin Önemi.....	288
B-Banka Garantisinde İhtiyati Tedbirin Geçerliliği.....	292
II-İHTİYATİ TEDBİR İLE BANKAYA KARŞI ÖDEME YASAĞI	
KONULMASI.....	296
A-Genel Olarak	296
B-Ödeme Yasağı Konulması İçin Gerekli Şartlar.....	298
1-Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle veya Garantinin Amacına Aykırı Bir Şekilde Ödeme Talebinde Bulunulması	298
2-Edimi Garanti Edilenin Hukuken Korunmaya Değer Menfaatinin Bulunması	301
C-Ödeme Yasağı Konulmasında Teminat Gösterilmesi	302
D-Ödeme Yasağı Konulmasında Talep Sahibi	303
E-Ödeme Yasağı Konulmasında İspat	303
F-Bankaya Karşı Ödeme Yasağına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararı Verilmesi.....	305
III-İHTİYATİ TEDBİR İLE GARANTİ ALANA GARANTİ	
ALACAĞINI TALEP ETME YASAĞI KONULMASI	310
A-Genel Olarak	310
B-Garanti Alacağını Talep Etme Yasağı Konulması İçin Gerekli Şartlar	311
IV-DOĞRUDAN VE DOLAYLI GARANTİDE İHTİYATİ TEDBİR	
TALEPLERİ.....	311
A-Doğrudan Garantide İhtiyati Tedbir Talepleri	312
B-Dolaylı Garantide İhtiyati Tedbir Talepleri	314
1-Genel Olarak	314
2-Bankaya Karşı Ödeme Yasağı Konulması.....	315
a-Garanti Veren Türkiye'deki Bir Banka Olması Halinde	315
b-Garanti Veren Yabancı Ülkedeki Bir Banka Olması Halinde.....	316
3-Garanti Alana Karşı Garanti Alacağını Talep Etme Yasağı Konulması	320
V-BANKA GARANTİSİ BAKIMINDAN İHTİYATİ TEDBİR	
KARARININ KALKMASI VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ.....	321

A-İhtiyati Tedbir Kararına İtiraz	323
B-Kanuni Süre İçinde Davanın Açılmaması	324
C-Hükmün Verilmesi İle İhtiyati Tedbirin Kalkması	326
D-Teminat Karşılığında İhtiyati Tedbirin Kalkması	327
E-Durum ve Şartların Değişmesi Nedeniyle İhtiyati Tedbir Kararının Kaldırılması veya Değiştirilmesi	328
VI-BANKA GARANTİSİ BAKIMINDAN İHTİYATİ TEDBİR KARARINA UYMAMANIN SONUÇLARI.....	
329	
VII-BANKA GARANTİSİ BAKIMINDAN HAKSIZ İHTİYATİ TEDBİRDEN DOLAYI SORUMLULUK	
330	
VIII-BANKA GARANTİSİ BAKIMINDAN İHTİYATİ TEDBİR KARARI VERİLEMEYECEK DURUMLAR	
332	
SONUÇ	334

KISALTMALAR

ABGB.	:Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich
AcP	:Archiv für die civilistische Praxis
AD.	:Adalet Dergisi
Art.	:Artikel
ATİBK.	:Akdi Teminatlara İlişkin Birörnek Kurallar
Aufl.	:Auflage
b.	:bent
Batider	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BB.	:Betriebs-Berater
Bd.	:Band
BGB.	:Bürgerliches Gesetzbuch
BGE.	:Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGH.	:Bundesgerichtshof
BGHZ.	:Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BK.	:Borçlar Kanunu
bkz.	:bakınız
C.	:Cilt
Çev.	:Çeviren

DB.	:Der Betrieb
Diss.	:Dissertation
dn.	:dipnotu
DZWir.	:Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
E.	:Esas
EWIR	:Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht, Aktuelle Rechtsprechung mit Kurzkomentaren für die Praxis
FS.	:Festschrift
HD.	:Hukuk Dairesi
HGK.	:Hukuk Genel Kurulu
HUMK.	:Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IPRax.	:Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
İBD.	:İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	:İsviçre Borçlar Kanunu
İİK.	:İcra İflas Kanunu
İMK.	:İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFM.	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JA.	:Juristische Arbeitsblätter
K.	:Karar
karş.	:karşılaştırınız

LG.	:Landesgericht
m.	:madde
MHAD.	:Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
MÖHUK.	:Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
MTO.	:Milletlerarası Ticaret Odası
NJW.	:Neue Juristische Wochenschrift
OLG.	:Oberlandesgericht
OR.	:(Schweizerisches) Obligationenrecht
RabelsZ.	:Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RG.	:Resmi Gazete
RIW.	:Recht der Internationalen Wirtschaft
S.	:Sayı
s.	:sayfa
SJZ.	:Schweizerische Juristenzeitung
SZW.	:Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftrecht
T.	:Tarih
TBBD.	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TGİBK.	:Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kuralları
TMK.	:Türk Medeni Kanunu

TTK.	:Türk Ticaret Kanunu
UNCITRAL	:Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu
vd.	:ve devamı
WM.	:Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapier Mitteilungen
Yarg.	:Yargıtay
YD.	:Yargıtay Dergisi
YİBK.	:Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
YKD.	:Yargıtay Kararları Dergisi
ZBB.	:Zeitschrift für Bankwirtschaft und Bankrecht
ZfBR.	:Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht
ZGB.	:Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR.	: Zeitschrift für Unternehmens und Gesellschaftsrecht
ZHR.	:Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
ZIP.	:Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZPO.	:Zivilprozeßordnung
ZSR.	:Zeitschrift für Schweizerisches Recht

BİBLİYOGRAFYA

- ADEN** Menno :Der Arrest in den Auszahlungsspruch des Garantiebegünstigten durch den Garantie-Auftraggeber, RIW 1981, s.439-442.
- AKINCI** Ziya :Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Kararı Verme Yetkisi, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, İzmir 1997, s.218 vd.
- AKINTÜRK** Turgut :Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.
- AKİPEK** Jale G. :Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Ankara 1966.
- AKİPEK** Jale G./ **AKINTÜRK** Turgut :Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku, C.I, İstanbul 2002.
- AKYAZAN** Sıtkı :Banka Teminat Mektuplarında Zamanaşımı, Batider, 1975, C.VIII, S.1, s.1-13, (**Akyazan**, Zamanaşımı).
- AKYAZAN** Sıtkı :Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, Batider, 1974, C.VII, S.3, s.567-579, (**Akyazan**, Banka Teminat Mektupları).
- AKYOL** Şener :Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 2006. (**Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı).
- AKYOL** Şener :Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul 2001 (**Akyol**, Banka Sözleşmeleri).

- ALTAŞ** Hüseyin :Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1999.
- ARAL** Fahrettin :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı Ankara 2006. (**Aral**, Özel Borç İlişkileri).
- ARAL** Fahrettin :Türk Borçlar Hukukunda Takas, Ankara 1994. (**Aral**, Takas).
- ARAL** Fahrettin :Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Ve Kefaletten Farkları, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s.131 vd. (**Aral**, Banka Teminat Mektupları).
- ARIK** Kemal Fikret :Türk Medeni Hukuku I Genel Prensipler, Ankara 1963, (**Arık**, Medeni Hukuk).
- ARIK** Kemal Fikret :Mahkeme Kararları Kroniği, Başkasının Fiilini Taahhüt veya Garanti Mukavelesi, SBF, 1955, C.X, S.2, s.45-75, (**Arık**, Garanti Mukavelesi).
- ARKAN** Sabih :Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, Batider 1992, C.XVI, S.4, s.59-84, (**Arkan**, Teminat Mektubu).
- ARKAN** Sabih :Kredi Kartıyla İlgili Olarak Verilen Güvencenin Hukuki Niteliği (HGK'nın 4.7.2001 Tarihli Kararının Eleştirisi, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.I, İstanbul 2003, s.983-991, (**Arkan**, Armağan).
- ARSEBÜK** Esat :Medeni Hukuk, C.I, Başlangıç ve Şahsın Hukuku, İstanbul 1938.
- ARSLAN** Ramazan :Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

- ASSMANN** Heinz-Dieter :Aufrechnung der Garantiebank mit Gegenforderungen bei Inanspruchnahme einer Zahlungsgarantie auf erstes Anfordern, IPrax 1986, s.142-145.
- ATAAY** Aytakin :Medeni Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler Genel Kavramlar, İstanbul 1980.
- AUHAGEN** Ulrich :Die Garantie einer Bank auf “erstes Anfordern” zu zahlen, Wuppertal 1966.
- AVANCINI** Peter / **KOZIOL** Helmut / **IRO** Gert M. :Österreichisches Bankvertragsrecht, Band II, Wien 1993.
- AYRANCI** Hasan :Şekil Şartına Uyulmadan Yapılan Kefalet Sözleşmesinde İfanın Sonuçları, AÜHFD 2004, C.53, S.2, s.95-120.
- BAMBERGER** Heinz Georg/ **ROTH** Herbert :Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Gesamtsachverzeichnis §§ 1-610 BGB, München 2003.
- BÄR** Thomas :Zum Rechtsbegriff der Garantie, insbesondere im Bankgeschäft, Zurich 1963.
- BARİLLÀ** Giovanni Battista :Der Garantievertrag in Italien und in Deutschland, Köln 2004.
- BARK** Christoph :Rechtsfragen und Praxis der indirekten Garantien im Außenwirtschaftsverkehr, ZIP 1982, s.405-416.
- BARLAS** Nami :Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul 1986, (**Barlas**, Banka Teminat Mektupları).

- BARLAS Nami** :Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a Armağan, C.II, İstanbul 2002, s.937-989, (**Barlas**, Armağan).
- BARLAS Nami** :Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı Ve Eleştirisi, İHFM, Prof. Dr. Türkan Rado'ya Armağan, C.LV, S.3 1997, s.192 vd. (**Barlas**, Hakkın Kötüye Kullanılması).
- BAŞPINAR Veysel** :Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara 2004 (**Başpınar**, Vekil)
- BAŞPINAR Veysel** :Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998 (**Başpınar**, Kısmi Butlan)
- BECKER Hermann** :Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, 1. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–183 OR, Bern 1941.
- BELZER Herbert** :Rechtsschutzmöglichkeiten in der Bundesrepublik Deutschland gegen die missbräuchliche Inanspruchnahme internationaler Bankgarantien ZfBR 1985, s.209-211.
- BERENSMANN Wolfgang** :Bürgschaft und Garantievertrag im englischen und deutschen Recht, Berlin 1988.
- BERGER Klaus Peter** :Stand-by Letter of Credit und Bankgarantie, DZWIR 1997, s.423-428, (**Berger**, Bankgarantie).
- BERGER Klaus Peter** :Internationale Bankgarantien, Die neuen Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern

zahlbare Garantien der internationalen Handelskammer, DZWiR 1993, s.1-12, (**Berger**, Internationale Bankgarantien).

- BLAU** Werner :Blockierung der Auszahlung einer Bankgarantie auf erstes Anfordern durch Arrest und Hinterlegung?, WM 1988, s.1474-1477.
- BLAUROCK** Uwe :Mißbräuchliche Inanspruchnahme einer Bankgarantie, IPRax 1985, s.204-204
- BOETIUS** Jan :Der Garantievertrag, München 1966.
- BÖGL** Gabriel :Internationale Garantieverträge, Probleme und Reformbestrebungen, Diss., Regensburg 1993.
- BROX** Hans / **WALKER** Wolf-Dietrich :Allgemeines Schuldrecht, 30. Aufl., München 2004.
- BUCH** Michael :US-Konvention über unabhängige Garantien und Stand-by Letters of Credit, Eine rechtsgleichende Untersuchung des neuen UN-Bankgarantierechts unter besonderer Berücksichtigung des deutschen und US-Amerikanischem Rechts, Hamburg 2000.
- BUCHER** Eugen :Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich 1988.
- BUZ** Vedat :Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, (**Buz**, Yenilik Doğuran Haklar).
- BUZ** Vedat :Sözleşmeden Kararlaştırılandan Fazla İfa Halinde İade Talebinin Hukuki Dayanağı, Ticaret Hukuku Ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XXI, 9-10 Aralık 2005, s.133-158, (**Buz**, Sempozyum).

BÜHLER Theodor	Sicherungsmittel im Zahlungsverkehr Dokumentenakkreditiv, Bankgarantie, Eigentumsvorbehalt, Zürich 1997.
BÜLOW Peter	:Recht der Kreditsicherheiten Sachen und Rechte, Personen 5.Auflage, 1999.
BÜSSER Andres	:Einreden und Einwendungen der Bank als Garantin gegenüber dem Zahlungsanspruch des Begünstigten; Friburg-Schweiz 1997.
BYDLINSKI Peter	:Moderne Kreditsicherheiten und zwingende Rechte, AcP190 (1990), s.165–181, (Bydlinski , AcP190).
BYDLINSKI Peter	:Die Übertragung der Rechte aus einer Bankgarantie, ZBB 1989, s.153–168, (Bydlinski , Bankgarantie).
CANARIS Claus-Wilhelm	:Das Verhältnis zwischen dem wechsel- und scheckrechtlichen Einwendungsausschluss und der Lehre vom Einwendungsdurchgriff kraft Rechtsmissbrauchs, ZHR 151 (1987) s.517-565, (Canaris , Rechtsmissbrauch).
CANARIS Claus-Wilhelm	:Bankvertragsrecht, (Handels Gesetz BuchStaub Grosskommentar 4.Auflage) Berlin-NewYork 1988 (Canaris , Bankvertragsrecht).
COING Helmut	:Probleme der internationalen Bankgarantie, ZHR 147 (1983), s.125-144.
CZERWENKA Beate	:Probleme der internationalen Gesetzgebung - Das UNCITRAL Übereinkommen über unabhängige Garantien und Stand-by Letters of Credit, in:

- Festschrift für Henning Piper, München 1996, s.811-828.
- ÇEBİ Hakan** :Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, Prof.Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.111-137.
- DEMUTH Peter** :Garantievertrag und privative Schuldübernahme in der neueren deutschen Privatrechtsgeschichte, Diss., Hamburg 1966.
- DEREN-YILDIRIM Nevhis** :Haksız Rekabet Hukuku İle Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2002.
- DEUTSCHEN BANK** :Bankgarantien im Auslandsgeschäft, Frankfurt 1984.
- DIWOK Georg** :Der Abruf von Bankgarantien auf erstes Anfordern, Festschr. Gerhard Frotz, Wien 1993, s.483-493.
- DOĞAN Vahit** :Banka Teminat Mektupları, Ankara 2005.
- DOHM Jürgen** :Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985.
- DOMANIÇ Hayri** :Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul 1975.
- DUDENHAUSEN Wolfgang** :Bürgschaft und Garantievertrag, unter besonderer Berücksichtigung der Bankpraxis, Leipzig 1936.
- DURAL Mustafa/ SARI Suat** :Türk Özel Hukuku, C.I: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2004.

- EBERL** Borges Christina :Rechtsfragen der Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr nach deutschem und schweizerischem Recht, Diss., Baden-Baden 1992.
- EBMEIER** Marie-Theres/ **SCHÖNE** Sigrid :Die einstweilige Rechtsschutz, Handbuch zu Arrest und einstweiliger Verfügung, Düsseldorf 1997.
- EDELMANN** Herve :Blockierung der Inanspruchnahme einer direkten Auslandsgarantie, DB. 1993, s.2453-2458.
- EDİS** Seyfullah :Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1993.
- EGGER** August :Zürcher Kommentar- Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band I: Einleitung (Art 1-10 ZGB) und Personenrecht (Art 11-89 ZGB), Zürich 1930.
- EGGER** Walter H. :Probleme des einstweiligen Rechtsschutzes bei auf erstes Verlangen zahlbaren Bankgarantien, SZW 1990, s.12 vd., (**Egger**, einstweilige Rechtsschutz).
- EINSELE** Dorothee :Einwendungen aus dem Valutaverhältnis bei der Bankgarantie, JZ 1999, s.464-468.
- ERCAN** İbrahim :İhtiyati Tedbir Kararına Muhalefet Edenlerin Cezalandırılması (HUMK m.113/A), Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan II, İstanbul 2003, s.925 vd.
- ERDOĞAN** İhsan :İlk Talepte Ödeme Garantisinin Hukuki Mahiyeti, Yaklaşım, Ekim 2000, S.94, s.51 vd.

- EREN** Fikret :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası İstanbul 2006.
- FABER** Wolfgang :Ungerechtfertigte Inanspruchnahme einer Bankgarantie, Rückgriff des Garantierauftraggebers auf vertraglicher Grundlage In Bank-Archiv 2003, s.353-364.
- FINGER** Peter :Formen und Rechtsnatur der Bankgarantie; BB. 1969, s.206-208.
- FRANKO** Nisim :Üçüncü Şahsın Fiilini Taahhüt (TBK.m.110, İBK. m.111), Prof.Dr. Nuri Çelik'e Armağan I, İstanbul 2001, s.567-597.
- FÜLBIER** Andreas :Besonderheiten bei der Bestellung von Personalsicherheiten mit Berührung des französischen Rechts, RIW 1995, s.627-630.
- GABI** Sonja :Garantieversicherung, Diss. Zürich 1990.
- GAUCH** Peter/ **SCHLUEP** Walter R./**JÄGGI** Peter :Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, ohne ausservertragliches Hauptpflichtrecht, Bd. I und Bd.II, 6. Auflage, Zürich 1995.
- GIGER** Hans :Missbrauchsproblematik bei Bankgarantien, in: Mélanges Paul Piotet, Bern 1990, s. 247 vd.
- GIOVANOLI** Silvio :Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band VI: Das Obligationenrecht, 2.Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, 7.Teilband: Die Bürgschaft, Speil und Wette, Art. 492-515, Bern 1978.

- GÖSSMANN** Wolfgang :Zustandekommen der Zahlungsgarantie im elektronischen Zahlungsverkehr, Bankrecht-Schwerpunkte und Perspektiven, Festschrift für Herbert Schimansky, Köln 1999, s.145-164.
- GRASSINGER** Gülçin. E. :Borçlar Kanuna Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, İstanbul 1996.
- GRÖSCHLER** Peter :Einwendungsausschluß bei der Garantie auf erstes Anfordern und der einfachen Garantie, JZ 1999, s.822-827.
- GRUEL** Michael :Personalsicherheiten unter Einwendungsausschluss: Garantie und Bürgschaft auf erstes Anfordern, Akkreditiv, Aachen 2002.
- GSCHNITZER** Franz :Österreichisches Schuldrecht Allgemeiner Teil Wien-New York 1986.
- GUGGENHEIM** Daniel :Die Verträge der schweizerischen Bankpraxis. 3. Auflage. Zürich 1986 (**Guggenheim**, Bankpraxis).
- GUGGENHEIM** Edwin :Der Garantievertrag, Diss, Aarau 1917.
- GUTZWILLER** Christoph :Bankgarantien als Rechtsöffnungstitel, SJZ 2003, s.245-250.
- HADDING** Walther /**HÄUSER** Franz / **WELTER** Reinhard :Bürgschaft und Garantie, Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Sonderdruck des Bundesministers der Justiz, Bonn 1986.
- HADİMOĞLU** Nimet Özbek :Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Doktora Tezi, Ankara 2002.

- HAHN** Volker :Der Rückforderungsanspruch bei der Garantie auf ersters Anfordern, NJW 1999, s.2793-2794, (**Hahn**, Rückforderungsanspruch).
- HAHN** Volker :Rechtsmissbrauch bei Rückgarantie auf ersters Anfordern, NJW 2001, s.2449-2450, (**Hahn**, Rechtsmißbrauch).
- HANDSCHIN** Lukas :Zur Abgrenzung von Garantievertrag und Bürgschaft; Akzessorietät der Verpflichtung als massgebendes Kriterium?, SZW 1994, s.226-231.
- HASSE** Andreas Die Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien der Internationalen Handelskammer - Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG), WM 1993, s.1985-1993.
- HATEMÎ** Hüseyin/ **SEROZAN** Rona/ **ARPACI** Abdülkadir : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992.
- HAUSHEER** Heinz/ **JAUN** Manuel :Die Einleitungsartikel des ZGB, Art 1-10 ZGB, Bern 2003.
- HEIDBÜCHEL** Volker :Das UNCITRAL-Übereinkommen über unabhängige Garantien und Stand-by Letters of Credit, Trier 1999.
- HEIN** Thomas :Zu Fragen der rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme einer Bankgarantie und des einstweiligen Rechtsschutzes, NJW 1981, s.56-59, (**Hein**, rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme).
- HEIN** Thomas :Der Zahlungsanspruch des Begünstigten einer Bankgarantie ‘auf erstes Anfordern’, Diss., Giessen 1982, (**Hein**, Bankgarantie ‘auf erstes Anfordern’).

- HEINRICHS** Helmut :Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Auflage, 2005.
- HEINSIUS** Theoder :Zur Frage des Nachweises der rechtsmissbräuchlich Inanspruchnahme einer Bankgarantie auf erstes Anfordern mit liquiden Beweismitteln, Festschrift für Winfried Werner zum 65. Geburtstag am 17. Oktober 1984 Handelsrecht und Wirtschaftsrecht in der Bankpraxis, Berlin 1984, s.229-250.
- HELDRICH** Andreas :Kollisionsrechtliche Aspekte des Missbrauchs von Bankgarantien, Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag 26. Juni 1987, Mainz 1987, s.175-195.
- HOFFMANN** Elisabeth :Die Garantie auf erstes Anfordern (garantie à première demande) im belgischen Recht, RIW 1996, s.389-393.
- HOHLOCH** Gerhard :Erman Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, Münster 2004.
- HORN** Norbert :Bürgschaften und Garantien; Aktuelle Rechtsfragen der Bank, Unternehmens- und Außenwirtschaftspraxis, 8. Neubearbeitete Auflage, Köln 2001, (**Horn**, Garantien).
- HORN** Norbert :Der Rückforderungsanspruch des Garanten nach ungerechtfertigter Inanspruchnahme, Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, Köln 1996, s.623 vd., (**Horn**, Festschrift).
- HORN** Norbert :Die UN-Konvention über unabhängige Garantien, RIW 1997, s.717-723, (**Horn**, UN-Konvention).

- HORN** Norbert :Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern. NJW 1980, s.2153-2159 (**Horn**, Zahlung auf erstes Anfordern).
- HORN** Norbert :Die neuere Rechtsprechung zum Missbrauch von Bankgarantien im Außenhandel, IPRax 1981, s.149-154 (**Horn**, Missbrauch von Bankgarantien).
- HUTTE** Felix/ **HELBRON** Marlena :Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bremen 2005.
- İMRE** Zahit :Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, İstanbul 1976.
- İNAN** Ali Naim :Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara 1984.
- JAHN** Uwe :Fristgerechte Inanspruchnahme einer Bankgarantie, IPRax 1988, s.254-255
- JEDZIG** Joachim :Aktuelle Rechtsfragen der Bankgarantie auf erstes Anfordern, WM 1988, s.1469-1474.
- KAHYAOĞLU** Emin C. :Banka Garantileri, İstanbul 1995.
- KÄSER** Jörg :Garantieversprechen Als Sicherheit im Handelsverkehr, RabelsZ. 1971, s.601-631.
- KAYA** Arslan :İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, (**Kaya**, İhtiyati Tedbir).
- KAYA** Arslan :İlk Yazılı Talepte Ödeme Klozunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Prof. Dr. Reha Poroy'a

Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
1995, (**Kaya**, İlk Yazılı Talepte Ödeme).

KELLERHALS Franz

:Verfahrensrechtliche Aspekte bei der
Durchsetzung von Personalsicherheiten,
Personalsicherheiten- Berner Bankrechtstag 1997,
Bern 1997; s.131-173.

KESER Leyla

:Dürüstlük Kuralı ve Konkordato Mühleti
Bakımından Önemi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik
Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s.253-265.

KILIÇOĞLU Ahmet

:Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası
Ankara 2007.

KLAAS Christoph

:Formelle Dokumentenstrenge im Recht der
Bankgarantie, ZIP 1997, s.1098-1102.

KLEINER Beat

:Die Abgrenzung der Garantie von der Bürgschaft
und anderen Vertragstypen; mit besonderer
Berücksichtigung des Bankgarantiegeschäftes;
Zürich 1974, (**Kleiner**, Die Abgrenzung der
Garantie).

KLEINER Beat

:Bankgarantie, 4.Aufl., Zürich 1990, (**Kleiner**,
Bankgarantie).

KOCAMAN Arif B.

:Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 4.7.2001
Tarih ve E.2001/19-534, K.2001/583 Sayılı
Kararı Üzerine Bir Değerlendirme-Kredi Kartı
İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel (Şahsi)
Teminatın Hukuki Niteliği: Garanti mi? Kefalet
mi?, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları
Sempozyumu, Ankara 2003, s.67-94. (**Kocaman**,
Kişisel Teminat).

- KOCAMAN Arif B.** :Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, Batider, 1990, C.XV, S.3, s.49-66, (**Kocaman**, Banka Teminat Mektupları).
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU Necip** :Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968.
- KOHLHOF Joachim** :Avale, Bonds und Garantien, Idstein 1999.
- KOLLER Alfred** :Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd.II, Bern 2006.
- KOSTAKOĞLU Cengiz** :Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, İstanbul 1996.
- KOZIOL Helmut** :Die Rückforderung bei unberechtigter Inanspruchnahme der Garantie, ÖBA 1999, s.249-256, (**Koziol**, Rückforderung)
- KOZIOL Helmut** :Der Garantievertrag, Wien-Manz 1981, (**Koziol**, Garantievertrag).
- KOZIOL Helmut /WELSER Rudolf** :Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I, Allgemeiner Teil und Schuldrecht, 6. Auflage, Wien 1983.
- KÖNDGEN Johannes** :Nur beschränktes Aufrechnungsverbot für Bankgarantie "auf erstes Anfordern", EWIR 1985, s.365-366.
- KÖPRÜLÜ Bülent** :Medeni Hukuk Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, İstanbul 1984.
- KRATZ Maria-Theresia** :Rechtsdogmatik des Garantievertrages; Bonn, Univ., Diss., 1989.

- KRÜGER Hilmar** :Arabische Staaten Recht der Bankgarantien Köln-Berlin 1992.
- KUNT İsmail Hakkı** :Objektif Hüsünüyet İlkesinin Taraflara ve Hâkime Yönelmesi, YD 1985/3, s.205-209.
- KUNTALP Erden** :Bankalar Kanunu'nun Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na Tanıdığı Yetkilere Genel Bir Bakış, Bankacılık Sorunları Sempozyumu I, Kasım 2004, s.259-266.
- KURU Baki** :Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: IV, İstanbul 2001.
- KURU Baki/ ARSLAN Ramazan/ YILMAZ Ejder** :Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara 2006.
- LEPACH Michael Paul** :Die persönlichen Kreditsicherheiten unter Besonderer Berücksichtigung der Bürgschaft im deutschen und spanischen Recht, Hamburg 1987.
- LIENESCH Irmtraud** :Internationale Bankgarantien und die UN-Konvention über unabhängige Garantien und Stand-by Letters of Credit, Berlin-New York 1999, (**Lienesch**, Bankgarantie).
- LIENESCH Irmtraud** :Rechtsmissbrauch und einstweiliger Rechtsschutz im internationalen Garantiegeschäft, DZWIR 2000, s.492-501, (**Lienesch**, Rechtsmissbrauch)
- LIESECKE Karlsruhe** :Rechtsfragen der Bankgarantie, WM 1968, s. 22-29.
- LOHMANN Ulrich** :Einwendungen gegen den Zahlungsanspruch aus einer Bankgarantie und ihre Durchsetzung in rechtsvergleichender Sicht, Diss., Köln 1984.

- LÖW** Franziska :Missbrauch von Bankgarantien und vorläufiger Rechtsschutz: eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und Schweizer Rechts; Diss., München: Helbing & Lichtenhahn 2002.
- LWOWSKI** Hans Jürgen / **MERKEL** Helmut :Kreditsicherheiten Grundzüge für die Praxis, 8.Auflage, Hamburg und Frankfurt 2003.
- MARKUS** Alexander :UNO-Konvention über unabhängige Garantien und Stand-by Letters of Credit, Die Arbeiten der UNCITRAL zum Thema Bankgarantierecht, Bern 1997.
- MASTROPAOLO** Fulvio :Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr WM 1993, s.1994-1999.
- MENGELBERG** R. Bauer :Bürgschaft, Schuldübernahme, Garantievertrag, Berlin 1930.
- MERZ** Hans :Berner Kommentar- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Einleitung (Art 1-10 ZGB), Bern 1966.
- MOROĞLU** Erdoğan :Bankaların İhtiyari Birleşmesi, Batider, 1975, C.XXIII, S.4, s.13-32.
- MÜHL** Otto :Materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Fragen bei der Bankgarantie „Zahlung auf erstes Anfordern" in: Festschrift für Imre Zajtay Tübingen 1982, s.389-407.
- MÜLBERT** Peter O. :Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, Tübingen 1985, (**Mülbert**, Missbrauch von Bankgarantien).

- MÜLBERT** Peter O. :Neueste Entwicklungen des materiellen Rechts der Garantie "auf erstes Anfordern", ZIP 1985, s.1101-1114, (**Mülbert** Neueste Entwicklungen).
- MÜLLER** Stefan :Die Bankgarantie im internationalen Wirtschaftsverkehr, Wien 1988.
- MÜSSIGBRODT** F. :Einstweilige Verfügung eines Garantieauftraggebers gegen die garantierende Bank, JA 1981, s.499-503.
- NIELSEN** Jens :”Bürgschaften, Garantien, Patronate”, 7. Rostocker Bankentag 15.11.2001, Institut für Bankrecht und Bankwirtschaft an der Universität Rostock, Rostock 2001, (**Nielsen**, 7. Rostocker).
- NIELSEN** Jens :Aktuelle Fragen aus Praxis und Rechtsprechung zum Inkasso-, Akkreditiv- und Garantiegeschäft, Köln 1989, (**Nielsen**, Aktuelle Fragen).
- NIELSEN** Jens :Zur Formstrenge bei Inanspruchnahme einer Bankgarantie, EWIR 1999, s.311-312, (**Nielsen** EWIR 1999).
- NIELSEN** Jens :Bankgarantien bei Aushandelsgeschäften Köln 1986. (**Nielsen** Bankgarantien).
- NIELSEN** Jens :Garantie auf erstes Anfordern - Anforderungen an wirksames extend-or-pay-Verlangen, EWIR 1996, 341-342 (**Nielsen**, EWIR 1996).
- NIELSEN** Jens :Rechtsmissbrauch bei der Inanspruchnahme von Bankgarantien als typisches Problem der Liquiditätsfunktion abstrakter Zahlungsverprechen, ZIP. 1982, s.253-266, (**Nielsen** ZIP 1982).

- NIELSEN** Jens. :Ausgestaltung internationaler Bankgarantien unter dem Gesichtspunkt etwaigen Rechtsmissbrauchs, ZHR 147(1983), s.145-161, (**Nielsen**, ZHR).
- NOMER** Ergin :Devletler Hususi Hukuku, İstanbul 1998.
- OEHLMANN** Alexander W. :Praxis der Auslandsgarantien, Wiesbaden 1993.
- OFTINGER** Karl :Über Bankgarantien, SJZ-38 1942; s.58 vd.
- OĞUZMAN** M. Kemal :Medeni Hukuk Dersleri (Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar), İstanbul 1994, (**Oğuzman**, Medeni Hukuk).
- OĞUZMAN** M. Kemal / **BARLAS** Nami :Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar ve Temel Kavramlar, İstanbul 2005.
- OĞUZMAN** M. Kemal/ **ÖZ** M.Turgut :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası İstanbul 2006.
- OĞUZMAN** M.Kemal :Dürüstlük Kuralına (MK.2) Başvuru Hususunda Bazı Yargıtay Kararlarının Eleştirilmesi, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın' a 65'inci Yaş Armağanı, Ankara 1988, s.407-415, (**Oğuzman**, Dürüstlük Kuralı).
- OSER** Hugo/ **SCHÖNENBERGER** Wilhelm :Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Art. 1-183, Zürich 1929.
- ÖNEN** Ergun :Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- ÖZDEMİR** Atalay :Borçlar Yasasının 110. Maddesine Eklenen Yeni Fıkra ve Banka Teminat Mektupları, Yargıtay

- Dergisi 1984, C.X, S.3, s.252-271, S.4, s.467-481.
- ÖZDEMİR Hatice** :Uluslararası Özel Hukuk Açısından Banka Teminat Mektupları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt: 73, S.7-8-9, 1999, s.730-761.
- ÖZEKES Muhammet** :İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- ÖZSUNAY Ergun** :Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986 (**Özsunay**, Medeni Hukuk).
- ÖZSUNAY Ergun** :Bankacılık Yönünden Medeni Hukuk Kuralları, İstanbul 1978, (**Özsunay**, Bankacılık)
- ÖZTAN Bilge** :Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2003, (**Öztan**, Medeni Hukuk).
- ÖZTAN Fırat** :Kıymetli Evrak Hukuku, 5. Bası, Ankara 2003.
- PEKCANİTEZ Hakan/ ATALAY Oğuz/ ÖZEKES Muhammet** :Medeni Usul Hukuku, Ankara 2006.
- PESTALOZZI Christoph M.** :Kommentar zu Art. 111 OR, Der Vertrag zu Lasten eines Dritten, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationen Recht I, Art 1–529, Herausgeber von Honsell Heinrich/ Vogt Nedim Peter/ Wiegand Wolfgang, 2. Auflage, Basel 1996.
- PLEYER Klemens** :Die Bankgarantie im zwischenstaatlichen Handel, WM 2/1973, s.1-26.
- POSTACIOĞLU İlhan E.** :Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, (**Postacioğlu**, Usul Hukuku).

- POSTACIOĞLU İlhan E.** :Banka Teminat Mektuplarının Ödenmesi İhtiyati Tedbir Kararları İle Durudurulabilir mi?, İdare Hukuku ve İlimler Dergisi 1982, Yıl 3, S.1-3, s.175-182, (**Postacioğlu**, İhtiyati Tedbir).
- PRIESTER Heinz** :Der Garantievertrag, Berlin 1935.
- REHBEIN Dieter** :Zur Aufrechnung bei der Bankgarantie auf erstes Anfordern mit eigenen Forderungen der Garantiebanc gegen den Begünstigten, JR 1986, s.58-62.
- REICHWEIN Heinz** :Bankgarantie und Bürgschaft, SJZ-52 1956, s. 374 vd.
- REİSOĞLU Safa** :Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2004, (**Reisoğlu**, Borçlar Hukuku).
- REİSOĞLU Seza** :Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet, Ankara 1992, (**Reisoğlu**, Kefalet).
- REİSOĞLU Seza** :Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti, II. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası (10-18 Mayıs 1961), Ankara 1962, s.147-173, (**Reisoğlu**, Kefalet Münasebeti).
- REİSOĞLU Seza** :Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1925-1975, C.I, Ankara 1977, s.335-357, (**Reisoğlu**, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar).
- REİSOĞLU Seza** :Teminat Mektuplarında Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü ve Hukuki Sonuçları, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI(14-15

Nisan 1989), Ankara 1989, s.63-79, (**Reisoğlu**, Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü).

REİSOĞLU Seza :Vadeli Teminat Mektuplarından Ötürü Bankaların Sorumlu Tutulabilecekleri Süre, Prof. Dr. Osman F. BERKİ'ye Armağan, Ankara 1977, s.749-755, (**Reisoğlu**, Vadeli Teminat Mektupları).

REİSOĞLU Seza :Teminat Mektuplarının Ödenmesinin İhtiyati Tedbir Kararı İle Önlenmesi ve Sonuçları, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.471-481, (**Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir).

REİSOĞLU Seza :Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 2003, (**Reisoğlu**, Teminat Mektupları).

REİSOĞLU Seza :Garanti Mukavelesi, Ankara 1963, (**Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi).

REUSSER Samuel :Der Garantievertrag und sein Verhältnis zur Bürgschaft und andern Sicherungsverträgen nach schweizerischem Recht, Langenthal 1938.

RICHTER Marc R. :Standby Letter of Credit, Eine systematische Darstellung unter besonderer Berücksichtigung des US-amerikanischen Rechts, Zürich 1990.

RIEDER Josef/ **RIEDER** Stefan :Bürgschaft, Schuldübernahme, Garantievertrag, 3. Auflage, Stuttgart 1995.

RIMMELSPACHER Bruno :Kreditsicherungsrecht, München 1987.

ROESLE Eugen A. :Die internationale Vereinheitlichung des Rechts der Bankgarantien, Diss., Zürich 1983.

- RUMMEL** Peter :Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, in zwei Bänden, Wien 1990.
- RÜMKER** Dietrich :Garantie „auf erstes Anfordern" und Aufrechnungsbefugnis der Garantiebank, - Besprechung der Entscheidung BGHZ 94, 167 vd., ZGR 1986, s.332-344.
- RÜSSMANN** Helmut/ **BRITZ** W. Jörg :Die Auswirkungen des Grundsatzes der formellen Garantiestrengung auf die Geltendmachung einer befristeten Garantie auf erstes Anfordern, WM 1995, s.1825-1834.
- SAYMEN** Ferit H. :Mukayeseli Hukuk Bakımından Hakkın Suiistimali, İÜHFM 1946, s.1129-1151.
- SCHEFOLD** Dietrich :Die Wirkungen einer ausländischen einstweiligen Verfügung auf eine Zahlungsgarantie, die im Inland eingeklagt wird, IPRax 2002, s.535-537, (**Schefold**, einstweilige Verfügung).
- SCHEFOLD** Dietrich :Die rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme von Bankgarantien und das Kollisionsrecht, IPRax 1995, s.118-123, (**Schefold**, rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme).
- SCHELLHAMMER** Kurt :Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen samt BGB Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Heidelberg 2005.
- SCHNAUDER** Franz :Zahlungsversprechen auf erstes Anfordern im System des Schuldrechts, WM 2000, s.2073-2081.
- SCHÖNLE** Herbert :Missbrauch von Akkreditiven und Bankgarantien, SJZ 1983, s.53-61 ve s.73-78.

- SCHRODER** Burkhard :Regress und Rückabwicklung bei der Bankgarantie auf erstes Anfordern, Diss. München 2003.
- SCHULZE** Reiner :Nomos Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Auflage, 2005.
- SCHÜTZE** Rolf A. :Bankgarantien -Unter besonderer Berücksichtigung der Einheitlichen Richtlinien für "auf erstes Anfordern" zahlbare Garantien der internationalen Handelskammer, Internationale Wirtschaftspraxis, Band 4, Bonn 1994, (**Schütze**, Einheitliche Richtlinien).
- SCHÜTZE** Rolf A. :Zur Geltendmachung einer Bankgarantie "auf erstes Anfordern", RIW 1981, s.83-85, (**Schütze**, RIW).
- SCHÜTZE** Rolf A. :Einstweilige Verfügungen und Arreste im internationalen Rechtsverkehr, insbesondere im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme von Bankgarantien, WM 1980, s.1438-1442 (**Schütze**, Einstweilige Verfügungen).
- SCHÜTZE** Rolf A. :Die Sicherung von Ansprüchen aus mißbräuchlicher Inanspruchnahme von Bankgarantien auf erstes Anfordern durch Arrest, DB 1981, s.779-781, (**Schütze**, Arrest).
- SCHÜTZE** Rolf A. :Rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme von Bankgarantien, Internatioale Zuständigkeit, Anwendbares Recht, EWIR 1985, s.95-96, (**Schütze**, Internatioale Zuständigkeit).

- SCHÜTZE Rolf A.:** :Zur Nichtrückgabe von Garantieurkunden nach Erlöschen der Garantieverpflichtung. WM 1982, s.1398-1402, (**Schütze**, Garantieurkunde).
- SCHÜTZE Rolf A.** :Bankgarantie, rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme, einstweilige Verfügung gegen Garantiebank und Begünstigten, EWIR 1989, s.415-416, (**Schütze**, rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme).
- SCHWARZ Andreas B.** :(Çev. **DAVRAN**, Bülent) Borçlar Hukuku Dersleri, C.I, İstanbul 1948 (**Schwarz**, Borçlar Hukuku Dersleri).
- SCHWARZ Andreas B.** :Garantievertrag und Bürgschaft, in Schlegelberger: Rechtvergleichendes Handwörterbuch, Berlin 1931, (**Schwarz**, Garantievertrag).
- SCHWARZ Andreas B.** :(Çev. **DAVRAN**, Bülent) Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1942, (**Schwarz**, Medeni Hukuk).
- SCHWENZER Ingeborg** :Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4.Aufl. Bern 2006.
- SCHWERICKE Jürgen F./REGEL Michael** :Die Rechtsstellung des Auftraggebers bei missbräuchlicher Inanspruchnahme einer Bankgarantie, WM 1991, s.1751-1753.
- SCYBOZ Georges** :Garantievertrag und Bürgschaft, in: Schweizerisches Privatrecht, Obligationenrecht besondere Vertragsverhaeltnisse Art 1–529, Herausgeber von Frank Vischer, Zweiter Halbband, Basel-Stuttgart 1979.

- SEIPEN** Christoph von der :Bereicherungsklage einer Bank nach Ausführung einer nicht geschuldeten Garantieleistung vor italienischen Gerichten -IPR und Sachnormen des Bereicherungsausgleichs, IPRax 1991, s.66-70.
- SEROZAN** Rona :Medeni Hukuk Genel Bölüm, İstanbul 2005, (**Serozan**, Medeni Hukuk).
- SEROZAN** Rona :Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975(**Serozan**, Dönme).
- SEROZAN** Rona :Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C.III, İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul 2006, (**Serozan**, İfa Engelleri).
- SİRMEN** Lâle :Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.
- SOMUNCUOĞLU** Ünal :Banka Teminat Mektuplarına İlişkin Bazı Davalarda Aktif Husumet, İstanbul Barosu Dergisi 1977, S.1-2-3, s.64-67.
- SPAINI** Bruno :Die Bankgarantie und ihre Erscheinungsformen bei Bauarbeiten, Diss. Freiburg, Dietikon 2000.
- STADLER** Astrid :Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage, München 2004.
- STAMMLER** Rudolf :Der Garantievertrag, Archiv für die civilistische Privatrecht 69/19, 1866.
- STEINER** Philip :Rechtsfragen der Bankgarantie mit besonderer Berücksichtigung der Einwendungen und der Rückabwicklung wegen Rechtsmißbrauch, Salzburg 2002.

- STOCKMAYER** Albrecht :Zur unzulässigen Rechtsausübung bei Zahlung auf eine missbräuchlich angeforderte Bankgarantie AG 1980, s.326-335.
- STREULE** Markus :Bankgarantie und Bankbürgschaft, Zürich 1987.
- STUMPF** Herbert :Einheitliche Richtlinien für Vertragsgarantien (Bankgarantien) der Internationalen Handelskammer, RIW/AWD 1979, s.1-4.
- STUMPF** Herbert :Recht und Rechtsprechung bei Bankgarantien in der Bundesrepublik Deutschland, RIW 1982, s.306 vd.
- STUMPF** Herbert / **ULLRICH** Claus :Bankgarantien (Vertragsgarantien), 5. überarbeitete Auflage, Frankfurt 1987.
- ŞEKER** Nezi̇h :Dürüstlük Kuralı Ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Bursa Barosu Dergisi 1987/30, s.9-22.
- TANDOĞAN** Haluk :Borçlar Hukuku-Özel Borç İlişkileri, C.II, Ankara 1987,(**Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II).
- TANDOĞAN** Haluk :Garanti Mukavelesi(Mahiyeti ve Benzeri Muamelelerden Tefriki) Ankara 1959, (**Tandoğan**, Garanti Mukavelesi).
- TEKİNALP** Ünal :Banka Hukukunun Esasları, C.I, İstanbul 1988.
- TEKİNALP** Ünal :Bankanın Fona Devredilmesi Sisteminin Eleştirisi ve Öneriler, Bankacılık Sorunları Sempozyumu I, Kasım 2004, s.275-284, (**Tekinalp**, Bankacılık)

- TEKİNALP Ünal** :Bir Bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na Devri ve Hukuki Sonuçları, Bankacılık Dergisi, Haziran 2003, S.45, s.81-101, (**Tekinalp**, Fona Devir).
- TEKİNAY Selahattin Sulhi** :Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul 1992.
- TEKİNAY Selahattin Sulhi /AKMAN Sermet /BURCUOĞLU Haluk /ALTOP Atilla** :Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- TEOMAN Ömer** :Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu VI (28-29 Nisan 1995), Ankara 1995, s.107-144.
- THIETZ-BARTRAM Jochim** :Die Bankgarantie im italienischen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Berlin 1989.
- TOPÇUOĞLU Hamide** :Kanuna Karşı Hile, İzmir 1950.
- TOUR Peter/ SCHNYDER Bernhard/ SCHMID Jörg** :Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage Zürich 2002.
- TROST Ulrich** :Bankgarantien im Außenhandel die "einheitlichen Richtlinien für Vertragsgarantien" der Internat. Handelskammer von 1978, Seggebruch1982, (**Trost**, Bankgarantien).
- TROST Ulrich** :Inanspruchnahme der Erfüllungsgarantie "auf erstes Anfordern", indirekte/ Schädigung, vorsätzliche sittenwidrige, EWIR 1985, s.161-162, (**Trost**, EWIR).
- TURAN Gamze** :Garanti Ve Kefalet Sözleşmeleri Arasındaki Farklar Ve Banka Kredi Kartı Sözleşmelerindeki

- Şahsi Teminatın Niteliği, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.66, Eylül-Ekim 2006, s.27-50.
- TURANBOY Asuman** :Bankacılar İçin Banka Hukuku Bilgisi, Ankara 2000.
- TURANBOY Kürşat Nuri** :İbra Sözleşmesi, Ankara 1998.
- TÜRK Hikmet Sami** :Ticaret Ortaklıklarının Birleşmesi, Ankara 1986.
- ULUTAŞ Ahmet** :Banka Teminat Mektubu Ve Akreditifte Geçici Himaye Tedbirleri, http://www.yayin.adalet.gov.tr/dergi/27_sayi.htm.
- UMAR Bilge** :Hukuk Başlangıcı, İzmir 1997.
- UMUR Ziya** :Roma Hukuku Lügatı, İstanbul 1975.
- UYAR Talih** :Yargıtay Kararlarında “Dürüstlük (Objektif İyiniyet) Kuralı (MK.2/I) ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı (MK.2/II)”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s.439-465.
- ÜSTÜNDAĞ Saim** :İhtiyati Tedbirler, Geçici Hukuki Himaye(Koruma) Önlemleri, İstanbul 1981.
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet** :Medeni Hukuk Umumi Esasları, İstanbul 1948, (Velidedeoğlu, Umumi Esaslar).
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet** :“Hakkın Suiistimali” Mefhumunun Nazariyat ve Tatbikattaki Durumu ve Benzeri Mefhumlarla Münasebeti, İstanbul Barosu Dergisi 1951/1, S.12, s.3-27, (Velidedeoğlu, Hakkın Suiistimali).
- VELİDEDEOĞLU Hıfzı Veldet** :Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması (Objektif Hüsnüniyet ve Hakkın Suistimali), Adliye Dergisi

1959, S.II, s.113-140, (**Velidedeoğlu**, Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması).

- VOGEL** Oscar :Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz, Bern 1992.
- Von BERNSTORFF** Christoph G.:Rechtsprobleme US-amerikanischer Bankgarantien, RIW 1987, s.257-261, (**Von Bernstorff**, RIW).
- Von BERNSTORFF** Christoph G.:Bankgarantien im Außenhandel, Kreditwesen 1988, s.990-996, (**Von Bernstorff**, Bankgarantien).
- Von CAEMMERER** Ernst :Bankgarantien im Außenhandel. Festschrift Für Otto Riese, Karlsruhe 1964, s.295-307.
- Von METTENHEIM** Heinrich :Die missbräuchliche Inanspruchnahme bedingungsloser Bankgarantien, RIW/AWD 1981, s.581-588.
- Von TUHR** Andreas / **PETER** Hans :Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3 A., Zürich 1979.
- Von TUHR** Andreas/ **ESCHER** Arnold :Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, 3. Aufl., Zürich 1974.
- Von WESTPHALEN** Graf :Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 3.Auflage, Heidelberg 2005, (**Von Westphalen**, Bankgarantie).
- Von WESTPHALEN** Graf :Ausgewählte Fragen zur Interpretation der Einheitlichen Richtlinien für auf Anfordern zahlbare Garantien, RIW 1992, 961-965(**Von Westphalen**, der Einheitlichen Richtlinien).

- WEBER** Hansjörg :Kreditsicherheiten, Recht der Sicherungsgeschäfte, 7. Neubearbeitete Auflage, München 2002.
- WEBER** Von Rolf H. :Berner Kommentar Band VI, 1. Abteilung, 6. Teilband. Allgemeine Bestimmungen. Artikel 110-113 OR., Bern 2002.
- WEIMAR** Wilhelm :Bürgschaft, Schuldübernahme, Garantievertrag, Stuttgart 1979.
- WERNER** Stefan. :Schuldrechtliche Interzessionen nach deutschem, englischem und US-Amerikanischem Recht unter besonderer Berücksichtigung des Rechts der Staaten California, Illinois und New York, Stuttgart 1998.
- WETH** Stephan :Bürgschaft und Garantie auf erstes Anfordern, AcP 189 (1989), s.303-341.
- WOLFGANG** Freiherr Marschall :Dokumentakkreditive und Bankgarantien im internationalen Zahlungsverkehr, Horn/v.Marschall/Rosenberg/Pavicevic, Frankfurt 1977.
- YAVUZ** Cevdet :Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı İstanbul 1996.
- YILDIRIM** Zeren :Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti ve Hacizlerinin Caiz Olup Olmadığı Meselesi, Ankara Barosu Dergisi 1966, s.869-871.
- YILMAZ** Ejder :Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Ankara 2001, (Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye).

- YILMAZ** Ejder :Hukuk Sözlüğü, Ankara 1996, (**Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü).
- ZAHN** Johannes :Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, ZIP 1985, s.1295-1296, (**Zahn**, Missbrauch).
- ZAHN** Johannes / **EHRlich** Dietmar/ **NEUMANN** Kerstin :Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel, Stuttgart-Frankfurt 2001.
- ZAHN** Johannes C.D. :Anmerkungen zu einigen Kontroversen im Bereich der Akkreditive und Bankgarantien. Festschrift für Klemens Pleyer. 1986, s.153-172. (**Zahn**, Bankgarantie)
- ZELLER** Ernst :Treu und Glauben und Rechtsmissbrauchsverbot, Prinzipiengehalt und Konkretisierung von Art.2 ZGB, Zürich 1981.
- ZEVKLİLER** Aydın :Medeni Hukuk Giriş Ve Başlangıç Hükümleri; Kişiler Hukuku ve Aile Hukuku, Ankara 2000.
- ZEVKLİLER** Aydın/ **HAVUTÇU** Ayşe :Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 9. Baskı, İzmir 2007.
- ZOBL** Dieter :Die Bankgarantie im schweizerischen Recht, Personensicherheiten- Berner Bankrechtstag 1997, Bern 1997; s.23-53.

GİRİŞ

I-GENEL OLARAK

“Banka Garantisinde Savunma İmkânları ve İhtiyati Tedbirler” adını taşıyan bu doktora tez çalışmasında, banka tarafından verilen bir garantinin, garanti alan tarafından haksız şekilde ödenmesinin talep edilmesi halinde, itiraz ve def’ilerin ileri sürülmesi veya mahkmeden ihtiyati tedbir kararı alınması suretiyle bu haksız taleplere engel olunması incelenecektir.

Globalleşen dünyada ticaret hayatında belli bir standarda ulaşmış müteşebbislerin, kendi ülkelerine olduğu kadar, ülke sınırlarının dışında da yatırım yapmaları ve büyük projeler üstlenmeleri sıradan bir faaliyet halini almıştır. Müteşebbislerin, taahhüt ettikleri edimlerinin zamanında ve istenilen kalitede yerine getirilmesinin sağlanması, taahhütlerinin güvence altına alınması ihtiyacını doğurmaktadır.

Büyük ölçekli müteşebbislerin olduğu kadar küçük çaptaki müteşebbislerin de, edimlerini zamanında ve istenilen kalitede yerine getirmelerinin sağlanması, edimlerini yerine getirmeme veya istenilen standartta ifa etmeme durumunda uğranılan kayıpların telafi edilmesinin hızlandırılması, kayıplara uğraması muhtemel olan tarafın bir teminata olan ihtiyacını arttırmaktadır. Dolayısıyla üçüncü bir kişi ve özellikle bankalar tarafından faaliyetlerinin sonucunun başarılı olacağı veya başarılı olunamaması durumunda meydana gelen kayıpların telafi edileceği taahhüt edilmiş olan müteşebbisler, ticaret hayatında daha kolay hareket olanağı bulabilmektedir. Bu durum, teminat amacı güden sözleşme tiplerinden olan banka garantisinin işlevini ve önemini de arttırmaktadır.

Banka garantisi, garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturmaktadır. Türk Borçlar Kanunu her sözleşme tipini düzenlememiş, bunun yerine sözleşme özgürlüğü prensibini kabul etmiştir. Garanti sözleşmesi ve bu arada banka garantileri ile ilgili de özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla unsur ve özellikleri kanunda açıkça tayin edilmeyen, fakat uygulaması çok geniş olan garanti sözleşmesi ve banka

garantisi konusunda bilimsel çalışmalar yapılması, uygulamada ortaya çıkan sorunlara ışık tutması açısından yararlı olacaktır.

Garanti sözleşmesi, ilk defa bilimsel çalışmaya konu olduğu 1866 yılından buyana gerek ülkemizde gerekse diğer ülkelerde birçok bilimsel esere konu olmuştur¹. Garanti sözleşmesinin günümüzdeki en önemli uygulama alanını banka garantileri oluşturmaktadır. Banka garantileri, Almanya, İsviçre ve Avusturya’da birçok bilimsel çalışmaya konu olmuştur. Türkiye’de de “Garanti Sözleşmesi”, “Banka Teminat Mektupları” ve “Banka Garantileri” adı ile çeşitli çalışmalar yapılmıştır². Bu çalışmalarda garanti sözleşmesi, banka teminat mektupları ve banka garantileri genel bir şekilde ele alınmakta ve bunların uygulanmasından doğan çeşitli sorunlar incelemektedir. Bu nedenle, garanti sözleşmesi ve banka garantisi bakımından özel bir nitelik arz eden haksız ödeme talepleri karşısında bankanın ileri sürebileceği veya ileri sürmesi gereken savunma imkânları ve bu haksız ödeme taleplerine edimi garanti edilenin nasıl engel olabileceği gibi sorunların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi ve özel bir çalışmaya konu edilmesinin doktrin ve uygulama açısından faydalı olacağı düşüncesindeyim.

Banka garantileri bakımından uygulamada karşılaşılan sorunların en önemlilerden birini, Türk Medeni Kanunu’nun 2. maddesinde düzenlenen “dürüstlük kuralı” ve “hakkın kötüye kullanılması yasağı”nın ihlal edilmesi suretiyle garanti alanın ödeme talebinde bulunması oluşturmaktadır. Haksız ödeme talebinde bulunulması halinde, buna engel olunması gerekmektedir. Bu da banka tarafından def’i ve itirazların ileri sürülmesi ile mümkün olmaktadır. Bu nedenle banka tarafından ileri sürülebilecek veya ileri sürülmesi gereken def’i ve itirazların ayrıntılı bir şekilde incelenmesi gerekmektedir.

Banka garantilerinde, haksız ödeme talebinde bulunulmasına rağmen banka tarafından ödeme yapılması halinde, bu ödemenin en büyük riskini, edimi garanti edilen taşımaktadır. Zira ödeme yapan banka, arasındaki sözleşme ilişkisine veya

¹ Garanti sözleşmesi ilk defa 1866 yılında Almanya’da yayımladığı “Garanti Sözleşmesi” isimli eseri ile *Rudolf Stammler* tarafından incelenmiştir.

² Bkz. **Tandoğan** Haluk, Garanti Mukavelesi(Mahiyeti ve Benzeri Muamelelerden Tefriki) Ankara 1959; **Reisoğlu** Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara 1963; **Kahyaoglu** Emin Cem, Banka Garantileri, İstanbul 1995.

kontrgarantiye dayanarak edimi garanti edilene başvurmaktadır. İşte bu şekilde haksız ödemeler sonucunda risklerle karşı karşıya olan edimi garanti edilenin, bu haksız ödeme taleplerine engel olması ve ödeme yapılmasının risklerini ortadan kaldırması gerekmektedir. Bu da ancak mahkemenin “ihtiyati tedbir” kararı alınması ile mümkün olmaktadır.

II-KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE İNCELEME PLANI

Garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturan ve uygulamada en sık karşılaşılan türü olan banka garanti sözleşmesi hem banka hukuku açısından hem de borçlar hukuku açısından özellikler taşımaktadır. Biz banka garantisini, bir sözleşme ilişkisi olması ve şahsi teminatların bir türünü oluşturması yönleriyle ele alacağız ve dolayısıyla banka garantisini borçlar hukuku açısından inceleyeceğiz.

Banka garantilerinde üçlü köşeli bir ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkide garanti veren durumundaki banka, garanti alan ve edimi garanti edilen olarak adlandırılan kişiler yer alır. Çalışmanın konusunu ve sınırını da bu ilişkilerde ortaya çıkan en önemli sorunlardan biri olan, garanti alanın haksız ödeme talepleri karşısında bankanın ileri sürebileceği veya edimi garanti edilen ile olan ilişkisinden dolayı ileri sürmesi gereken def'i ve itirazları ile edimi garanti edilenin, bu haksız ödeme talebine ve bankanın ödeme yapmasına engel olmak için başvuracağı yol olan ihtiyati tedbirler olacaktır

Çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır.

Çalışmamızın ilk bölümünde genel olarak banka garantileri, garanti sözleşmesinin kurulması ve garanti alanın ödeme talebi ele alınacaktır. Burada öncelikle banka garantisini kavramı tanımlanarak, garanti ilişkisinin tarafları ve edimi garanti edilen ile olan ilişkileri, banka garantisinin çeşitleri, amacı, hukuki niteliği ve benzer kurumlardan farkları incelenmeye çalışılacaktır. Garanti sözleşmesinin ve banka garantisinin henüz kanuni düzenlemelere konu olmaması ve mahkeme içtihatları ve doktrin yoluyla geliştirilmiş olması, garantinin tanımlanması ve hukuki niteliğinin belirlenmesi noktalarında birçok sorunu da beraberinde getirmektedir.

Zira banka garantisi kavramı ve hukuki niteliği konusunda doktrindeki görüş ayrılıkları halen varlığını sürdürmektedir. Biz de çalışmamızda konunun daha iyi anlaşılması açısından ve banka garantisinin sınırlarını belirlemek amacıyla banka garantisi kavramını, çeşitlerini, hukuki niteliği ve diğer hukuki kurumlardan farkını ortaya koymaya çalışacağız.

İlk bölümde ayrıca banka garanti sözleşmesinin kurulması ve garanti alanın ödeme talebinde bulunması incelenecektir. Çalışmanın bu kısmında banka garanti sözleşmesinin kurulması ve garanti alanın ödeme talebinde bulunması ile ödeme talebinde bulunulmasının banka garanti sözleşmesi ve karşılık ilişkisi bakımından doğurduğu hukuki sonuçlar ele alınacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünü, banka garantisinde savunma imkânları oluşturmaktadır. Bu bölümde öncelikle hukukumuz bakımından savunma imkânlarını oluşturan def'i ve itiraz kavramları ile bunların ileri sürülmesi ve doğurduğu hukuki sonuçlar ele alınacaktır. İkinci olarak banka garantisinde savunma imkânları genel bir şekilde ele alınarak; ileri sürülemeyecek ve ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar belirlenecek; ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar bağlamında bankanın, garanti sözleşmesinden doğan savunma imkânları inceleme konusu yapılacaktır.

İkinci bölümde ayrıca garanti bedelinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edilmesi durumu ele alınacaktır. Burada ilk önce hakkın kötüye kullanılması yasağı ve hakkın kötüye kullanılmasının genel olarak sonuçları ile kanunlarda özel olarak düzenlenen sonuçları ele alınacak; daha sonra da garanti bedelinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödemesinin talep edilmesinin şartları, uygulamadaki başlıca görünümleri ve sonuçları ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. İkinci bölümde son olarak garanti bedelinin garantinin amacına aykırı bir şekilde talep edildiği savunması incelenecektir Burada da somut olayda banka garantisinin amacının nasıl belirleneceği, garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması halleri ve bunların ispatlanması ile amaca aykırı ödeme talebinde bulunulmasının hukuki sonuçları ele alınacaktır. Ayrıca garanti bedelinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edildiği savunması ile garanti bedelinin garantinin amacına aykırı bir şekilde talep edildiği savunması arasındaki farklar da ortaya konulacaktır.

Üçüncü bölümde banka garantisinde ihtiyati tedbirler konusu ele alınacaktır. Burada öncelikle genel olarak ihtiyati tedbir kavramı, ihtiyati tedbir talebi ve talebin karara bağlanması ile ihtiyati tedbir kararının yerine getirilmesi incelenecektir.

İkinci olarak banka garantisi bakımından ihtiyati tedbirin önemi ve geçerliliği incelendikten sonra, banka garantisinde ihtiyati tedbirin uygulanması ele alınacaktır. Bu bağlamda da ihtiyati tedbir ile garanti verene ödeme yasağı konulması ve garanti altına talep yasağı konulması incelenerek, ihtiyati tedbirin doğrudan ve dolaylı banka garantisi çeşitleri bakımından uygulanması ele alınacaktır. Son olarak da banka garantisi bakımından ihtiyati tedbirin kalkması ve değiştirilmesi ile ihtiyati tedbir kararına uymamanın sonuçları, haksız ihtiyati tedbirden dolayı sorumluluk ve ihtiyati tedbir kararı verilemeyecek durumlar incelenecektir.

Çalışmamız, inceleme konumuza ilişkin vardığımız belli başlı sonuçların yer alacağı sonuç bölümü ile tamamlanacaktır.

I. BÖLÜM

BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİ ve GARANTİ ALANIN ÖDEME TALEBİ

Ş1. GENEL OLARAK BANKA GARANTİSİ

I-BANKA GARANTİSİ KAVRAMI ve GARANTİ SÖZLEŞMESİ, BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLE İLİŞKİSİ

A-Genel Olarak

Uluslararası ticari ilişkilerin gelişmesi ile birlikte ticari hayatta geniş bir uygulama alanı bulan ve bilimsel nitelikteki birçok çalışmaya konu olan garanti sözleşmesinin ve banka garantisinin kökenini, Roma hukukunda Stipulatio³ şeklinde ve “Promissio indemnitis” adı altında yapılan hukuki muameleler oluşturmaktadır⁴. Promissio indemnitis, herhangi bir muameleden görülmesi muhtemel olan bir zararın tazmin edileceğine dair başka bir kimsenin yaptığı taahhüt şeklinde tanımlanmaktadır⁵. Roma hukukunda bu duruma, bir annenin, çocuğun mallarının idaresinde görevli olan vasisine, bu malları idare etmekten doğabilecek zararı ödeme vaadinde bulunması örnek olarak verilebilir.

Modern anlamda garanti sözleşmesi ise, 18. yüzyılda faiz ve temettü garantileri şeklinde ilk olarak Fransa’da ortaya çıkmıştır. Bu garantilerde, bir şirketin hisselerini alacak kimseler, doğrudan doğruya veya ortaklığa belli bir temettü garanti edilmek suretiyle bu payları almaya sevk edilmektedir. Böylece şirketin, faizleri ödemede temerrüde düşmesi veya iflası önlenmektedir⁶. Fransa’da ortaya çıkan faiz ve temettü garantileri zamanla Avrupa ülkelerine yayılmıştır. 18. yüzyılın sonlarında Almanya’da da görülmeye başlayan bu faiz ve temettü garantilerinin hukuki niteliğini ilk defa araştıran Rudolf Stammler 1866 yılında yayımladığı “Garanti

³ **Stipulatio**, Sözlü biçime uyruk, tek yanlı, dar hukuk davaları doğuran sözleşme. Bkz. **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, s.742. **Stipulatio** şeklinde kurulan garanti sözleşmeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Demuth**, s.14 vd.

⁴ **Weber H.**, s.122.

⁵ Bkz. **Umur**, s.169.

⁶ **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.39.

Sözleşmesi” isimli eserinde, bu sözleşmenin, kefaletten farklı, bağımsız ve kanunda düzenlenmeyen bir sözleşme çeşidi olduğunu ortaya koymaktadır⁷. Alman Medeni Kanunu’nun (BGB) hazırlandığı aşamada garanti sözleşmesinin kanunda düzenlenmesi tartışılmış ve garanti sözleşmesinin bütün teminat sözleşmelerini içine alacak nitelikte geniş olduğu, bu yüzden de düzenlenmesinin mümkün olmadığı sonucuna varılmış, sonuç olarak da BGB’de düzenlenmemesi kararlaştırılmıştır⁸. *Stammler*’in hukuki niteliğini ortaya koyduğu faiz ve temettü garantileri, teşviki veya yöneltmeyi amaçlayan garantiler, yani saf garantiler olarak nitelendirilmektedir. Doktrin, tarihi gelişim içerisinde saf garantilere, kefalet benzeri, yani teminatı amaçlayan garantileri de eklemek suretiyle garantinin uygulama alanını genişletmiştir⁹.

Garanti sözleşmesi Türk, Alman, İsviçre ve Avusturya gibi ulusal hukuklarda pozitif düzenlemelere doğrudan konu olmadığı gibi uluslararası ticari ilişkilerde büyük rol oynamasına karşın uluslararası nitelikte ve bağlayıcı bir düzenlemeye de konu olmamıştır. Buna karşılık bu konuya ilişkin olarak Milletlerarası Ticaret Odasının(MTO) iki düzenlemesi bulunmaktadır. Bunlardan birincisi 1978 yılında yürürlüğe giren MTO’nun 325 No’lu “Sözleşmeden Doğan Garantilere İlişkin Birörnek Kuralları”dır¹⁰. Bu kurullarla getirilen hükümler, bankacılık uygulamasına ters düştüğü için, geniş bir uygulama alanı bulmamıştır. Bunun üzerine MTO geçerli bankacılık teamüllerini de dikkate alarak 1992 yılında 458 No’lu “Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kuralları”¹¹ kabul etmiştir¹². Bir de Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından 11.12.1995 tarihinde yayınlanan “Bağımsız Garantilere ve Stand-by Letters of Credit’e İlişkin

⁷ *Stammler*, s.1.

⁸ *Demuth*, s.79-80; *Reisoğlu*, Garanti Mukavelesi, s.37.

⁹ *Kahyaoğlu*, s.5-6. Garanti sözleşmesinin tarihi gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. *Demuth*, s.64 vd.

¹⁰ MTO’nun 325 No’lu “Sözleşmeden Doğan Garantilere İlişkin Birörnek Kuralları” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Trost*, Bankgarantien, , s.12 vd.; *Stumpf*, Einheitliche Richtlinien, s.1 vd.

¹¹ MTO’nun 428 No’lu “Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kuralları” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. *Hasse*, s.1985 vd.

¹² *Arkan*, Teminat Mektubu, s.67.

Konvansiyon” bulunmaktadır¹³. Buradaki düzenlemeler, garanti sözleşmesinin ve banka garantisinin tarafları için, ancak tarafların açıkça kabul etmesi halinde bağlayıcı nitelik taşırlar. Bu nedenle bizde çalışmamızda yeri geldikçe bu kurallara atıfta bulunmak suretiyle değerlendirmelerde bulunacağız.

B-Banka Garantisi Kavramının Garanti Sözleşmesi ve Banka Teminat Mektubu İle İlişkisi

Garanti kelimesi günlük hayatta çok sık ve farklı anlamlarda kullanılmakla beraber garanti sözleşmesi, diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukuku’nda da, pozitif düzenlemelere doğrudan konu olmamıştır. Garanti sözleşmesi niteliği taşıyan banka garantisi ve banka teminat mektubu aynı amaca yönelik olmakla birlikte ortaya çıkış şekilleri bakımından farklılık arz etmektedir. Aşağıda garanti sözleşmesini kısaca inceledikten sonra garanti sözleşmesi ile banka teminat mektubu ve banka garantisi arasındaki ilişkiyi ortaya koymaya çalışacağız.

Garanti sözleşmesi modern anlamda ilk defa Fransa ve Almanya’da ortaya çıkmıştır. Garanti sözleşmesine ilişkin ilk tanım *Stammler* tarafından yapılmıştır. *Stammler’e* göre garanti sözleşmesi, “bir kimsenin, başkasının kazanç elde etmeye yönelik teşebbüsünü teşvik ve yönlendirme ve bu teşebbüsten doğacak rizikoyu kısmen veya tamamen üstlenerek himaye ettiği” bir sözleşmedir¹⁴. Görüldüğü üzere *Stammler* bu tanımında garanti sözleşmesinin yöneltmeyi amaçlamasını vurgulamaktadır. Dolayısıyla burada “saf garanti sözleşmesi” tanımlanmaktadır. Oysa günümüzde “saf garanti sözleşmesi”nin yanı sıra garanti sözleşmelerinin önemli bir kısmını “teminatı amaçlayan garanti sözleşmeleri” oluşturmaktadır.

Teminatı amaçlayan garantileri kapsamayan bir tanımın, günümüzdeki garanti uygulamaları dikkate alındığında yetersiz kalacağı açıktır. Dolayısıyla garanti sözleşmesine ilişkin hem “saf garanti sözleşmesi” hem de “teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi”nin her ikisini de içine alacak şekilde geniş ve yerinde bir tanım

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Heidbüchel**, s.74 vd.; **Markus**, s.7 vd.

¹⁴ **Stammler**, s.1.

yapma ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Buna göre doktrinde garanti sözleşmesi, “garanti alanın belli bir davranışa girişmesinden veya kendisiyle borç ilişkisine giriştiği bir üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesinden doğan zarar tehlikesini, garanti verenin bağımsız bir taahhülle üzerine aldığı bir sözleşme” olarak tanımlamaktadır¹⁵. Bu tanımdan hareketle doktrinde, garanti sözleşmesinin üç unsurunun bulunduğu kabul edilmektedir¹⁶.

Garanti sözleşmesinin ilk unsuru, garanti alanı belirli bir hareket tarzına yönelmektir. Garanti alanın hareket tarzı, ticari işletme kurmak, bir şirketin hisselerini satın almak veya üçüncü bir kişi ile sözleşme yapmak şeklinde olumlu bir eylem şeklinde olabileceği gibi, bir davranıştan kaçınma şeklinde olumsuz bir eylem de olabilir¹⁷.

Garanti sözleşmesinin ikinci unsuru, garanti alanın bu hareket tarzından doğacak tehlikenin üstlenilmesidir. Garanti veren, garanti alanı belirli bir hareket tarzına yönelmek ve özellikle de onun alacaklı olarak borç ilişkisine girmesini teminat altına almak için, bu hareket tarzından veya borç ilişkisinden doğabilecek tehlikeleri karşılamayı taahhüt etmektedir¹⁸.

Garanti sözleşmesinin üçüncü unsurunu ise, bağımsız bir yükümlülük altına girme oluşturur. Bağımsızlık, garanti verenin yükümlülüğünün, başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, devamına, dava ve takip edilebilir olmasına bağlı olmaması anlamına gelmektedir¹⁹. Bu unsurların yanı sıra garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilmesi nedeniyle “ivaz”ın garanti sözleşmesinin bir unsuru olmadığı doktrinde kabul edilmektedir²⁰.

¹⁵ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.809; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.60; Ayrıca tanımlama konusunda bkz. **Reusser**, s.61; **Dudenhause**n, s.12 vd.; **Horn**, Garantien, s.2-3; **Schwarz**, Garantievertrag, s.593 vd.; **Boetius**, s.15-16; **Weber H.**, s.122; **Priester**, s.50; **Demuth**, s.1-2; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.9.

¹⁶ Bkz. **Yavuz**, s.822–823; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.809–815; **Doğan**, s.39–43; **Reisoğlu**, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s.340 vd.

¹⁷ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.809–810; **Yavuz**, s.822; **Doğan**, s.39.

¹⁸ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.811; **Doğan**, s.39-40.

¹⁹ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.812; **Doğan**, s.42.

²⁰ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.815–816; **Doğan**, s.43–44; **Reisoğlu**, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s.340–343. Bankacılık uygulamasında, edimi garanti edilen üçüncü kişi ile garanti

Banka garantisi, garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturmaktadır. Burada garanti veren durumda banka yer almaktadır. Dolayısıyla banka garantisi, taraflarından birini bankanın oluşturduğu bir garanti sözleşmesinden başka bir şey değildir. Banka garanti sözleşmesi, garanti veren durumundaki banka ile garanti alan arasında yapılan ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²¹.

Banka teminat mektubu ise, Türk Hukukunda ortaya çıkmış ve geliştirilmiş bir teminat çeşididir. “Teminat mektubu” kavramı ilk olarak, Devlet ve Kamu kuruluşlarınca yapılan arttırma, eksiltme ve ihalelere verilecek teminatları düzenleyen 12.03.1927 tarih ve 1025 sayılı Kanunun²² 1. maddesinin verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu tarafından çıkarılan 08.01.1928 tarih ve 6048 sayılı Kararnamede kullanılmıştır. Başlangıçta resmi yerlere verilecek şekilde düzenlenen banka teminat mektubu, süreç içerisinde geniş bir uygulama alanı bulmuş ve bankalar tarafından özel kişilere verilecek teminatlarda da kullanılmaya başlanmıştır²³.

Banka teminat mektubunun kefalet sözleşmesi mi, yoksa garanti sözleşmesi mi olduğu konusundaki tartışmalar uzun yıllar devam etmiştir²⁴. Banka teminat mektubunda kullanılan “kefil” kelimesi kefalet sözleşmesi olarak nitelendirilmeye, “ilk iş’arımızda” ibaresi ise garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmeye yol açmıştır. Yargıtay’ın her iki yönde de kararları bulunmakla birlikte 13.12.1967 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’nda Yargıtay, taşıma sözleşmesi nedeniyle verilen bir banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi olduğuna hükmetmiştir²⁵. Daha sonra 11.06.1969 tarihli bir İçtihadı Birleştirme Kararı’nda da Yargıtay, banka teminat

veren banka arasında yapılan sözleşmede banka tarafından belirli bir komisyon talep edilmekle birlikte bu komisyon garanti sözleşmesinin diğer tarafı olan garanti alandan tahsil edilmediğinden ve garanti sözleşmesi ile ilgili olmadığından garanti sözleşmesinin ivazsız olması sonucuna etki etmeyecektir.

²¹ Banka garantisinin tanımı ve özellikleri aşağıda incelenecektir. Bkz. I. Bölüm, § 1, I, C.

²² Hükümetle Efrad Arasında Teati Olunacak Mukavelename ve Şartnameler Hakkında Kanun.

²³ Banka teminat mektupları ve tarihi gelişimi konusunda geniş bilgi için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.21 vd.; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.10 vd.

²⁴ Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği ve görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Ara**, Banka Teminat Mektupları, s.131 vd.; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.29 vd.; **Doğan**, s.29 vd.; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.26 vd.

²⁵ YİBK 13.12.1967 tarih ve E.1966/16 K.1967/7 sayılı karar için bkz. Resmi Gazete 5.4.1968, N.12867.

mektubunun garanti sözleşmesi niteliği taşıdığını teyit etmiştir²⁶. Böylece tarihi gelişim içerisinde Türk hukuku bakımından garanti sözleşmesinin ilk ortaya çıkış şeklini oluşturan banka teminat mektupları günümüzde de geniş bir uygulama alanı bulmaktadır²⁷.

Sonuç olarak banka teminat mektubunun, garanti sözleşmesi niteliğinde olduğu ve dolayısıyla garanti sözleşmesinin bir çeşidini oluşturduğu söylenebilir²⁸. Dolayısıyla inceleme konumuzu oluşturan savunma imkânları ve ihtiyati tedbirler hakkında yapılacak açıklama ve değerlendirmeler, garanti sözleşmesi ve banka garantisi bakımından olduğu kadar banka teminat mektupları bakımından da aynen geçerli olacaktır. Türk hukukunda geniş bir uygulama alanı bulan banka teminat mektuplarının çok büyük bir oranı “ilk talepte” ödeme kaydını içermektedir. “İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler ise, garanti sözleşmesi ve banka garantisinin en yaygın kullanılan şeklini oluşturmaktadır²⁹. Bu nedenle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerin Türk hukuku bakımından özel bir öneme haiz olduğunu söylemek mümkündür³⁰.

C-Banka Garantisinin Tanımı

Banka garantisi doktrinde, “bankanın, müşterisinin istemi üzerine, müşterisi ile herhangi bir hukuki ilişkiye girme durumunda bulunan üçüncü kişiye, müşterisinin bu ilişkiden doğan borcunu yerine getirmemesi veya -herhangi bir edimin ifa edilmemesi ile alakası olmadan- sadece korkulan bir olayın vukuu halinde

²⁶ YİBK 11.06.1969 tarih ve E.1969/4 K.1969/6 sayılı kararı için bkz. Resmi Gazete 3.10.1969, N.13317.

²⁷ **Tekinalp**, s. 376.

²⁸ **Tekinalp**, s. 375–376.

²⁹ Garanti çeşitleri ve bu bağlamda da “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler, aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Bkz. I. Bölüm, § 1, III, D.

³⁰ Amerikan hukukunda uygulama alanı bulan garanti çeşidi, “Stand-by Letters of Credit” dir. Stand-by Letters of Credit’in hukuki niteliği ve banka garantisi ile karşılaştırılması için bkz. **Buch**, s.21 vd.; **Von Bernstorff**, RIW, s.260-261; İngiliz hukukunda ise garanti çeşidi olarak, “Contract of suretyship”, “Contract of indemnity” ve “Letter of comfort” uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Berensmann**, s.115 vd.; **Werner**, s.7 vd.. Bahreyn, Irak, Yemen, Kuveyt ve Umman gibi arap ülkelerindeki banka garantisinin uygulanması ve bu ülkelerdeki kanuni düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Krüger**, s.6 vd.

belirli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı garanti etmesi“ şeklinde tanımlanmıştır³¹. Banka garantisine ilişkin doktrindeki diğer bir tanımlama ise, “önceden belli olmayan ve garanti alan tarafından arzu edilmeyen bir olayın gerçekleşmesi, özellikle de üçüncü kişinin garanti alana borçlandığı edimi yerine getirmemesi halinde, bir bankanın belirli bir miktardaki parayı sözleşmenin diğer tarafı olan garanti alana ödemeyi borç olarak yükümlendiği tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme” şeklindedir³².

Garanti sözleşmesi ve banka garantisine ilişkin tanımlamalar göz önünde bulundurulduğunda, banka garantisini, “garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine bankanın, belli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi taahhüt ettiği bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme” şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu tanımlamada öne çıkan hususlar, garanti konusu olay ve garantinin bağımsızlığıdır.

Garanti konusu olay, önceden belli olmayan ve gerçekleşmesi garanti alan tarafından arzu edilmeyen bir durumun gerçekleşmesi, özellikle de bankanın müşterisi durumundaki edimi garanti edilenin, garanti alana borçlandığı edimi zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmemesidir³³.

Garanti veren bankanın borcu, bağımsız (fer’i olmayan) nitelikte bir borçtur³⁴. Asli ve bağımsız bir borç olma özelliği taşıması, garanti sözleşmesi ve banka garantisini, asıl borca bağımlı ve fer’i nitelik taşıyan kefaletten ayırmaktadır. Bağımsızlık, garanti veren bankanın garanti alana karşı yükümlendiği borcun varlığının ve geçerliliğinin, diğer herhangi bir borç ilişkisine bağlı olmaması ve ondan etkilenmemesi anlamındadır³⁵. Bunun sonucu olarak, temel borç ilişkisinden

³¹ **Tekinalp**, s. 372.

³² **Büsser**, s.24.

³³ Bu konuda değerlendirmeler ve çeşitli ayırımlar için bkz. **Büsser**, s.219 vd.;

³⁴ Bkz. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.754; **Kleiner**, Bankgarantie, s.7-8; **Dohm**, s.57; **Rieder/Rieder**, s.112; **Demuth**, s.2; **Büsser**, s.154 vd.; **Bülow**, s.506; **Hasse**, s.1986; **Oehlmann**, s.7-8; **Eberl**, s.17; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.155; **Roesle**, s.3; **Hadding/Häuser/Welter**, s.702; **Lepach**, s.124; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.493; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.19 vd.; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.812 vd.

³⁵ Garanti sözleşmesinin bağımsızlık unsuru konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.812 vd.; **Mastropaolo**, s.1997; **Tekinalp**, s.376; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.54; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.61; **Kaya**, İlk Yazılı Talepte Ödeme, s.219 vd. UNCITRAL tarafından

tamamen bağımsız bir borç altına giren garanti veren bankanın, edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel ilişkinin borçluya tanımış olduğu savunma imkânlarından yararlanması, kural olarak mümkün değildir³⁶.

Garanti sözleşmesi ve banka garantisi, temel ilişkiden bağımsız olmasına rağmen soyut borç taahhüdü niteliğinde değildir³⁷. Zira garanti sözleşmesi ve banka garantisi, edimi garanti edilenin, garanti alana karşı yükümlendiği bir borcun, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunu teminat altına almaktadır. Dolayısıyla garanti, teminat sebebinden soyut bir işlem olmayıp, teminat amacı(*Sicherungszweck*) noktasında sebebe bağlı, yani başka bir işlemin garantisi niteliği taşımaktadır³⁸. Bu durum, adi garantilerde geçerli olduğu kadar “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından da aynen geçerlidir.

yayınlanan Konvansiyon’un 3. maddesinde ifadesini bulan bağımsızlıkta, garanti verenin borcunun fer’i nitelikte olmadığına işaret etmektedir. Bkz. **Heidbüchel**, s.87-88; **Lienesch**, Bankgarantie, s.60-61; **Markus**, s.21-22.

³⁶ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.52; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.61.

³⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, banka teminat mektuplarının ve dolayısıyla da banka garantilerinin kıymetli evrak olmadığına ve mücerret borç taahhüdü oluşturmadığına hükmetmiştir. Kararda Yargıtay şu şekilde hüküm vermiştir; “...Banka teminat mektupları bir kıymetli evrak olmadığı gibi mücerret bir borç taahhüdü de değildir. Daima ileride doğabilecek bir rizikoyu ihtiva eder...”. YHGK. 28.02.1990 tarih ve E.1990/6-1 K: 1990/141 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. Bir başka kararında Yargıtay “soyutluk” kavramını açıklamaktadır; “...Bankalar verdikleri teminat mektupları ile garanti sözleşmesi yapmış olurlar. Garanti sözleşmesinin asıl borç ilişkisinden bağımsız olması sebebiyle, garanti verenin asıl borç ilişkisinde doğan def’ileri ileri sürmesi mümkün değildir. Ayrıca, garanti sözleşmesine konulacak olan şartların geçerliği, bunların sözleşmenin bağımsızlık özelliğini zedelememesine bağlıdır. ... Türk hukukunda, bir kimsenin teminat sağlamak amacıyla (soyut-mücerret) olarak borcun edası için sorumlu olmayı üstlenen sözleşmelere, garanti sözleşmesi adı verilmektedir. Bankalar, böyle bir sözleşmeyi teminat veya kontrgaranti mektupları vermek suretiyle yapmakta ve sorumluluk altına girmektedirler. Garanti ile lehdar veya garanti alan ile onun teminat verdiği kimse arasındaki ilişkiden etkilenemez. Bunun için de, garanti verenler, yani bankalar, ilk istemde garanti miktarını ödeyeceğine ve asıl kayıtlarla, istenen garantiyi sağlamaktadırlar. Ancak, garanti sözleşmesine, az önce değinilen ilkeler ve özellikle bağımsızlık ilkesi ortadan kaldırılmaksızın, garanti sözleşmesi bazı usulü kuralları bağlanabilir. Eğer, böyle usulü kurallar söz konusu ise, bağımsızlık ilkesini zedelememelidir”. Yarg. 11. HD. 14.09.1995 T ve E. 1995/3754, K.1995/6288 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr Kararı değerlendiren Reisoğlu, Yargıtay’ın, “soyut-mücerret” kavramını, “bağımsız” anlamında kullandığını, aynı paragrafta tekrar bağımsızlık ilkesinden söz ettiğini belirtmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.52. Gerçekten de kararın tamamı incelendiğinde, Yargıtay’ın garantinin fer’i olmadığını vurgulamak için bağımsızlık unsuruna vurgu yaptığı ve soyutluğu da bağımsızlık anlamında değerlendirdiği anlaşılmaktadır.

³⁸ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.763-764; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.53-54; **Büsser**, s.128; Garantinin bağımsızlığı ve soyutluğu konusundaki tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. **Kleiner**, Bankgarantie, s.163 vd.; **Dohm**, s.66-67; **Büsser**, s.207 vd.; **Kaya**, İlk Yazılı Talepte Ödeme, s.219 vd.

Garanti bedelinin ödenmesi ancak garanti konusu olayın gerçekleşmesi halinde mümkündür. Nitekim banka garantisinin giriş bölümünde garanti konusu olayın belirlenmesi amacıyla, garanti alan ile edimi garanti edilen arasındaki temel ilişkiye atıfta bulunulmakta ve garanti alanın ödeme talebinde bulunması, garanti konusu olayın gerçekleşmesi şartına bağlanmaktadır. Bu tür bir atıf, garantinin bağımsızlığı prensibine zarar vermemekte, aksine garanti veren bankanın soyut bir borç altına girmediğine delil teşkil emektedir. Buna göre garanti metnine dayanarak ödeme talebinde bulunacak garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleştiğini ispat etmesi veya en azından (“ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından) garanti konusu olayın gerçekleşmiş olduğunu iddia etmesi(*bloße Behauptung*) gerekir³⁹. Bu noktada garantinin bağımsızlığının, garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleştiğini ispat yükü altında bulunup bulunmaması veya bankanın garanti konusu olayın gerçekleştiğini incelemeye yetkili olup olmaması ile de karıştırılmaması gerekir⁴⁰. “İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde banka, garanti konusu olayın gerçekleştiğini ispat etmesini garanti alandan isteyemeyeceği gibi, bu konuda kendisinin de inceleme yapma yetkisi yoktur. Garanti bedelinin ödenmesi için, garanti alanın, zımnen de olsa garanti konusu olayın gerçekleştiğine ilişkin beyanını içeren ödeme talebi, yeterli olacaktır. Buna karşılık “ilk talepte” ödeme kaydını içermeyen garantilerde, ödeme talebinde bulunan garanti alan, garanti konusu olayın gerçekleştiğini ispat etmek zorunda olduğu gibi, kendisinden ödeme talebinde bulunulan banka da garanti konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemek zorundadır.

II-BANKA GARANTİSİ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI ve TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Banka garantisi, banka ile garanti alan arasında kurulan bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin kuruluşu, bankacılık uygulamasında özellik taşımaktadır. Zira

³⁹ **Einsele**, s.466; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.54; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.62.

⁴⁰ **Tekinalp**, s.373.

sözleşmeyi banka ve garanti alan müzakere ederek kurmamaktadır⁴¹. Burada edimi garanti edilen, sözleşmenin kurulmasına aracılık etmektedir. Şöyle ki; öncelikle edimi garanti edilen ile garanti alan arasında, banka garantisi açısından temel ilişki şeklinde nitelendirilen, bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkide taraflar, birbirlerini yeterince tanımadıkları ve bu ilişkiden doğan edimleri zamanında ve gereği gibi yerine getirip getirmeyecekleri konusunda birbirlerine güvenemedikleri için kendilerini karşılıklı olarak güvence altına almak istemektedirler. Bu nedenle temel ilişkinin alacaklısı durumunda olan garanti alan, temel ilişkinin borçlusunu durumunda olan edimi garanti edilenden edimini zamanında ve gereği gibi yerine getirmediği takdirde oluşabilecek kayıpları karşılamak üzere bir banka garantisi sağlamasını talep etmektedir. Bu talep üzerine edimi garanti edilen, bankadan kendisine bir garanti “verilmesini”, yani edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumunda, sözleşmenin karşı tarafının uğrayacağı kayıpları karşılamak üzere temel ilişkinin alacaklısı ile bir banka garanti sözleşmesi kurmasını istemektedir⁴². Böylece banka, edimi garanti edilenin talimatları çerçevesinde hazırladığı banka garantisini garanti alana sunmaktadır. Hazırlanan bu metin doktrinde icap olarak nitelendirilmektedir⁴³. Bankacılık uygulamasında edimi garanti edilen, hazırlanan bu metni bankadan almakta ve garanti alana vermektedir. Garanti alanın “kabulü” sonucunda banka ile garanti alan arasında banka garanti sözleşmesi kurulmuş olmaktadır.

Banka garantisi, bağımsız nitelikte bir sözleşmedir. Bu, banka garanti sözleşmesinin varlığının diğer herhangi bir sözleşmenin varlığına ve geçerliliğine bağlı olmaması anlamına gelir. Kural bu şekilde olmakla birlikte banka garanti sözleşmesi en azından diğer iki hukuki ilişki ile bağlantı içerisinde bulunmaktadır. Bunlar “temel ilişki” ve “karşılık ilişkisi”dir.

“Temel ilişki”⁴⁴, teminat altına alınan edimin alacaklısı ile borçlusunu, yani edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki ilişkidir. Banka garantisi ile bu temel

⁴¹ Akyol, Banka Sözleşmeleri, s.177.

⁴² Doğan, s.91.

⁴³ Akyol, Banka Sözleşmeleri, s.180; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s.99; Kahyaoğlu, s.45.

⁴⁴ Almanca “Grund-Valutaverhältnis” olarak adlandırılır.

ilişkiden doğan borç, örneğin bir inşaatın zamanında tamamlanıp teslim edileceği veya kullanılan kredinin zamanında ödeneceği teminat altına alınmaktadır. Banka ile edimi garanti edilen kişi arasındaki ilişki de “karşılık ilişkisi”⁴⁵ olarak nitelendirilmektedir.

Bu açıklamalardan sonra banka garanti sözleşmesinin, edimi garanti edilen, garanti alan ve bankanın katıldığı üçlü ilişkinin bir bölümünü oluşturduğu söylenebilir. Buna karşılık uluslararası niteliğe sahip banka garantilerinde garanti veren bankanın yanı sıra ikinci bir bankanın ilişkiye katılması ile dörtlü bir ilişki ortaya çıkmaktadır. Aşağıda öncelikle banka(garanti veren), garanti alan ve edimi garanti edilen hakkında açıklamalar yaptıktan sonra, banka ile garanti alan arasındaki ilişki (garanti sözleşmesi), garanti alan ile edimi garanti edilen arasındaki ilişki (temel ilişki) ve garanti veren ile edimi garanti edilen arasındaki ilişkinin (karşılık ilişkisi) banka garantisi bakımından taşıdığı özellikler açıklanacaktır.

A-Banka Garantisi İlişkinin Tarafları

Banka garantisi, taraflarını garanti veren olarak banka ve garanti alanın oluşturduğu bir sözleşmedir. Bu sözleşme ilişkinin tarafı olmamakla birlikte sözleşmenin kurulmasını sağlayan edimi garanti edilen de banka garantisi bakımından önem taşımaktadır.

1-Banka (Garanti Veren)

Banka, yani garanti veren⁴⁶, banka garanti sözleşmesinin borçlu tarafını oluşturmaktadır. Garanti sözleşmesine ilişkin kanuni bir düzenleme bulunmadığından, garanti sözleşmesi yapabilme ehliyeti, sözleşme yapabilme ehliyetine ilişkin hükümlere tabidir. Bu nedenle sözleşme yapma ehliyetine sahip olan gerçek veya tüzel kişiler garanti sözleşmesinde garanti veren sıfatını taşıyabilir.

⁴⁵ Almanca “Deckungsverhältnis” olarak adlandırılır.

⁴⁶ Garanti vereni ifade etmek için Almanca “Garant” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Hasse**, s.1986.

Buna karşılık banka garanti sözleşmesinde, ancak bir banka, garanti veren sıfatını taşır⁴⁷. Bir bankanın garanti sözleşmesi yapabilme ehliyeti Bankalar Kanunu'nda buna ilişkin aranan şartların yerine getirilmesine bağlıdır. Zira banka garantisinin verilmesi, edimi garanti edilen açısından bir “gayrinakdi kredi”⁴⁸ işlemi oluşturmakta ve Bankalar Kanunu'nda yer alan kredilerle ilgili sınırlamaların burada da uygulanması gerekmektedir⁴⁹.

2-Garanti Alan(Lehtar)

Garanti alan (lehtar)⁵⁰ hem temel ilişkinin hem de garanti sözleşmesinin tarafıdır. Garanti alan, her iki ilişki bakımından da alacaklı durumundadır.

⁴⁷ Bankaların faaliyet konuları 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m.4'de bent halinde sayılmıştır. Faaliyet konularından birini de “c” bendinde belirtilen “Nakdî, gayrinakdî her cins ve surette kredi verme işlemleri” oluşturmaktadır. Banka ise, mevduat bankaları, katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade etmektedir(m.3). Mevduat bankası, bankacılık kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleridir. Katılım bankası, bankacılık kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleridir. Kalkınma ve yatırım bankası ise bankacılık kanuna göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleridir.

⁴⁸ Bankacılıkta kredi işlemleri, genel olarak nakdi kredi ve gayrinakdi kredi olmak üzere ikiye ayrılır. Nakdi kredi, faiz ve komisyon veya sadece faiz karşılığında ödünç para verilmesi şeklinde kullanılan kredileri ifade etmektedir. Buna karşılık gayri nakdi kredi, ödünç para verilmesi söz konusu olmaksızın, bankanın itibarını ortaya koyması, aynı zamanda üçüncü şahıslara karşı borcun ödenmemesi veya yüklenilen işin yapılmaması halinde belli bir miktar paranın ödeneceğine ilişkin garantiyi ifade eder. Gayrinakdi krediler, Bankacılık Kanunu m.48'de “...teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler...” şeklinde ifade edilmek suretiyle belirtilmiştir. Nakdi ve gayrinakdi kredi ayrımı ve bu kredilerden doğan hukuki sorunlar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Turanboy A.**, s.58; **Kostakoğlu**, s. 104 vd.

⁴⁹ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.85. Kredi ile ilgili sınırlamalar Bankacılık Kanunu m.54 vd. hükümlerinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

⁵⁰ “Lehtar” kelimesi farklı anlamlarda kullanılabilir. Bazen kendisine garanti verilen, yani garantiden yararlanan anlamında, bazen de temel ilişkinin borçlusunu ifade etmek için kullanılmaktadır. Bkz: **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.25. Türk hukukunda banka teminat mektubu ve banka garantilerine ilişkin çalışmalarda lehtar kavramı, daha çok, temel ilişkinin borçlusunu ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır. Bu da banka hukukuna ilişkin kurullarla gerekelendirilmektedir. Buna göre banka, garanti vermek suretiyle, müşterisine bir gayri nakdi kredi açmakta ve böylece müşterisini, “kredinin lehtarı” durumuna getirmektedir. Bu yüzden krediden yararlanan kişi anlamında “lehtar” kavramı, banka garanti ilişkisi bakımından da kullanılmaktadır. Bkz: **Kahyaoğlu**, s.23; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.90-94; **Doğan**, s.95; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.167. Ancak bu kullanım üçlü ilişkiler bakımından ters bir durum arz etmektedir. Zira üçlü ilişkilerde lehtar, ödeme talebinde bulunacak kişiyi ifade etmek için kullanılır. Nitekim garanti alanı ifade etmek için

Banka garantisinden doğan garanti bedelinin alacaklısı garanti alan olduğu için, garanti alanın tereddüde yer bırakmayacak şekilde tespit edilmesi gerekir. Uygulamada bazı durumlarda banka, garanti alanı belirlemeksizin edimi garanti edilenin bir işlemi için garanti vermekte ve garanti metnini edimi garanti edilene teslim etmektedir. Burada garanti alanı belirleme yetkisinin banka tarafından edimi garanti edilene bırakıldığı ve edimi garanti edilenin de bankanın temsilcisi sıfatıyla hareket etmek suretiyle garanti alanı belirleyebileceği kabul edilmektedir⁵¹.

Edimi garanti edilenin talimatı üzerine banka tarafından garanti alana hitaben hazırlanan metin, garanti sözleşmesinin kurulması sonucunu doğurmaz. Bu metin, hukuki niteliği itibarıyla icap niteliği taşır ve garanti alan tarafından kabul edilmesi ile garanti sözleşmesi kurulmuş olur. Banka garantisi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde olduğu için, garanti alanın, garanti verene karşı herhangi bir mükellefiyeti bulunmamaktadır.

3-Edimi Garanti Edilen

Edimi garanti edilen, banka garantisinin tarafı olmamakla birlikte, teminatın konusunu oluşturan temel ilişkideki sözleşme konusu edimin borçlusu ve aynı zamanda banka ile olan karşılık ilişkisinin tarafını oluşturur⁵². Edimi garanti edilen, bankadan kendi edimini gereği gibi ifa edeceğine dair teminat vermesini ve garanti alan ile garanti ilişkisine girmesini istemektedir. Böylece edimi garanti edilen, banka ile garanti alan arasındaki ilişkinin kurulmasını başlatmaktadır.

Almanca'da kullanılan "Begünstigter" kavramının Türkçe karşılığı da lehtardır. Dolayısıyla "lehtar" kelimesi, garanti ilişkisinden yararlanan, garanti sözleşmesinin tarafını oluşturan ve şartlar oluştuğunda ödeme talebinde bulunacak kişiyi ifade etmek için kullanılmalıdır. Biz de çalışmamızda, Alman ve İsviçre hukukundaki kullanıma uygun olarak garanti sözleşmesinin tarafını oluşturan ve garantiden yararlanan kişiyi ifade etmek için "garanti alan" ve "lehtar" kelimelerini kullanmayı tercih edeceğiz.

⁵¹ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.165–166; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.91–92.

⁵² Türk hukukunda banka teminat mektubu ve banka garantilerine ilişkin çalışmalarda, temel ilişkinin borçlusunu ifade etmek için "lehtar" kelimesi kullanılmaktadır. Bkz: **Kahyaoglu**, s.23; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.94; **Doğan**, s.95; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.167. Edimi garanti edilen için Almanca garanti talimatı veren anlamında "Garantieauftraggeber" kavramı kullanılmaktadır. Biz de çalışmamızda karışıklığa neden olmamak amacıyla, temel ilişkinin borçlusunu ifade etmek için "lehtar" yerine "edimi garanti edilen" ifadesini kullanmayı tercih edeceğiz.

Edimi garanti edilen, gerçek kişi olabileceği gibi özel hukuk tüzel kişisi veya kamu tüzel kişisi de olabilir⁵³.

Edimi garanti edilen, önceleri “kontrgarant” olarak da adlandırılmaktaydı. Zira eski Bankalar Kanunu’na göre bir kimse bankadan sadece kendisinin „edimi garanti edilen“ olarak gösterildiği bir garanti talebinde bulunabiliyordu. Böylece garanti talebinde bulunan kişi, bankaya karşı garantiyi de sunması gerektiğinden bu kişi, aynı zamanda kontrgaranti⁵⁴ veren durumunda oluyordu. Ancak yeni Bankacılık Kanunu’na göre banka, kredi müşterisinin talimatı ile üçüncü bir kişi lehine de garanti verebildiğinden, kontrgaranti veren, edimi garanti edilen olabileceği gibi üçüncü kişi lehine garanti verilmesini isteyen kişi de olabilir⁵⁵. Edimi garanti edilenin aynı zamanda kontrgarant olması durumunda, garanti alana ödeme yapan banka, yapmış olduğu ödeme oranında edimi garanti edilene başvurabilir. Bu durumda banka, kontrgarantiye dayanabileceği gibi aralarındaki sözleşme ilişkisine de dayanabilecektir⁵⁶.

Edimi garanti edilen, bir kişi olabileceği gibi, birden fazla kişi de olabilir⁵⁷. Yani banka garantisi ile bir kişinin edimi teminat altına alınabileceği gibi birden fazla kişinin edimi de teminat altına alınabilir. Uygulamada bu durumun en sık karşılaşılan örneğini, adi ortaklığın ediminin garanti edilmesi oluşturur.

⁵³ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.166; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.95.

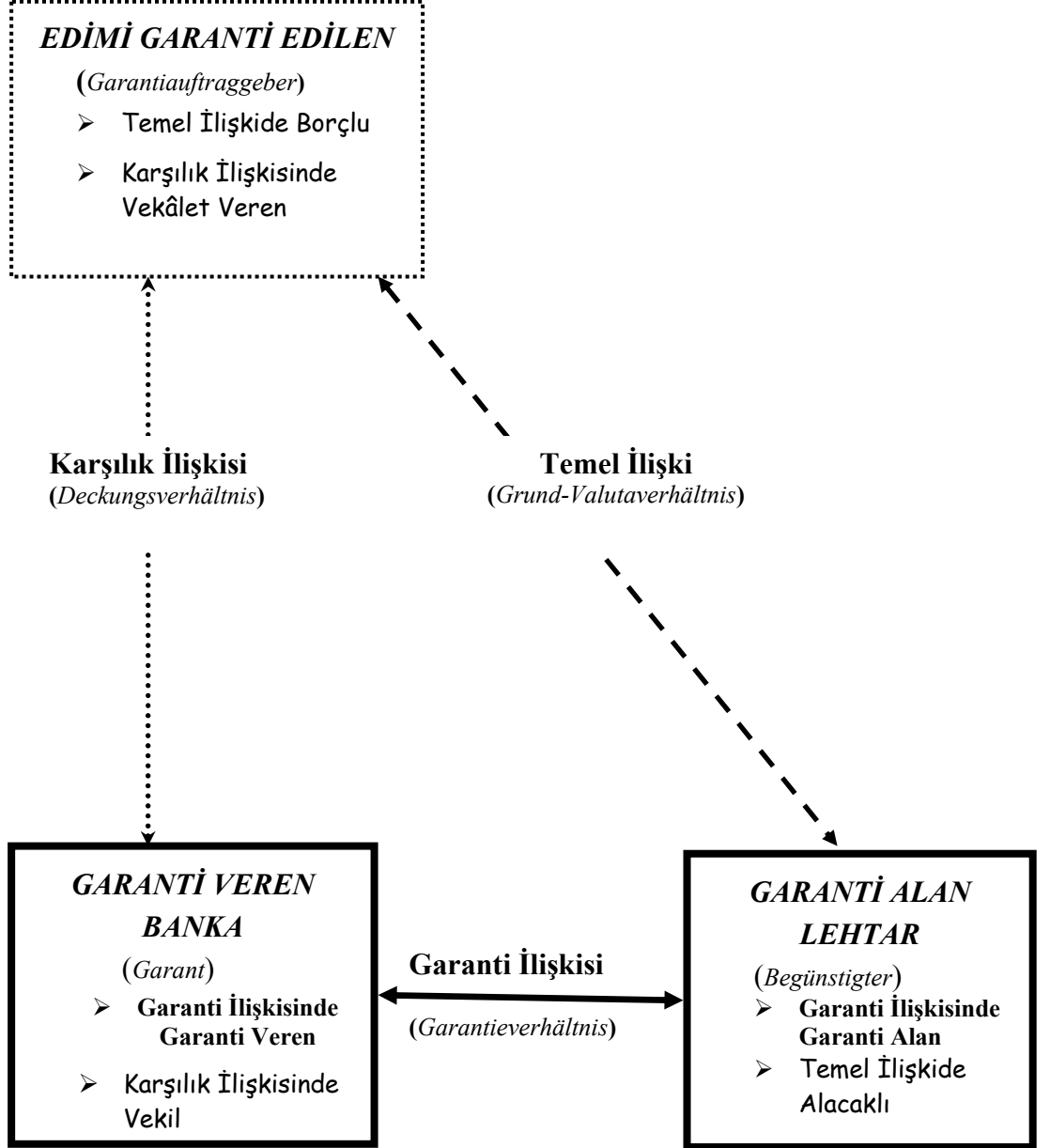
⁵⁴ Kontrgaranti: Karşı teminat, bir kimse lehine verilen teminat nedeniyle, ondan(lehine teminat verilen kişiden), teminat verenin aldığı garanti şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **Yılmaz**, Hukuk Sözlüğü, s.481.

⁵⁵ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.94.

⁵⁶ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.95; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.166.

⁵⁷ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.168; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.98.

**BANKA GARANTİSİ İLİŞKİSİNİN TARAFLARI VE
TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER**



B-Taraflar Arasındaki İlişkiler

1-Banka İle Garanti Alan Arasındaki İlişki

Banka ile garanti alan arasındaki hukuki ilişki, garanti sözleşmesidir. Bu ilişkide garanti alan, alacaklı; banka ise, borçlu durumdadır. Taraflar arasındaki bu sözleşme ilişkisinin kurulması, sona ermesi ve diğer özellikleri aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir⁵⁸.

2-Garanti Alan İle Edimi Garanti Edilen Arasındaki İlişki

Garanti alan ile edimi garanti edilen arasındaki hukuki ilişki temel ilişki⁵⁹ olarak nitelendirilir⁶⁰. Temel ilişkide garanti alan alacaklı, edimi garanti edilen ise borçlu durumdadır.

Temel ilişki çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bunlar arasında özellikle satım, istisna, ürün kiralaması, finansal kiralama ve kredi sözleşmeleri gibi sözleşmeler yer alır.

Temel ilişkinin kamusal nitelik taşıması da mümkündür. Hazineye karşı bir ödeme yükümünü içeren bir garanti⁶¹ veya gümrük garantileri kamusal nitelik arz etmektedir. Bunun yanı sıra Yargılama Hukuku'nda dava masraflarına, ihtiyati tedbire ve ihtiyati hacze ilişkin istenen garantiler de temel ilişkiyi oluşturabilir. Kamusal nitelik taşıyan bu tür garantiler ya kanunda veya buna ilişkin bir düzenleyici işlemlerde öngörülür⁶².

⁵⁸ Bkz. I. Bölüm, § 2, I.

⁵⁹ Garanti alan ile edimi garanti edilen arasındaki hukuki ilişkiyi nitelendirmek amacıyla Almandada çoğunlukla "Valutaverhältnis" kavramı kullanılmakla birlikte, "Kausalverhältnis", "Grundverhältnis" ve "Hauptverhältnis" kavramları da kullanılmaktadır. Bkz. **Büsser**, s.67; **Spain**, s.18; **Zobl**, s.50; **Bülow**, s.506; **Thietz-Bartram**, s.72.

⁶⁰ **Bülow**, s.506; **Kahyaoglu**, s.23; **Doğan**, s.95.

⁶¹ **Tekinalp**, s.370; **Kahyaoglu**, s.24.

⁶² Türk hukukunda bu tür bir düzenlemeye Ulaştırma Bakanlığınca 16.06.1984 tarih ve 18433 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan "Ticari Hava Taşıma İleri Yönetmeliği (SHY-6A)" örnek olarak verilebilir. Yönetmelik m.16'da "Bakanlık, işletmelerinin öngörülen faaliyetlerinin sağlıklı olarak

İstisnai olarak teminat altına alınacak edimin, sözleşme niteliği taşımayan, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme gibi bir hukuki durumdan ortaya çıkması da mümkündür. Bu tür ilişkilerden doğacak alacaklar da banka garantisi ile teminat altına alınabilir⁶³.

Temel ilişki şeklinde adlandırılan ve genellikle de sözleşme niteliği taşıyan bu hukuki ilişki, banka garantisi bakımından büyük önem taşımaktadır. Çünkü birinci olarak, banka garantisinin konusunu oluşturan ve bankanın garanti vermek suretiyle teminat altına aldığı edim, temel ilişkinin konusunu oluşturan edimdir. Banka garantisinin tarafları, garanti metninde garanti konusu olayı belirlerken, çoğunlukla sadece temel ilişkiye atıfta bulunmakla yetinirler. Garanti olayının ne olduğu, garanti olayının ne zaman gerçekleşeceği ve garanti alanın garanti bedelini hangi şartlar altında talep edebileceği hususları temel ilişkinin incelenmesi suretiyle belirlenecektir⁶⁴. Bu nedenle temel ilişki, garanti sözleşmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Ancak temel ilişki ve garanti ilişkisi arasındaki bu şekildeki bir yakınlığın garanti sözleşmesinin bağımsız olma niteliğine zarar vermemesi gerektiğini de vurgulamakta fayda vardır.

İkinci olarak, temel ilişkinin borçlusu (edimi garanti edilen) temel ilişkinin alacaklısına (garanti alan) garanti sağlayacağına ilişkin taahhütte bulunur⁶⁵. Edimi garanti edilenin garantinin sağlanmasına ilişkin taahhüdü, temel ilişkiye konulacak bir hükümlerle⁶⁶ düzenlenebileceği gibi, bu taahhüt, ayrı bir sözleşmenin konusunu da oluşturabilir.

kamu yararına yürütebilmesini teminen, teminat ve benzeri diğer ilave mali hususların sağlanmasını talep edebilir. Bu taleplerin karşılanması zorunludur” hükmü getirilmiştir.

⁶³ **Büsser**, s.68; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.95.

⁶⁴ **Zobl**, s.50.

⁶⁵ **Schröder**, s.75 vd.

⁶⁶ Temel ilişkiye konulmak suretiyle yapılacak düzenleme için “garanti şartı” anlamında Almanca’da “Garantieklausel” kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Dohm**, s.71; **Eberl**, s.18; **Pleyer**, s.5; Ancak bu kavram, bankanın garanti metnindeki ödeme vaadini ifade etmek için de kullanıldığından karışıklığa yol açmaktadır. Örneğin **Dohm** aynı kavramı iki farklı anlamda da kullanmaktadır (Bkz. s.52 ve s.71). Bu nedenle bazı yazarlar “Garantieklausel” yerine “garanti sağlanması şartı” anlamında “Garantiebeschaffungsklausel” kavramını kullanmayı tercih etmektedir. Bkz. **Büsser**, s.69; **Liesecke**, s.23; **Weth**, s.309.

Gerek temel ilişkiye konulan bir hükümle gerekse ayrı bir sözleşme yapılmak suretiyle kararlaştırılan edimi garanti edilen tarafından banka garantisi sağlanacağına ilişkin yükümlülüğün, temel ilişkinin tarafları arasındaki sözleşme bakımından edimi garanti edilenin asli bir edim yükümlülüğü olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁶⁷. Zira banka garantisinin işlevi, temel ilişkiden doğan borcun sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesini sağlamaktır. Edimi garanti edilenin bu yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, garanti alan BK. m.96 vd. hükümleri çerçevesinde sözleşmeye aykırılıktan doğan haklarını kullanabilecektir⁶⁸. Dolayısıyla banka garantisinin sağlanmasına ilişkin yükümlülüğün edimi garanti edilen tarafından yerine getirilmemesi halinde garanti alan, bu yükümlülüğün ifasını talep edebileceği gibi, ifa etmemeden dolayı uğradığı zararların tazminini de isteyebilecektir.

Temel ilişkinin tarafları, aralarındaki sözleşmenin geçerliliğini banka garantisinin sağlanması şartına bağlayabilirler⁶⁹. Sözleşmenin bu şekilde şarta bağlandığını, tarafların açıkça kararlaştırmaları gerekir⁷⁰. Taraflarca kararlaştırılan bu şart erteleyici şart olabileceği gibi bozucu şart da olabilir.

Temel ilişkinin taraflarının, yaptıkları sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasını gelecekteki bir olayın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesine bağlamaları halinde erteleyici şart söz konusu olur. Erteleyici şartı oluşturan banka garantisinin sağlanmasına ilişkin yükümlülük, edimi garanti edilen tarafından yerine getirilirse, taraflar arasındaki sözleşme hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır. Erteleyici şartı içeren sözleşmelerde erteleyici şartın gerçekleşmesine kadar hukuki işlem askıda geçerlidir⁷¹.

⁶⁷ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.787; **Büsser**, s.69; **Dohm**, s.72-73; **Thietz-Bartram**, s.72; **Tekinalp**, s.382; **Doğan**, s.130; **Roesle**, s.122. Asli edim yükümlülüğü ve yan edim yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Eren**, s.32 vd.

⁶⁸ **Zobl**, s.50; **Dohm**, s.73; **Büsser**, s.70; **Doğan**, s.131.

⁶⁹ **Doğan**, s.129; **Zobl**, s.50; **Dohm**, s.72.

⁷⁰ **Müller**, s.75; **Dohm**, s.72.

⁷¹ Sözleşmenin askıda olduğu bu dönemde taraflar sözleşmeyle bağlı olmakla birlikte şartın gerçekleşmesinden önce sözleşmeden temel ilişkinin alacaklısı lehine bir alacak hakkı doğmadığı gibi temel ilişkinin borçlusu aleyhine de bir borç doğmaz. Bkz. **Sirmen**, s.130; **Eren**, s.1125-1126; **Kılıçoğlu**, s.574-575; **Oğuzman/Öz**, s.887-888; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.333-334; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.368-369.

Temel ilişkinin tarafları, başlangıçta geçerli bir işlem yapmakla birlikte, kararlaştırdıkları şartın gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi halinde yaptıkları hukuki işlemin ortadan kalkacağını kararlaştırmışlarsa bozucu şart söz konusu olur⁷². Edimi garanti edilen ve garanti alan, aralarındaki sözleşmeyi “banka garantisinin sağlanmaması” bozucu şartına bağlı olarak kurmuşlarsa, bu sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurur. Ancak kararlaştırılan süre içerisinde banka garantisinin sağlanmaması durumunda, temel ilişkiyi oluşturan sözleşme geleceğe etkili olarak ortadan kalkar⁷³.

Özel hukuka veya kamu hukukuna ilişkin bir borcun borçlusu kanun gereğince bir teminat vermeye yükümlü ise, garantinin sağlanmasına ilişkin bir anlaşmanın bulunmasına gerek yoktur. Özel hukuka ilişkin teminatlar, Borçlar Hukuku’nun⁷⁴ yanı sıra Aile Hukuku⁷⁵ ve Miras Hukuku’nda⁷⁶ da bulunmaktadır.

3-Banka İle Edimi Garanti Edilen Arasındaki İlişki

Temel ilişkinin borçlusu durumunda olan edimi garanti edilen, temel ilişkinin alacaklısı durumunda olan garanti alanın talebi üzerine, bankadan edimini zamanında

⁷² Sirmen, s.53–54; Eren, s.1125; Kılıçoğlu, s.571; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.330; Oğuzman/Öz, s.880–881; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.384.

⁷³ Sirmen, s.179; Eren, s.1129; Kılıçoğlu, s.575-576; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.335; Oğuzman/Öz, s.894; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.385; Doğan, s.130.

⁷⁴ Tazminatın irat şeklinde ödenmesine karar verilmesi halinde teminatı öngören **BK.nın 43.maddesi** ve karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmede taraflardan birinin borç ödemekten aczi nedeniyle diğer tarafın hakkının tehlikeye düşmesi halinde teminat isteyebileceğini düzenleyen **BK.nın 83.maddesi** örnek olarak verilebilir.

⁷⁵ Katılma alacağının ve değer artış payının ödenmesine ilişkin borçludan istenecek güvencenin belirtildiği **TMK.nın 239.maddesi**; Eşler arasındaki borçlar bakımından, ödeme yapmak için süre talebinde bulunan eşten güvence istenebileceğini düzenleyen **TMK.nın 270.maddesi**; nafaka yükümlülüklerini sürekli olarak ve ısrarla yerine getirmeyen ana ve babanın kaçma hazırlığı içinde bulunmaları, mallarını gelişigüzel harcamaları veya heba etmeleri halinde hakimin, gelecekteki nafaka yükümlülüklerine ilişkin olarak uygun bir güvencenin sağlanmasına isteyebileceğini düzenleyen **TMK.nın 334.maddesi** örnek olarak verilebilir.

⁷⁶ Art mirasçılıkta, art mirasçıya geçiş anı gösterilmiş ve ön mirasçının ölümünde bu an henüz gelmemişse mirasın, ancak güvence göstermeleri koşuluyla ön mirasçının mirasçılara teslim edileceğini düzenleyen **TMK.nın 522.maddesi**; resmi defter tutulması kendisine bırakılan mirasçının diğer mirasçılara güvence göstermesine ilişkin **TMK.nın 624.maddesi**; resmi tasfiyede miras bırakanın alacaklarının güvence talebine ilişkin **TMK.nın 633.maddesi** ve miras sebebiyle istihkak davasında güvence gösterilmesine ilişkin **TMK.nın 637.maddesi** örnek olarak verilebilir.

ve gereği gibi yerine getirmedeği takdirde oluşabilecek kayıpları telafi etmek üzere temel ilişkinin alacaklısı ile bir banka garanti sözleşmesi kurmasını ister ve tarafların anlaşması ile banka, garanti alanla garanti sözleşmesini akdeder. Banka ile edimi garanti edilen arasındaki bu ilişki doktrinde, “karşılık ilişkisi” olarak adlandırılmaktadır⁷⁷.

Banka ile edimi garanti edilen arasındaki, karşılık ilişkisi şeklinde adlandırılan ilişkinin hukuki niteliği doktrinde tartışmalıdır. Alman hukukunda hâkim olan görüş, karşılık ilişkisinin hukuki niteliğinin BGB. § 675, § 631 vd. anlamında istisna sözleşmesi karakteri taşıyan bir iş görme sözleşmesi olduğu şeklindedir⁷⁸. Bu görüşe göre banka, talepte bulunan edimi garanti edilene karşı sadece bir hizmet edimini değil, aynı zamanda somut bir sonucun gerçekleştirilmesini de borçlanmaktadır⁷⁹. Alman hukukunda istisna sözleşmesinin kabul edilmesinde, vekâlet sözleşmesinin kural olarak ücretsiz olması önemli bir etkidir.

İsviçre hukukunda hâkim olan görüş, karşılık ilişkisinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olduğu şeklindedir⁸⁰.

Türk hukukunda da hâkim olan ve bizimde katıldığımız görüş, banka ile edimi garanti edilen arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁸¹. Bu hukuki nitelendirme çerçevesinde, karşılık ilişkisinde edimi

⁷⁷ **Spaini**, s.18; **Zobl**, s.48; **Büsser**, s.72; **Tekinalp**, s.382; **Doğan**, s.132; **Kahyaoglu**, s.25;

⁷⁸ **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.326; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.750; **Nielsen**, Bankgarantien, s.66; **Hein**, Bankgarantie ‘auf erstes Anfordern’, s.10; **Mülberr**, Neueste Entwicklungen, s.1102; **Liesecke**, s.27; **Horn**, Zahlung auf erstes Anfordern, s.2157. BGB § 611 anlamında karşılık ilişkisinin hukuki niteliğinin “hizmet sözleşmesi” olduğu yönündeki görüş için bkz. **Zahn/Ehrlich/Neuman**, s.380; **Auhagen**, s.72.

⁷⁹ **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.326-327; **Nielsen**, Bankgarantien, s.66; **Hein**, Bankgarantie ‘auf erstes Anfordern’, s.10.

⁸⁰ **Kleiner**, Bankgarantie, s.169; **Zobl**, s.48; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.156; **Büsser**, s.73; **Dohm**, s.75; **Eberl**, s.18; **Spaini**, s.18; **Roesle**, s.118; **Schönle**, s. 57. Bunun sonucu olarak İsviçre hukukunda edimi garanti edilen için „garanti vekaleti veren“ anlamında „Garantieauftraggeber“ kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Zobl**, s.48; **Büsser**, s.73. İtalyan hukukunda da banka ile edimi garanti edilen arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Barillà**, s.209.

⁸¹ **Tekinalp**, s.382-383; **Doğan**, s.134; Doktrinde bir görüş, karşılık ilişkisinin vekâlet olarak nitelendirilmesinin, banka garantisinin bağımsızlığı fikrine aykırı bir tutum oluşturacağı gerekçesiyle, karşılık ilişkisinin atipik bir sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiğini savunmaktadır; Bkz. **Kahyaoglu**, s.26.

garanti edilen vekâlet veren, banka ise vekil durumundadır. Böylece tarafların hak ve yükümlülükleri, vekâlet sözleşmesi hükümleri (BK. m.386 vd.) çerçevesinde ortaya çıkmaktadır.

Karşılık ilişkisinde vekil durumunda olan bankanın ilk ve asli yükümlülüğünü garanti alanla bir garanti sözleşmesi yapması oluşturur. Vekil bankanın bu yükümlülüğü kronolojik bakımdan da ilk sıra da yer almaktadır. İkincil yükümlülüklerin arasında ise garantinin ödenmesi talebinde bulunulması halinde bilgi verme yükümlülüğü, ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin şartların yerine getirilip getirilmediğini inceleme ve kontrol etme yükümlülüğü, ödeme talebine ilişkin şartların oluşmaması halinde def'i ve itirazları ileri sürme ve ödeme talebine ilişkin şartların yerine getirilmesi halinde de garanti bedelini ödeme yükümlülüğü sayılabilir. Bu yükümlülükler, sözleşmede açıkça kararlaştırılmış olmasa da, vekilin, sadakat ve özen ile müvekkilinin menfaatine iş yapma yükümlülüğünün bir sonucu olarak da ortaya çıkar⁸².

Bankanın ilk ve asli yükümlülüğünü oluşturan garanti alanla garanti sözleşmesi yapma yükümlülüğü, vekâlet sözleşmesinin kurulması ile ortaya çıkar. Buna karşın diğer yükümlülükler vekâletten doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi suretiyle garanti sözleşmesini kurulması ve daha sonra da garanti konusu olayının gerçekleşmesi sonucunda garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde ortaya çıkar⁸³.

Banka, yükümlülüklerini yerine getirirken edimi garanti edilenin talimatlarına uygun, özenli ve sadakatli davranmak zorundadır. Banka, garanti alanla yapacağı garanti sözleşmesini, edimi garanti edilenin kendisine verdiği talimatlara uygun bir şekilde akdetmelidir. Bu sonuç vekilin, müvekkilinin açık talimatına aykırı hareket edemeyeceğini düzenleyen BK m.389/1 hükmünden çıkarılabileceği gibi, garanti

⁸² **Dohm**, s.75 vd.; **Roesle**, s.14; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.326 vd.; **Büsser**, s.73; **Nielsen**, Bankgarantien, s.68; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.787; **Tekinalp**, s.383 vd.; **Kahyaoglu**, s.27 vd.

⁸³ Bu nedenle çalışmamızın bu kısmında bankanın yükümlülükleri arasından sadece garanti alanla garanti yapma yükümlülüğü konusunu inceleyeceğiz. Bankanın diğer yükümlülüklerini ise “Ödeme Talebinde Bulunulmasının Hukuki Sonuçları” başlığı altında inceleyeceğiz. Bkz. I. Bölüm, § 2, II, B.

sözleşmesinde kabul edilen “metne sıkı sıkıya bağlılık ilkesi”nden de çıkmaktadır⁸⁴. Bu ilke uyarınca garanti veren banka, garantinin sağlanmasına ilişkin taahhüdü içeren sözleşmenin metninin lafzı ile bağlıdır. Bu nedenle banka, garanti alanla, edimi garanti edilen tarafından belirlenen şartlardan farklı şartlarla bir garanti sözleşmesi yapamaz. Bu ilke ayrıca, garanti sözleşmesinden doğan borcun ödenmesinde de tarafların takdirine ve yorumuna pek az yer bırakmaktadır. Örneğin garanti sözleşmesinden doğan garanti bedelinin ödenmesi için, sözleşmede kararlaştırılan bir belgenin yine sözleşmede belirlenen yerden alınması kararlaştırılmışsa, bu belgenin belirlenen niteliklere haiz olması metne sıkı sıkıya bağlılık ilkesinin bir sonucudur. Burada amaç, haksız ödeme taleplerine karşı edimi garanti edilenin korunmasıdır⁸⁵.

Uygulamada bazen banka tarafından hazırlanacak garanti metninin içeriğinin örnek niteliğinde de olsa edimi garanti edilen tarafından hazırlanıp bankaya verildiği görülmektedir. Burada edimi garanti edilen, en azından sorumluluk süresi sorumluluk miktarı ve garanti edilen teminat olayının tanımlanması gibi verilecek garantinin temel noktaları hakkında bankaya bilgi vermektedir. Bu şekilde temel noktalar belirlenebileceği gibi, garanti sözleşmesinin ayrıntılı yazılmış bir örneği edimi garanti edilen tarafından hazırlanıp bankaya verilebilir. Her iki durumda da garanti sözleşmesinin asıl ve kesin halini hazırlama yükümlülüğü, bu konuda tecrübesi bulunan bankadadır⁸⁶.

Bankanın garanti sağlama şeklindeki asli ve diğer ikincil yükümlülüklerine karşılık, edimi garanti edilenin de bankaya karşı birtakım yükümlülükleri bulunmaktadır. Edimi garanti edilen, bankanın garanti sağlamasına karşılık, sözleşmede kararlaştırılan ve garanti komisyonu⁸⁷ diye adlandırılan belirli miktardaki

⁸⁴ Bu ilke Almanca “Der Grundsatz der Dokumentenstrengte” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. **Klaas**, s.1098 vd.; **Kleiner**, Bankgarantie, s.159; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.751; **Nielsen**, Bankgarantien, s.30; **Bülow**, s.510-511.

⁸⁵ **Kleiner**, Bankgarantie, s.159; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.751; **Nielsen**, Bankgarantien, s.30; **Tekinalp**, s.383; **Kahyaoglu**, s.27.

⁸⁶ **Büsser**, s.73.

⁸⁷ Komisyon ücreti vekâlet sözleşmesinde “ücret ödeme borcu” şeklinde adlandırılmaktadır. Borçlar Kanunu’nun vekâlete ilişkin hükümlerinde müvekkilin borçlarını düzenleyen BK. m.394’de ücret ödeme borcu konusu düzenlenmemiştir. Bu eksikliğin, Roma hukukundan gelen vekâletin ücret

ücreti bankaya ödemelidir⁸⁸. Bu komisyonun miktarı, bankanın garanti sağlamayı taahhüt etmekle girdiği kredi rizikosuna göre değişmekle beraber, uygulamada genellikle garanti bedelinin binde 1–3’ ü arasında bir miktarda olmaktadır. Dolaylı garantilerde ikinci bankanın devreye girmesi ile ilave masraflar ortaya çıkacağından bu komisyon miktarı doğal olarak artacaktır⁸⁹. Komisyon ödeme borcunun yanı sıra edimi garanti edilenin avans ve masrafları da karşılama yükümlülüğü bulunmaktadır. Garanti alanın, ödeme talebinde bulunması üzerine banka ödeme yaparsa, yapmış olduğu bu ödemeyi edimi garanti edilenden aralarındaki ilişki çerçevesinde talep edebilecektir. Buna göre BK. m. 394 hükmü çerçevesinde edimi garanti edilen, vekâletin gereği gibi ifası amacıyla ödenen garanti bedelinin yanı sıra faizleri ve diğer masrafları bankaya ödemekle yükümlü olacaktır⁹⁰. Bankanın yapmış olduğu masraf ve verdiği avansların edimi garanti edilen tarafından ödenebilmesi için, geçerli bir vekâlet sözleşmesinin bulunması ve bunların, vekâletin usulüne uygun ifası amacıyla yapılması gerekir⁹¹.

Garanti veren durumundaki bankanın, özen borcuna aykırı hareket etmek suretiyle, gerekli inceleme ve kontrol yükümlülüğünü yapmaksızın ve ileri sürmesi gereken def’i ve itirazları ileri sürme yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle ödeme

karşılığında olmayan, bir dostluk ve hatır işi olduğuna ilişkin görüşün etkisinden kaynaklandığı kabul edilmektedir. Ücrete ilişkin düzenleme vekâletin tanımının yapıldığı BK. m. 386/3’de “Mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahak olur” şeklinde yapılmıştır. Bkz. **Aral**, Özel Borç İlişkileri, s.415; **Zevkliler/ Havutçu**, s.336.

⁸⁸ Banka ile edimi garanti edilen arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde –ki biz bu ilişkinin vekâlet olduğunu kabul ediyoruz– edimi garanti edilen, bankaya garanti komisyonunun yanı sıra işin gereği gibi yerine getirilmesi için yapılan giderler ve verilen avansları faizi ile birlikte geri öder(BK. m.394/1). Buna karşılık taraflar arasındaki ilişkinin kredi sözleşmesi olduğunun kabul edilmesi halinde edimi garanti edilenin bankaya, krediyi, faiz komisyon ve diğer giderler ile birlikte ödemesi gerekecektir. Banka ile edimi garanti edilen arasındaki ilişkinin bunlar dışında bir durum olduğunun kabulü halinde somut olayın özelliklerine göre nitelendirme yapılmak suretiyle edimi garanti edilenin yükümlülüklerinin belirlenmesi gerekecektir. Bkz. **Tekinalp**, s.385; **Kahyaoğlu**, s.28.

⁸⁹ **Büsser**, s.75.

⁹⁰ BK. m.394; “Vekilin usulü dairesinde müvekkilünbihi ifa için yaptığı masrafı ve verdiği avansları, müvekkilin, faiziyle beraber vermesi ve vekilin deruhte eylediği borçlardan onu kurtarması lazımdır.

Vekil, vekâleti ifa dolayısıyla uğramış olduğu zarar ve ziyanın tazminini müvekkilinden isteyebilir. Meğerki müvekkil bu hususta kendisinin sun’u taksiri olmadığını ispat eyleye” şeklinde düzenlenmiştir.

⁹¹ Burada kullanılan “usulüne uygun ifa” deyiminin, BK. m.96/1 anlamında vekâletin gereği gibi ifası şeklinde anlaşılması, müvekkilin talimatlarına uygun ve vekâletin ifası için objektif olarak zorunlu olan hususlar şeklinde anlaşılması gerektiği konusunda bkz. **Aral**, Özel Borç İlişkileri, s.416.

yapması halinde, usulüne uygun bir ifade bulunmaması nedeniyle banka, edimi garanti edilenden avans ve masrafları talep etme hakkını kaybedecektir⁹².

Banka garantisinin verilmesi işlemi, edimi garanti edilen açısından bir “gayrinakdi kredi” işlemi niteliği taşımaktadır⁹³. Nitekim 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m.48’de “Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler... izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır” denilmek suretiyle banka garantilerinin bir gayrinakdi kredi olduğu vurgulanmaktadır. Bu kredi, garanti sözleşmesinin kurulması ile açılmaktadır. Kredinin ödenmesi amacıyla banka tarafından, edimi garanti edilenden çeşitli teminatlar göstermesi istenebilir. Bu teminat, taşınmaz rehini şeklinde aynı bir teminat olabileceği gibi kefalet veya garanti taahhüdünde bulunulması gibi şahsi bir teminat da olabilir⁹⁴. Bunların yanı sıra uygulamada edimi garanti edilen, kendisine açılan kredi miktarında nakit parayı bankadaki hesabına bloke de edebilmektedir. Banka, garanti alanın talebi üzerine garanti bedelini ödedikten sonra edimi garanti edilene doğrudan başvurabileceği veya edimi garanti edilen tarafından bloke edilen nakit parayı alabileceği gibi, teminat türüne göre bu teminatın paraya çevrilmesi yoluna da gidebilecektir.

III-BANKA GARANTİSİNİN ÇEŞİTLERİ

A-Genel Olarak

Garanti sözleşmesi ve banka garantisi pozitif düzenlemelere doğrudan konu olmamış, ticari hayatın ihtiyaçlarına göre sözleşme serbestisinin bir ürünü olarak

⁹² **Büsser**, s.75.

⁹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 28.11.1980 tarih E.1978/11–574, K.1980/2510 sayılı kararında bu durum açıkça ifade edilmektedir; “...Bankaların, taahhüt veya borç altına giren üçüncü kişinin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde belli bir miktar parayı ödemeyi garanti eden teminat mektubu vermeleri... bir nevi kredi muamelesidir...” Karar için bkz. YKD. C.VII (1981), S.3, s.277.

⁹⁴ Bankaya gösterilen bu karşı teminat doktrinde “kontrgaranti” olarak adlandırılmaktadır. Edimi garanti edilen adına verilen bu teminat bazen başka bir banka tarafından da verilebilmektedir. Bkz. **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.178.

ortaya çıkmıştır. Bunun sonucunda da taraflar, amaçlarına uygun şekil ve türde garanti ilişkisi kurmaktadır. Bu nedenle uygulamada çok çeşitli garanti türleri görülmektedir. Biz burada doktrinde yapılan ayırımları da dikkate almak suretiyle uygulamada sık olarak karşılaşılan garanti çeşitlerini inceleyeceğiz⁹⁵.

Doktrinde garantiler, garanti edilen rizikonun niteliğine göre, garantinin süresine göre, ödeme talebinin şekli ve şartlarına göre, teminatın konusuna göre ve ikinci bankanın devreye girmesine göre ayırımlara tabi tutulmaktadır⁹⁶. Bu ayırımların yanı sıra garantiler doktrinde, garantinin verildiği yere göre; “ihaleci kuruluşa verilen garantiler”, “yargı organlarına verilen garantiler”, “vergi dairelerine verilen garantiler”, gümrük idarelerine verilen garantiler” şeklinde ayırma tabi tutulduğu görülmektedir. Ayrıca spor toto, milli piyango, tek el bayiliği, lastik, çimento, akaryakıt likit petrol gazı ve acentelik için de garanti talep edilmektedir⁹⁷.

B-Garanti Edilen Rizikonun Niteliğine Göre Yapılan Ayırım

Garanti veren tarafından garanti edilen rizikonun niteliğine göre garantiler, teşviki veya yöneltmeyi amaçlayan garantileri ifade etmek üzere saf garantiler ve teminatı amaçlı garantiler olmak üzere ikiye ayrılır.

1-Yöneltmeyi amaçlayan (saf)garanti

Yöneltmeyi amaçlayan garanti, garanti alanın girişmiş olduğu belli bir iş dolayısıyla önceden belli olmayan ve garanti alan tarafından arzu edilmeyen bir olayın gerçekleşmesi halinde garanti verenin belirli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı taahhüt ettiği garanti türüdür⁹⁸. Bu tür garantilerde üçüncü kişinin

⁹⁵ Banka garantisi çeşitleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Deutschen Bank**, s.7 vd.; **Boetius**, s.3 vd.; **Oehlmann**, s.29 vd; **Lienesch**, Bankgarantie, s.14 vd.; **Stumpf/ Ullrich**, s.5 ve özellikle örnek metinler için s.19 vd.; **Von Bernstorff**, Bankgarantien, s.990 vd.

⁹⁶ **Yavuz**, s.816; **Tekinalp**, s. 374 vd.; **Doğan**, s.61 vd.; **Kahyaoğlu**, s.7 vd.

⁹⁷ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.172; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.147-148.

⁹⁸ **Tekinalp**, s. 374; **Doğan**, s.62.

ediminin taahhüt edilmesi söz konusu değildir⁹⁹. Yöneltmeyi amaçlayan garantilerde garanti veren, belirli bir sözleşme sebebiyle ortaya çıkabilecek kayıpları telafi etmeyi amaçlamamakta, bir kişi veya kurumu belli bir işe yöneltmeyi amaçlamaktadır. Yani bu tür garantilerde asıl amaç, garanti alanı, istenilen davranışa yönelmektir. Zira garanti veren, garanti alanın hareket tarzını etkilemek, onu, istediği bir davranışa yönelmek amacıyla bu davranıştan doğabilecek rizikoları üzerine almaktadır¹⁰⁰.

Yöneltmeyi amaçlayan garantilerde garanti veren, bir kişi veya kurumu belli bir işe yönelmek için, bu kişi veya kurum aleyhine bu işten doğabilecek kayıpları telafi etmeyi veya belli bir oranda kâr edileceğini taahhüt etmektedir. Bu tür garantilere, eczanesi veya hastanesi bulunmayan bir yerleşim yerine eczane açacak veya hastane kuracak kişi ya da kuruluşa belli bir oranda kâr elde edileceğinin, yani zarar edilmesi veya kararlaştırılan miktarın altında kâr elde edilmesi durumunda oluşan farkın garanti veren tarafından ödeneceğinin taahhüt edilmesi örnek olarak verilebilir¹⁰¹. Doktrinde, kâr garantileri, temettü garantileri, çeşitli şirketler tarafından çıkarılan tahvillerin anaparalarının ve faizlerinin vadelerinde ödeneceğine ilişkin bankalar tarafından tahvil alıcılara karşı verilen garantiler ve açığı kapama garantileri bu tür garantilere örnek olarak verilmektedir¹⁰².

Yöneltmeyi amaçlayan garantilerde, garanti alanın ilişki içerisinde bulunduğu üçüncü kişi, garanti alana karşı herhangi bir borç altına girmemektedir. Bu duruma, bir bankanın A'ya, X anonim şirketinin hisse senetlerini satın almasını, şirketin en az %40 kâr dağıtmaması halinde öngörülen meblağı ödeyeceğini garanti etmesi örnek olarak verilebilir. Çünkü A ile X anonim şirketi arasındaki ilişkide X anonim şirketi, A'ya kâr edileceğini borçlanmamaktadır. Anonim şirketlerde kâr elde etmek amaçlanabilir, ancak borçlanılamaz¹⁰³.

⁹⁹ Kahyaoglu, s.23.

¹⁰⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.805–806.

¹⁰¹ Doğan, s.62.

¹⁰² Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.806; Yavuz, s.821.

¹⁰³ Tekinalp, s. 374; Yavuz, s.821.

2-Teminatı amaçlayan (kefalet benzeri) garanti

Teminatı amaçlayan garanti, garanti alanın girdiği bir borç ilişkisinde esas borçlunun borcunu ifa etmemesinden veya böyle bir edimin ifası ile ilgili olmaksızın önceden belli olmayan ve garanti alan tarafından arzu edilmeyen bir olayın gerçekleşmesi nedeniyle oluşan kayıpları telafi etmeyi garanti verenin taahhüt ettiği garanti türüdür. Bu tür garantilerde garanti edilen husus, üçüncü kişiye ait bir yapma veya yapmama edimi olabilir¹⁰⁴. Kefalet sözleşmesine büyük oranda benzerlik göstermesi nedeniyle bu tür garantilere “kefalet benzeri garanti” de denilmektedir¹⁰⁵. Ancak kefalet sözleşmesinde kefilin borcu fer’i nitelikte olmasına karşın, bu tür garantilerde garanti verenin borcu, asıl borçtan bağımsız asli bir nitelik taşımaktadır.

Teminatı amaçlayan garantilerde, garanti alan ile edimi garanti edilen kişi arasında bir borç ilişkisi bulunmaktadır. Garanti veren, bu borç ilişkisinden doğan borcun ifa edilmemesinden doğan kayıpları karşılamayı taahhüt etmektedir. Örneğin, bir bankanın, beş adet uçağı eşit taksitler şeklinde iki yılda ödemek şartı ile satan S firmasına, alıcı A firmasının bu borcunu yerine getirmemesi halinde, belirli bir meblağa kadar ödemeyi taahhüt etmesi teminatı amaçlayan bir garanti oluşturur. Alıcı durumundaki A, bankaya başvurarak, ediminin (para borcunun) garanti edilmesini talep eder. Bunun üzerine banka ile satıcı S arasında garanti sözleşmesi kurulur. Burada banka, tıpkı bir kefil gibi, ancak asıl borçtan bağımsız bir şekilde alıcının borcunu garanti etmektedir¹⁰⁶.

C-Garantinin Süresine Göre Yapılan Ayırım

Garantinin geçerliliğinin belli bir süreye bağlanmış olup olmamasına göre garanti sözleşmesi ve banka garantileri süreli ve süresiz garanti şeklinde ikiye ayrılır. Bu ayırım, zamanaşımı süresinin belirlenmesi ve böylece de garanti verenin sorumluluk süresinin tespiti açısından önem taşımaktadır. Süreli garantilerde, garanti

¹⁰⁴ Tekinalp, s. 374; Kahyaoğlu, s.22.

¹⁰⁵ Bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.804; Tekinalp, s. 374; Doğan, s.62; Kahyaoğlu, s.22-23; Yavuz, s.816.

¹⁰⁶ Tekinalp, s. 374; Yavuz, s.816.

verenin sorumluluğunun ortaya çıkması için, garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi gerekir. Garanti konusu olayın bu süre içinde gerçekleşmemesi halinde, garanti verenin sorumluluğu sona erecektir. Türk hukukunda garanti sözleşmesi, çoğunlukla mektup tarzında düzenlendiği için uygulamada bu tür garantiler “sürelî teminat mektubu” ve “süresiz teminat mektubu” veya “vadeli teminat mektubu” ve “vadesiz teminat mektubu” şeklinde ayırmalara tabi tutulmaktadır¹⁰⁷.

1-Sürelî garanti

Garanti verenin, garanti sözleşmesinde gösterilen belirli bir süre için sorumluluk yüklendiği ve garanti konusu olayın belirlenen bu süre içinde gerçekleşmesi durumunda garanti verenin sorumlu olacağını kararlaştırıldığı garanti türüne sürelî garanti denir¹⁰⁸. Bazı durumlarda garanti konusu olayın gerçekleşmesinin yanı sıra ödeme talebinde bulunulmasının da bu süre içinde yapılmış olması şartı aranır.

Borçlar Kanunu m.110’a eklenen ikinci fıkra ile sürelî ve süresiz garanti ayırımı kanuni dayanağa kavuşmuştur. Bu fıkra hükmü eklenmeden önce sürelî garantiler bakımından garanti verenin sorumlu tutulacağı süreye ilişkin iki farklı görüş bulunmaktaydı. Birinci görüşe göre sürelî garantilerde sürenin sona ermesi ile birlikte garanti geçersiz olacaktır¹⁰⁹. İkinci görüşe göre ise sürelî garantilerde, garanti ile teminat altına alınan olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi şartıyla garanti veren, diğer sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde olduğu gibi garanti konusu alacağın muaccel olmasından itibaren 10 yıl süreyle sorumlu olacaktır¹¹⁰. Yargıtay’ın

¹⁰⁷ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.151 vd.; **Tekinalp**, s.377; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.172-173; **Doğan**, s.82 vd.; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.24; **Kahyaoglu**, s.15.

¹⁰⁸ **Kahyaoglu**, s.15; **Tekinalp**, s. 376-377; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.172; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.153; **Doğan**,s.82; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.24;

¹⁰⁹ **Reisoğlu**, Vadeli Teminat Mektupları, s.749 vd.

¹¹⁰ YHGK. 26.1.1974 T. ve E.1974/1585- K:1974/76 sayılı karar için bkz. İlmi ve Kazai İçtihatlar Dergisi 1974, s.2773. Yargıtay bu kararında şu şekilde hükmetmiştir; “...Teminat mektubunun 30.5.1969 tarihinden sonra hükümsüz kalacağı belirtilmiştir. İş bu garanti sözleşmesi ile davalı banka, davacıya karşı müteahhit firmanın teminat mektubunun geçerli olduğu tarihler arasındaki fiilini

kabul etmiş olduğu bu ikinci görüş nedeniyle garanti veren durumundaki Türkiye’de bulunan bankalar, 10 yıl gibi çok uzun bir süre risk altına girmektedir. Bu şekilde bir sorumluluğun kabul edilmesi, uluslararası bankacılık uygulamasına ters düşmektedir. Bu da süreli ve süresiz garanti ayırımı arasındaki farklılığı ortadan kaldırmaktaydı.

8.7.1981 tarih ve 2486 sayılı kanunla BK. m.110’a ikinci bir fıkra hükmü eklenmiştir. Bu fıkra hükmü, “Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir” şeklinde düzenlenmiştir. Böylece belirlenen süre içinde garanti verenden yazılı talepte bulunulması şartını taşıyan süreli garantilerde, garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesinin yanı sıra garanti alanın ödeme talebinin de bu süre içinde yazılı şekilde yapılması gerekir.

BK. m.110’a eklenen ikinci fıkra hükmü, aynı zamanda süreli garantiler bakımından garanti verenin sorumlu tutulacağı süreye ilişkin yukarıda anılan ve Yargıtay tarafından benimsenen ikinci görüşün kanun koyucu tarafından da benimsendiğini göstermektedir. Yani süreli garantilerde, belirlenen süre içinde ödeme talebinde de bulunulması gerektiğine yönelik bir hüküm sözleşmeye eklenmemişse, garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi şartıyla, garanti verenin sorumluluğunun genel zamanaşımı süresine tabi olacağı kabul edilecektir.

Belirli süre içinde garanti alandan yazılı şekilde ödeme talebinde bulunulması şartını taşımayan süreli garantilerde, garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi şartı aranmakla birlikte, garanti alanın genel zamanaşımı süresi olan 10 yıllık süre içinde ödeme talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir¹¹¹. Bu

taahhüt etmiş bulunmaktadır. Ancak teminat mektubunda süre bulunduğundan, sonradan davalının sorumlu olması için zararın, teminat mektubunun verildiği tarih ile sona erdiği 30.5.1969 tarihi arasında meydana geldiğini davacının ispat etmesi gerekir...”.

¹¹¹ Bu görüş BK.m.110/2 fıkra hükmünün yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay tarafından da kabul edilmiştir. Nitekim Yargıtay 11.HD. 6.5.1982 tarih 1583/139 sayılı kararında şu değerlendirmelerde bulunmaktadır; “10.7.1981 tarihinde yürürlüğe giren 2486 sayılı Kanunla Borçlar Yasası’nın 110.maddesine eklenen fıkra hükmü gereğince taraflar arasında teminat süresi içinde başvurulması gerektiği hususunda bir anlaşmanın mevcut olmamasına, zararın teminat mektubu süresi içinde

nedenle uzun süreli bir sorumluluk altına girmek istemeyen garanti verenin, özellikle de bankaların süreli garantilerde süreyi mutlaka, belirlenen süre içinde kendisine yazılı şekilde başvurulması şartına bağlamalı ve “belirlenen süre içinde yazılı şekilde başvurulmadığı takdirde garantinin hükümsüz hale geleceği” kaydını garanti metnine koyması gerekir¹¹².

2-Süresiz garanti

Geçerliliği herhangi bir süreye bağlanmamış ve garanti verenin sorumluluğunun, garanti konusu olayın gerçekleşmesinden itibaren zamanaşımı süresinin sonuna kadar devam ettiği garantilere süresiz garanti adı verilir¹¹³.

2886 sayılı Devlet İhale Kanunu m.26/b hükmünde “Bankalar ve özel finans kurumlarının verecekleri süresiz teminat mektupları” şeklinde belirtilmek suretiyle resmi dairelere hitaben verilecek geçici ve kesin garantilerin süresiz olarak düzenlenmesi zorunluluğu getirilmekle süresiz garantilerin uygulama alanı genişletilmiştir. 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu’nda ise garantilerin süreli olması kuralı getirilmiştir(m.35).

Süresiz garanti talebi ayrıca, garanti alan ile edimi garanti edilen kişi arasındaki sürekli ilişkiler bakımından söz konusu olmaktadır. Çünkü süresiz garantilerde herhangi bir süre öngörülmediğinden garanti verenin sorumluluğu belirli

doğmuş olması kaydıyla 10 yıllık zamanaşımı süresi içinde her zaman talepte bulunabileceğine göre davalı bankanın itirazlarının reddi gerekir”. Karar ve değerlendirmesi için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.156–157.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.3.1988 tarih E.1987/11–642, K.1988/287 sayılı kararında da benzer şekilde hüküm tesis edilmiştir; “Kural olarak belli bir süre için verilen garanti halinde, süresi içinde rizikonun gerçekleşmemesi, yükümlülüğün ortadan kalkması sonucunu doğurur. Garanti sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 110 uncu maddesine 8.7.1981 gün ve 2486 sayılı Yasa ile eklenen fıkrasına uygun bir biçimde yapılmışsa vade sonuna kadar yazılı istekle bulunulmadığı takdirde bankanın şarta bağlı sorumluluğu sona erer. Bu yolda bir kayıt garanti sözleşmesine konulmamış ise teminat mektubu süreli olsa dahi on yıllık zamanaşımı süresi doluncaya kadar tazmin talebi ileri sürülebilir. Bu hukuki esaslar ve bozma kararında açıklanan nedenler dikkate alındığında direnme kararının bozulması icap edeceğinden karar düzeltme isteğinin kabulü ile direnme kararının Özel Daire bozma kararındaki gerekçelerle bozulması gerekir”. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr

¹¹² **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.157; **Doğan**, s.83-84.

¹¹³ **Tekinalp**, s.376; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.172; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.151; **Doğan**, s.84; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.24; **Kahyaoğlu**, s.15.

bir zamanla sınırlı olmaksızın devam etmektedir. Bu da özellikle acentelik, tek satıcılık veya yol ve baraj yapımı gibi uzun süreli inşaat sözleşmelerinde kolaylık sağlamaktadır.

Süresiz garantilerin garanti alan bakımından sağladığı faydalar bulunmakla birlikte, sorumluluğun belli bir süreyle sınırlandırılmamış olması, süresi belli olmayan bir yükümlülük altına giren garanti veren ve bunun yanında kontrgaranti veren açısından sakıncalı bir durum oluşturmaktadır. Buna karşılık sürekli bir borç ilişkisinin (örneğin, ard arda teslim şartına bağlı bir satım sözleşmesi) garanti edilmesi durumunda garanti verenin, tüm diğer sürekli borç ilişkilerinde olduğu gibi burada da haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde fesih hakkını kullanmak suretiyle sözleşmeyi sona erdirebileceği kabul edilmektedir¹¹⁴. Ancak bunun için taraflardan birinin, bu borç ilişkisini diğer tarafın devam ettirmesini istemeyeceği oranda ağır bir şekilde sürekli borç ilişkisinin esasını oluşturan güveni ihlal etmesi veya bu ilişkinin devam etmemesini haklı gösterecek diğer sebeplerin ortaya çıkması gerekir. Bu durumda garanti veren, haklı sebebin varlığını ileri sürerek garanti sözleşmesini feshedebilecektir¹¹⁵.

Edimi garanti edilen kişinin, garanti alana herhangi bir borcunun kalmaması durumunda garanti veren bankanın, sorumluluğunun sona erdiğini bildirmek suretiyle süresiz garantiyi sona erdirebileceği doktrinde kabul edilmektedir¹¹⁶.

D-Ödeme Talebinin Şekli ve Şartlarına Göre Yapılan Ayırım

Ödeme talebinin şekli ve şartlarına göre garantiler, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler ve şartlı garantiler olmak üzere ikili bir ayırımla incelenmektedir. Bunların yanı sıra garanti konusu olayın gerçekleştiğinin ispatının garanti alana yüklendiği ve bu durumun incelenmesi yetkisi ve görevinin garanti verene verildiği garantilerin ne “ilk talepte” ödeme kaydı ne de başka herhangi bir

¹¹⁴ Kahyaoğlu, s.56; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s.152.

¹¹⁵ Von Westphalen, Bankgarantie, s.129–130; Canaris, Bankvertragsrecht, s. 789; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s.152; Kahyaoğlu, s.56.

¹¹⁶ Reisoğlu, Teminat Mektupları, s.153.

şart bulunmadığı için adi garanti türünü oluşturduğu kabul edilmektedir¹¹⁷. Adi garantiler, garanti alanın hakkın kötüye kullanılması suretiyle haksız bir şekilde ödeme talebinde bulunmasına engel olmak amacıyla düzenlenmektedir. Ancak bu tür garantilerde de garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleştiğine ilişkin delilleri göstermek suretiyle ödeme talebinde bulunması halinde, garanti verenin ödemedeki bulunma yükümlülüğü vardır, yoksa bir mahkeme gibi hareket ederek olayların ispat edilmesini istemeye yetkisi yoktur¹¹⁸.

1-“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garanti

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde garanti veren, ödeme talebinin haklılığına ilişkin ispat araçlarını talep etmeksizin, def’i ve itirazları ileri sürme imkânına sahip olmaksızın, sadece ödeme talebinde bulunan kişinin garanti alan olup olmadığına yönelik şekli anlamda bir inceleme yapmak suretiyle garanti alanın ilk talebi üzerine ödeme yapmayı taahhüt etmektedir¹¹⁹.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde, “ilk talepte” ifadesi bulunabileceği gibi, bu ibare açıkça kullanılsa da kullanılan bazı kelimelerden hareket edilmek suretiyle garantinin “ilk talepte” ödeme kaydını içeren bir garanti olduğu sonucuna varılabilir. Örneğin “...her türlü def’iyi ileri sürmekten vazgeçmek suretiyle...”, “...tarafımızdan veya üçüncü kişi tarafından herhangi bir itiraz ileri sürülmeksizin...”, “...temel ilişkiyi incelemeksizin...”, ve “...herhangi bir karar

¹¹⁷ Tekinalp, s.375.

¹¹⁸ Canaris, Bankvertragsrecht, s.768; Tekinalp, s.375.

¹¹⁹ Bkz. Gröschler, s.822; Lienesch, Bankgarantie, s.14-15; Kleiner, Bankgarantie, s.46-47; Dohm, s.60; Wolfgang, s.35; Oehlmann, s.8-9; Kaya, İlk Yazılı Talepte Ödeme, s.222-223; Tekinalp, s.375; Doğan, s.64; Kahyaoğlu, s.19; Erdoğan, s.51-52. Fransız hukukunda da ilk talepte ödeme kaydını içeren garantilerin varlığı kabul edilmektedir. Bkz. Fülbier, s.630. “Stand-by Letters of Credit”in ilk talepte ödeme kaydını içeren garantilerle aynı fonksiyona sahip olduğu ve hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin itirazın “Stand-by Letters of Credit” bakımından da uygulanacağına ilişkin Frankfurt Eyalet Mahkemesi kararı ve değerlendirmesi için bkz. Berger, Bankgarantie, s.423 vd.

veya onay alınmasını, protesto çekilmesini, süre verilmesini istemeden...” gibi ifadeler “ilk talepte” ödeme kaydının varlığına işaret etmektedir¹²⁰.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler, temel ilişkinin tarafları arasındaki güvensizliğin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır¹²¹. Temel borç ilişkisinin tarafını oluşturan garanti alana, edimi garanti edilenin borcunu ifa edeceği konusunda garanti veren tarafından taahhütte bulunmaktadır. Garanti verenin sağladığı bu güvence sayesinde garanti alan, hiç tanımadığı edimi garanti edilenle daha güvenli bir şekilde ticari ilişkiye girebilmektedir. Taraflar arasındaki güvensizlik durumu, özellikle uluslararası alanda ticari ilişkiye girenler bakımından daha yüksek orandadır. Bu nedenle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler, uluslararası alandaki ticari ilişkiler bakımından daha çok önem kazanmakta ve uluslararası ticaretteki birçok garanti “ilk talepte” ödeme kaydını içermektedir. Garanti alan bakımından daha güvenli olan “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler, uluslararası ticari ilişkilerde geniş bir uygulama alanı bulmakla birlikte bu tür garantilerin son zamanlarda ülke içi ticari ilişkilerde de yaygın olarak kullanılmaya başlandığı görülmektedir. Zira Türk hukukunda geniş bir uygulama alanı bulan banka teminat mektuplarının çok büyük bir oranı “ilk talepte” ödeme kaydını içermektedir.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler, öncelikle garanti alan bakımından büyük kolaylıklar sağlamaktadır. Zira bu tür garantilerde garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleştiğini ispat etmesine gerek olmadığı gibi, garanti veren de herhangi bir def’i ve itiraz ileri sürmeden garanti alanın talebi üzerine ödemede bulunmaktadır. Bu tür garantiler, özellikle ithalâtçı durumundaki garanti alanlar bakımından büyük bir kolaylık ve güvence oluşturmaktadır. İhracatçı, yabancı ülkedeki bir ithalâtçıya sattığı malların bedelini akreditif yoluyla teminat altına alırken, ihracatçının kendi edimini sözleşmeye uygun bir şekilde yerine

¹²⁰ **Dohm**, s.41; **Schröder**, s.22; **Kahyaoglu**, s.19. “İlk talepte” ödeme kaydını ifade etmek için Almanca’da “auf erstes Anfordern” kavramı, İngilizce’de “on first demand” kavramı kullanılmaktadır. Borçlar hukuku sisteminde ilk talepte ödeme kaydının taşıdığı özellikler konusunda bkz. **Schnauder**, s.2073 vd.

¹²¹ **Doğan**, s.63.

getirmemesi halinde ithalâtçı bakımından güvenceyi, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler oluşturmaktadır¹²².

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler, aynı zamanda garanti veren banka açısından büyük kolaylıklar sağlamaktadır¹²³. Çünkü garanti veren durumundaki banka, sadece şekli bakımdan bir inceleme yapmak durumunda olduğu için temel ilişkinin tarafları arasında ortaya çıkabilecek ödeme talebinin haklılığına ilişkin ihtilafların dışında kaldığı gibi, risk kendisinde olmayan banka, kolay kullanılabilir hale gelen garantileri vermekle aldığı komisyonlar sayesinde menfaat de elde etmektedir.

Hem garanti alan bakımından hem de garanti veren banka bakımından kolaylıklar sağlayan “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde en kötü durumda olan, yani riski üzerinde taşıyan, bankanın müşterisi durumunda olan ve bankanın ödeme yapması halinde rücu edeceği edimi garanti edilendir¹²⁴. Çünkü bankanın, sadece şekli bakımdan inceleme yapma yetkisi olduğu ve esasa ilişkin herhangi bir inceleme yetkisi bulunmadığından, bankanın garanti alanın talebi üzerine ödeme yapması halinde, bu ödemenin haksız bir talep karşısında yapılmış olmasının riskini edimi garanti edilen taşıyacaktır. Edimi garanti edilenin kendisi bakımından olumsuzluk oluşturan bu durumdan, temel ilişkinin diğer tarafını oluşturan garanti alanı seçerken özenli davranmak suretiyle riski azaltmak veya garanti metni, garanti veren tarafından hazırlanırken kendisini bu tür haksız taleplere karşı güvence altına alacak kayıtların metne konulmasını talep etmek suretiyle bazı önlemler alması mümkündür.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerin önemli bir sonucu da ispat yükünün ters çevrilmesidir. Garanti bedelinin ödenmemesi nedeniyle açılan bir davada banka, garanti konusu olayın gerçekleşmediği iddiasında bulunmakla yetinmeyecek, garanti konusu olayın gerçekleşmediğini de ispatlamakla yükümlü

¹²² Arkan, Teminat Mektubu, s.64; Doğan, s.65.

¹²³ Kahyaoğlu, s.19; Arkan, Teminat Mektubu, s.64-65; Doğan, s.65.

¹²⁴ Arkan, Teminat Mektubu, s.65; Dohm, s.42; Doğan, s.67; Kahyaoğlu, s.19.

olacaktır¹²⁵. Buna karşılık şarta bağlanan bir garantinin bulunması durumunda genel hükümler çerçevesinde şartın gerçekleştiğini ispat yükü garanti alan üzerinde olacaktır¹²⁶.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde kural olarak, “önce öde sonra dava et” (*erst zahlen, dann prozessieren*) prensibinin geçerliliği kabul edilmektedir¹²⁷. Yani edimi garanti edilenin, garanti alanın ödeme talebinin haksız olduğuna ilişkin iddiasını garanti veren bankaya bildirmek suretiyle, bankanın garanti alana ödeme yapmasına engel olamayacağı kabul edilmektedir. Bu kuralın en önemli sınırlandırmasını hakkın açıkça kötüye kullanılması suretiyle ve garantinin teminat amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması oluşturmaktadır¹²⁸. Bu durumda banka ödeme yapmaktan kaçınabilecektir¹²⁹. Bunun yanısıra garanti veren bankanın, garanti ilişkisinden doğan kendi def'i ve itirazlarını ileri sürerek ödemeden kaçınabileceği veya edimi garanti edilenin, mahkemenin ihtiyati tedbir kararı almak suretiyle garanti verenin ödeme yapmasına engel olabileceği de kabul edilmektedir¹³⁰.

Sonuç olarak kanaatimizce bir garantide “ilk talepte” ödeme kaydının bulunması her şartta ve her halükarda garanti bedelinin ödeneceği anlamına gelmez. “İlk talepte” ödeme kaydını içerse bile garanti ancak, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine ve garanti alanın talebi ile ödenir. “İlk talepte” ödeme kaydının bulunması, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin açıkça iddia edilmesine ve ispat edilmesine gerek olmaksızın, talep üzerine derhal ödemenin yapılacağını ifade eder. Dolayısıyla ilk talepte” ödeme kaydı, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı, garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme

¹²⁵ Bkz. **Horn**, Festschrift, s.628.

¹²⁶ **Reisoğlu**, Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, s.79; **Kaya**, İlk Yazılı Talepte Ödeme, s.228-229; **Kahyaoglu**, s.20; **Doğan**, s.63-64.

¹²⁷ Bkz. **Nielsen**, EWIR 1996, s.341-342; **Hoffmann**, s.389; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.62-63.

¹²⁸ **Gröschler**, s.822-823; **Kaya**, İlk Yazılı Talepte Ödeme, s.229; **Erdoğan**, s.53-54.

¹²⁹ Hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılacak ödeme talepleri karşısında bankanın sahip olduğu savunma imkânı(bkz. II. Bölüm, § 6, II.) ile amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması durumunda bankanın sahip olduğu savunma imkânı (bkz. II. Bölüm, § 7, II, A.) aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

¹³⁰ Bu iki durum da tezin asıl konularını oluşturmakta olup, ileride ayrıntılı olarak incelenecek ve “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından özellik taşıyan hususlara değinilecektir.

talebinde bulunulduğu, garanti konusu olayın henüz gerçekleşmediği veya gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığı durumlarda dahi, garanti bedelinin ödeneceği anlamına gelmez. Bu tür bir ödeme vaadi, soyut bir borç vaadi anlamına gelir ki, garanti sözleşmesi ve banka garantisi, temel ilişkiden bağımsız olmasına rağmen soyut borç taahhüdü niteliğinde değildir.

2-Şarta bağlanmış garanti

Şarta bağlı garanti, garanti alanın garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunması ve garanti veren bankanın garanti bedelini ödemesinin, garantinin metninde bulunan belirli şartlara bağlandığı garanti türleridir¹³¹. Bu tür şartlara, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin, yani edimi garanti edilenin borçlandığı edimi yerine getirmediğinin ispat edilmesi, edimi garanti edilenin borçlandığı edimi yerine getirmediğine ilişkin belirli kişi veya makamlardan belge veya mahkeme ya da hakemden karar getirilmesi, ödeme talebinde bulunmak için edimi garanti edilenin onayının alınması veya ödeme talebinde bulunulması ile ödeme yapılması arasında belirli bir sürenin geçmesi örnek olarak verilebilir¹³².

Ödeme talebinde bulunulmasının belirli şartlara bağlanmasının amacı, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde hakkın kötüye kullanılmasına, yani garanti alanın haksız ödeme talebinde bulunmasına engel olmaktır¹³³. Ancak bu şekilde haksız ödeme talebinde bulunulması tehlikesi daha aza indirilirken, garantinin teminat sağlama niteliği zayıflatılmış olmaktadır. Zira “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde garanti veren banka, garanti alanın talebi üzerine, ödeme talebinin haklılığı konusunda herhangi bir araştırma yapmaksızın, garanti bedelini ödemekte ve böylece garanti veren banka, edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki ilişkiden doğabilecek ihtilafların dışında kalmaktadır. Buna karşın, şarta bağlanmış garantilerde garanti veren bankanın, garanti alanın ödeme talebinin haklılığı konusunda araştırma yapması ve bu konuda karar vermesi beklenmekte ve

¹³¹ **Arkan**, Teminat Mektubu, s.64; **Kahyaoğlu**, s.21.

¹³² **Roesle**, s.14; **Lienesch**, Bankgarantie, s.16; **Wolfgang**, s.36; **Kahyaoğlu**, s.21.

¹³³ **Lienesch**, Bankgarantie, s.15-16; **Wolfgang**, s.36.

böylece de garanti veren, temel ilişkiye dâhil edilmiş olmaktadır. Bu nedenle de garantinin temel ilişkiden bağımsız bir teminat olma niteliği zarar görmektedir¹³⁴.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerdeki haksız taleplerde bulunulması tehlikesini azaltmak ve bu arada garantinin bağımsızlığı prensibini de koruyacak bir orta yolun bulunmasında fayda vardır. Bu da ancak garanti metninde belirtilen belgenin, taraflarla ilişkisi bulunmayan üçüncü bir kişi tarafından düzenlenmesi ile mümkün olacaktır. Bu tür bir belgeye, konusunda uzman kişilerce hazırlanmış ve edimi garanti edilenin edimini sözleşmeye uygun bir biçimde yerine getirmediğini gösteren rapor örnek olarak verilebilir¹³⁵.

Şarta bağlanmış garantilerde, garanti metninde belirtilen şartların yerine getirildiğine dair belgelerin garanti alan tarafından sunulması halinde garanti veren banka, belgelerin usulüne uygunluğunu tespit ettikten sonra garanti bedelini ödemek zorundadır. Aksi takdirde garanti veren banka sorumlu olacaktır. Aynı şekilde garanti metninde belirtilen şartların yerine getirildiğine dair belgelerin eksik veya usulüne uygun olmamasına rağmen garanti veren banka ödemedede bulunursa yine garanti verenin sorumluluğu gündeme gelecektir¹³⁶.

E-Teminatın Konusuna Göre Yapılan Ayırım

Teminatın konusuna göre garantiler, devlet ihaleleri nedeniyle düzenlenen kesin, geçici ve avans garantileri şeklindeki ihale garantilerinin yanı sıra kredi, ödeme, ayıba karşı tekeffül garantileri şeklinde türlere ayrılır.

¹³⁴ Arkan, Teminat Mektubu, s.66-67; Kahyaoglu, s.21-22; Doğan, s.69-70.

¹³⁵ Roesle, s.15; Kahyaoglu, s.22.

¹³⁶ Doğan, s.70-71.

1-İfa garantileri (Kesin garantiler)

İfa garantileri ile garanti veren banka, temel ilişkinin taraflarından birini oluşturan edimi garanti edilenin, garanti alana borçlandığı edimi sözleşmeye uygun olarak yerine getirmemesi tehlikesine karşı garanti alanı güvence altına almaktadır¹³⁷. Türk hukukunda bu garantiler "kesin garanti" ve "kesin teminat mektubu" şeklinde adlandırılmaktadır.

İfa garantilerinde amaç, edimi garanti edilenin edimini, sözleşmede belirtilen şekilde ve gereği gibi ifa etmeme tehlikesine karşı güvence sağlamaktır. Edimi garanti edilen, temel ilişkiden kaynaklanan yükümlülüğünü süresi içinde kısmen veya tamamen yerine getirmezse, garanti alan, garanti bedelinin ödenmesini talep edebilecektir¹³⁸.

İfa garantisi, belirli bir malın teslimi gibi tek bir borcun ifasını teminat altına alabileceği gibi, inşaat ihalelerinde olduğu gibi birden çok borcun ifasının teminatını oluşturabilir¹³⁹. Birden çok borcun ifasının teminat altına alınması halinde garanti, ancak tüm borçların ifa edilmesi halinde iade edilir. Bu tür garantilere bir fabrika binasının veya bir barajın yapılması örnek olarak verilebilir.

Uluslararası ticari ilişkilerde ifa garantisi oranı, asıl sözleşme değerinin %5 ve %20'si arasında değişmektedir¹⁴⁰. Türk hukukunda ise 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda teminat miktarının, ihale bedelinin %6'sı olduğu ve sözleşme yapılmadan önce alınacağı belirtilmiştir¹⁴¹. Aynı şekilde Kamu İhale Kanunu m.43'e

¹³⁷ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.749–750; **Lienesch**, Bankgarantie, s.18; **Nielsen**, Bankgarantien, s.19; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.144; **Dohm**, s.36; **Kahyaoğlu**, s.7; **Roesle**, s.16; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.169-170.

¹³⁸ **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.15 vd.; **Nielsen**, Bankgarantien, s.19; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.144; **Kahyaoğlu**, s.7; **Doğan**, s.78.

¹³⁹ **Kahyaoğlu**, s.7.

¹⁴⁰ **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.16; **Dohm**, s.37; **Kahyaoğlu**, s.9; **Roesle**, s.16–17; **Doğan**, s.79.

¹⁴¹ “Kesin Teminat” kenar başlığını taşıyan Devlet İhale Kanunu m.54/1 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir; “Taahhüdün, sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşme yapılmasından önce müteahhit veya müşteriden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 oranında kesin teminat alınır. Tasfiye idaresince yapılan taşınır mal satışlarında kesin teminat, ihale bedelinin % 6'sından az olamaz”

göre de kesin teminat mektubu oranı ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında olacaktır¹⁴².

2-Geçici garantiler

Geçici garantiler, özellikle inşaat sözleşmelerinde olmak üzere, açılmış bir ihaleye katılacak kişi veya kurumun ihalenin kendisinde kalması halinde, teklifiyle bağlı kalmaması, yani önceden belirlenen süre içinde ve ihalede belirtilen şartlara uygun olarak sözleşme imzalamaması tehlikesine karşı ihaleyi açan kişi veya kuruma hitaben verilen garantilerdir¹⁴³.

Bu garantilerde garanti veren banka, ihale üzerinde kalan edimi garanti edilenin, ihale ile ilgili sözleşmeyi imzalamasını garanti etmektedir. Yani garantinin konusunu sözleşmenin imzalanması oluşturur. Dolayısıyla sözleşmenin imzalanması ile birlikte garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün olmaz ve geçici garanti, kesin garanti yerine kullanılamaz. Bu nedenle geçici garanti yerine kesin garanti verilmez ise, ihale konusu sözleşmenin yapılmasından sonraki aşamada edimi garanti edilenin sözleşme konusu edimi yerine getirmemesi gibi durumlar için geçici garantinin ödenmesi talep edilemeyecektir¹⁴⁴. Ancak bazı geçici garantilerde "...kesin teminat vermesi ve sözleşme yapması istenildiği halde kesin teminat vermediği veya sözleşme yapmadığı..." ifadeleri bulunmaktadır¹⁴⁵. Bu durumda garantinin ödenmesi talebinde bulunulması için bu iki husustan birinin gerçekleşmiş olması yeterli olacaktır. Edimi garanti edilen, ihale konusu sözleşmeyi yapmış olsa

¹⁴² "Kesin Teminat" kenar başlığını taşıyan Kamu İhale Kanunu m.43 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir; "Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır.

Ancak, danışmanlık hizmet ihalelerinde ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda, düzenlenecek her hakedişten % 6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur".

¹⁴³ **Nielsen**, Bankgarantien, s.18; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.749-750; **Dohm**, s.42; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.13; **Kahyaoglu**, s.9-10; **Doğan**, s.71.

¹⁴⁴ Yargıtay'da yeni tarihli bir kararında geçici garantinin, ifa (kesin) garantisi yerine kullanılamayacağına hükmetmiştir. YHGK. 20.03.2002 tarih ve E.2002/11-94 K: 2002/198 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr

¹⁴⁵ Geçici garanti örneği için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.527.

dahi, kesin garanti vermez ise garanti alan, garantinin ödenmesi talebinde bulunabilecektir. Bu şekilde garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunmak için yapılan sözleşmenin feshedilmesine de gerek yoktur¹⁴⁶.

Uluslararası ticari ilişkilerde geçici garantilerin miktarı konusunda yerleşmiş bir uygulama yoktur. Kural olarak, garantinin miktarı, ihale bedelinin %1 ve %5'i arasında olmaktadır. Bazı istisnai durumlarda da bu oran %10'a kadar çıkabilmektedir¹⁴⁷. Türk hukuku bakımından geçici garanti miktarı 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu'nda %3 olarak belirlenmiştir¹⁴⁸. Kamu İhale Kanunu m.33'de ise garantinin oranı teklif edilen bedelin %3'ünden az olmamak üzere istekli tarafından belirlenecek miktarda olacağı hükme bağlanmıştır¹⁴⁹.

3-Avans(ön ödeme) garantileri

Garanti alan ile edimi garanti edilen arasındaki temel ilişkide, edim borçlusunun edimini ifaya başlayabilmesi için sözleşmenin karşı tarafı bir ön ödemede bulunmakta ve bu ön ödeme daha sonra edim borçlusunun hak edişlerinden belirli oranlarda kesilerek geri ödenmektedir. Alınan avansın bu şekilde ödenmesini teminat altına alan garantilere avans garantileri denmektedir¹⁵⁰.

Avans garantileri, özellikle müteahhitlere ve imalatçılara verilmektedir. Müteahhitler genellikle, inşaat sözleşmesinde üstlendikleri edimleri yerine getirebilmek için işverenden ekonomik destek beklerler. İşte avans garantileri,

¹⁴⁶ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.143-144.

¹⁴⁷ **Dohm**, s.36; **Kahyaoğlu**, s.10; **Doğan**, s.73.

¹⁴⁸ “Geçici Teminat” kenar başlığını taşıyan Devlet İhale Kanunu m.25 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir; “İsteklilerden, ihale konusu olan işin tahmin edilen bedelinin % 3'ü oranında geçici teminat alınır. 10 uncu madde uyarınca yapılacak ihalelerde geçici teminat teklif edilen bedelin, tasfiye idaresince yapılan taşınır mal satışlarında ise satışa esas bedelin % 3'ünden az olamaz

Pazarlık usulü ile yapılacak ihalelerde, geçici teminat alıp almamakta idareler serbesttir”

¹⁴⁹ “Geçici Teminat” kenar başlığını taşıyan Kamu İhale Kanunu m.33 hükmü şu şekilde düzenlenmiştir; “İhalelerde, teklif edilen bedelin % 3'ünden az olmamak üzere, istekli tarafından verilecek tutarda geçici teminat alınır. İhale dokümanında belirtilmesi şartıyla, danışmanlık hizmeti ihalelerinde geçici teminat alınması zorunlu değildir”.

¹⁵⁰ **Nielsen**, Bankgarantien, s.20; **Dohm**, s.37; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.170; **Kahyaoğlu**, s.11; **Doğan**, s.74; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.17.

işveren tarafından sağlanan bu ekonomik desteği güvence altına alma amacı güder. Müteahhit, aldığı avanslara karşılık işverene bir garanti sağlar. Burada müteahhit edimi garanti edilen durumunda, işveren ise garanti alan durumundadır. Müteahhidin, sözleşme hükümlerine uygun olarak taahhütlerini yerine getirdiği oranda avans garantisinin iadesi gerekir. Bazı avans garantisi metinlerinde kesin garantilere benzer şekilde, "...müteahhidin sözleşme şartlarına aykırı davrandığı, kısmen veya tamamen taahhüdünü yerine getirmediği takdirde garanti verenin ödeme ile yükümlü..." olacağı belirtilmekle birlikte avans garantilerinin, kesin garantiler yerine kullanılamayacağı kabul edilmektedir¹⁵¹. Diğer bir ifade ile avans garantilerinin verilmiş gayeleri dışında kullanılamayacağı, müteahhit ile işveren arasındaki diğer ilişkiler nedeniyle oluşabilecek borçlar için garanti oluşturmayacağı ve bu nedenle de bu borçların ifa edilmemesi nedeniyle ödeme talebinde bulunulamayacağı kabul edilmelidir.

¹⁵¹ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.144–145; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.170-171. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23.02.2000 T. ve E.2000/11–121 K: 2002/139 sayılı kararında geçici teminat mektubunun, kesin teminat mektubu yerine kullanılamayacağına hükmedilmiştir; "...kati teminat mektupları sözleşmenin icrasını temin için verildiği halde, avans teminat mektuplarının nitelikleri itibarıyla sözleşmenin icrasını değil, borç olarak verilen bir miktar paranın iadesini temin için verildiği hususunda gerek öğreti (Bkz. Prof. Dr. Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara, 1997, Sh. 119–211) ve gerekse Yargıtay uygulamasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Avans teminat mektuplarında, avansın geri ödenmesi garanti edilmekte ve uygulamada da, dava konusu olayda olduğu gibi, yükleniciye ödenen avanslar genellikle yüklenicinin işleri yaptıkça hakedişlerini belirleyen istihkaklarından kesilmek suretiyle geri alınmakla ve taraftar arasındaki sözleşmelere bu yönde hükümler konulmaktadır.

Davacı bankaların, davalılardan Sadri Şener İnş. San. A.Ş. lehine ve diğer davalı Larsen-Tourbo Ltd. Şti.ne hitaben verdikleri teminat mektuplarının sayı ve temin ellikleri limitlerde"bir uyumsuzluk yoktur. Ancak, dava konusu uyumsuzlukta sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için öncelikle açıklığa kavuşturulması gerekli husus, bu teminat mektuplarının kati teminat mektubunu yoksa avans teminat mektubunu oldukları hususudur. Dava konusu teminat mektuplarının metnine bakıldığında, "Avans ödeme garantisi" başlığını taşıdığı, içeriğinde de, "Sadri Şener A.Ş.ne DM tutarlarında bir avans ödemesi yapılacağı,.... DM avans miktarlarının Sadri Seher A.Ş.nin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirten ve ödeme talep eden açıkça imzalanmış yazı alınınca gayri kabili rücu olarak tazmin edileceği" ye yine, "bu garanti koşulları bize de bilgi verilerek taşeron avans meblağının ödenmesi ile yürürlüğe girer" ibarelerinin yer alması, lehdar Sadri Şener A.Ş. ne muhatap Larsen Toubro Ltd. verilen avans miktarı ile davacı bankaların düzenlediği avans teminat mektubu tutarlarının aynı olması nazara alındığında, davacı bankalar tarafından düzenlenen teminat mektuplarının avans teminat mektubu olarak düzenlendiğinin kabulü gerektiği gibi, davalılar arasındaki taşeronluk sözleşmesinde ayrıca iş bedelinin %10 ve tutarında kati teminat mektubunun verileceğinin hüküm altına alınmış olması birlikte değerlendirildiğinde, dava konusu teminat mektuplarının avans teminat olarak değerlendirilmesi zorunludur.

Bu durumda mahkemece, dava konusu teminat mektuplarının avans teminat mektubu olduklarının kabulü ile buna göre inceleme ve değerlendirme yapılması gerekirken, kati teminat mektubu olarak değerlendirilmesi doğru olmamıştır...". YHGK, bu şekilde karar vermek suretiyle Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin 18.5.1999 tarih E.1999/2159 K.4122 sayılı kararını onamıştır. Karar için bkz. www.kazanci.com.tr

Uygulamada bazen verilen garantinin kesin garanti mi, yoksa avans garantisi mi olduğu konusunda ihtilaflar çıkmaktadır. Bu tür bir ihtilafta garanti metni yorumlanmalı ve buna göre karar verilmelidir. Bir garantinin avans ve kesin garanti yükümlülüğünü birlikte içermesinin, özel hukukta geçerli olan sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca geçerli olacağı kabul edilmektedir¹⁵². Bu durumda garanti alan garantiyi, isterse verdiği avansların iadesi için, isterse de edimi garanti edilenin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü kısmen veya tamamen yerine getirmemesi halinde bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinden doğan kayıpları telafi etmek amacıyla kullanabilecektir. Bu tür bir teminat, özellikle garanti alan açısından avantajlar sağlayacak, avanslar istihkaklardan tamamen ödense bile garanti kesin garanti olarak işlevini sürdürmeye devam edecektir.

Avans garantilerinin miktarı ülkeden ülkeye farklılık göstermekle birlikte uluslararası ticari ilişkilerde asıl sözleşme değerinin %5 ve %20 oranları arasında değişmekte ve en fazla da %33'e kadar çıkabilmektedir¹⁵³. Türk hukuku bakımından ise avans teminat mektupları Kamu İhale Kanunu m.27/s bendinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre, "Ödeme yeri ve şartlarıyla avans verilir verilmeyeceği, verilecekse şartları ve miktarı ile sözleşme konusu işler için eğer ödenecekse fiyat farkının ne şekilde ödeneceği" gibi hususlarının idari şartnamede bulunması gerektiği kabul edilmiştir. Avans verilmesi kararlaştırılmış ise bunun miktarı resmi daireler avansına göre belirlenmektedir¹⁵⁴. Bu husus ise 1050 sayılı Muhasebe Umumiye Kanunu'nun 3483 sayılı Kanunla değişik 83. maddesindeki "Taahhüt tutarının üçte birine kadar Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan oranlarda, hizmet yerine getirildikçe mahsubu yapılmak üzere, müteahhitlere, teminat karşılığı bütçe dışı avans verilebilir" hükmüne göre tespit edilecektir. Bu hükme göre Türk hukuku bakımından da avans garantilerinin üst sınırının % 33 olması gerekir.

¹⁵² **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.146.

¹⁵³ **Kahyaoğlu**, s.11; **Doğan**, s.77.

¹⁵⁴ **Doğan**, s.77-78.

4-Ödeme garantileri

Ödeme garantileri, ifa garantilerinin bir türünü oluşturmaktadır. Bununla birlikte ifa garantileri bir sözleşme ilişkisinden doğan edimin ifasını garanti altına alırken, ödeme garantileri, bu sözleşme konusu edimin karşılığını oluşturan ve sözleşmede belirlenen bedelin ödenmesini teminat altına alırlar. Bu tür garantilerde garanti veren banka, garanti alana, edimi garanti edilenden alacaklı olduğu paranın ödenmesini teminat altına almaktadır. Bu tür bir para alacağı, satım, istisna veya taşıma sözleşmelerinden kaynaklanabileceği gibi kredi veya ödünç sözleşmelerindeki geri ödeme taleplerinden de kaynaklanabilir¹⁵⁵.

5-Eksik belgelere ilişkin garantiler

Eksik belgelere ilişkin garantiler, herhangi bir işlem için gerekli olan belgenin kaybolması veya gecikmeli bir şekilde ibrazı tehlikesine karşı başvuru bir garanti türüdür. Bu tür garantiler, üçüncü bir kişinin hakkını kanıtlayacak belgeleri ibraz edememesine rağmen garanti alanın edimini ifa etmesi halinde, bu ifa nedeniyle kendisinin bir kayba uğramamasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu tür garantilerin en tanınmış şekli konşimento garantileridir. Konşimento garantileri ile malın varma limanına ulaşmasından sonra, konşimento veya suretlerinin henüz satıcının eline ulaşmamış olması veya kaybolması nedeniyle bu belgeyi gösteremeyen kişiye malın teslim edilmesinden doğabilecek tehlikeler teminat altına almaktadır.¹⁵⁶

6-Kontrgarantiler

Müşterisi durumundaki edimi garanti edilenin talimatı ile garanti yükümlülüğü altına giren banka, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti

¹⁵⁵ **Nielsen**, Bankgarantien, s.20; **Lienesch**, Bankgarantie, s.19; **Roesle**, s.18; **Doğan**, s.86; **Kahyaoğlu**, s.12. Ödeme garantilerinin, elektronik ödeme trafiği” içerisinde gerçekleşmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Gössmann**, s.151 vd.

¹⁵⁶ **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.18–19; **Nielsen**, Bankgarantien, s.20; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.750; **Dohm**, s.39; **Kahyaoğlu**, s.13; **Roesle**, s.19; **Doğan**, s.71.

alana ödemede bulunduğu takdirde, edimi garanti edilene rücu edebilmek için hukuki dayanak oluşması ve ödediği garanti bedelini kolayca tahsil edebilmek amacıyla edimi garanti edilenden bir garanti talebinde bulunmaktadır. Bu garantiye doktrinde karşı garanti anlamında "kontrgaranti" denilmektedir¹⁵⁷.

Kontrgaranti sözleşmesi, ayrı bir sözleşme olarak yapılabileceği gibi, bankanın müşterisi durumundaki edimi garanti edilen ile yapacağı genel limitli bir kredi sözleşmesi içinde bulunan maddeler içerisinde düzenlenmek suretiyle yapılabilir. Bunların dışında, bir taahhütname imzalatılmak suretiyle de kontrgaranti ilişkisi kurulabilir¹⁵⁸.

Kontrgaranti uygulaması genellikle bir bankanın müşterisi lehine bir garanti verilmesi için bir diğer bankaya kontrgaranti vermesi şeklinde gerçekleşmektedir. Bu durumda sadece kontrgaranti veren banka kredilendirilmekte ve garanti bedelini ödeyen banka, kontrgaranti veren bankaya rücu etmektedir. Garantiyi veren bankanın, edimi garanti edilene rücu söz konusu olmamaktadır. Uluslararası ticari ilişkilerde, özellikle dolaylı garantiler bakımından, edimi garanti edilenin ülkesindeki banka, garanti alanla garanti sözleşmesini yapan ikinci bankaya kontrgaranti vermekte ve ikinci banka bu kontrgarantiye istinaden garantiyi vermektedir.

Kontrgaranti sözleşmesi edimi garanti edilenin getireceği aynı veya şahsi teminatları içerebilir. Kontrgarantinin edimi garanti edilen dışında başkaları tarafından imzalanması durumunda bir şahsi teminat, yani kefalet sözleşmesi veya garanti sözleşmesi oluşacaktır. Üçüncü kişi tarafından bu şekilde şahsi teminat verilebileceği gibi, taşınmaz üzerinde ipotek tesis edilmesi veya tahvil ve hisse senetleri üzerinde rehin kurulması da mümkündür¹⁵⁹.

¹⁵⁷ **Tekinalp**, s.389; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.395.

¹⁵⁸ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.395.

¹⁵⁹ **Tekinalp**, s.390; **Kahyaoglu**, s.12; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.396.

F-İkinci Bankanın Devreye Girmesine Göre Yapılan Ayırım

Uluslararası ticari ilişkilerde edimi garanti edilen, kendi ülkesindeki bankadan garanti talebinde bulunduğu bu banka, kendisi garanti verebileceği gibi, garanti vermesi konusunda garanti alanın ülkesindeki bir bankayı görevlendirebilir. Genellikle bu tür ticari ilişkilerde garanti alan, garantinin kendi ülkesindeki bir bankadan verilmesini edimi garanti edilenden istemektedir. Bu durum karşımıza doğrudan ve dolaylı garanti ayırımını çıkarmaktadır. Her iki garanti türünde de ikinci bir bankanın devreye girmesi söz konusudur. Birinci banka, garanti talebinde bulunan ve edimi garanti edilen kişinin ülkesindeki bankadır. İkinci banka ise, garanti alanın ülkesinde bulunan bankadır.

1-Doğrudan garanti

Doğrudan garantide kendisinden garanti talebinde bulunulan banka, garanti alanın ülkesinde bulunan bir bankayı muhabir banka (Avisbank) olarak garanti ilişkisine dâhil etmekte ve garantiyi bu banka aracılığıyla garanti alana vermektedir. Muhabir banka durumundaki ikinci bankanın görevi sadece, garanti alanın kendisine yönelttiği ödeme talebini garanti veren durumundaki birinci bankaya iletmek ve onun tarafından verilecek talimatlara uygun olarak ödemeyi yapmaktır. Bu nedenle doğrudan garantilerde garanti sözleşmesi birinci banka ile garanti alan arasında kurulur ve garanti alana karşı sorumlu olan da yine birinci bankadır¹⁶⁰.

İki banka arasındaki hukuki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır¹⁶¹. Dolayısıyla ikinci bankanın, birinci bankanın talimatlarına uygun davranma yükümlülüğü vardır. Birinci bankanın açık talimatlarına uygun davranmaz ve paranın kendisine gönderilmiş olmasına rağmen, parayı garanti alana ödemeyecek olursa ikinci bankanın sorumluluğu gündeme gelecektir¹⁶².

¹⁶⁰ **Dohm**, s.46; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.156; **Kohlhof**, s.124; **Roesle**, s.20; **Lienesch**, Bankgarantie, s.22; **Tekinalp**, s.389; **Doğan**, s.80; **Kahyaoğlu**, s.16.

¹⁶¹ **Guggenheim**, Bankpraxis, s.156; **Tekinalp**, s.389.

¹⁶² **Kahyaoğlu**, s.16.

Muhabir banka durumundaki ikinci banka, garantinin türüne göre, garanti alanın ödeme talebinin, süreye ve sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olup olmadığını ve talep belgesindeki imzaların gerçek olup olmadığını inceleyecektir. Kararlaştırılan şartlara ve süreye uygun bir şekilde yapılan ödeme talebi üzerine ikinci banka, birinci banka tarafından kendisine gönderilen garanti bedelini, garanti alana ödeyecektir. Bazı durumlarda da vekil durumundaki muhabir banka, kendi kararı ile birinci banka adına ve hesabına garanti alana ödemede de bulunabilecektir¹⁶³.

2-Dolaylı garanti

Dolaylı garantide kendisinden garanti talebinde bulunulan banka, garanti alana doğrudan kendisi garanti vermemekte, garanti alanın ülkesinde bulunan bir bankayı garanti ilişkisine dâhil etmektedir. İkinci banka burada garanti veren durumunda olmaktadır. Bu tür garantilerde temel borç ilişkisinin tarafını oluşturan ve temel ilişki nedeniyle garanti sağlama borcu altına giren edimi garanti edilen, kendi ülkesindeki bankaya (birinci banka) başvurmakta ve garanti alanın ülkesindeki bir bankanın(ikinci banka) garantisini sağlaması için talimat vermektedir. Böylece edimi garanti edilen ile birinci banka arasında bir garanti sağlama taahhüdü sözleşmesi kurulur¹⁶⁴. Birinci banka, bu vekâlete dayanarak garanti alana bir garanti vermesi konusunda ikinci bankayı ikna etmekte ve bu ilişkiye dâhil etmektedir. Bunun üzerine ikinci bankanın ilişkiye dâhil olması sonucunda garanti sözleşmesi, ikinci banka ile garanti alan arasında kurulmuş olmaktadır¹⁶⁵.

Dolaylı garantide ikinci banka, garanti alana karşı taahhüt altına girmektedir. Birinci banka, ikinci bankanın garanti taahhüdünü yerine getirmesi halinde doğabilecek tehlikeye karşı ikinci bankaya güvence vermektedir. İlk banka ile ikinci banka arasında bir kontrgaranti sözleşmesi bulunmaktadır. Birinci bankanın, temel

¹⁶³ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.754; **Dohm**, s.46; **Roesle**, s.20; **Kahyaoglu**, s.17.

¹⁶⁴ Bu sözleşme ilişkisine vekâlet'e ilişkin hükümlerin uygulanacağı doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Kleiner**, Bankgarantie, s.174; **Tekinalp**, s.389.

¹⁶⁵ **Mülberrt**, Missbrauch von Bankgarantien, s.81 vd.; **Bark**, s.405 vd.; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.157; **Lienesch**, Bankgarantie, s.23; **Kohlhof**, s.125. **Doğan**, s.81; **Tekinalp**, s.389.

ilişkiden kaynaklanan garanti konusu olayla bir ilgisi veya buna ilişkin bir garantisi bulunmamaktadır. Garanti konusu olayın gerçekleşmesi ve garanti alanın da usulüne uygun bir şekilde ödeme talebinde bulunması üzerine ikinci banka garanti bedelini ödemişse ilk banka tarafından kontrgaranti ile güvence altına alınan olay gerçekleşmiş olur. Böylece ikinci banka, garanti alana ödediği garanti bedelini ilk bankadan talep etme hakkı kazanır.

Dolaylı garantide ilk banka ile garanti alan arasında doğrudan hiç bir hukuki ilişki bulunmamaktadır. Aynı şekilde ikinci bankanın da edimi garanti edilen ile doğrudan ilişkisi yoktur. Bu nedenle edimi garanti edilenin, ikinci bankaya herhangi bir talimat verme yetkisi bulunmamaktadır. Edimi garanti edilen, sadece vekili durumundaki birinci bankaya talimat verir ve ilk bankada bu talimatlar çerçevesinde ikinci bankaya talimat verir¹⁶⁶.

Uluslararası ticari ilişkilerde dolaylı garantiler oldukça sık kullanılmaktadır. Bunun nedeni garanti alanın, kendi ülkesindeki bir bankadan garanti almak istemesi ve böylece de kendi ülkesi hukukuna tabi olmak istemesinden kaynaklanmaktadır. Bunun sonucunda da garanti alan, uyuşmazlık çıkması halinde garanti vereni, kendi ülkesinde dava edebilmektedir¹⁶⁷.

3-Konsorsiyum garantileri

Konsorsiyum garantilerinde garanti vereni birden çok banka oluşturmaktadır. Bu tür garantilerde birden çok banka, garanti tutarını paylaşmak suretiyle garanti vermektedir. Bu tür garantiler, ya her bir bankanın sadece taahhüt ettiği kısımdan sorumlu tutulması ya da bankalar arasında teselsül ilişkisi kurulması suretiyle iki şekilde gerçekleştirilir¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Doğan, s.82.

¹⁶⁷ Kahyaoğlu, s.18.

¹⁶⁸ Kahyaoğlu, s.18.

IV-BANKA GARANTİSİNİN AMACI

Banka garantisinin asıl amacını, teminat sağlamak oluşturmaktadır. Bunun yanısıra banka garantisinin, özellikle de “ilk talepte” ödeme kaydını içeren banka garantisinin, kolayca paraya çevrilebilme özelliği bulunmaktadır. Bu nedenle doktrinde banka garantisinin, teminat amacının yanında bir de “likidite” sağlama amacının bulunduğu kabul edilmektedir. Ödeme talebinin, garantinin amacına aykırı bir şekilde yapılması halinde garanti veren banka, talebin amaca aykırı olduğunu ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilmekte ve böylece garanti alanın ödeme talebine karşı savunma imkânı elde etmektedir. Amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması konusunun daha iyi anlaşılması amacıyla aşağıda banka garantisinin bu iki amacını inceleyeceğiz.

A-Teminat Amacı

Banka garantisinin esas amacını teminat sağlamak oluşturmaktadır¹⁶⁹. Zira banka garantisinin amacı, temel borç ilişkisindeki gerçekleşmesi garanti alan tarafından arzu edilen edim sonucunun gerçekleşmemesi nedeniyle ortaya çıkan kaybın, “telafi edici” (*kompensatorisch*) bir şekilde teminat altına almaktır. Bundan dolayı banka garantisi nedeniyle yapılacak ödeme de, ancak garanti metninde belirlenen rizikonun, yani garanti konusu olayın fiilen gerçekleşmesi ve bu garanti konusu olayın gerçekleştiğinin zımnen de olsa garanti alan tarafından iddia edilmesi hâlinde mümkün olacaktır¹⁷⁰.

B-Likidite Sağlama Amacı

Banka garantisinin teminat amacının yanısıra “likidite” sağlama amacı da bulunmaktadır. Banka garantisi, garanti alanın ödeme talebinde bulunması ile

¹⁶⁹ **Kleiner**, Bankgarantie, s.8; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.748-749; **Dohm**, s.29; **Roesle**, s.11; **Scyboz**, s.333; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.141; **Streule**, s.5 vd.; **Schröder**, s.12-13; **Rimmelpacher**, s.18.

¹⁷⁰ **Büsser**, s.127.

kolayca paraya çevrilebilen kişisel bir teminatır. Yani temel ilişkinin alacaklısı durumunda olan garanti alan, garanti sözleşmesinde kararlaştırılan şartlara uygun ve süresi içinde garantinin ödenmesi talebinde bulunursa, derhal ödeme yapılmak suretiyle kaybı telafi edilmektedir. Bu şekildeki bir derhal ödeme yapılması banka garantisine, teminat işlevinin yanısıra likidite sağlama işlevi de kazandırmaktadır. Doktrinde bu durum, garantinin “likidite işlevi” şeklinde adlandırılmaktadır¹⁷¹. Garanti ödemesinin bu şekilde kolayca gerçekleştirilmesi, kişisel teminat olarak banka garantisinin daha çok tercih edilmesine de neden olmaktadır.

Banka garantisinin likidite fonksiyonu esas olarak, garanti yükümlülüğünün fer’i nitelikte olmamasına dayanmaktadır. Zira banka, garanti vermekle, temel borç ilişkisinden doğan tüm def’i ve itirazları ileri sürmekten vazgeçmekte ve bunun sonucu olarak da teminat altına alınan edimin yerine getirilmemesi durumunda garanti alanın, teminat altına alınan edime yönelik bir hakkının bulunup bulunmadığına bakmaksızın ödeme yapmayı vaat etmektedir¹⁷². Bu şekildeki bir ödeme, temel borç ilişkisindeki tartışmalara ve ihtilaflara bakmaksızın yapıldığı için, banka garantisi nedeniyle elde edilecek paranın, kolayca garanti alana ulaşması sonucunu doğurmaktadır. Bu da banka garantisinin likidite fonksiyonunu ortaya çıkarmaktadır.

Banka garantisinin likidite fonksiyonu ayrıca, ödeme talebindeki şartlar bakımından da ortaya çıkmaktadır. Zira garanti sözleşmesinde belirlenen şartlara göre garanti alan, garanti konusu olayın gerçekleştiğini ileri sürer ve ayrıca talep edilen diğer belgeleri sunarsa garanti veren banka, derhal garanti bedelini ödemek zorundadır. Özellikle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren banka garantilerinde banka garantisinin likidite fonksiyonu diğer garantilere nazaran daha da öne çıkmaktadır. Zira “ilk talepte” ödeme kaydını içeren banka garantilerinde garanti alan, sadece garanti konusu olayın gerçekleştiğini, zımnen de olsa iddia etmekte ve bu durum karşısında garanti verenin, ödeme talebinin kendisine ulaşmasından sonra, garanti konusu olayın gerçekleşmediğini ve bu nedenle de yapılan ödeme talebinin

¹⁷¹ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.748-749; **Kleiner**, Bankgarantie, s.198; **Nielsen**, Bankgarantien, s.15; **Roesle**, s.13; **Lohmann**, s.18. Garantinin likidite sağlama amacının bulunmasına karşılık ödeme amacının bulunmadığı kabul edilmektedir. Bkz. **Schröder**, s.14-16

¹⁷² **Westphalen**, Der Einheitlichen Richtlinien, s.963.

garantinin amacına aykırılık oluşturacağını derhal kanıtlaması gerekmektedir. Aksi takdirde garanti veren banka, garanti bedelini derhal ödemelidir¹⁷³.

Banka garantisinin likidite fonksiyonunun önemi doktrinde “önce öde, sonra dava et” şeklinde ifade edilmektedir¹⁷⁴. Dolayısıyla garanti verenin def’i ve itirazları ileri sürmekten vazgeçmesi nedeniyle, garanti alanın ödeme talebinde bulunması durumunda, temel borç ilişkisinin tarafları arasında, garanti alanın teminat konusu edime yönelik bir hakkının bulunup bulunmadığı konusunda bir tartışma yapılamamaktadır. Bu tür bir ihtilafın çözümü sonraya bırakılarak ertelenmektedir. Böylece garanti alan, diğer borç ilişkilerinden farklı olarak “üstün bir hukuki konum” elde etmektedir¹⁷⁵. Ancak garanti alanın, bu üstün hukuki konumunu açıkça kötüye kullanması durumu, hakkın kötüye kullanılması (MK. m.2/2) sonucunu doğuracaktır. Yani, garanti alan, garanti konusu edime yönelik bir talep hakkına sahip olmamasına ve dolayısıyla da garantiden doğan bir talep hakkı bulunmamasına rağmen dürüstlük kuralına açıkça aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunursa hakkını kötüye kullanmış olur. Bunun gibi de garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması, garanti konusu olayın gerçekleşmemesine veya gerçekleşmesinin artık mümkün olmamasına rağmen ödeme talebinde bulunulması hallerinde de garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması söz konusu olacaktır. Bu durumda garanti veren banka, hakkın kötüye kullanıldığına veya garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğuna yönelik savunmasını yaparak garanti alanın ödeme talebini geri çevirecektir.

Banka garantisinin likidite sağlama amacı, teminat amacıyla tezatlık oluşturmaz. Aksine likidite sağlama amacının bulunması, garantinin teminat sağlama amacının gerçekleştirilmesini de kolaylaştırmaktadır. Ayrıca garantinin likidite sağlama amacının sınırını da, garantinin teminat amacı oluşturmaktadır. Zira teminat altına alınan edim, ödeme talebinde bulunulduğu zamanda temel ilişkinin borçlusu tarafından çoktan yerine getirilmişse, yapılan ödeme talebi garantinin amacına

¹⁷³ **Büsser**, s.146-147.

¹⁷⁴ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.749; **Schönle**, s.74; **Richter**, s.256; **Von Mettenheim**, s.581; **Nielsen**, 7. Rostocker, s.49.

¹⁷⁵ **Streule**, s.88; **Büsser**, s.151.

aykırılık oluşturacaktır. Bu durumda garanti veren banka, garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğuna yönelik savunmasını yaparak ödeme yapmaktan kaçınacaktır. Dolayısıyla garantinin likidite sağlama fonksiyonu, garantinin teminat amacıyla sınırlı ve o çerçevede söz konusu olacaktır¹⁷⁶.

V-BANKA GARANTİSİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A-Genel olarak

Banka garantisi, garanti veren durumundaki banka ile garanti alan arasında yapılan ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Zira banka, garanti yükümlülüğü altına girerken, garanti alan herhangi bir borç altına girmemektedir¹⁷⁷.

Banka garantisi, garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturmaktadır. Dolayısıyla garanti sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar banka garantisi bakımından da aynen geçerli olacaktır. Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği ise doktrinde tartışmalıdır. Tartışmanın kaynağını, BK m.110'da düzenlenen "üçüncü kişinin fiilini taahhüt"¹⁷⁸ oluşturmaktadır. Bu hüküm İsviçre BK. m.111'den alınmıştır¹⁷⁹. Ancak İsviçre BK. m.111'den farklı olarak BK m.110'a 8.7.1981 tarih ve 2486 sayılı Kanunla ikinci fıkra hükmü eklenmiştir¹⁸⁰.

¹⁷⁶ **Büsser**, s.152-153.

¹⁷⁷ **Kleiner**, Bankgarantie, s.11 ve 153; **Tekinalp**, s.372 ve s.382; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.155; **Roesle**, s.94.

¹⁷⁸ BK. m.110 hükmündeki başlıkta ve maddenin metninde kullanılan "fiil" kelimesinden, İsviçre BK. m.111'in madde metninde olduğu gibi "edim" (Leistung) anlaşılması gerektiği yönündeki görüş için bkz. **Eren**, s.1107, dp.65.

¹⁷⁹ Benzer düzenleme Avusturya Medeni Kanunu m.880a'da da bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Rummel**, s.1175 vd.; **Koziol/ Welsler**, s.242; **Gschnitzer**, s.260-261. Üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin bir düzenleme Alman Medeni Kanununda yer almamaktadır. Bu nedenle Alman hukukunda garanti sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda tartışma bulunmamakta ve garanti sözleşmesi, kendine özgü bir sözleşme tipi olarak kabul edilmektedir.

¹⁸⁰ Kanun koyucu BK. m.110/2'de "Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir" hükmü getirmek suretiyle süreli-süresiz garanti ayırımını düzenlenmiştir.

İsviçre BK. m.111'in kaynağını, Fransız MK.m.1120 oluşturmaktadır¹⁸¹. Fransız MK.m.1119'da öncelikle, kural olarak, herkesin ancak kendi adına ve kendisi için taahhüt altına girebileceği vurgulandıktan sonra m.1120'de; “Bununla birlikte, bir üçüncü kişinin fiilini vaat emek suretiyle onun için taahhütte bulunulabilir; şu kadar ki üçüncü kişi, taahhüdü yerine getirmeyi reddederse, onun için taahhütte bulunanın yahut akde icazet verdireceğini vaat edenin teminat ödemesi şarttır” hükmü getirilmiştir¹⁸². Bu hüküm ile bir sözleşmeye bir üçüncü kişi tarafından icazet verileceğini taahhüt eden kimsenin, o kişinin icazetten kaçınması durumunda diğer tarafın uğrayacağı zararı tazmin etmekle yükümlü olacağı düzenlendiği kabul edilmektedir¹⁸³. Böylece Fransız Medeni Kanununda üçüncü bir kişinin fiilinin taahhüt edilemeyeceği kuralı öngörüldükten sonra, 1120. maddede bu kurala bir istisna getirilmekte ve üçüncü bir kişinin, kendisine taahhütte bulunulan kişi ile bir sözleşme yapacağına dair teminat verilmektedir. Bunun gerçekleşmemesi, yani üçüncü kişinin sözleşmeyi yapmaması halinde teminat veren, ortaya çıkan zararı karşılamaktadır.

Fransız MK.m.1120'de ki bu hüküm örnek alınmak suretiyle benzer bir madde 1881 tarihli İsviçre BK. m.127'de düzenlenmiş ve daha sonra da borçlar kanununun revizyonu sırasında içeriğinde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın, sadece Fransızca metnine “porte-fort” tabiri eklenmek suretiyle 111. maddeye alınmıştır. Benzerlik göstermesine karşın, İsviçre BK. m.111, geniş kapsamlı olması açısından Fransız MK. m.1120'den farklıdır. Zira burada, taahhütte bulunan kişi, üçüncü bir kişinin sadece bir sözleşmeye icazet vereceğini değil, aynı zamanda üçüncü kişinin bir fiilini, yani sözleşme konusu edimin yerine getirileceğini de taahhüt etmektedir¹⁸⁴.

İsviçre, Fransa, Avusturya ve Türk hukukunda bulunan, üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin düzenlemeler nedeniyle doktrinde, garanti sözleşmesinin hukuki niteliği belirlenirken bu maddeler dikkate alınmak suretiyle nitelendirmeler

¹⁸¹ **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.43–44; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.849–850.

¹⁸² Bu hüküm ve yorumu konusunda bkz. **Arık**, Garanti Mukavelesi, s.46; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.31; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.849.

¹⁸³ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.849, dn.169' da anılan yazar.

¹⁸⁴ **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.43; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.849–850.

yapılmaktadır. Doktrindeki tartışma, özellikle üçüncü kişinin fiilinin taahhüdüne ilişkin bu düzenlemenin, garanti sözleşmesi ile ilişkisinin bulunup bulunmadığı noktasında ortaya çıkmaktadır. Doktrinde hâkim görüş, garanti sözleşmesinin hukuki niteliğini BK. m.110’ da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüde dayandırmaktadır¹⁸⁵. Buna karşılık azınlıkta kalan diğer görüş ise garanti sözleşmesinin, BK. m.110 anlamında üçüncü kişinin fiilini taahhüt sayılamayacağını, burada kendine özgü (sui generis) bir sözleşmenin bulunduğunu kabul etmektedir¹⁸⁶.

Aşağıda öncelikle “üçüncü kişinin fiilini taahhüt” görüşünü ve sonuçları ile kendine özgü sözleşme görüşü ve sonuçlarını ele aldıktan sonra bu görüşleri değerlendireceğiz.

B-Banka Garantisinin Hukuki Niteliğine İlişkin Görüşler

1-Üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşü

Türk ve İsviçre hukukunda hâkim görüş¹⁸⁷, garanti sözleşmesinin hukuki niteliğini BK. m.110’ da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile açıklamaktadır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt, BK. m.110/1’de; “Bir üçüncü şahsın fiilini başkasına taahhüt eden kimse bu üçüncü şahıs tarafından taahhüdün ifa edilmemesi halinde zarar ve ziyan tediyesine mecburdur” şeklinde düzenlenmiştir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhütle, taahhütte bulunan, üçüncü kişinin bir edimi yerine getirmesini vaat etmekte ve bu edimin yerine getirilmemesi halinde oluşacak

¹⁸⁵ Garanti sözleşmesinin hukuki niteliğini, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile açıklayan yazarlar ve görüşleri aşağıda ayrıntılı bir şekilde değerlendirilecektir.

¹⁸⁶ Kendine özgü sözleşme görüşünü kabul edenler ve görüşleri aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

¹⁸⁷ **Kleiner**, Bankgarantie, s.132–133; **Pestalozzi**, Art. 111, N.1 ve N.5; **Oser/ Schöenberger**, Art. 111, N.1 vd.; **Scyboz**, s.328 vd.; **Gabi**, s.13; **Handschin**, s.228; **Giovanoli**, Art.492, N.13 ve 14a; **Eberl**, s.33 ve 46–49; **Becker**, Art. 111, N.2-4. **Eren**, s.1107; **Franko**, s.576; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.178–179; **Oğuzman/ Öz**, s.800-801; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.228–229; **Özdemir A.**, s.257; **Schwarz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s.404; Hâkim görüş lehinde veya aleyhinde olmaktan kaçınan **Oftinger**’in değerlendirilmesi için bkz. **Oftinger**, s.59 vd.; **Çebi**, s.135.

Banka garantisinin hukuki niteliğinin BK.m.110 anlamında üçüncü kişinin fiilini taahhüt oluşturduğu konusunda bkz. **Zobl**, s.28-29.

tüm zararlardan sorumlu olmayı üstlenmektedir. Buna karşılık taahhütte bulunan, üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi halinde, onun yerine geçerek vaat ettiği edimi kendisi yerine getiremeyeceği gibi, taahhütte bulunulan da bu edimin yerine getirilmesini isteyemeyecektir¹⁸⁸.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüdün söz konusu olabilmesi için, öncelikle fiili taahhüt edilen üçüncü bir kişinin bulunması gerekir. Üçüncü kişinin ismen belli olmasına gerek yoktur, belirlenebilir olması yeterlidir. Üçüncü kişi, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir¹⁸⁹. Taahhüdün konusunu üçüncü kişinin bir edimi oluşturur. Bu edim, fiili veya hukuki nitelikte bir davranış olabileceği gibi, verme ve yapma şeklinde olumlu bir edim veya yapmama şeklinde olumsuz bir edim de olabilir¹⁹⁰. Taahhüdün konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olmaması gerekir. Hukuka ve ahlaka aykırı bir edimin taahhüt edilmesi halinde bu taahhüt BK. m.20 hükmü uyarınca batıl olur¹⁹¹. Buna karşılık üçüncü kişinin taahhüt edilen ediminin imkânsız olması taahhüdün geçerliliğini etkilemeyecektir¹⁹². Zira üçüncü kişinin fiilini taahhütten doğan borç, üçüncü kişinin davranışı değil, bunun gerçekleşmemesi halinde zararın karşılanmasıdır. Bu nedenle üçüncü kişinin fiili mümkün olsun

¹⁸⁸ **Franko**, s.584; **Büsser**, s.28–29; **Pestalozzi**, Art. 111, N.1 ve N.13; **Oser/Schönenberger**, Art. 111, N.4; **Becker**, Art. 111, N.10; **Scyboz**, s.331; **Reusser**, s.98 vd.; Ancak, üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden kimse, borcun ifası şahsa sıkı sıkıya bağlı bir edimin yerine getirilmesini oluşturmuyorsa, yani edimin bizzat borçlu tarafından ifasında alacaklının yararı bulunmuyorsa, bu edimi fiili taahhüt edenin bizzat yerine getirmesi mümkündür. Ancak üçüncü kişi yerine edimde bulunmak üçüncü kişi için BK. m.110 hükmünden doğan bir hak değil, BK. m.67 hükmünün tanıdığı bir yetkidir. Bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.854; **İnan**, s.375; **Franko**, s.587.

¹⁸⁹ **Eren**, s.1110–1111; **Oğuzman/Öz**, s.805; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.50; **Franko**, s.569.

¹⁹⁰ **Pestalozzi**, Art. 111, N.4; **Oser/Schönenberger**, Art. 111, N.6; **Becker**, Art. 111, N.9; **Arık**, Garanti Mukavelesi, s.53-54; **Eren**, s.1111; **Oğuzman/Öz**, s.805; **Franko**, s.580-581; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.228–229. Üçüncü kişinin edimine, üçüncü kişinin bir borcunu ifa edeceği, bir bağışta bulunacağı, bir satım sözleşmesi yapacağı, intifa hakkı kuracağı, kredi açacağı, bir hayat veya kaza sigortası yaptıracağı, rekabet etmeyeceği, bir mirası reddedeceği, bir hakkından feragat edeceği, belirli zamanlarda güvürlü yapmayacağı örnek olarak verilebilir.

¹⁹¹ **Scyboz**, s.329; **Reusser**, s.100; **Pestalozzi**, Art. 111, N.22; **Oser/Schönenberger**, Art. 111, N.7; **Eren**, s.1111; **Oğuzman/Öz**, s.806; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.230.

¹⁹² **Pestalozzi**, Art. 111, N.15; **Oser/Schönenberger**, Art. 111, N.7; **Eren**, s.1111–1112; **Oğuzman/Öz**, s.807. Burada başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayırımı yapılabilir. Başlangıçta objektif bakımdan imkânsızlık bulunsa bile bu durum, taahhüdün geçerliliğine etki etmeyecektir. Ancak üçüncü kişinin taahhüt edilen fiilinin imkânsızlığını taahhütte bulunanın bilmemesi temel hatasını oluşturuyorsa(BK.m.24/b.4) veya taahhüt eden hileye uğramışsa(BK.m.28) irade beyanındaki sakatlığa dayanmak suretiyle taahhüde ilişkin sözleşmenin iptalini isteyebilir. Buna karşılık, edimin sonraki imkânsızlık nedeniyle ifa edilememesi durumunda, taahhüt edilen fiil gerçekleşmiş olup, taahhüt edenin tazminat borcu doğacaktır. Bkz. **Eren**, s.1111–1112; **Oğuzman/Öz**, s.807.

olmasın, bunun gerçekleşmemesi üzerine yapılacak ödeme imkânsız olmayacaktır. Üçüncü kişinin fiilini taahhüt bakımından imkânsızlık, sadece var olmayan bir kişinin ediminin taahhüt edilmesi halinde gündeme gelebilecektir¹⁹³.

Üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhütte bulunan kişi, üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi nedeniyle oluşabilecek zararları karşılamayı üstlenmektedir. Buradaki zarar, doğrudan doğruya vaat konusu fiilin yerine getirilmemesi nedeniyle ortaya çıkmalıdır. Yani taahhüt edilenin, taahhüt edenle olan ilişkisi nedeniyle malvarlığı değerinin azalması söz konusudur¹⁹⁴.

BK. m.110/1’de düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüdün hukuki sonucunu tazminat yükümlülüğü oluşturmaktadır¹⁹⁵. Nitekim maddenin metninde de “...zarar ve ziyan tediyesine mecburdur” denilmek suretiyle tazminat yükümlülüğü açıkça vurgulanmıştır. Bu tazminat yükümlülüğü, taahhütte bulunan tarafından, taahhüt edilende uyandırılan güvenin boşa çıkması nedeniyle ortaya çıkmaktadır ve tazminatın miktarı da buna göre belirlenecektir. Buradaki zarar, ifa menfaatinin gerçekleşmemesinden doğan müspet zarardır¹⁹⁶. Yani taahhütte bulunan, üçüncü kişinin fiili gerçekleşseydi alacaklının malvarlığının içinde bulunacağı durumla, bu fiil gerçekleşmediği için şimdi içinde bulunduğu durum arasındaki farkı tazminat olarak ödeyecektir.

Türk ve İsviçre hukukunda hâkim görüş, garanti sözleşmesinin hukuki niteliğini BK. m.110’ da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile açıklamakla birlikte bu görüş sahipleri arasında birlik bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüdün aynı şey olduğunu ve bu kavramların birbiriyle örtüştüğünü savunmaktadır¹⁹⁷. Doktrinindeki diğer bir görüş,

¹⁹³ **Oğuzman/Öz**, s.807.

¹⁹⁴ **Büsser**, s.32–33.

¹⁹⁵ **Eren**, s.1112; **Büsser**, s.33. **Oğuzman/Öz**, s.806 da “Taahhüt edenin borcunun konusu, üçüncü kişinin davranışı değil, bunun gerçekleşmemesi üzerine ödenecek bir tazminattır” demekle birlikte s.811’de “Taahhüt edenin bu yükümlülüğü aslında bir tazminat ödeme borcu değil, sözleşmeyle yükümlendiği asıl borcudur” demek suretiyle taahhütte bulunanın borcunun bir tazminat borcu olmadığı, sadece kendi borcunu ifa etmekle yükümlü olacağını ileri sürmektedir.

¹⁹⁶ **Guggenheim E**, s.82; **Oser/Schönenberger**, Art. 111, N.10; **Becker**, Art. 111, N.14; **Pestalozzi**, Art. 111, N.18; **Scyboz**, s.331; **Eren**, s.1113; **Oğuzman/Öz**, s.811; **Franko**, s.583.

¹⁹⁷ **Oser/Schönenberger**, Art. 111, N.3-4; **Schwarz**, Borçlar Hukuku Dersleri, s.404.

garanti sözleşmesinin daha geniş bir kavram olduğunu ve üçüncü kişinin fiilini taahhüdün de garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturduğunu ileri sürmektedir¹⁹⁸. Bu görüş sahipleri, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile sadece üçüncü kişinin bir edimi taahhüt edilebilmekte iken, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin edimini taahhüt yanında başka fiil ve risklerinde taahhüdünün mümkün olduğu ve bu nedenle de garanti sözleşmesinin geniş kapsamlı bir sözleşme olduğunu savunmaktadır¹⁹⁹. Örneğin, bir kişi, bir başkasıyla sahibi olduğu işletmenin, sözleşmenin yapılmasından itibaren bir yıl içinde belirli bir kâr edeceğini garanti eden bir sözleşme yapması halinde, sadece bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilebilecektir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşünü savunan yazarlar, üçüncü şahsın fiilini taahhüt kurumunun Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri arasında düzenlemesinden hareketle BK. m. 110 hükmünün dar değil, geniş yorumlanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş taraftarlarına göre, bu maddede kanun koyucu, özel bir olguyu değil, değişik olguların bir arada bulunabileceği bir unsuru düzenlemiştir. Bu nedenle, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün kapsamına, borçlanılmış olup olmamasına bakılmaksızın, bir kimsenin üçüncü kişinin her türlü edimin ifasını taahhüt etmesi halleri girecektir²⁰⁰.

BK. m.110 hükmünün geniş yorumlanması gerektiği düşüncesinden hareket eden doktrindeki başka bir görüş, biraz daha ileri giderek, BK. m.110'nun, garanti sözleşmesi bakımından genel nitelikte bir hüküm olduğunu savunmaktadır²⁰¹. Bu görüşe göre, BK. m.110 hükmü, kefalet benzeri garantiyi içine almasına karşın, saf garantiyi maddenin uygulanma alanı dışında bırakmaktadır. Ancak maddenin temelindeki düşünce “garanti etmek”tir ve burada garanti edilen, korkulan bir olayın gerçekleşmesidir. Bu maddede korkulan olayın “üçüncü kişinin fiili”ne bağlanmış olması, düzenlemenin yapıldığı zamandaki ihtiyaçları yansıtmaktadır. Hükmün

¹⁹⁸ Eren, s.1107; Franko, s.576; Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, s.178-179; Aynı yazarın; Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s.335; Oğuzman/Öz, s.800-801; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.228-229; Özdemir A., s.257; Çebi, s.135.

¹⁹⁹ Eren, s.1108; Oğuzman/Öz, s.800-801.

²⁰⁰ Kleiner, Bankgarantie, s.132-133; Oser/Schönenberger, Art. 111, N.1; Becker, Art. 111, N.2; Pestalozzi, Art. 111, N.5-6; Scyboz, s.324 vd.; Eberl, s.46 vd.

²⁰¹ Tekinalp, s.378-379.

yorumlanmasında kanun koyucunun gördüğü ihtiyaçla bağlı kalma zorunluluğu yoktur. Dolayısıyla bu maddede yer alan “üçüncü kişinin fiili” ibaresinin, saf garantileri de içine alacak şekilde geniş yorumlanması, hükmün amacına uygunluk oluşturacaktır. Zira hükümde garanti verenin sorumluluğu düzenlenmekte ve bu hükmün saf garantilere uygulanmasına engel oluşturacak öğelerde bulunmamaktadır²⁰². Dolayısıyla bu görüşe göre BK. m.110 hükmü hem yöneltmeyi amaçlayan hem de teminatı amaçlayan garantileri içine alacak şekilde geniş bir düzenleme içermektedir.

Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda, üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşünü savunan yazarlardan *Kleiner*, garanti verenin kendi borcunu yerine getirdiğini, bu borcun bir tazminat borcu olmadığını açıkça vurgulamıştır. Bu nedenle de tazminata ilişkin tüm hükümlerin burada uygulama alanı bulamayacağını ileri sürmüştür²⁰³.

Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda Yargıtay, üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşünü benimsemektedir. Özellikle 11.06.1969 tarih ve E.1969/4, K.1969/6 sayılı kararında Yargıtay²⁰⁴ şu ifadelerle bu görüşü açıkça kabul etmektedir; “Borçlar Kanununca genel olarak garanti akti tipi tanzim edilmemiştir. Kanunda başkasının fiilini taahhüt mahiyetinde mevcut olan 110. maddenin bu tarife göre değerlendirilmesi ve zaruri unsurların içtihat yoluyla tamamlanması icap etmiştir”. Böylece Yargıtay, garanti sözleşmesinin Borçlar Kanunu’nda düzenlenmediğini, fakat BK. m.110’daki üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir teminat sözleşmesi olduğunu kabul etmektedir²⁰⁵.

²⁰² **Tekinalp**, s.378–379.

²⁰³ **Kleiner**, Bankgarantie, s.81 vd. ve s.216–217; Aynı görüşte **Kahyaoğlu**, s.61 vd.; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.69.

²⁰⁴ YİBK 11.06.1969 tarih ve E.1969/4 K.1969/6 sayılı kararı için bkz. Resmi Gazete 3.10.1969, N.13317.

²⁰⁵ Daha sonraki kararlarında da Yargıtay, bu kararın etkisiyle, garanti sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin olarak birçok kararında, bu sözleşmenin BK. m.110 hükmüne dayandığını kabul etmiştir. Bu konuda YHGK 27.10.1982 tarih ve E.1979/11-1915, K.1982/865 sayılı karar; YHGK 3.7.1981 tarih ve E. 1979/1-1941, K.1981/560 sayılı karar; Y. 11.HD. 17.5.1983 tarih ve E.1983/2462, K. 1983/2617 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr; Ayrıca yakın tarihli bir kararda YHGK; “...Kanunda özel bir akit türü olarak düzenlenmemiş olan garanti sözleşmesi, BK nun 110. Maddesinde hükme bağlanan üçüncü kişinin fiilini (edimini) taahhüt niteliğinde kabul edilmektedir” şeklinde hüküm

2-Kendine özgü bir sözleşme türü olduğu görüşü

Garanti sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin doktrinde azınlıkta kalan görüş²⁰⁶, garanti sözleşmesini, kendine özgü bir sözleşme olarak kabul etmektedir. Bu görüş sahiplerine garanti sözleşmesini, fer'i olmayan ve BK. m.110 kapsamında yer almayan bir teminat sözleşmesi olarak görmektedir.

Bu görüşe göre, kendine özgü niteliğe sahip olan garanti sözleşmesinde garanti veren, kendisinin etki alanında bulunmayan ve garanti alanın gerçekleşmesini arzu etmediği garanti konusu olayın ortaya çıkması üzerine belirli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi vaat etmektedir. BK. m.110'da düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhütten farklı olarak buradaki vaat sadece garanti konusu olayın gerçekleşmesi halinde, kararlaştırılan belirli bir miktar paranın ödenmesine ilişkindir. Oysa üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhütte bulunan, üçüncü kişinin bir fiilini vaat etmektedir²⁰⁷. Burada vaat edilen bir fiil değil, garanti konusu olayın gerçekleşmesi halinde ödenecek olan paradır.

Kendine özgü sözleşme görüşünü savunan yazarlara göre, garanti sözleşmesinde garanti veren, ne üçüncü bir kişinin fiilini vaat etmekte ne de üçüncü kişinin fiili neticesinde ortaya çıkan zararını karşılamak amacıyla tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmektedir. Tazminat, kavram olarak sadece zarara sebebiyet veren ile tazminat borçlusu aynı kişiler olması halinde söz konusu olabileceğinden, garanti sözleşmesindeki garanti verenin borcunun tazminat niteliği taşımayacağı açıktır. Zira garanti sözleşmesinde garanti veren, sadece kendi ödeme taahhüdünden kaynaklanan belirli bir miktar parayı ödeme borcu altına girmektedir²⁰⁸.

vermiştir. YHGK 4.7.2001 tarih ve E.2001/19-534, K.2001/583 sayılı karar için bkz. Yargı Dünyası, S.67, Temmuz 2001, s.33 vd.

²⁰⁶ **Dohm**, s.64–65; **Büsser**, s.27; **Tandoğan**, Garanti Mukavelesi, s.44 vd.; ve aynı yazarın, Özel Borç İlişkileri II, s.849 vd. ve özellikle 851; **Reichwein**, s. 376; Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesi arasındaki farklılıklar için de özellikle bkz. s.36–37; **Schönle**, s. 57; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.153; **Giger**, s.248–250; **Bär**, s.10.

²⁰⁷ **Dohm**, s.65; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.153; **Büsser**, s.34.

²⁰⁸ **Dohm**, s.65.

Garanti sözleşmesi ile teminat altına alınan edim, üçüncü kişi tarafından garanti altına borçlanılan satım, kira veya iş görme borcu doğuran bir sözleşmenin konusunu oluşturan edim olabilir. Ancak garanti verenin garanti vaadinde bulunması için, temel borç ilişkisini oluşturan bu edimin gerçekte borçlanılmış olması şart değildir. Yani garantinin geçerli olması için, temel borç ilişkisinin bulunması zorunlu değildir. Garanti verenin borcu fer'i olmayan nitelikte ve temel ilişkiden bağımsız olduğu için, garanti verenin bu borcu, garanti alanın temel borç ilişkisinden doğan bir talep hakkının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın varlığını sürdürecektir²⁰⁹.

Tazminatın söz konusu olabilmesi için öncelikle bir zararın bulunması şarttır. Zararın oluşmadığı yerde de tazminattan söz edilemez. Garanti sözleşmesinde garanti bedelinin talep edilebilmesinin şartı, bir zararın ortaya çıkması değil, garanti konusu olayın gerçekleşmesidir²¹⁰. Yani garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti alan, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunabilecek ve bu talepte bulunabilme için garanti alanın aynı zamanda zarara da uğraması şartı aranmayacaktır.

BK. m.110 hükmü uyarınca taahhütte bulunan kişinin ödeyeceği tazminat miktarının, vaatte bulunulan tarafından ispat edilmesi gerekir. Buna karşılık banka garantileri bakımından garanti alanın bu tür bir yükümlülüğü bulunmamaktadır²¹¹.

Garanti sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda, kendine özgü sözleşme görüşünü kabul eden *Tandoğan* 'ın değerlendirmeleri, bu görüşü kabul eden yazarlara göre farklılık göstermektedir. *Tandoğan*, BK. m.110 hükmünün, garanti sözleşmesini düzenlemek amacıyla konulmadığını ve bu hükmün unsurları ve alanının garanti sözleşmesinin unsurları ve alanına tamamıyla uymadığını; bu nedenlerden dolayı garanti sözleşmesinin kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir²¹². Ancak *Tandoğan*, kendine özgü sözleşme görüşünü savunan diğer yazarlardan farklı olarak, garanti verenin borcunun bir tazminat borcu olduğunu

²⁰⁹ **Scyboz**, s.323; **Gabi**, s.12; **Büsser**, s.34–35.

²¹⁰ Garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti bedelini ödemeyi vaat etmektedir. Garanti verenin yükümlülüğünün doğması, garanti konusu olayın gerçekleşmesi geciktirici şartına bağlanmaktadır. Bkz. **Büsser**, s.35.

²¹¹ **Dohm**, s.65; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.178.

²¹² **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.851.

kabul etmektedir. Gerçekten de yazar, “garanti verenin tazminat borcu” başlığı altında “garanti veren, garanti alanın bir davranışına veya girişimine bağlı olarak gerçekleşmemesi hususunda teminat verdiği rizikonun gerçekleşmesi halinde doğan zararı tazminle yükümlüdür” demektedir²¹³. Oysaki kendine özgü sözleşme görüşünü kabul eden diğer yazarlar, garanti verenin borcunun, bir tazminat borcu olmadığı, sözleşmeden kaynaklanan kendi borcunu oluşturduğunu savunmaktadırlar²¹⁴.

C-Görüşlerin Değerlendirmesi

Öncelikle vurgulamakta fayda vardır ki, Alman hukukunda, Türk ve İsviçre hukukunda olduğu gibi üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, banka garantilerinin hukuki niteliği konusunda herhangi bir tartışmaya girilmeksizin, sözleşme özgürlüğü ilkesinden hareketle banka garantisinin hukuki niteliğinin kendine özgü bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir²¹⁵.

Türk hukuku ve İsviçre hukuku bakımından ise şu değerlendirmeleri yapabiliriz;

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesi arasında büyük benzerlikler bulunmaktadır. Bunları şu şekilde sıralamak mümkündür; Hem üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhüt konusu edim üzerindeki menfaat, hem de garanti sözleşmesinde, garanti konusu edim üzerindeki menfaat teminat altına alınmaktadır. Böylece her iki durumda da teminat amacı ön plana çıkmaktadır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve garanti sözleşmesi tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme niteliğinde ve taahhütte bulunan ile garanti verenin borcu fer’i nitelikte olmayan bir borç özelliği taşımaktadır. Bunun sonucu olarak taahhütte bulunulmanın ve garanti alanın üçüncü kişiye karşı temel ilişkiden doğan bir talep hakkının bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, üçüncü kişinin edimini yerine getirmemesi üzerine taahhütte bulunanın tazminat ödeme yükümlülüğü ve garanti verenin de

²¹³ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.855.

²¹⁴ **Dohm**, s.65; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.153; **Büsser**, s.34.

²¹⁵ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.750; **Mengelberg**, s.26; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.494.

garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti bedelini ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Ayrıca sözleşme ilişkisinin kurulduğu anda taahhütte bulunan ve garanti veren, temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ileri sürme hakkından da vazgeçmektedir.

Üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhütte bulunanın, taahhüt konusu olayın gerçekleşmesine yönelik bir etkisi bulunamayacağı gibi, garanti sözleşmesinde de garanti verenin, garanti konusu olayın gerçekleşmesi konusunda bir etkisi bulunmamaktadır. Ayrıca her iki işlemde de teminat altına alınan edimlerin hukuka ve ahlaka aykırı olmaması da gerekir.

Aralarındaki bu yakınlık nedeniyle, mahkemelerde hüküm verilirken ve hukuki nitelendirme yapılırken bir kanun maddesine dayanma eğiliminin bulunduğu göz önüne alınarak, garanti sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun özel sözleşme tipleri arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenene kadar, üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin BK. m.110 hükmünün garanti sözleşmesine kıyasen uygulanması gerektiği doktrinde savunulmaktadır²¹⁶. Nitekim Kanun koyucu, süreli garantilere ilişkin bir yasal düzenlemenin yapılması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu hususu, üçüncü kişinin fiilini taahhüdün düzenlendiği BK. m.110 hükmüne ikinci bir fıkra eklemek suretiyle düzenlemiştir²¹⁷. Bu da Kanun koyucunun, garanti sözleşmesi ile üçüncü kişinin fiilini taahhüt arasında bir yakınlık ve ilişki gördüğünü açıkça ortaya koymaktadır.

Benzer yanlar bulunmakla birlikte üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesi arasında temel farklılıklar da bulunmaktadır. İlk olarak, üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhütte bulunan kişi, üçüncü bir kişinin fiilini taahhüt etmektedir.

²¹⁶ Bkz. **Oğuzman/Öz**, s.801; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.852. Üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin BK. m.110 hükmünün, garanti sözleşmelerine de uygulanacağını kabul edilmesi, bu sözleşmenin kanunda özel olarak düzenlenmesi gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Garanti sözleşmesine ilişkin hususların, özellikle de tanımı, hükümleri, garantinin içeriği, garanti verenle, borçlu ve garanti alan arasındaki ilişkiler ve garanti sorumluluğuna ilişkin konuların kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Reisoğlu**, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s.356-357; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.852.

²¹⁷ 8.7.1981 tarih ve 2486 sayılı kanunla BK. m.110'a eklenen ikinci fıkra hükmü, "Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir" şeklinde düzenlenmiştir.

Buna karşılık, garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alana, parasal nitelikteki kendi edimini vaat etmektedir²¹⁸.

Üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhütte bulunan, taahhüt konusu edimin üçüncü kişi tarafından yerine getirileceği konusunda taahhütte bulunulanda uyandırılan güvenin boşa çıkması nedeniyle oluşan zararları tazmin etmekle yükümlüdür. Yani taahhütte bulunanın tazminat yükümlülüğü bulunmaktadır. Buna karşılık garanti sözleşmesinde, garanti verenin yükümlülüğü bir tazminat yükümlülüğü değildir. Gerçekleşmesi garanti alan tarafından arzu edilen ve teminat altına alınan edimin beklenen ölçüde gerçekleşmemesi halinde garanti veren, vaat ettiği belli bir miktar parayı ödemeyi garanti alana borçlanmaktadır.

Üçüncü kişinin fiilini taahhütte, taahhütte bulunanın edim yükümlülüğü herhangi bir şarta bağlanmış değildir. Tazminat ödemesi, bir zararın bulunmasını gerektirse de, bu durum hukuki bakımdan şart olma özelliği taşımamaktadır²¹⁹. Buna karşılık garanti sözleşmesinde garanti verenin edim yükümlülüğü, geciktirici şarta bağlanmış bulunmaktadır. Zira garanti verenin yükümlülüğünün doğması için teminat konusu olayın gerçekleşmesi gerekir. Ancak bundan sonra garanti alan, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunabilecektir.

Benzer ve farklı yanlarını ortaya koyduğumuz BK. m.110 hükmünde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile garanti sözleşmesinin unsurları ve alanlarının tamamıyla birbirine uymadığı açıkça görülmektedir. Bu nedenle de garanti sözleşmesinin hukuki niteliği konusundaki tartışmalarda kendine özgü sözleşme görüşüne üstünlük tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Ayrıca garanti sözleşmesi bakımından kanuni dayanak olarak, üçüncü kişinin fiilini taahhüde ilişkin

²¹⁸ 1992 yılında vermiş olduğu bir kararda Yargıtay, şu şekilde hüküm vermiştir; "... yeri gelmişken bir yanlış yoruma gidilmemesi için şu noktayı belirtmekte yarar vardır. Anılan maddede(BK. m.110); "üçüncü kişinin fiilini taahhüt eden kimse" tabiri kullanılmakta ise de; böyle değildir. Burada garanti veren, üçüncü kişinin fiilini taahhüt etmemekte, fakat bu fiil yerine getirilmediği takdirde, bundan garanti alanın bir zarar görmeyeceğini garanti etmiş bulunmaktadır. Bu nedendir ki, garanti sözleşmesinde üçüncü kişinin belirli bir eylemi yapmasını veya yapmamasını temine çalışma vaadi söz konusu değildir. Zira böyle bir vaatte bulunan kimse sadece üçüncü kişiyi belirli bir hareket tarzına yöneltmek için aracılık etmeyi, gayret göstermeyi taahhüt eder..." Yarg. 13. HD. 27.4.1992 T ve E. 1992/305, K.1992/3896 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

²¹⁹ Oser/Schönenberger, Art. 111, N.4; Guggenheim, s.34; Büsser, s.37; Scyboz, s.322; Reusser, s.63.

BK. m.110 hükmünün kıyasen uygulanmasının benimsenmesi de yerinde olmayacaktır. Zira üçüncü kişinin fiilini taahhütten farklı olarak garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, bir tazminat borcu değildir. Çünkü garanti veren, kendi ödeme taahhüdünden kaynaklanan belirli bir miktar parayı ödeme borcu altına girmekte ve böylece garanti verenin vaat ettiği edim, kendi borcunu oluşturmaktadır²²⁰.

VI-BANKA GARANTİSİNİN BENZER HUKUKİ KURUMLARDAN FARKI

A-Kefaletten Farkı

Kefalet, bir kimsenin, asıl borçlunun borcunu ödememesi halinde bu borçtan şahsen sorumlu olmayı alacaklıya taahhütte ettiği bir sözleşmedir²²¹. Tanımdan da anlaşılacağı üzere kefalet, kefil, alacaklı ve asıl borçludan oluşan üç köşeli bir hukuki ilişkidir.

Şahsi teminat sözleşmeleri arasında yer alan kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi, üç köşeli bir hukuki ilişkiyi bünyesinde barındırması açısından büyük benzerlik gösterir. Benzerlik, özellikle teminatı amaçlayan garanti bakımındandır. Kefaletle ayırırda problem yaşanan garanti sözleşmesi tipi de zaten “yönelmeyi amaçlayan garanti” değil, “teminatı amaçlayan garanti” bakımındandır. Zira teminatı amaçlayan garantide garanti alan ile edimi garanti edilen arasında bir temel borç ilişkisi bulunmakta ve garanti veren de bu temel borç ilişkisinden doğan edimin, edimi garanti edilen tarafından yerine getirileceğine ilişkin taahhütte bulunmaktadır. Buna karşılık yönelmeyi amaçlayan garantide, sadece garanti alan ile garanti veren arasında bir garanti sözleşmesi bulunmakta ve herhangi bir temel borç ilişkisi bulunmamaktadır.

²²⁰ Üçüncü kişinin fiilini taahhüt görüşünü kabul etmekle birlikte garanti sözleşmesinde garanti verenin borcunun, bir tazminat oluşturmadığı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kleiner**, Bankgarantie, s.216–217; **Oğuzman/Öz**, s.811 ve özellikle dn.56; **Kahyaoğlu**, s.61–62.

²²¹ **Reisoğlu**, Kefalet, s.2; **Grassinger**, s.13; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s.520-521; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.693; **Yavuz**, s.776.

Kefalet, kefil, alacaklı ve asıl borçludan oluşmasına karşılık teminatı amaçlayan garantiler de ise, garanti veren, garanti alan ve edimi garanti edilen bulunmaktadır. Nitekim teminat amaçlı garantilerin, “kefalet benzeri garanti” şeklinde adlandırılması da bu benzerlikten kaynaklanmaktadır. Bu nedenle kefaletle kıyaslamada dikkate alınacak garanti türü, teminatı amaçlayan garantidir²²².

Somut bir olayda verilen şahsi bir teminat taahhüdünün kefalet mi yoksa garanti mi olduğu konusunda yapılacak ayırım büyük önem taşır. Zira şahsi teminatın kefalet veya garanti olarak nitelendirilmesi, sözleşmenin geçerlilik şartları ve hukuki sonuçları başta olmak üzere büyük farklılık gösterir²²³. Kefalet ile garanti arasındaki başlıca farklılıkları şu şekilde sıralamak mümkündür;

Öncelikle kefalet sözleşmesi kanunda(BK m.483–503) düzenlenmiş ve kefil koruyucu birçok hükmü bulunmasına rağmen garanti sözleşmesi kanuni düzenlemeye konu olmadığı gibi, genel hukuki ilkelerin dışında garanti vereni koruyucu herhangi bir özel düzenleme de bulunmamaktadır²²⁴.

Kefaletin geçerliliği, alacaklı ile borçlu arasındaki temel borç ilişkisinin geçerliliğine bağlıdır ve temel borç ilişkisi geçersizse kefalet de geçersiz olacaktır²²⁵. Buna karşılık garanti, temel borç ilişkisinden bağımsız olduğu için, temel borç ilişkisi geçersiz olsa bile, bu durum garantinin geçerliliğini etkilemez²²⁶. Ayrıca kefilin sorumluluğu, temel borç ilişkisinden doğan borcun varlığını sürdürmesine bağlıdır ve temel borç, herhangi bir nedenle sona ererse kefil de sorumluluktan kurtulacaktır. Buna karşılık yine garantinin bağımsızlığı nedeniyle temel borç sona ermiş olsa bile garanti veren, sorumlu olmaya devam edebilir²²⁷. Ancak, borçlunun taahhüdünü yerine getirmesi veya borcunu ödemesi gibi nedenlerle temel borcun

²²² Bkz. **Kleiner**, Die Abgrenzung der Garantie, s.31.

²²³ Garanti ve kefalet arasındaki farklılıklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Weber R.**, s.56 vd.; **Kleiner**, Die Abgrenzung der Garantie, s.30 vd; **Demuth**, s.5 vd.; **Reisoğlu**, Kefalet Münasebeti, s.149 vd.; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.818 vd.; **Barlas**, Armağan, s.949 vd.;

²²⁴ **Aral**, Özel Borç İlişkileri, s.427; **Barlas**, Armağan, s.950; **Turan**, s.29-30;

²²⁵ **Ayrancı**, s.97.

²²⁶ **Scyboz**, s.323; **Büsser**, s.34–35; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.812 vd.; **Tekinalp**, s.376; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.54; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.61.

²²⁷ **Barlas**, Armağan, s.950–951.

sona ermesi garanti konusu olayı da sona erdiriyorsa garanti verenin sorumluluğu da doğal olarak sona erecektir.

Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, yazılı şekilde yapılmasına ve kefilin sorumlu olacağı azami miktarın sözleşmede gösterilmesine bağlı olduğu halde²²⁸, garanti sözleşmesi bakımından bu tür bir şekil zorunluluğu bulunmadığı(BK m.11) gibi sorumluluğun azami miktarının gösterilmesi de gerekmez²²⁹. Garanti sözleşmesi ve özellikle de garantinin bir türünün oluşturan banka garantileri de uygulamada yazılı şekilde düzenlenmekte ve genelde de belirli bir meblağı içermektedir. Bu nedenle uygulama bakımından bu farklılığın önemli olmadığı sonucu çıkarılabilirse de, teorik bakımdan da olsa bu farklılık mevcuttur. Zira garanti bakımından teminat veren kişi, sorumlu olacağı azami meblağı garanti metninde göstermemiş olsa da, taahhüdünün geçerli bir garanti sözleşmesini oluşturduğu kabul edilebilecektir.

Kefil, kefalet sözleşmesinden kaynaklanan def'i ve itirazların yanı sıra temel borç ilişkisinden kaynaklanan ve asıl borçluya ait bulunan def'i ve itirazları da ileri sürme hakkına sahip ve yükümlü iken²³⁰, garanti veren, temel borç ilişkisinin borçlusu durumundaki edimi garanti edilene ait def'i ve itirazları kural olarak ileri süremez²³¹.

²²⁸ **Weber R.**, s.57; **Ayrancı**, s.98 ve s.102; **Aral**, Özel Borç İlişkileri, s.427.

²²⁹ **Weber R.**, s.57; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.75–76; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.818; **Aral**, Özel Borç İlişkileri, s.426-427; **Barlas**, Armağan, s.950. Nitekim Yargıtay bir kararında şu şekilde hükmetmiştir; “Türk Hukukunda, banka teminat mektuplarının bir garanti sözleşmesi olduğu artık yerleşmiş bulunmaktadır. (13.12.1967 gün, 1966/16 esas, 1967/7 karar sayılı ve 11.6.1969 gün, 1969/4-6 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları). Garanti sözleşmesinin oluşması ise bir şekle tabi değildir, iradelerin birleşmesi yeterlidir. Banka teminat mektubu bir garanti sözleşmesi olarak banka ile muhatap arasındaki iradelerin birleşmesi ile banka için bir yükümlülük doğurur. O halde garanti sözleşmesinin yazılı metni (teminat mektubu), garanti sözleşmesinin ve kapsamının bir ispat vasıtasından başka bir şey değildir. Binnetice muhatap (garanti alan), usulen mümkün olan diğer herhangi bir delille garanti sözleşmesinin varlığını kanıtlayabilir. Garanti sözleşmesinin oluşması için muhatabın kabul iradesinin varlığı gereklidir. Bu kabul, açık veya zımni olabilir. Muhatap tarafından kabul edilinceye kadar bankaca düzenlenen teminat mektubu bir icaptan ibaret ise de, mektubun muhatabın eline geçmesi ve muhatapça reddedilmemiş olması zimnen kabulü oluşturur”. Yarg. 11HD. 27.12.1990 T ve E. 1989/4046, K.1990/8459 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

²³⁰ **Scyboz**, s.387; **Grassinger**, s.17-18; **Reisoğlu**, Kefalet, s.169.

²³¹ **Zobl**, s.39; **Pleyer**, s.18; **Kleiner**, Bankgarantie, s.196-197; **Lienesch**, Bankgarantie, s.139; **Dohm**, s.108; **Tekinalp**, s. 393; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.70; **Kahyaoğlu**, s.75-76; **Barlas**, Armağan, s.950; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.818; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.77; **Doğan**, s.57.

Adi kefalette, kefilin sorumlu olması için öncelikle asıl borçlunun takip edilmesi ve bu takibin semeresiz kalması gerekirken²³², garantide, garanti alan garanti konusu olayın gerçekleşmesiyle derhal garanti verene başvurabilecektir²³³.

Kefil, yaptığı ödeme oranında alacaklının haklarına kanunen halef olur ve asıl borçluya rücu edebilir(BK m.496). Buna karşılık garanti veren kanuni halefiyet hakkına sahip bulunmamaktadır²³⁴.

Belirli süreli ve belirsiz süreli kefalet sözleşmeleri için kanunda kefaletin sona ermesini sağlayan ve kefil kefaletten kurtaran çeşitli koruyucu düzenlemeler (BK m.493–494) getirilmiş olmasına karşın garanti veren bakımından bu tür bir koruyucu düzenleme söz konusu değildir²³⁵.

Bu farklılıkların yanı sıra bir de garanti verenin BK m.501 ve BK. m. 503 de kefile tanınmış olan haklardan yararlanma imkânı bulunmadığı gibi BK. m.502’de öngörülen haber verme yükümlülüğünün garanti alan açısından bulunmadığı da doktrinde kabul edilmektedir²³⁶.

Kefalet ve garanti arasındaki bu farklılıklara rağmen bir taahhüdün kefalet mi, yoksa garanti mi olduğunu belirlemek kolay değildir. Konu doktrinde ve içtihatlarda tartışmalıdır. Bir taahhüdün, kefalet veya garanti olduğunu belirlemek için öncelikle metnin genel yorum ilkeleri çerçevesinde yorumlanması ve tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradelerin araştırılması gerekir (BK. m.18). Çünkü sözleşme tarafları, sözleşme

²³² **Aral**, Özel Borç İlişkileri, s.425; **Reisoğlu**, Kefalet, s.2 vd.; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.696-697; **Yavuz**, s.780.

²³³ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.818-819.

²³⁴ **Reisoğlu**, Kefalet, s.213; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.819; **Aral**, Özel Borç İlişkileri, s.427; **Doğan**, s.57; **Barlas**, Armağan, s.950; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.77.

²³⁵ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.819–820; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.77.

²³⁶ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.78. BK. m.501’de borcun muacceliyet kazanması halinde kefilin, her zaman alacaklıyı borcun ifasını kabule veya kendisini borçtan kurtarmaya zorlayabileceği, alacaklının edayı kabul etmemesi veya sahip olduğu teminatı vermemesi veya devretmemesi halinde kefilin kendiliğinden sorumluluktan kurtulacağı düzenlenmiştir. BK. m. 503’de ise, burada sayılan hallerden birinin gerçekleşmesi durumunda, örneğin kefilin kefaleti kabul ettiği zamana göre daha çok tehlikeye maruz kalmışsa, kefil borçludan teminat vermesini veya borç muaccel olmuş ise kendisinin kefaletten kurtulmasını talep edebilmektedir. Bu hükümlerin yanı sıra BK. m.502’de alacaklının, borçlunun iflasını öğrenir öğrenmez kefil haberdar etme zorunluluğu getirilmiştir.

metinlerinde garanti ve kefalet kelimelerini kullanmalarına rağmen, bu kelimeleri, bilinçli bir şekilde ve hukuki anlamında kullanmamaktadırlar. Bu nedenle, sözleşme başlığında veya metninde garanti kelimesi kullanılmasına rağmen, sözleşmenin niteliğinin kefalet olması söz konusu olabilmektedir. Bundan dolayı sadece tarafların kullandıkları deyimlere ve başlıklara bakılmaksızın tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerekir²³⁷.

Garanti ve kefalet arasındaki ayrımı belirlemek için doktrinde çeşitli kıstaslar ortaya atılmıştır. Bu kıstasları, temel kıstaslar ve yan kıstaslar şeklinde ikili bir ayrım ile incelemek mümkündür²³⁸.

Garanti ve kefaleti birbirinden ayıran ilk ve en önemli kıstas, “*aslilik-fer’ilik kıstası*”dır. Bu kıstasa göre, taahhüt, fer’i nitelikte ise kefalet sözleşmesi, fer’i olmayıp asli ve bağımsız bir taahhüt bulunuyorsa bir garantinin bulunduğu kabul edilmektedir²³⁹. Bunun sonucu olarak kefalette kefilin borcu, doğuşu, içeriği, kapsamı ve ileri sürülebilmesi bakımından asıl borca bağlı bulunmakta ve onun mukadderatını paylaşmaktadır. Buna karşılık garantide garanti verenin borcu, temel borç ilişkisinden bağımsız olup, temel borç ilişkisinin mevcut, geçerli ve dava edilebilir olmasına bağlı olmadığı gibi garanti veren, sadece borçlunun ödeme gücünü değil, aynı zamanda borcun varlığını ve dava edilebilirliğini de garanti etmektedir²⁴⁰.

²³⁷ **Aral**, Banka Teminat Mektupları, s.137-138; **Oftinger**, s.60-61; **Kleiner**, Bankgarantie, s.37; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.761; **Dohm**, s.58;

²³⁸ Bu şekilde temel kıstaslar ve yan kıstaslar ayrımı doktrinde *Barlas* tarafından yapılmıştır: Bkz. **Barlas**, Armağan, s.955 vd. Biz de konunun ve garanti ile kefalet arasındaki ayrımın daha kolay anlaşılmasını sağlaması bakımından bu şekilde bir ayrımı dikkate almak suretiyle açıklamalarda bulunacağız. Ayrıca ayırımda başvurulacak kıstaslar konusunda bkz. **Aral**, Banka Teminat Mektupları, s.136 vd.

²³⁹ **Horn**, Zahlung auf erstes Anfordern, s.2154; **Gutzwiller**, s. 246-247; **Weber H.**, s.58; **Dohm**, s.57-58; **Aral**, Banka Teminat Mektupları, s.136; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.820; **Reisoğlu**, Kefalet, s.85; **Aral**, Özel Borç İlişkileri, s.426; **Barlas**, Armağan, s.955-956; **Kocaman**, Kişisel Teminat, s.72-73; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.75; **Turan**, s.48. Yargıtay’da garanti ve kefalet ayrımında aslilik-fer’ilik ayrımını kıstas olarak kabul etmektedir. Özellikle 13.12.1967 tarih ve E.1966/16 K.1967/7(Resmi Gazete 5.4.1968, N.12867) ve 11.06.1969 tarih ve E.1969/4 K.1969/6 (Resmi Gazete 3.10.1969, N.13317) sayılı İçtihatı Birleştirme Kararlarında Yargıtay bu kıstası uygulamış ve daha sonra Yargıtay’ın diğer kararları da bu içtihatlar etkisi altında şekillenmiş ve kökleşmiştir.

²⁴⁰ **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.33-34; **Kleiner**, Bankgarantie, s.32-33; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.760; **Dohm**, s.57-58; **Roesle**, s.36; **Pleyer**, s.13; **Eberl**, s.102-103; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.820-821; **Barlas**, Armağan, s.956.

Teminat verenin teminatının fer'i nitelikte mi, yoksa asli nitelikte mi olduğu konusunda sözleşme metni incelenecek ve bir sonuca varılacaktır. Buna göre, teminat veren, açık veya örtülü bir şekilde ancak asıl borcun varlığı, geçerliliği ve dava edilebilirliğinin bulunması hali için teminat vermişse, bu taahhüt fer'i nitelikte kabul edilecek ve böylece kefalet sözleşmesinin bulunduğu sonucuna varılacaktır. Buna karşılık teminat veren, temel borç ilişkisi doğmasa, geçersiz olsa ve sona erse bile teminat verdiğini belirtirse, bu durumda temel borç ilişkisinden bağımsız ve asli bir yükümlülüğün bulunduğu kabul edilecek ve teminat, garanti sözleşmesi olarak nitelendirilecektir. Ancak uygulamada sözleşme metinleri her zaman bu şekilde bir sonuca varılabilecek kadar açık düzenlenmemektedir. Bu nedenle aslilik ve fer'ilik ayırımını yapabilmek için doktrinde çeşitli alt kıstaslar benimsenmiştir.

Fer'iliğe ilişkin alt kıstaslardan ilkinin "*temel borç ilişkisine atıfta bulunulması*" oluşturmaktadır. Teminat verenin taahhütte bulunurken, temel borç ilişkisine atıfta bulunması fer'iliğe karine kabul edilmektedir²⁴¹. Ancak bu kıstas her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir. Zira temel borç ilişkisine her atıfta bulunulması fer'iliğe işaret etmeyebilir²⁴². Zira bazen garanti sözleşmesinde, teminat konusu olayın ne olduğu tanımlanmaksızın temel borç ilişkisine atıfta bulunulabilmektedir.

Fer'iliğe ilişkin ikinci alt kıstas, "*def'i ve itirazların ileri sürülmesinden vazgeçilmesi*"dir. Taahhütte bulunanın, temel borç ilişkisinden borçlu lehine doğabilecek def'i ve itirazları ileri sürmekten önceden ve tamamen vazgeçmesi halinde, taahhüdün, fer'i değil asli bir nitelik taşıyacağı doktrinde kabul edilmektedir²⁴³. Buna karşılık doktrinde diğer bir görüş, def'i ve itirazları ileri sürmekten feragatin, her zaman taahhüdün asliliği sonucunu doğurmayacağını kabul etmektedir²⁴⁴. Bu görüş sahipleri hukuki dayanak olarak İsviçre Borçlar Kanunu m.492/4 hükmünü dayanak olarak göstermektedir. Bu hükümde, kanun tarafından

²⁴¹ **Tekinalp**, s.380; **Kahyaoğlu**, s.33.

²⁴² **Zobl**, s.34; **Dohm**, s.59; **Aral**, Banka Teminat Mektupları, s.138; **Arkan**, Armağan, s.986; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.820–821; **Barlas**, Armağan, s.956.

²⁴³ **Aral**, Banka Teminat Mektupları, s.139-140; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.824; **Dohm**, s.60; **Zobl**, s.34; **Tekinalp**, s.381; **Aral**, Özel Borç İlişkileri, s.426-427; **Barlas**, Armağan, s.959–960; **Kocaman**, Kişisel Teminat, s.76–77; **Kahyaoğlu**, s.36–37.

²⁴⁴ Görüş sahipleri ve bu konudaki değerlendirmeler için bkz. **Barlas**, Armağan, s.959, dp.45–46.

farklı şekilde bir düzenleme getirilmediği sürece, kefilin, kefalete ilişkin haklardan önceden vazgeçemeyeceği kabul edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda bu tür düzenleme bulunmadığı için, bu dayanak Türk hukuku bakımından önem taşımaz. Ancak bu tür bir düzenleme bulunmasa bile, teminat verenin bu denli geniş kapsamlı bir feragatte bulunması ve böylece de kefilin koruyucu hükümlerden yararlanmak istememesi ile bağımsız bir taahhüt altına girmek istediği ve bunun da teminatın asliliği için yeterli olacağı söylenebilir²⁴⁵.

Fer'iliğe ilişkin üçüncü alt kıstas ise teminat metninde "*ilk talepte*" ödeme kaydının bulunmasıdır. Doktrinde bir görüş, teminat verenin, alacaklının "*ilk talebi*" üzerine ödeme yapmayı kabul etmesinin, onun def'i ve itirazları ileri sürmekten önceden feragat etmesi anlamına geldiğini, bu durumda, taahhüdün asliliğine ve garanti sözleşmesine işaret ettiğini kabul etmektedir²⁴⁶. Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüş, "*ilk talepte*" ödeme kaydının, ödemenin gecikmeksizin yapılmasını sağlamaya yönelik olduğunu ve tek başına def'i ve itirazları ileri sürmekten önceden feragat etmek anlamına gelmediğini kabul etmektedir²⁴⁷. Kanaatimizce bir şahsi teminat taahhüdünde "*ilk talepte*" ödeme kaydının bulunması garantinin her halükarda ve her şartta ödeneceği anlamına gelmez. Bu ifade, sadece teminat bedelinin ödenmesi talebinde bulunulmasından sonra derhal ve gecikmeksizin ödeneceği anlamına gelir. Bu nedenle "*ilk talepte*" ödeme kaydının varlığı, doğrudan asli bir taahhüdün bulunduğuna işaret etmez. Açıklanan nedenlerle ikinci görüşe üstünlük tanımak gerekir.

Garanti ve kefaleti birbirinden ayıran temel kıstaslardan ikincisini, "*teminat verenin özel menfaatinin bulunması*" oluşturmaktadır. Bu kıstasa göre, garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmekte çoğu zaman özel bir menfaate sahipken, kefalet sözleşmesinde kefil, çoğunlukla hatır için ve özel bir menfaati bulunmaksızın kefalet vermektedir²⁴⁸. Doktrindeki bir başka

²⁴⁵ Barlas, Armağan, s.959–960.

²⁴⁶ Kleiner, Bankgarantie, s.46; Zobl, s.37; Dohm, s.60; Guggenheim, Bankpraxis, s.148; Aral, Banka Teminat Mektupları, s.141; Kocaman, Banka Teminat Mektupları, s.56; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.824; Tekinalp, s.381; Arkan, Teminat Mektubu, s.63 vd.; Kahyaoglu, s.36.

²⁴⁷ Barlas, Armağan, s.961.

²⁴⁸ Zobl, s.34; Oftinger, s.60; Kocaman, Kişisel Teminat, s.77; Kahyaoglu, s.39–40.

görüş ise, özel menfaatin bulunması kıstasının garanti ve kefaleti ayırmada bir kriter olarak kullanılamayacağı, kefilinde garanti veren gibi, teminat vermede menfaatinin bulunabileceğini kabul etmektedir²⁴⁹. Bu konudaki diğer bir görüş ise, bu kıstasın tek başına dikkate alınmaması gerektiği, diğer kıstasların kullanılması sonucuna varılamaması halinde yardımcı bir kıstas olarak kullanılması gerektiğini kabul etmektedir²⁵⁰.

Garanti ve kefaleti birbirinden ayıran temel kıstaslardan bir diğerini, “*kişiyesonuca yönelik ilgi*” oluşturur. Bu kıstasa göre teminat veren, asıl borçlunun kişiliğini göz önünde bulundurmak suretiyle hareket ediyorsa kefalet, buna karşılık teminat veren, asıl borçlunun kişiliği ile ilgilenmeksizin, belirli bir sonucu hedef olarak tutmuşsa garantinin varlığı kabul edilecektir²⁵¹. Bu kıstas da doktrinde eleştirilmekte ve hem kefalette hem de garantide, teminat verilen kişinin kişilik özellikleri dikkate alınmak suretiyle teminat verildiği gibi, belirli bir sonucun hedef tutulmasının da mümkün olabileceği savunulmaktadır²⁵².

Temel kıstaslardan bir diğeri ise, “*aynen ifa ve tazminat ödeme yükümlülüğü*” kıstasıdır. Bu kıstasa göre, kefalet sözleşmesinde kefil, asıl borcun ifasını üstlenmekte, yani asıl borçlunun borcunu ifa etmemesi durumunda ifayı onun yerine üstlenirken, garanti sözleşmesinde garanti veren, sadece tazminat ödeme borcu altına girmektedir²⁵³. İleri sürülen bu kıstas, kefalet hukukunun temel kavramlarına ters düştüğü için doktrinde eleştirilmekte ve kıstas olarak dikkate alınamayacağı belirtilmektedir²⁵⁴. Zira kefalet sözleşmesinde kefil, hiçbir şekilde asıl borçlunun borcunu üstlenmemekte, sadece alacaklının ifaya ilişkin menfaatinin gerçekleşmemesi halinde belirli bir miktardaki parayı ödemeyi üzerine almaktadır²⁵⁵.

²⁴⁹ **Kleiner**, Bankgarantie, s.60 vd.; **Reusser**, s.114; **Arkan**, Armağan, s.988-989; **Aral**, Banka Teminat Mektupları, s.142.

²⁵⁰ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.828; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.81-82; **Barlas**, Armağan, s.962.

²⁵¹ **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.82 vd.

²⁵² **Barlas**, Armağan, s.963.

²⁵³ **Oftinger**, s.60.

²⁵⁴ **Kleiner**, Bankgarantie, s.76; **Reusser**, s.25 vd.; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.829; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.72-73; **Tekinalp**, s.381.

²⁵⁵ **Barlas**, Armağan, s.964.

Kanaatimizce ne kefilin, aynen ifa yükümlüğünün bulunduğu ne de garanti verenini, tazminat yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilebilir.

Yukarıda belirtilen temel kıstasların yanı sıra garanti ve kefaleti birbirinden ayırmaya yönelik bazı *yan kıstaslar* doktrinde kabul edilmektedir²⁵⁶. Teminat verenin asıl borçlu ile birlikte müteselsil sorumlu olduğu belirtilmişse; teminat taahhüdünde, taahhütte bulunanın rücu hakkını ancak, alacaklı tamamen tatmin edildikten sonra kullanılabileceği belirtilmişse; teminat veren, alacaklıya karşı ancak asıl borçlunun borcunu kusurlu bir şekilde ifa etmemesi hali için sorumluluk üstlenmişse; sözleşme metninde kefaletle ilişkin kanuni hükümlere atıfta bulunulmuşsa ve teminat veren, peşin dava def'i ile bölme def'ini ileri sürmekten feragat etmişse, bu durumların taahhüdün fer'iliğine karine teşkil edeceği ve teminatın kefalet olarak nitelendirilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁵⁷. Buna karşılık MTO'nun Birörnek kurallarına atıfta bulunulması ve teminat verenin, edimin ifa edilmediğini gösteren bir kişiden veya bir kurumdan verilmiş bir belgenin ibrazı üzerine ödemede bulunacağına kararlaştırılması halinde bu durumların, taahhüdün asli ve bağımsız olduğuna karine teşkil edeceği ve teminatın garanti sözleşmesi olarak nitelendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁵⁸.

Garanti ve kefaleti birbirinden ayırmaya yönelik temel ve yan kıstasların kullanılmasına rağmen hukuki nitelendirmede tereddütler bulunması halinde, yani *“şüphe halinde kefalet”* sözleşmesinin bulunduğu karine olarak kabul edilmektedir²⁵⁹. Kefalet sözleşmesi, kanuni düzenlemeye konu olduğu ve kefilin koruyucu nitelikte hükümler içerdiğinden dolayı kefalet sözleşmesinin kabulü teminat veren açısından avantajlı durum oluşturur. Ayrıca gerçek kişilerin teminat taahhütlerinin kefalet karinesinin kabul edilmesi noktasında etkili olacağı

²⁵⁶ Yan kıstaslar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Barlas**, Armağan, s.964 vd.

²⁵⁷ **Kleiner**, Bankgarantie, s.54 vd.; **Oftinger**, s.61; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.823 vd.; **Tekinalp**, s.381; **Kahyaoglu**, s.38 vd.

²⁵⁸ **Dohm**, s.60–61; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.825; **Tekinalp**, s.381; **Barlas**, Armağan, s.966; **Kahyaoglu**, s.32–33.

²⁵⁹ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.762–763; **Dohm**, s.62; **Zobl**, s.35; **Aral**, Banka Teminat Mektupları, s.143; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.832; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.88; **Tekinalp**, s.381; **Barlas**, Armağan, s.967–968; **Kocaman**, Kişisel Teminat, s.74–75.

savunulmaktadır²⁶⁰. Buna karşılık, harici garantiler ve bankalar tarafından verilen garantiler bakımından bu kuralın uygulanmaması gerektiği ve tam tersine bağımsız bir taahhüdün ve böylece de garanti sözleşmesinin bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir²⁶¹.

Kanaatimizce, bir teminat sözleşmesinin hukuki niteliğinin, kefalet mi, yoksa garanti mi olduğunu belirlerken dikkate alınması gereken asıl kıstasın “aslilik-fer’ilik kıstası” olması gerekir. Buna göre taahhüt, fer’i nitelikte ise kefaletin, fer’i olmayıp asli ve bağımsız bir taahhüt bulunuyorsa garantinin bulunduğu kabul edilmelidir. Diğer kıstaslar ise, teminatın asli mi yoksa fer’i mi olduğunun belirlenmesinde kullanılmalıdır. Asli ve yan bütün kıstasların kullanılmasına rağmen bir sonuca varılamaması durumunda, kefalet, kanuni düzenlemeye konu olduğu ve kefil koruyucu nitelikte hükümler içerdiğinden, “şüphe halinde kefalet” prensibi uyarınca hareket edilerek, gerçek kişilerin teminat taahhütlerinin kefalet olduğu sonucuna varılmalıdır. Nitekim Borçlar Kanunu Tasarısı’nda da getirilen bir hüküm ile, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak gerçek kişilerce yapılan başka ad altında yapılan sözleşmeler bakımından, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir(Tasarı m.603). Tasarı’daki bu hüküm de yukarıda varmış olduğumuz sonucu destekler mahiyettedir.

B-Müteselsil Borçluluk ve Birlikte Borç Üstlenmekten Farkı

Müteselsil borç, alacaklının, birden çok borçlunun her birinden borcun tamamının ifasını isteyebildiği ve borcun tamamı ifa edilinceye kadar borçluların tamamının sorumlu olduğu borç ilişkisidir²⁶². Birlikte borç üstlenme ise, mevcut bir borca, eski borçlunun yanında yeni bir borçlunun da katılmasıdır²⁶³.

²⁶⁰ **Dohm**, s.62–63; **Zobl**, s.35; **Kocaman**, Kişisel Teminat, s.75.

²⁶¹ **Zobl**, s.35; **Aral**, Banka Teminat Mektupları, s.143; **Kocaman**, Kişisel Teminat, s.75; **Barlas**, Armağan, s.968.

²⁶² **Akıntürk**, s.35; **Eren**, s.1152; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.376.

²⁶³ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.840–841.

Müteselsil borçlulukta ve birlikte borç üstlenmede borçluların hepsi, aynı sebebe dayanan bir borcun yerine getirilmesini alacaklıya karşı yükümlenmektedirler. Buna karşılık garantide, edimi garanti edilen kişinin mutlaka borçlu olması gerekmediği gibi borçlu olsa bile, bu kişinin borcunun sebebi ile garanti verenin borcunun sebebi farklıdır. Ayrıca müteselsil borçlular ve borca katılan, borçlarının sebebi aynı olduğundan ortak def'ileri ileri sürme hakkına sahipken, garanti veren, edimi garanti edilenin sahip olduğu def'ileri kural olarak ileri süremez²⁶⁴.

C-Belgeli Akreditiften Farkı

Belgeli akreditif, açtırının talimatı çerçevesinde havale ödeyicisi durumundaki muhatabın, açtırının ad ve hesabına, ödemede bulunma, lehtarın da süresi içinde ve şartlara uygun bir şekilde gerekli belgeleri ibraz etmek suretiyle ödemeyi talep etme yetkisi kazandığı bir havale olarak tanımlanmaktadır²⁶⁵. Belgeli akreditifin amacı, alıcı ile satıcının menfaatlerini karşılamak ve uluslararası ticarete sözleşmenin karşılıklı şekilde yerine getirilmesini güvence altına almaktır.

Belgeli akreditif ile banka garantisi arasındaki en önemli fark, her iki kurumun fonksiyonları açısından ortaya çıkmaktadır. Belgeli akreditifte teminat fonksiyonu da bulunmakla beraber, ödeme fonksiyonu ön plandadır. Buna karşılık banka garantisinin asıl fonksiyonunu teminat oluşturur²⁶⁶. İkinci olarak, belgeli akreditifte, borçlu kendi borcunu yerine getirmek amacıyla akreditif bankasını görevlendirmektedir. Buna karşılık garantide edimi garanti edilen ise garanti verenden, kendisinin yerine edimi ifa etmesini değil, temel ilişkiden kaynaklanan kendi edimini yerine getirmemesi durumunda önceden kararlaştırılan belirli meblağ

²⁶⁴ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.840. Ayrıca bkz **Weber H.**, s.68-69.

²⁶⁵ **Tekinalp**, s.414-415. Akreditif konusunda en önemli hukuki düzenleme, Milletlerarası Ticaret Odasının yürürlüğe sokulan ve 1994 yılından beri uygulanan "500 Sayılı Akreditifle İlgili Birörnek Kurallar" dır.

²⁶⁶ **Dohm**, s.31; **Roesle**, s.47.

parayı garanti verene ödemesini talep etmektedir²⁶⁷. Ayrıca belgeli akreditif, özellikle uluslararası ticari ilişkilerde güvenli ödeme fonksiyonunu yerine getirirken, ülke içindeki ticari ilişkilerde kural olarak uygulama alanı bulmaz. Buna karşılık garanti hem ülke içi, hem de uluslararası ticari ilişkilerde geniş bir uygulama alanı bulmaktadır.

D-Avalden Farkı

Aval, poliçe, bono veya çekten doğan bir borcun ticaret hukukuna göre tekeffül edilmesidir²⁶⁸. Avalde amaç, poliçe bono ve çekin ödeneceği konusunda verilen teminat sayesinde, bu sentlere tedavül kolaylığı sağlamaktır. Aval, senetteki bedelin vadesinde ödeneceğine ilişkin taahhüdü içeren şahsi ve fer'i nitelikte kambiyo senetlerine mahsus bir teminat türüdür²⁶⁹. Aval verenin bu taahhüdü, teminat altına alınan borcun geçerliliğine bağlı olmadığı için bağımsız nitelik taşımakta ve aval verenin, borçluya ait kişisel def'ileri ileri sürme imkânı da bulunmamaktadır. Bu özellikleri nedeniyle avalin, garanti sözleşmesine çok yaklaştığı, hatta geçerli olmayan bir aval, kefalet olarak değil, garanti sözleşmesi olarak ayakta tutmanın mümkün olduğu görüşü doktrinde savunulmuştur²⁷⁰.

Benzerlikler göstermesine rağmen aval, garantiden farklıdır. Öncelikle garanti sözleşmesi, garanti veren ile garanti alan arasında kurulurken, avalde, aval veren ile borçlu arasında bir sözleşme bulunmaktadır. İkinci olarak garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu asli nitelikte olduğu için, asıl borcun dayandığı sözleşmenin şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olması garanti sözleşmesinin geçerliliğine etki etmezken, avalde aval verenin borcu şekli bakımından fer'i nitelikte olduğu için, avalle teminat altına alınan borç geçersiz ise aval verenin taahhüdü de geçersiz olacaktır. Son olarak da aval veren, asıl borçlu ile müteselsil sorumlu durumunda olurken,

²⁶⁷ Doğan, s.50.

²⁶⁸ Öztan F., s.155; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.841.

²⁶⁹ Domaniç, s.183.

²⁷⁰ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.841; Öztan F., s.156.

garanti verenle asıl borçlu edimi garanti edilen arasında müteselsil sorumluluk ilişkisi bulunmamaktadır²⁷¹.

E-İtibar Emrinden Farkı

İtibar emri, bir kimsenin, kendi nam ve hesabına, fakat itibar emri verenin sorumluluğu altında üçüncü bir kişiye kredi vermesi veya verilmiş bir krediyi yenilemesidir. Kredi açma veya krediyi yenileme emrini alan kişi bu emri kabul etmişse, itibar emrini veren kişi kefil gibi sorumlu olur²⁷².

İtibar emrinin garantiden farklarını şu şekilde sıralayabiliriz. Öncelikle itibar emri, vekâletin bir çeşidi olarak görülmektedir²⁷³. İkinci farklılık ise, itibar emri verenin, kefil gibi sorumlu olacağıdır(BK. m.400/1). Bu durum kanunda açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, kefaletle ilişkin hükümlerin, itibar emrinin niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyas yoluyla uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Buna rağmen kefalet ve garanti de amaç teminat sağlamak iken, itibar emrinde asıl amaç, üçüncü kişiye kredi açılmasını sağlamaktır²⁷⁴. Banka garantisinde de edimi garanti edilene kredi açılması söz konusudur, ancak asıl amaç teminat sağlamaktır.

F-Vekâletten Farkı

Vekâlet, vekilin, müvekkilin menfaatlerine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir işi veya hizmeti görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmesi rizikosu ona ait olmak üzere yükümlendiği bir sözleşmedir²⁷⁵.

²⁷¹ Öztan F., s.156; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.841.

²⁷² Yavuz, s.695–696.

²⁷³ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.843.

²⁷⁴ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.844.

²⁷⁵ Bkz. Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.356; Başpınar, Vekil, s.69.

Vekâlette, vekil tarafından görülecek işin rizikosu müvekkile ait bulunması yönüyle vekâlet, garantiye benzemektedir. Ancak garanti veren, başkası için var olan ve başkası için doğacak tehlikeyi üzerine almaktadır. Buna karşılık vekâlet veren, bir işi gördürürken, zaten kendisine ait olan tehlikeye katlanmaktadır²⁷⁶. Ayrıca vekâlet, iş görme sözleşmeleri içerisinde bulunurken, garanti, şahsi teminatlar içerisinde yer almaktadır.

Ş2. BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI ve GARANTİ ALANIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNMASI

I-BANKA GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

A-Genel Olarak

Banka garanti sözleşmesi, garanti veren banka ile garanti alan arasında kurulan ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir²⁷⁷. Diğer sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi banka garanti sözleşmesinin kurulabilmesi için de sözleşme taraflarının karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının bulunması gerekir(BK. m.1/1). Tarafların beyanları açık olabileceği gibi zımni de olabilir(BK. m.1/2).

Banka garanti sözleşmesinin kuruluşunun, diğer sözleşmelere nazaran bazı özellikler taşıdığını daha önce ifade etmiştik. Buna göre, aralarındaki ilişki çerçevesinde garanti alan, edimi garanti edilenden bir bankanın garantisini istemektedir. Bunun üzerine edimi garanti edilen, bankadan, garanti alana verilmek amacıyla garanti talebinde bulunmaktadır. Edimi garanti edilenin bu talebi üzerine banka, garanti metnini hazırlamakta, yetkili kişiler imzaladıktan sonra, garanti sözleşmesinin diğer tarafı olan garanti alana ulaştırılması amacıyla garanti metnini edimi garanti edilene teslim etmektedir. Böylece banka, garanti sözleşmesini kurmaya yönelik ve bağlayıcı nitelik taşıyan bir irade beyanında bulunmaktadır.

²⁷⁶ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.842–843.

²⁷⁷ **Priester**, s.22; **Lepach**, s.124.

Bankanın bu irade beyanı icap olarak kabul edilmektedir²⁷⁸. Edimi garanti edilen tarafından bankadan alınan garanti metninin garanti alana verilmesi ve garanti alanın kabulü ile de sözleşme kurulmaktadır. Banka garanti sözleşmesi, sadece garanti verenin borç altına girdiği, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu için, garanti metni üzerinde garanti veren bankanın yetkililerinin imzası yeterli olup, garanti alanın irade beyanının da açık olmasına gerek yoktur²⁷⁹. Garanti alanın zımni irade beyanı yeterli olur.

Garanti metninin banka tarafından hazırlanarak, garanti alana ulaştırılması amacıyla edimi garanti edilene verilmesi uygulamada çeşitli sorunlara yol açabilmektedir. Özellikle kötü niyetli edimi garanti edilenler, garanti metninin aslını garanti alana vermek yerine, aslından ayırt edilemeyecek nitelikteki bir kopyasını vermekte ve kendisinde kalan aslını da bankaya geri iade etmek suretiyle, sözleşmenin kurulmadığı ve bankanın herhangi bir yükümlülük altına girmediği gerekçesiyle, daha önceden bloke ettiği nakit parayı bankadan almaktadır. Banka tarafından hazırlanmış ve sözleşme kurma iradesini taşıyan belgenin –kopyası da olsa- edimi garanti edilen tarafından garanti alana verilmesi ve garanti alanın zımni kabul beyanı sonucunda sözleşme kurulmuş olur. Böylece edimi garanti edilenin bu davranışının riski, bankaya ait olacak ve garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde banka, garanti bedelini ödemek zorunda kalacaktır.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda banka, garanti metnini, garanti alana ulaştırılması amacıyla edimi garanti edilene vermiş, edimi garanti edilen de bu metni fotomekanik yöntemlerle aslından ayırt edilemeyecek bir şekilde çoğaltmış, aslını kendisinde saklı tutarak çoğalttığı metni garanti alana vermiştir. Garanti alan, bankanın garanti veren şubesinde bir başka şubesinde garanti metninin teyidini almıştır. Daha sonra edimi garanti edilen, garanti metninin aslını bankaya iade ederek

²⁷⁸ **Zobl**, s.36; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.180; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.99; **Kahyaoglu**, s.45.

²⁷⁹ Bkz. **Kahyaoglu**, s.45; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.178. Garanti sözleşmesi, ancak garanti alanın zımni de olsa kabul beyanıyla sonuç doğurur. Hukukumuzda şekil serbestliği ilkesi geçerli olduğundan ve BK. m.13'e göre sadece borç altına girenlerin imzası yeterli olduğundan garanti metninde garanti alanın imzası bulunmasa ve sadece garanti verenin imzası bulunsa da garanti işlemi tek taraflı bir taahüt niteliği taşımaz.

bloke ettiği parayı bankadan çekmiştir²⁸⁰. Konuyu inceleyen Yargıtay²⁸¹ şu gerekçelerle karar vermiştir; “Davalı, davacının ibraz ettiği ve arakasında davalı bankanın Mercan Şubesi’nin teyidi olan ve dosyaya sadece fotokopisi verilmiş bulunan teminat mektubunun sahte olduğunu, bu teminat mektubunun aslının teminat mektubu düzenlendikten sonra mektup lehtarını(edimi garanti edilen) dava dışı (L) Limited Şirketince davalı bankaya geri verildiğini savunduğuna göre iade edildiği ve davalıda bulunduğu belirtilen teminat mektubu aslı ile sahte olduğu savunulan ve davacıda bulunan teminat mektuplarının öncelikle taraflardan istenerek hangi mektubun orijinal hangisinin sahte olduğu hususunda uzman bilirkişiler aracılığı ile inceleme yaptırılmak gerekir. Mahkemece yaptırılacak bilirkişi incelemesi sonucunda davacıda bulunan teminat mektubunun sahte olmadığı belirlendiği takdirde davanın kabulü doğrudur. Ancak davacıdaki teminat mektubunun sahte olduğu belirlendiği takdirde davacı dava dilekçesinde davalının haksız fiil sorumluluğuna da dayandığından ve sahte teminat mektubuna tey’id şerhi vermek suretiyle davacıyı yanıltan ve onu zarara uğratan bankanın bu hareketi haksız fiil teşkil edeceğinden mahkemece davalının haksız fiil sorumluluğuna göre inceleme yapılması... gerekir”. Yargıtay’ın bu kararı haklı olarak doktrinde eleştirilmiştir. Öncelikle bankalar tarafından düzenlenen teminat mektupları bir garanti sözleşmesi olup, kıymetli evrak değildir. Garanti sözleşmesi şekle bağlı değildir ve sözleşmenin kuruluşu da diğer sözleşmelerin kuruluşunda olduğu gibi, banka tarafından yapılan ve icap niteliğinde olan beyanın garanti alan tarafından kabulü ile gerçekleşir. Zira garanti metni kendisine ulaşan garanti alan, metni, bankanın diğer bir şubesine teyid ettirmek suretiyle kabul beyanını zımnî değil açıkça ortaya koymuş olmakta ve böylece garanti sözleşmesi de tereddüde yer bırakmayacak şekilde kurulmuş olmaktadır. Teminat mektubu kıymetli evrak niteliğinde olmadığından, metnin sahte olup olmaması da garanti sözleşmesinin kuruluşu bakımından önem taşımaz. Dolayısıyla Yargıtay’ın mektubun sahte olup olmaması ihtimaline göre yorum

²⁸⁰ Karar ve eleştirisi için bkz. **Teoman**, s.107 vd.

²⁸¹ Yarg. 11. HD. 13.11.1990 T ve E. 1989/3737, K.1990/7248 sayılı kararı için bkz. **Teoman**, Ek-1, s.121-122.

yapması ve mektup sahte olduğu için, bunun üzerine yazılan teyidin bir haksız fiil oluşturduğu sonucuna varması yerinde olmamıştır²⁸².

Banka, icabıyla bağlı kalacağı süreyi belirtmek suretiyle süreli bir icapta bulunabilir(BK. m.3) veya herhangi bir süre belirtmeksizin icapta bulunmuşsa ve hazır olmayanlar arasında bir sözleşmenin kurulması söz konusu ise banka, belirli bir süre beklemek zorunda kalacaktır(BK. m.5).

BK. m.6 hükmünde icapta bulunan kimse, gerek işin özelliği gerek durumun şartları nedeniyle, açık bir kabul beyanını beklemek zorunda değilse, icap uygun bir süre içinde ret edilmediği takdirde sözleşme, zımni kabul beyanıyla kurulmuş sayılır²⁸³. Ülke içi ticari ilişkilerde doğrudan uygulama alanı bulan bu hükmün uluslararası ticari ilişkiler bakımından da ticari teamül haline geldiği doktrinde kabul edilmektedir²⁸⁴. Dolayısıyla uluslararası ticari ilişkilerde de bankanın garanti beyanının, garanti alana ulaşması ve garanti alan tarafından da bu beyanın belli bir süre içinde ret edilmemesi durumunda garanti sözleşmesinin kurulduğu kabul edilecektir. Burada ayrıca garanti alanın kabul beyanının, bankaya varması gerekmeyecektir. Böylece aksine anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla icap, BK. m.6'da öngörülen uygun süre içinde ret edilmediği takdirde sözleşme, özellikle garanti yükümlülüğünün ortaya çıkması bakımında hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlayacaktır.

Banka ile garanti alan arasında geçerli bir sözleşme kurulmadan önce, bankanın garanti alana karşı hiçbir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Özellikle edimi garanti edilen ile banka arasındaki karşılık ilişkisinde, edimi garanti edilenin talebi üzerine garanti veren banka tarafından garanti sağlanacağıının kabulü, hiçbir şekilde BK. m.111 anlamında “üçüncü kişi yararına sözleşme” olarak görülemez. Bankanın garantiyi sağlamaya ilişkin taahhüdü, sadece edimi garanti edilene karşı garanti

²⁸² Eleştiriler için bkz. **Teoman**, s. 117–118.

²⁸³ **Eren**, s.231.

²⁸⁴ **Zobl**, s.36; **Kleiner**, Bankgarantie, s.11–12 ve 153–154; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.114–115; **Dohm**, s.89; **Käser**, s.601; **Büsser**, s.56–57; **Roesle**, s.94; **Kahyaoglu**, s.46. Uygulamada bankalar, garanti alana gönderdikleri icap niteliğindeki garanti metninde icapları ile bağlı oldukları süreyi açıkça tespit etmekte ve bu sürede açık bir ret beyanında bulunulmaması halinde icabın kabul edilmiş sayılacağını belirtmektedirler. Bu durumda garanti alan, öngörülen süre içinde icabı ret etmediği takdirde sözleşmenin kurulduğu kabul edilecektir. Bkz. **Doğan**, s.99.

alanla bir garanti sözleşmesi yapma yükümlülüğünü doğurur. Buna karşılık bu taahhüt, garanti alana karşı bankanın bir yükümlülüğünü doğurmadığı gibi, bir talep hakkı da vermemektedir²⁸⁵.

B-Sözleşmenin Şekli

Garanti sözleşmesi ve banka garanti sözleşmesi geçerlilik bakımından herhangi bir şekle bağlı değildir. Teminat altına alınacak edime ilişkin sözleşme şekil zorunluluğuna tabi olsa veya taraflarca bu temel ilişkideki sözleşmenin şekle tabi olacağı kararlaştırılmış olsa bile garanti sözleşmesi kanuni herhangi bir şekle tabi olmaksızın şekil serbestîsi ilkesi çerçevesinde akdedilebilir²⁸⁶. Örneğin bir taşınmaz satımı sözleşmesi resmi şekle tabi olmasına karşın, bu taşınmaz satımından doğan para borcunun ifa edileceğine ilişkin verilen banka garantisi herhangi bir şekle tabi değildir.

Garanti sözleşmesi ve banka garantilerinde öngörülen garanti bedeli, miktar bakımından oldukça yüksek olduğundan, garantiden doğan alacak bakımından senetle ispat zorunluluğu ortaya çıkacaktır (HUMK. m.288). Nitekim kanunen şekil zorunluluğu kabul edilmemesine rağmen bankacılık uygulamasında banka garantilerinin yazılı şekilde düzenlendiği görülmektedir²⁸⁷.

Doktrinde bir görüş²⁸⁸, garantinin uygulamada çoğunlukla yazılı şekilde yapılmasından hareketle, yazılı şeklin kuralı oluşturmaya başladığı ve bu durumun da ticari örf adet kuralı haline geldiğini kabul etmekte; bu nedenlerden dolayı da yazılı şeklin geçerlilik şekli olarak kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Ancak bu

²⁸⁵ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.768; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.111; **Giger**, s.258; **Avancini/Koziol/Iro**, s.284; **Büsser**, s.57.

²⁸⁶ **Priester**, s.22-23; **Kleiner**, Bankgarantie, s.154; **Zobl**, s.36; **Reusser**, s.68-69; **Lepach**, s.124; **Guggenheim**, s.75 vd.; **Büsser**, s.58; **Pestalozzi**, Art. 111, N.7; **Oser/Schönenberger**, Art. 111, N.5 ve 9; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.759; **Oehlmann**, s.10; **Mengelberg**, s.27-28; **Doğan**, s.110; **Kahyaoğlu**, s.47.

²⁸⁷ **Zobl**, s.36.

²⁸⁸ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.759.

görüş doktrinde eleştirilmiş ve dünya ticaret hayatındaki esneklik ve hareketlilik nedeniyle bu görüşün reddedilmesi gerektiği savunulmuştur²⁸⁹.

Banka garantilerine ilişkin kanunda bir şekil zorunluluğu bulunmamasına rağmen taraflar, sözleşme kurulmadan önce bir şekle uymayı kararlaştırabilir(BK. m.16). Garanti sözleşmesinin taraflarının önceden kararlaştırdıkları bu şekil, ispata ilişkin değil, geçerlilik şekline ilişkin bir anlaşma olarak kabul edilir. Dolayısıyla tarafların, kararlaştırılan bu şekle uymamaları halinde sözleşme şekle aykırılık nedeniyle hüküm doğurmayacaktır.

Banka garantilerinde kullanılacak dil, sözleşme bakımından önem taşımaktadır. Bu konuda 10.04.1926 tarih ve 805 Sayılı “İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanun” uygulama alanı bulmaktadır²⁹⁰. Bu kanunun 1. maddesinde “Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler, Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecburdurlar” hükmü bulunmaktadır. Bu hükme göre Türk bankalarının verdikleri ve Türk tabiiyetindeki gerçek veya tüzel kişilerin garanti alan durumunda olduğu banka garantilerinde Türkçe kullanılması gerekecektir²⁹¹. Bu madde kapsamındaki şirketler tanımına Türkiye’de Kurulu bankalar girmektedir. Şubelerin ayrı bir tüzel kişilikleri bulunmadığından yabancı bankaların Türkiye’deki şubelerine bu yasa uygulanmayacaktır²⁹².

Sözleşmenin Türkçe düzenlenmesi zorunluluğuna uyulmamasının müeyyidesi sözleşmenin geçersiz olması değildir. Burada garanti metni yabancı dilde düzenlenmişse veya bir şart yabancı dilde konulmuşsa, metindeki hükümler banka

²⁸⁹ **Zobl**, s.36.

²⁹⁰ 805 Sayılı Kanunu’nun o günün koşullarında kabul edildiği ve artık geçerliliğini yitirdiği, ve ayrıca Türk tabiiyetindeki bankaların Türk tabiiyetindeki kişilere hitaben yabancı dilde teminat mektubu vermeleri sorunlar çıkardığı gerekçeleriyle kanun doktrinde eleştirilmiş ve yürürlükten kaldırılması gerektiği savunulmuştur. Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.103. Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüş ise, bu kanun ile yabancı dil kullanılmasına getirilen sınırlamanın amaçlarının; Türkiye’de faaliyet gösteren Türk tabiiyetindeki ya da yabancı tabiiyetteki kişi veya kuruluşların Türkçe kullanmalarının sağlanması ve Türk vatandaşlarının bilmedikleri yabancı dildeki şartların kendileri aleyhine sonuç doğurmasının önüne geçmek olduğunu, bu iki amacın da günümüzde geçerliliğini devam ettirmesi nedeniyle kanunun varlığını sürdürmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bkz. **Doğan**, s.113.

²⁹¹ **Kahyaoğlu**, s.47–48; **Doğan**, s.111.

²⁹² **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.102.

lehine ise dikkate alınmayacak, buna karşılık garanti alan lehine ise dikkate alınacaktır(m.4). Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır; garanti metninde bulunan ve yabancı dilde kullanılan ibare ve şartlar olmasa idi banka, garanti vermeyecek idi ise, bu durumda sadece bu hükümlerin ve ibarelerin geçersizliğine değil, BK. m.20/2 hükmü çerçevesinde banka garantisinin tamamının geçersizliğine karar verilmesi yerinde olur²⁹³. 805 Sayılı Kanun m.4’de öngörülen müeyyidenin yanı sıra bu yasağa uyulmaması halinde banka, para cezasına, tekrerrü halinde ise ticaretten men cezasına çarptırılabilir(m.7).

Türk tabiiyetindeki kişiler ile yabancı şirketler arasında yapılacak sözleşmeler 805 Sayılı Kanununa göre Türkçe yapılması zorunluluğu kapsamında yer almadığından bu sözleşmeler yabancı bir dil ile de yapılabilecektir. Yargıtay bir kararında²⁹⁴ şu şekilde hüküm tesis etmiştir; “...10.04.1926 gün ve 805 Sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkındaki Kanunun 1.maddesinde Türk tabiiyetindeki her nevi şirket ve müesseseler için Türkiye dâhilindeki her nevi muamele, mukavele, muhabere, hesap ve defterlerini Türkçe tutmağa mecbur olmalarının öngörülmüş olmasına karşılık aynı kanunun 2.maddesinde yabancı şirket ve müesseseler için bu mecburiyet Türk müesseseleri ile Türkiye tebaasından olan fertlerle mukavele hariç muhabere, muamele ve temaslar ile Devlet dairelerine ibraz mecburiyetinde buldukları evrak ve defterlere hasredilmiş olmasına ve bu durumda Türk şirketleri ile müesseselerin yabancı şirket

²⁹³ Bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.746; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.102–103; **Doğan**, s.113; **Kahyaoglu**, s.48–49. Yargıtay kararına konu olan bir olayda “teminat mektubunun yüklenme tarihinden bir ay sonrasına kadar geçerli olacağı”na ilişkin özel şartın İngilizce olarak metne yazılması üzerine yerel mahkemece bu şarta dayanarak bankanın sorumluluğunun son bulduğuna ve bu nedenle davanın reddine karar verilmiş ve temyiz üzerine Yargıtay, şu gerekçe ile davalı bankanın mektupta yer alan bu İngilizce şarta dayanamayacağına hükmetmiştir; “Her ne kadar kökleşmiş Yargıtay içtihatlarına göre, aslında Türkçe olarak düzenlenen bir sözleşmeye, tarafların beynelmilel terim ve tabirleri özel şart olarak yazdırmaları mümkün ise de, işin niteliği ve özelliği bu tür yabancı terim ve tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılmak gerekir. Bu halde 805 Sayılı Kanuna aykırılık teşkil edecek bir işlemin varlığından söz edilemez. Davada ise teminat mektubuna İngilizce olarak yazılan vade şartı niteliği ve özelliği itibariyle beynelmilel terim ve tabirlerin aynen kullanılmasını zorunlu kılmadığı gibi, İngilizce yazılan şart da Türkçe yazılması mümkün ve olağan bulunan, garantinin sona eriş koşuluna ilişkindir...”. Yarg. 11. HD. 30.11.1979 T ve E. 1979/3303, K.1979/5469 sayılı kararı için bkz. YKD. C.VI (1980), S.3, s.388 vd. Karar doktrinde eleştirilmiş ve bu şartın geçersiz kabul edilmesi halinde, o şart olmadan bankanın teminat mektubunu düzenlemeyeceği göz önünde tutularak teminat mektubunun geçersizliğine karar verilmesi gerektiği savunulmuştur. Bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.746; **Kahyaoglu**, s.48–49.

²⁹⁴ Yarg. 11. HD. 07.10.1986 T ve E. 1986/4231, K.1986/5032 sayılı kararı için bkz. YKD. C.XIII (1987), S.1, s.66–67.

ve müesseselerle Türkçe dışında bir dil ile yapılan sözleşmelerin geçerliliğinin yasaklanmamış bulunmasına göre...”.

C-Bankanın Sorumluluğunun Başlangıcı ve Sınırı

Banka garanti sözleşmesi, banka tarafından yapılan icabın, garanti alan tarafından açık veya zımni irade beyanıyla kabulü ile birlikte kurulmuş sayılacak ve bankanın sorumluluğu da bu andan itibaren başlayacaktır²⁹⁵. Uygulamada bankalar, garanti metnini garanti alana ulaştırması amacıyla edimi garanti edilene teslim ettiklerinden, sözleşmenin kurulma anının ve bankanın sorumluluğunun başlangıcının tespiti bazı güçlükler doğurabilmektedir. Bu tür sıkıntılarla karşılaşmak istemeyen banka, belli bir süre içinde garanti alanın kabul beyanında bulunmasını, aksi takdirde icabının reddedilmiş sayılacağını garanti metnine ekleyebilir. Bu durumda garanti alanın, belirlenen sürede bankaya kabul beyanını bildirmemesi sözleşmenin kurulmadığı anlamına gelecektir. Garanti alanın, bankanın garanti veren şubesine veya diğer bir şubesine teyit amacıyla başvurması halinde, bunun aynı zamanda kabul anlamına geleceği ve dolayısıyla da sözleşmenin kurulmuş sayılacağı doktrinde kabul edilmektedir²⁹⁶.

Uygulamada garanti alanın, bankanın icabını kabul etmesine rağmen sözleşmenin yürürlüğe girmesi herhangi bir ihracat belgesinin veya döviz transfer izninin alınması, edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel borç ilişkisi konusundaki bazı işlemlerin yerine getirilmesine bağlı tutulabilmektedir. Böylece taraflar banka garanti sözleşmesinin, sözleşmenin yapıldığı anda değil, daha sonraki bir tarihte yürürlüğe girmesini kararlaştırmaktadırlar. Bu şekilde bir kararlaştırmanın ne anlama geldiği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, garanti metninin, garanti alana ulaşması ve onun tarafından kabulü ile sözleşmenin meydana geldiğini, burada öngörülen şartın ise geciktirici bir şart olduğunu ve dolayısıyla kurulmuş bir sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurmasının öngörülen şartın gerçekleşmesine

²⁹⁵ Doğan, s.117; Kahyaoğlu, s.49.

²⁹⁶ Teoman, s. 113 vd.; Doğan, s.120.

bağlandığını savunmaktadır²⁹⁷. Buna karşılık diğer bir görüş ise, banka garanti sözleşmesinde kararlaştırılan bu tür şartların, sözleşmenin kurulması ve yürürlüğe girmesine ilişkin şartlar olmadığı; bu şartların garantilerde ve özellikle de “ilk talepte” ödeme kaydını içeren banka garantilerinde ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin şartlar olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır²⁹⁸. İkinci görüş daha isabetli gözükmektedir. Zira aksi takdirde süreli garantiler bakımından tam bir belirsizlik ortaya çıkabilecektir.

Bazı durumlarda temel borç ilişkisinin taraflarını oluşturan edimi garanti edilen ve garanti alan, aralarındaki sözleşmede, garantinin temel sözleşme geçerli olarak kurulduğu, hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başladığı anda geçerlilik kazanacağını kararlaştırabilmektedir. Bu tür bir durumda temel borç ilişkisi herhangi bir nedenle yürürlüğe girmez ise, banka garantisi de geçerlilik kazanamayacaktır²⁹⁹. Zira bu tür bir kararlaştırma, geciktirici şartı oluşturmaktadır. Şart gerçekleşmediğinden sözleşme de yürürlüğe girmeyecektir. Buna karşılık garantinin geçerliliğinin, temel ilişkideki sözleşmenin geçerli olması şartına bağlanmadığı bir durumda, temel ilişkideki sözleşmenin herhangi bir nedenle hükümsüz olması halinin garantiyi ne yönde etkileyeceği sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Doktrinde bir görüş³⁰⁰, hukuki açıdan bakıldığında birbirinden bağımsız iki hukuki ilişkinin bulunduğunu, ancak bu iki hukuki ilişki arasında da ekonomik bakımdan kaçınılmaz bir birliğin bulunduğunu, bu nedenle de “kısmi hükümsüzlük tüm sözleşmeyi geçersiz kılar” kuralı gereğince (BGB §139) iki ayrı sözleşme olsa bile aralarında bağ var ise burada da uygulanabileceğini savunmaktadır. Ancak bu kuralın uygulanabilmesi için öncelikle her iki sözleşmenin taraflarının ekonomik bakımdan olduğu kadar hukuki bakımdan da birlikte geçerli veya hükümsüz olacak şekilde bir birlik iradesi ile birbirine bağlanması şarttır. Ayrıca bu birlik iradesinin sadece edimi garanti edilen ile garanti alan arasında değil aynı zaman da banka ile garanti alan arasında bulunması gerekir. Taraflar arasında bu birlik iradesinin bulunmadığı

²⁹⁷ Von Westphalen, Bankgarantie, s.119.

²⁹⁸ Nielsen, Bankgarantien, s.42–43. Türk hukukunda bu görüşü savunanlar; Doğan, s.118; Kahyaoğlu, s.49.

²⁹⁹ Von Westphalen, Bankgarantie, s.119–120.

³⁰⁰ Von Westphalen, Bankgarantie, s.120 vd.

durumlarda edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel ilişkinin herhangi bir nedenle geçersiz olması, banka garantisinin de geçersizliğine yol açmayacaktır.

Bankanın sorumluluğunu oluşturan garanti bedeli, genellikle belirli bir rakam olarak düzenlenmekte ve güvenlik amacı ile de yazı ile metne eklenmektedir. Bu miktar çoğunlukla sabit bir rakam olabileceği gibi, belirli bir rakama kadar olacağı da belirtilebilir. Sorumlu olunacak miktar uygulamada bu şekilde sınırlandırılmakla birlikte garanti sözleşmesi ve banka garantileri herhangi bir kanuni düzenlemeye konu olmadığı için, kefalet sözleşmesinden(BK. m.484) farklı olarak, garanti veren bankanın, sorumlu olacağı miktarı sözleşmede göstermemesi, sözleşmenin geçersizliğine yol açmayacaktır³⁰¹. Yani garanti bedelinin açıkça belirtilmesi şart olmayıp, belirlenebilir olması yeterlidir.

Garanti konusu olayın belirlenmesi, bankanın sorumluluğunun sınırının belirlenmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira garanti verenin teminat altına aldığı risk garanti konusu olayı oluşturmakta ve bu olayın gerçekleşmesi durumunda garanti verenin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Garanti edilen şey, yani garanti konusu olay açıkça belli olacak ki, garanti verenin sorumlu olduğu miktar da belirlenebilir olsun. Zira garanti veren banka, edimi garanti edilen ve garanti alan arasındaki hangi hukuki ilişki sebebi ile ortaya çıkabilecek hangi risklerden dolayı sorumlu olacağını bilmek isteyecektir. Edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki hukuki ilişkilerin tümünden doğabilecek risklerin tek bir garanti ile teminat altına alınması nitelik itibariyle garanti sözleşmesinin kapsamını aşacaktır³⁰². Yargıtay'ın vermiş olduğu çeşitli kararlarda da, garanti verenin sorumlu olduğu riskin belli veya en azından belirlenebilir nitelikte olması gerektiği kabul edilmektedir³⁰³.

³⁰¹ **Zobl**, s.38; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.179.

³⁰² **Reisoğlu**, Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, s.64; **Doğan**, s.121–122.

³⁰³ Yakın tarihli bir kararında Yargıtay, şu şekilde hüküm vermiştir; "...garanti sözleşmesine şekil serbestisi hâkim olup garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. ...bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olamaz. Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir. Hangi riskin garanti edildiği belirlenmeden 'doğmuş ve doğacak her türlü borcun garanti edildiği'nden söz etmek, boyutları belli

Garanti miktarının, garanti metninde belirlenmiş olması geçerlilik bakımından zorunlu olmamakla birlikte garanti veren bankanın sorumlu olduğu riski bilmesi ve buna göre hareket etmesi açısından, bankanın sorumlu olduğu sınır olarak garanti miktarının belirlenmiş olmasının uluslararası teamüllere uygun olacağı doktrinde ifade edilmektedir³⁰⁴.

D-Sözleşmede Değişiklik Yapılması

Edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki hukuki ilişkinin uzun süreli olması halinde teminat altına alınan olayda değişiklikler meydana gelebileceği gibi temel borç ilişkisinin değerinde de değişiklikler meydana gelebilmektedir. Banka garantisi, temel borç ilişkisinden bağımsız olduğu için zaman içerisinde temel borç ilişkisinde meydana gelen değişiklikler garanti ilişkisine doğrudan doğruya ve derhal yansıtılamamaktadır³⁰⁵. Bazen bu tür değişikliklerin meydana gelmesi ihtimali göz önünde bulundurularak garanti metnine açık hükümler konulabilir. Garanti metninde bu tür hükümlerin bulunması halinde, bu hükümlerden hareketle temel borç ilişkisinde meydana gelen değişikliklere uygun olarak garanti metninde de değişiklikler yapılabilecektir³⁰⁶. Buna karşılık temel borç ilişkisinde meydana gelen değişikliklere ilişkin garanti metninde herhangi bir hüküm bulunmaması halinde uygulamada garanti alan, edimi garanti edilenden banka garantisinin değişen bu şartlara uyarlanmasını talep etmekte; bunun üzerine edimi garanti edilen, vekili durumundaki bankaya talimat vermek suretiyle garanti metninde değişiklik

olmayan bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesi ile bağdaşmaz. Hâl böyle olunca, garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmiş olması ya da bunu belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almamış bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez... Öte yandan sözleşmede limit aşımının da garanti edildiği durumlarda limit ne miktara kadar aşıldığı takdirde garanti edenin sorumlu tutulacağı hususu da tartışılması gereken bir konudur. Önceden sınırı belirlenmemiş ise, asıl borçlu yönünden saptanan kredi limitinin makul ölçülerde aşılması durumunda garanti verenin aşılardan de sorumlu tutulabileceği ancak, makul ölçüler dışındaki aşırı limit aşımının garantinin kapsamı dışında kaldığının kabulü gerekir". Yarg. 19. HD. E. 1999/4084, K.2000/4634 sayılı kararı ve değerlendirilmesi için bkz. **Doğan**, s.122–123.

³⁰⁴ **Zobl**, s.38.

³⁰⁵ **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.141 vd.; **Dohm**, s.93 vd.; **Doğan**, s.124-125; **Kahyaoglu**, s.105.

³⁰⁶ **Doğan**, s.125.

yapılmasını istemektedir. Banka da garanti alanın onayını almak suretiyle sözleşmede değişiklik yapmakta veya duruma göre ek bir teminat vermektedir.

Garanti metninde değiştirilmesi talep edilebilecek konuları, özellikle garanti bedeli ve garantinin süresi oluşturmaktadır³⁰⁷. Garanti ile teminat altına alınan olaya ilişkin meydana gelebilecek değişiklikler, garanti konusu edimin ifa edildiği oranda riskin ortadan kalkması şeklinde gerçekleşebileceği gibi riskin artması şeklinde de olabilir³⁰⁸. Örneğin ifa garantilerinde, temel ilişkiden doğan borç kısım kısım ifa edilmekte ise ifa yapılan oranda risk azalmış olacaktır. Bu durumda garanti sözleşmesi temel ilişkiden bağımsız olduğu için, banka, temel ilişkiden doğan borcun ifa edilmesini dikkate alarak kendiliğinden garanti bedelinde indirim gidemeyecektir. Ancak garanti metninde hangi şartların gerçekleşmesi ve hangi belgelerin sunulması halinde indirim veya artırmaya gidilebileceği kararlaştırılmışsa, bu durumda banka, kendisine sunulan belgeleri incelemek suretiyle garanti bedelini indirecek veya arttıracaktır. Banka garantisinde bu şekilde değişiklik yapılabilmesi için, banka bakımından, borçlandığı garanti bedelinin kapsamını tam ve objektif olarak belirlemesine imkân verecek tüm verilerin bulunması gerekecektir³⁰⁹.

Garanti bedelinin hangi şartlarla değiştirilebileceğine ilişkin garanti metinde herhangi bir hükmün bulunmaması halinde banka veya garanti alan tek başına sözleşmeyi değiştiremezler, her iki tarafın da onayı gerekir³¹⁰. Bu durumda edimi garanti edilenin, garanti ile teminat altına alınan edimin belirli oranda ifa edildiğini ve bu nedenle de garanti bedelinde indirim gidilmesi yönündeki talebi üzerine banka, bu durumu garanti alana bildirecek ve garanti alanın onayı ile indirim yapılabilecektir. Garanti alanın onay vermemesi halinde banka, garanti bedelinde tek taraflı olarak herhangi bir değişiklik yapamayacaktır. Garanti bedelinde değişiklik yapılabilmesi için, garanti alanın açık bir kabul beyanının bulunması gerektiği

³⁰⁷ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.180; **Doğan**, s.125 vd.

³⁰⁸ Bankanın vermiş olduğu garanti ile teminat altına alınan riskin zaman içinde azalması özellikle avans garantilerinde görülmektedir. Alınan avans karşılığında işin yapılması oranında, avans garantisini de sözleşmede öngörülen hükümlere uygun olarak indirilebilmektedir.

³⁰⁹ **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.142–143; **Kahyaoglu**, s.106.

³¹⁰ **Dohm**, s.94; **Doğan**, s.127; **Kahyaoglu**, s.106.

doktrinde kabul edilmektedir. Garanti alanın kendisine yapılan teklife cevap vermeyerek susması halinde talebin reddedildiği kabul edilecektir³¹¹.

Garanti metninde değiştirilmesi talep edilebilecek konulardan ikincisini ise, garantinin süresinin uzatılması oluşturmaktadır. Uygulamada genellikle süreli garantilerde garanti alan, bankaya “extend or pay” şeklinde ifade edilen, “garanti süresini uzat veya garanti bedelini öde” şeklinde formüle edilecek talebi iletmektedir. Bunun üzerine banka, edimi garanti edilene başvurmakta ve onun onayını aldıktan sonra ancak garanti süresini uzatabilmektedir. Bu tür bir taleple karşılaşan edimi garanti edilen ise, garanti bedelinin ödenmesine engel olabilmek için garanti süresinin uzatılmasına rıza göstermek zorunda kalmaktadır³¹². Ancak uygulamada karşılaşılan bu tür bir talebin garanti sözleşmesi ile bağdaşmayacağı açıktır. Zira garanti alan, ödeme talebinde bulunurken, garanti konusu olayın gerçekleştiğini bildirmelidir. Garanti alan açıkça bunu dile getirmese bile, ödeme talebinde bulunulmasının, zımnen garanti konusu olayın gerçekleştiği anlamına geldiği sonucuna varılabilecektir. Böyle bir durumda da garanti süresinin uzatılmasının talep edilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Buna karşılık garanti konusu olayın gerçekleşmediği bir durumda da ödeme talebinde bulunulmasının bir sonucu olmayacaktır³¹³. Buna rağmen garanti alanın “garanti süresini uzat veya garanti bedelini öde” şeklindeki bir davranışı, hakkın kötüye kullanımı niteliği taşıyabilir³¹⁴.

E-Sözleşmenin Sona Ermesi

Garanti sözleşmesi ve banka garanti sözleşmesi farklı şekillerde sona erebilir. Burada tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme bulunduğu için, bankanın borcunu ifa etmesi ile sözleşme sona erecektir. Bu şekilde bir sona ermenin yanı sıra BK. m.113

³¹¹ **Doğan**, s.127.

³¹² **Dohm**, s.94–95; **Kahyaoglu**, s.56 ve s.106; **Doğan**, s.127–128.

³¹³ Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.259 vd.

³¹⁴ **Büsser**, s.244. Bu tür bir taleple karşılaşan garanti veren banka gerekli def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle talebi geri çevirebilir. Hakkın kötüye kullanılması savunması aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

vd. maddelerinde düzenlenen sona erme nedenleri ve ibra da, niteliğine uygun düştüğü oranda, banka garantilerinden doğan borcu sona erdirebilecektir³¹⁵. Burada özellikle, garanti borcunun ödenmesi, garanti süresinin geçmesi ve kusursuz imkânsızlık durumları ele alınacaktır.

Her borç ilişkisinde olduğu gibi banka garanti sözleşmesinde de, garanti konusu olayın gerçekleşmesi ile garanti alanın ödeme talebi üzerine banka, ödemede bulunmak suretiyle garantiden doğan borcu sona erdirebilir. Banka garantileri, tek tarafa borç yükleyen sözleşme niteliğinde olduğu için, bankanın garanti yükümlülüğünü yerine getirmesi ile borç ilişkisi sona erer³¹⁶.

Sürelili garantilerde, sözleşmede kararlaştırılan sürenin, garanti konusu olay gerçekleşmeden önce dolması veya garanti konusu olay gerçekleşmiş olmasına rağmen garanti alanın, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunmaması halinde, sözleşme sona erecektir³¹⁷. Buna karşılık sözleşmede kararlaştırılan süre içinde ödeme talebinde de bulunulması gerekmiyorsa, garanti konusu olayın gerçekleşmesi halinde bankanın sorumluluğu genel zamanaşımı süresi olan on yıllık bir süreye tabi olacaktır.

Süresiz garantilerde edim, tek bir ifayı içerdiğinden sürekli bir borç ilişkisi meydana getirmez. Bu nedenle de garanti veren bankanın, kural olarak, fesih hakkı bulunmayacaktır. Buna karşılık istisnai olarak ard arda teslim şartına bağlı bir satım sözleşmesinde edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki birden fazla sayıdaki borç ilişkisi için verilen garantinin, haklı bir nedenin varlığı halinde banka tarafından, fesih hakkı kullanılarak sona erdirilebileceği kabul edilmektedir³¹⁸. Sözleşme haklı bir nedenle feshedilinceye kadar garanti konusu olayın gerçekleşme ihtimali her zaman mümkündür.

³¹⁵ **Doğan**, s.224; **Kahyaoglu**, s.107. Garanti borcunun herhangi bir nedenle sona ermesi, garantiden doğan talep hakkının sona ermesi anlamı taşıdığı ve hakkın sona ermesi de itiraz niteliğinde olduğundan, sona erme nedenleri aşağıda “hakkı sona erdiren itirazlar” başlığı altında ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

³¹⁶ **Kleiner**, Bankgarantie, s.249; **Koziol**, Garantievertrag, s.48; **Büsser**, s.62; **Doğan**, s.224.

³¹⁷ **Kahyaoglu**, s.106–107.

³¹⁸ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.789; **Kahyaoglu**, s.56; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.152.

Garantinin konusunu oluşturan edimin yerine getirilememesinin, kusursuz imkânsızlık nedeniyle ortaya çıkmasından dolayı garanti konusu olayın gerçekleşmesi halinde banka, BK. m.117'ye dayanmak suretiyle borcunun sona erdiğini ileri süremeyecektir³¹⁹. Çünkü garanti veren bankanın borcu, temel borç ilişkisinden bağımsızdır. Sözleşmelerin nisbiliği ilkesi gereğince edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki borç ilişkisinin kusursuz imkânsızlık nedeni ile sona ermesi, sadece bu sözleşme ilişkisini ilgilendirir ve banka ile garanti alan arasındaki garanti ilişkisini etkilemez. Ancak kanaatimizce burada bir çözüm olarak, edimi garanti edilene, bir menfi tespit davası açma imkânı verilmelidir. Edimi garanti edilen, mahkemedен temel ilişki nedeniyle garanti alanla aralarında bulunan borcun kusursuz imkânsızlık sebebiyle sona erdiğine ilişkin tespit kararı alabilir. Borcun kusursuz imkânsızlık nedeniyle sona erdiğine ilişkin mahkeme ilamını bankaya ulaştırması halinde banka, garanti alanın ödeme talebini ret etmelidir. Zira garanti konusu olayın gerçekleşmediği mahkeme kararıyla kesinleşmiş bulunmaktadır.

Garanti konusu olay, garanti alanın kusurlu davranışları sonucunda gerçekleşmişse, kural olarak bankanın borcunun sona ereceği kabul edilmektedir³²⁰. Burada garanti alanın kusurunun birinci planda ve ağır bir kusur olması gerekir. Buna karşılık hafif kusur olması halinde garanti alanı koruma amacına ağırlık verilmesi ve garanti sözleşmesinde aksine hüküm bulunmaması halinde sözleşmenin sona ermeyeceği, bankanın sorumluluğunun devam edeceği kabul edilmektedir³²¹.

Garanti alanın ödeme talebinde bulunması üzerine bankanın borcunu ifa etmesi, garanti konusu olayın gerçekleşmemesi, süreli garantilerde sürenin dolması veya bu süre içinde ödeme talebinde bulunulmaması nedenlerinden biri ile sözleşmeden doğan borcun sona ermesi durumunda garanti alan, garanti metnini bankaya iade etmelidir³²². Ancak banka garanti sözleşmesi, kıymetli evrak

³¹⁹ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.883; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.169; **Doğan**, s.227; **Kahyaoğlu**, s.107.

³²⁰ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.883; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.170; **Kahyaoğlu**, s.107–108; **Doğan**, s.226.

³²¹ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.883.

³²² **Schütze**, Garantieurkunde, s.1398; **Kahyaoğlu**, s.109; **Doğan**, s.228. Banka garantisinin kaybolması veya çalınması gibi bir nedenle garanti metnini bankaya iade edemeyen garanti alan, bankaya bu durumu da bildiren bir beyanda bulunmalı ve bankayı garanti borcundan ibra

niteliğinde olmadığından, sözleşme metni iade edilmese bile banka, sözleşme ilişkisinin sona erdiği gerekçesiyle kendisine yapılan ödeme taleplerini geri çevirebilecektir. Buna rağmen banka garantisinin iade edilmemesi, özellikle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde potansiyel bir tehlike oluşturur ve bankayı ödeme yapmak zorunda bırakabilir. Kanaatimce, özellikle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından ödeme talebinde bulunulması ile ödemenin yapılması arasındaki sürenin kısalığı düşünüldüğünde, öncelikle ihtiyati tedbir yoluna başvurulması, daha sonra da tespit davası açılması pratik bir yol olarak gözükmektedir. Zira tespit davasında yapılacak incelemenin süresinin uzunluğu, garantinin ödenmesi sonucunu doğurabilecektir. Bu nedene öncelikle mahkemenin ihtiyati tedbir kararı alınması yararlı olacaktır.

Garanti alanın, banka garantisini iade etmemesi veya geç iade etmesi halinde edimi garanti edilen de zarara uğrayabilmektedir. Zira garanti sözleşmesinin son bulmasına rağmen banka garantisinin iade edilmemesi nedeniyle edimi garanti edilen, bloke edilen nakit parasını alamadığı gibi, iade edilmeyen süre boyunca bankanın faiz ve komisyon masraflarını edimi garanti edilenden talep hakkı bulunmaktadır. Dolayısıyla banka garantisinin edimi garanti edilene iade edilmemesinden dolayı edimi garanti edilen de zarar görebileceğinden, edimi garanti edilene de dava hakkının tanınması gerekir³²³.

Banka garantisi, kıymetli evrak niteliğine haiz olmadığından, iadesi de tek başına sözleşmenin sona erdiğini göstermez. Yani sözleşme ilişkisi sona ermemesine rağmen, sırf banka garantisi iade edildi diye bankanın garantiden doğan borcu sona erecek değildir. Bu tür bir iadenin garanti alan tarafından yapılması ancak, sözleşmenin sona erdiği yönünde bir karine teşkil edebilir³²⁴. Buna karşılık edimi garanti edilen gibi üçüncü bir kişi tarafından banka garantisinin iadesi garanti sözleşmesini sona erdirmemelidir. Uygulamada özellikle garantinin banka tarafından hazırlanarak garanti alana ulaştırılması amacıyla edimi garanti edilene verilmesi ve yine sıklıkla karşılaşılan, sözleşmenin sona ermesinden sonra garanti alanın, garanti

etmelidir. Aksi halde iade edilmemiş banka garantisi, özellikle “ilk talepte” ödeme kayıtlı garantiler bakımından potansiyel bir tehlike oluşturabilecektir.

³²³ Bkz. **Schütze**, Garantieurkunde, s.1400.

³²⁴ **Doğan**, s.230.

metnini bankaya iade etmesi amacıyla edimi garanti edilene vermesi birçok probleme neden olabilmektedir³²⁵. Bu problemlerin önüne geçilebilmesi amacıyla banka garantisinin verilmesi ve iadesine ilişkin işlemlerin doğrudan doğruya banka ile garanti alan arasında yapılmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

II-GARANTİ ALANIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNMASI

A-Ödeme Talebi

1-Genel Olarak

Banka garantisinden doğan alacağın, garanti alan tarafından sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olarak talep edilmesi halinde garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğar³²⁶. Sözleşmede genellikle hangi şartlarda ve hangi belgelerin sunulması suretiyle ödeme talebinde bulunulacağı belirtilir³²⁷.

³²⁵ Daha önce de belirtilmiş olan Yargıtay kararına konu olmuş bir olayda banka, garanti metnini, garanti alana ulaştırılması amacıyla edimi garanti edilene vermiş, edimi garanti edilen de bu metni fotomekanik yöntemlerle aslından ayırt edilemeyecek bir şekilde çoğaltmış, aslını kendisinde saklı tutarak çoğalttığı metni garanti alana vermiştir. Garanti alan, bankanın garanti veren şubesinden bir başka şubesinde garanti metninin teyidini almıştır. Daha sonra edimi garanti edilen, garanti metninin aslını bankaya iade ederek bloke ettiği parayı bankadan çekmiştir. Kararında Yargıtay, sahte teminat mektubuna teyit verilmesi ile garanti alanın yanıltıldığı ve zarara uğratılması nedeniyle bankanın haksız fiil hükümlerinden dolayı sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Yarg. 11. HD. 13.11.1990 T ve E. 1989/3737, K.1990/7248 sayılı kararı için bkz. **Teoman**, Ek-1, s.121-122. Ancak burada vurgulamak gerekir ki karşı oy yazısında Okçuoğlu, uyuşmazlığın çözülebilmesi için garanti akdinin oluşması, sona ermesi ve teyit üzerinde durulması gerektiğini; garanti sözleşmesinin yazılı metninin, garanti sözleşmesinin ve kapsamının bir ispat vasıtasından başka bir şey olmadığını; kural olarak sahte teminat mektubunun bankayı bağlamaması gerektiğini; mektuba teyit verilmesi ile garanti sözleşmesinin oluştuğunu; teminat mektubu kıymetli evrak niteliğinde olmadığından bankanın sorumluluğunun sona ermesi için, mektubun mutlaka bankaya iadesinin zorunlu olmadığını; garanti alanın sözleşmeye son verme iradesi olmadan teminat mektubunun edimi garanti edilen tarafından ele geçirilip bankaya iade edilmesinin sözleşmeyi sona erdirmeyeceğini; sonuçta bankanın garanti sözleşmesi nedeniyle sorumlu olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Okçuoğlu Y.N.**, Yargıtay Kararları ve Karşı Oylarım, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Ankara 1991, s.392 vd.

³²⁶ Garanti verenin ödeme yükümlülüğü ve böylece garanti alanın garanti bedeline ilişkin alacak hakkı, garanti sözleşmesinin yapılması anında doğmakla birlikte ödeme talebinde bulunulması, garanti konusu olayın gerçekleşmesi geciktirici şartına bağlanmış bulunmaktadır.

³²⁷ **Bülow**, s.508. Alman Federal Mahkemesinin bir kararında ödeme talebinde bulunulurken ödeme talebinin sözleşmede kararlaştırılan şekilde yapılması gerektiği sonucuna varılmaktadır. BGH, 24.11.1998, ZIP 1998, s.136 kararı ve eleştirisi için bkz. **Nielsen**, EWIR 1999, s.311-312.

Ödeme talebinde bulunulması, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti alanın veya onun yetkili kıldığı bir kişinin, garanti bedelini talep etmeye yönelik tek taraflı ve varması gerekli irade beyanını ifade eder³²⁸. Garanti alanın tek taraflı bir hukuki işlemle ödeme talebinde bulunması sonucunda garanti verenin hukuki durumunda değişiklik meydana geldiği için, ödeme talebinde bulunmanın, yenilik doğuran bir hak özelliği taşıdığı doktrinde kabul edilmektedir³²⁹.

Garanti bedelinin ödenmesini, kural olarak garanti alan talep eder. Bunun yanı sıra garantiden doğan alacağın temlik edilmesi³³⁰ durumunda ödeme talebinde bulunma yetkisinin de temlik alana geçip geçmediği doktrinde tartışmalıdır³³¹. TGİBK m.4'de garantide veya onu değiştiren sözleşmede açık bir hüküm bulunmadıkça garantinin devredilemeyeceği düzenlenmekle birlikte, aynı maddenin ikinci fıkrasında, garantiden doğmuş veya gelecekte doğacak alacağın temlikinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.

³²⁸ **Kleiner**, Bankgarantie, s.214; **Büsser**, s.229; **Diwok**, s.483 vd.

³²⁹ Bkz. **Bydlinski**, Bankgarantie, s.154; **Kleiner**, Bankgarantie, s.214; **Büsser**, s.230; **Egger**, einstweilige Rechtsschutz, s.19; Yenilik doğuran hakların tanımı ve özellikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.57 vd.

³³⁰ Banka garantisinden doğan alacağın devri mümkündür. Zira garanti sözleşmesi ve banka garantisi herhangi bir kanuni düzenlemeye konu olmadığından ve devri yasaklayan bir kanuni hüküm bulunmadığından, sözleşmede aksi kararlaştırılmadığı sürece garanti alacağı, alacağın temlik hükümleri (BK. m.162 vd.) çerçevesinde devredilebilir. Mevcut bir alacağın temlik mümkün olduğu gibi, henüz doğmamış bir alacağın temlik de mümkündür. Bkz. **Eren**, s.1186–1187. Banka garantisinde de garanti alanın ödeme talebi bulunmadığı için henüz doğmamış, fakat belirli şartların gerçekleşmesi halinde doğacak olan bir garanti alacağı söz konusudur. Ancak burada sözleşmenin tüm hak ve borçları ile birlikte üçüncü bir kişiye devri ile, garantiden doğan alacağın devrini birbirinden ayırmak gerekir. Birinci işlem için bankanın onayı gerektiği gibi, banka garantilerinde de bu tür bir devir kural olarak mümkün değildir. Zira bu durum aynı zamanda banka garantisinin taraflarının değişmesi anlamına da gelmektedir. Ancak garantiden doğan alacağın devri, bankanın onayına gerek olmaksızın serbestçe yapılabilir. Bkz. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.786; **Kleiner**, Bankgarantie, s.243 vd.; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.148 vd.; **Diwok**, s.489; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.201 vd.; **Dohm**, s.96 vd.; **Tekinalp**, s. 394; **Doğan**, s.153 vd.; **Kahyaoğlu**, s.103 vd.; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.85.

³³¹ Doktrinde bir görüş, garantinin ödenmesine ilişkin talep hakkının şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğunu ve bu hakkın devredilemeyeceğini kabul etmektedir. Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.203; Buna karşılık diğer bir görüş ise, garanti alanın ödeme talebinde bulunmasından önce henüz doğmamış bir alacağın bulunduğunu ve bu alacağın tek başına devrinin bir anlam ifade etmeyeceğini, bu nedenle de alacak hakkı ile birlikte talep hakkının da devredilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Tekinalp**, s. 394; **Doğan**, s.160–161; **Kahyaoğlu**, s.103–104; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.85. Burada alacağın temlik edilmesinin anlam ifade etmesi ve pratik bakımdan sonuç doğurması için ikinci görüşe üstünlük tanımak yerinde olacaktır.

Garanti alanın bizzat kendisi ödeme talebinde bulunabileceği gibi yetki verdiği bir kişinin de ödeme talebinde bulunması mümkündür. Ödeme talebinde bulunmaya yetkili kılınan kişinin, garanti alanın tüzel kişilik olması halinde onun adına hareket etmeye yetkili olması ve kendisine verilen vekâletnamede açık yetkisinin bulunması gerekir³³².

Kamu kurum ve kuruluşlarına hitaben verilen banka garantilerinde garanti alan olarak gösterilen daire veya müdürlük doğrudan tüzel kişinin kendisi olmamakta, tüzel kişiliğe haiz bir birimin alt kuruluşu olmaktadır. Bu durumda ödeme talebi, bizzat tüzel kişi tarafından yapılabileceği gibi garanti alan olarak gösterilen daire veya müdürlükçe de yapılabilir. Belediyelerin ve il özel idarelerinin ayrı tüzel kişilikleri bulunduğundan, ödeme taleplerinin doğrudan bu tüzel kişiliklerden gelmesi gerekir³³³.

Ödeme talebi, garanti sözleşmesinde belirtilen ve garanti veren durumunda olan bankaya yöneltilir. Ödeme talebinin bankanın merkezine mi, yoksa şubesine mi yöneltileceği, şubeye ise, bankanın hangi şubesine yöneltileceği, sözleşmenin yorumlanmasından anlaşılır. Garanti metninde ödeme talebinin nereye yöneltileceği konusunda açık bir hüküm varsa, bu hüküm çerçevesinde belirtilen yerden talepte bulunulabilecektir.

Ödeme talebinde bulunulacak yer konusunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, garantinin düzenlendiği yere ilişkin bir hüküm varsa, bu, ödeme yerine ilişkin zımni bir hüküm olarak yorumlanmalı ve ödeme talebi, garantinin düzenlendiği şubeye yöneltilmelidir. Bu konuda da açık bir hükmün bulunmaması durumunda, garanti metnini düzenleyen bankanın, ödeme yerini belirlemeye yönelik bilinçli bir vazgeçmesinin bulunduğu kabul edilmeli ve ödeme talebi, bankanın herhangi bir şubesine yöneltilmelidir³³⁴. Garantide açık bir hüküm bulunmasına rağmen, yetkili olmayan bir şubeden ödeme talebinde bulunulması, talebin geçersizliği sonucunu doğuracak ve bu tür bir talep karşısında yetkisiz banka şubesi,

³³² **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.247; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.180; **Doğan**, s.192–193.

³³³ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.247–248.

³³⁴ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.262–263; **Büsser**, s.248–249.

ödeme talebini geri çevirecektir. Uygulamada garanti, bankanın bir şubesi tarafından verilmesine rağmen, garanti alan, aynı bankanın bir başka şehirdeki şubesine ödeme talebini yöneltmektedir. Ödeme talebini alan şube, diğer şubeyi arayarak garantinin ve ödeme talebinin geçerliliğini sormakta ve şartlar yerine getirilmişse garanti bedelini garanti alana ödemektedir³³⁵.

2-Ödeme Talebinin Şartları

Garanti alanın ödeme talebinde bulunabilmesi için bazı şartların varlığı aranır. İlk olarak garanti alanın kim olduğunun belirlenebildiği ve geçerli olarak kurulmuş bir garanti sözleşmesi bulunmalıdır. İrade sakatlığı nedeniyle iptal hakkının kullanılması veya hukuka ve ahlaka aykırılık gibi geçersizlik nedenlerinden birinin bulunması durumunda, garanti sözleşmesi geçersiz hale geleceğinden garanti alanın, ödeme talebine ilişkin bir hakkı doğmayacaktır.

Ödeme talebinde bulunulabilmesine ilişkin olarak gerçekleşmesi gereken ikinci şart, ödeme talebinde bulunulduğu zamanda garanti konusu olayın gerçekleşmiş olmasıdır. Garanti konusu olayın gerçekleşmiş olması, ödeme talebinde bulunulabilmesi bakımından hem “kurucu” hem de “geciktirici” nitelikte bir şartı oluşturmaktadır³³⁶. Garanti ile teminat altına alınan edim, ödeme talebinde bulunulmadan önce edimi garanti edilen tarafından gereği gibi ifa edilirse, garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün olmadığından, ödeme talebinde bulunulması da mümkün olmayacaktır. Buna rağmen ödeme talebinde bulunulması halinde bankanın gerekli savunmayı yapması gerekecektir. Buna karşılık “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde, ödeme talebinde bulunulması üzerine banka, içeriğe ilişkin herhangi bir inceleme yapmaksızın derhal ödeme yapmakla yükümlü

³³⁵ Bir banka tüm şubeleri ile bir tüzel kişilik oluşturduğundan, garanti metninde aksi belirtilmedikçe, bir bankanın herhangi bir şubesinden ödeme talebinde bulunulması geçerli olacaktır. Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.262. Bu konuya ilişkin doktrinde bir görüş, garanti alanın ikametgâhının bulunduğu yer dışında ve uzağında bir şubeden ödeme talebinde bulunulmasını bankanın şüphe ile karşılamasının haklı bir durumu oluşturduğunu ve bu tür bir konuda uyuşmazlık yaşanmaması için garanti metnine, “bu garantinin ödenmesinin talebi, düzenleyen banka şubesine yapılacak yazılı başvuru ile yapılır” kaydının konulmasının doğru olacağını ileri sürmektedir. Bkz. **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.180; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.64.

³³⁶ **Büsser**, s.231.

olduğundan, garanti konusu olay gerçekleşmemiş olmasına rağmen garanti alanın ödeme talebinde bulunması durumları ile karşılaşılabilmektedir.

Bu şartların yanı sıra ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin olarak garanti sözleşmesinde özel bazı şartlarda kararlaştırılabilir. Bu tür şartlara, ödeme talebinde bulunmadan önce edimi garanti edilene bildirimde bulunulması, öncelikle edimi garanti edilenden talepte bulunulması veya alacağın öncelikle edimi garanti edilenden talep edilmesi yoluna gidilmesi gibi durumlar örnek olarak verilebilir. Bunların yanı sıra temel ilişkiden doğan borcu teminat altına almak amacıyla kefalet, ipotek veya diğer bir garanti gibi birden fazla teminat aracının kullanılması durumunda, alacağın öncelikle bunlardan elde edilmesi, daha sonra da banka garantisinden doğan garanti bedelinin ödenmesinin talep edilmesi şartı da getirilebilir. Ancak uygulamada bu tür şartları içeren bir garantinin talep edilebilirliğinin azalacağı da bir gerçektir.

3-Ödeme Talebinin Zamanı

Geçerli bir ödeme talebinde bulunulması, talebin zamanında yapılmasını gerektirir. Taraflar ödeme talebinin zamanı hakkında sözleşmeye açıkça hüküm koyabilecekleri gibi, herhangi bir düzenleme de öngörmeyebilirler.

Garanti metninde garanti bedelinin ödemesinin en erken ne zaman yapılacağı konusunda hüküm bulunabilir³³⁷. Ödeme talebinde bulunulacak zaman, garanti konusu olay zikredilmek suretiyle de belirlenebilir³³⁸. Bu durumda belirtilen zamandan önce ödeme talebinde bulunulması geçersiz olacaktır. Ödeme talebinin en erken ne zaman yapılabileceği konusunda sözleşmede hüküm bulunmaması durumunda garanti ile teminat altına alınan olayın gerçekleşmesinden sonra derhal

³³⁷ Örneğin, “Ödeme talebi en erken 15.12.2006 tarihinde yapılabilir”.

³³⁸ Örneğin, “Satım konusu malların bedeli, 20.02.2007 tarihine kadar ödenmediği takdirde, talebiniz üzerine ödemeyi yapacağız”.

ödeme talebinde bulunulabilecektir³³⁹. Bu tür bir çözüm BK. m.74'deki düzenlemeye de uygundur.

Garanti metninde garanti bedelinin ödemesinin en geç ne zamana kadar yapılabileceği konusunda da düzenleme getirilebilir³⁴⁰. Bu durumda süreli bir garantiden söz edilir³⁴¹. Süreli garantilerde ödeme talebinin belirlenen süre içinde yapılmaması halinde bankanın ödeme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır³⁴². Buna karşılık ödeme talebinin en geç ne zamana kadar yapılması gerektiği konusunda sözleşmede bir hüküm bulunmaz ise, süresiz bir garanti söz konusudur. Bu tür garantilerde ödeme talebi, talebin yapılabileceği andan itibaren BK. m.125'de öngörülen on yıllık zamanaşımı süresi boyunca yapılabilir. Zamanaşımı süresi, garanti alacağının muaccel olması ile başlar(BK. m.128). Bu durumda taraflar aksini kararlaştırmadıkları takdirde zamanaşımı süresi, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine, garanti alanın ödeme talebinde bulunmasına yönelik ihbarını yapabileceği andan itibaren işlemeye başlar³⁴³. Zamanaşımı süresi dolmasına rağmen, garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde, banka zamanaşımı def'i savunmasında bulunabilecektir.

4-Ödeme Talebinin Şekli ve İçeriği

Bankacılık uygulamasında, genellikle garanti bedelinin ödenmesine ilişkin talebin hangi şekilde yöneltileceği konusunda sözleşmede açık bir hüküm bulunmaktadır. Faks, teleks, e-mail gibi çeşitli şekillerin kararlaştırılması mümkün olmakla birlikte uygulamada genellikle yazı şeklinde ödeme talebinde bulunulması

³³⁹ UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 15. maddesinde bu şekilde bir ifade yer almaktadır. Bkz. **Heidbüchel**, s.144; **Buch**, s.374-375; **Lienesch**, Bankgarantie, s.83-84; **Markus**, s.40.

³⁴⁰ Örneğin, "Ödeme talebi en geç 27.02.2006 tarihine kadar yapılmalıdır".

³⁴¹ Bu konuda bkz. **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.167 vd.; **Dohm**, s.99; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.765; **Kleiner**, Bankgarantie, s.213; **Käser**, s.622; **Roesle**, s.113 vd.; ; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.183-184.

³⁴² **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.253; ; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.183.

³⁴³ Bkz. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.765; **Bydlinski**, AcP190, s.154.

kararlařtırılmaktadır³⁴⁴. Bu durumda ödeme talebinin sözlü bir şekilde yapılması halinde bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacak ve banka, ödeme talebini ret edecektir³⁴⁵.

Garanti sözleşmesinde, ödeme talebinin yazılı şekilde yapılacağı kararlaştırılmış ise, bu yazılı şeklin, adi yazılı şekil olduğu kabul edilmelidir. TGİBK m.20’de garanti alanın ödeme talebinin ve bunun yanı sıra garanti sözleşmesinde öngörülen belgelerin yazılı şekilde olması gerektiği de açıkça düzenlenmiştir.

Ödeme talebinin içeriğinde ise iki hususun özellikle belirtilmesi gerekecektir. İlk olarak garanti alanın, ödenmesini talep ettiği miktarı rakamlandırması gerekir. Bu miktar, doğal olarak garanti sözleşmesinde kararlaştırılan üst sınır içinde olacaktır. Garanti alanın ödeme talebi, garanti bedelinin kısmen veya tamamen ödenmesi şeklinde de gerçekleşebilir. Garanti alanın, bankanın geri kalan miktar için sorumlu kalmaya devam etmesi kaydıyla banka garantisinin kısmen ödenmesini istemesi mümkün ve geçerli kabul edilmelidir. Banka uygulamasında garanti alanların, kısmi ödeme talebinde buldukları görülmektedir³⁴⁶.

İkinci önemli nokta ise garanti alanın, ödeme talebi ile birlikte, garanti konusu olayın gerçekleştiğini iddia etmesi ve ileri sürmesidir³⁴⁷. Garanti konusu olayın gerçekleştiğinin garanti alan tarafından açıkça iddia edilmesi, özellikle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde ödeme talebinde bulunulmasının şartı olarak kararlaştırılmaktadır. Böylece, bu tür garantilerde, ödeme talebinde bulunan garanti alan, sadece garanti konusu olayın gerçekleştiğini ileri sürmekle yetinecek, bunun yanı sıra garanti konusu olayın gerçekleştiğini ispatlaması da gerekmeyecektir³⁴⁸.

³⁴⁴ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.180; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.249; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.858; **Doğan**, s.191–192. Banka garantilerinde genellikle “...Bankamıza yazılı olarak bildirildiği takdirde...” ifadesi bulunmaktadır.

³⁴⁵ Uygulamada bazen bankaların, sözlü bir şekilde ödeme talebinde bulunan garanti alanına banka garantisinin iadesi karşılığında ödemede buldukları da görülmektedir. Bkz. **Doğan**, s.192.

³⁴⁶ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.186; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.266.

³⁴⁷ Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.250 vd. ve özellikle s.286; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.181; **Dohm**, s.45; **Nielsen**, Bankgarantien, s.53.

³⁴⁸ **Büsser**, s.265–266.

TGİBK m.20’de, garanti sözleşmesinde aksine bir düzenleme bulunmadıkça, garanti alanın ödeme talebinde bulunurken edimi garanti edilenin temel ilişkiden doğan yükümlülüklerini ihlal ettiğini veya geçici teminat mektubu söz konusu ise, edimi garanti edilenin ihale şartlarını ihlal ettiğini ve bu ihlallinde edimi garanti edilen tarafından yapıldığını ileri sürmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Ödeme talebinin şekli ve içeriğinin yanı sıra garanti sözleşmesinde, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin, garanti sözleşmesine katılanların dışındaki üçüncü bir kişi veya kuruluş tarafından onaylanması ve ödeme talebine bulunabilmesi içinde bu kişi veya kuruluştan alınacak belgenin ödeme talebine eklenmesi şartı da konulabilir³⁴⁹. Garanti konusu olayın gerçekleştiğine yönelik belgenin, mahkmeden veya bir hakemden alınması kararlaştırılabileceği gibi bu konularda uzman bir kişiden alınması da garanti sözleşmesinde kararlaştırılabilecektir. Bu tür bir şartın öngörülmesi halinde garanti verenin, ödeme talebine, garanti konusunun gerçekleştiğine ilişkin kararlaştırılan yerden alınan belgeyi de eklemesi gerekecektir. Aksi takdirde ödeme talebi geçersiz olacak ve banka, gerekli itirazları ileri sürmek suretiyle ödeme talebini geri çevirecektir.

Ayrıca ödeme talebinde bulunan garanti alanın, bu talebine banka garantisinin kendisini eklemesi gerekip gerekmediği de incelenmesi gereken bir konudur. Banka garantileri kıymetli evrak niteliğinde olmadıklarından ve sadece ispat aracı olduklarından dolayı ödeme talebine garanti metninin de ilave edilmesinin bir zorunluluk olmaması gerektiği düşünülebilir³⁵⁰. Ancak, banka garantisi iade edilmeksizin banka tarafından ödemenin yapılması özellikle bankanın edimi garanti edilene rücu etmesi açısından bazı sakıncalar doğurabilecektir. Bu tür bir durumda garanti alan, banka garantisini edimi garanti edilene iade edebilir. Garantinin edimi

³⁴⁹ Bu konuda bkz. **Dohm**, s.45; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.181 vd.; **Kleiner**, Bankgarantie, s.45; **Nielsen**, Bankgarantien, s.54 vd.; **Kahyaoglu**, s.65.

³⁵⁰ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.249–250. Yargıtay’a intikal eden bir olayda, garanti alan garanti metninin aslını kaybetmiş ve fotokopisi ile ödeme talebinde bulunmuştur. Bunun üzerine banka, garanti metninin aslının ibraz edilmemesi nedeniyle ödeme talebini ret etmiş ve ödeme yapmaktan kaçınmıştır. Konuya ilişkin kararında Yargıtay, şu şekilde hükmetmiştir; “...Teminat mektubunun kaybedilmiş olması veya herhangi bir şekilde zayi edilmesi halinde, muhatabın teminat mektubundan kaynaklanan hakkı ortadan kalkmamakta, kıymetli evrakta olduğu gibi teminat mektubunun zayi nedeniyle iptalinin mahkmeden istenmesi gerekmemekte, sonuç olarak muhatabın talep hakkı devam etmekte...”. Yarg. 19 HD. 15.06.2001 T ve E. 2001/511, K.2001/4641 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

garanti edilene iade edilmesi, garanti konusu olayın gerçekleşmesi riskinin ortadan kalktığına veya bankanın ibra edildiğine karine teşkil edebileceğinden bankanın, garantiyi almaksızın ödeme yapması halinde, kontrgaranta rücu etmesi tehlikeye girebilecektir³⁵¹. Bu nedenle uygulamada çoğunlukla banka garantisinin iadesi karşılığında ödeme yapılması yoluna gidilmektedir.

Ödeme talebine ilişkin şekle ve içeriğe uyulmaksızın ödeme talebinde bulunulması halinde bu talep geçersiz olacak ve garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacağından banka, uygun itirazı ileri sürerek ödeme talebini geri çevirecektir. Ödeme talebinin şekli ve içeriğine ilişkin olarak garanti sözleşmesinde herhangi bir hüküm bulunmayabilir. Bu durumda garanti alanın, hangi garantiden dolayı garanti alacağını talep ettiğini bildirmek suretiyle ödeme talebinde bulunması yeterli olacaktır³⁵².

5-Ödeme Talebine İlişkin Şartların Gerçekleştiğinin İspatı

Garanti veren banka, kendisine ulaşan ödeme talebinin, sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olup olmadığını kontrol etmelidir. Şayet ödeme talebi, sözleşmede kararlaştırılan şartları taşıyorsa, yani ödeme talebi zamanında yapılmış, şekli ve içeriği sözleşmede kararlaştırıldığı gibi ve eklenmesi gereken diğer

³⁵¹ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.263.

³⁵² Yargıtay yeni tarihli bir kararına konu olan olayda, edimi garanti edilenin borcunun hangi teminat mektubundan kaynaklandığı ve miktarı belirtilmeden tamamının ödenmesi talep edilmiş ve bunun üzerine de banka ödeme yapmaktan kaçınmıştır. Söz konusu olayda Yargıtay, şu şekilde karar vermiştir; “Dosyada mevcut teminat mektupları incelendiğinde, davalı tarafından Köy Hizmetleri 8.Bölge Müdürlüğüne hitaben, A.... Tarım Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. yararına farklı tarihlerde düzenlenip, farklı taahhütleri içerdiği ve miktarlarının da farklı olduğu görülmüştür. İdare tarafından bankaya gönderilen 27.06.2000 tarihli teminat mektuplarının nakde çevrilmesi talebine ilişkin yazıda, yapılan inşaat işinden dolayı müteahhidin idareye borçlu olduğundan bahisle idare alacağını kesin teminatla karşılanması gerektiği bu nedenle A.... Tarım Ürünleri Tic. San. A.Ş. lehine T.İ.... Bankası A.Ş. Kızılay ve Diyarbakır Şubeleri tarafından düzenlenen teminat mektuplarının nakde çevrilmesi istenmiştir. Talep yazısında müteahhidin borcunun hangi teminat mektubundan kaynaklandığı ve miktarı belirtilmeden tamamının nakde çevrilmesinin talep edilmiş olmasına rağmen, davacı idare açtığı davada talebini 705.310.000 TL. ile sınırlandırmıştır. Buna göre, öncelikle davacı idareye verilen her bir teminat mektubunun karşıladığı riskin, miktarının ve tarihinin farklı olduğu, gerek paraya çevirme talebinde gerekse açılan davada istenilen meblağın hangi teminat mektubu riskinden doğduğunun açıklanmadığı gözetilerek, davacıdan davaya konu meblağın hangi teminat mektubu riskinden kaynaklandığının açıklattırılarak buna göre sonuca gidilmesi gerekirken, bu hususun dikkate alınmaksızın ilk talep tarihinden faiz yürütülmesine de karar verilmesi doğru görülmemiştir.”. Yarg. 11HD. 28.10.2003 T ve E. 2003/3378, K.2003/10059 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

belgelerde mevcutsa, banka, talep edilen garanti miktarını derhal ödemelidir. Buna karşılık kontrol esnasında ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin şartlara uyulmadığının anlaşılması durumunda banka, gerekli itirazları ileri sürmek suretiyle garanti alanın ödeme talebini geri çevirecektir. Bu durumda garanti alan, garanti sözleşmesinden doğan garanti alacağını elde edebilmek için dava yoluna gidecektir.

Garanti alanın, ret edilen ödeme talebi karşısında garanti bedelini tahsil edebilmek amacıyla mahkemeye başvurması halinde, ödeme talebine ilişkin şartların ispat yükünün kime ait olduğu bir problem olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ödeme talebinin, sözleşmede belirtilen süre içinde yapıldığının ispatı, bir hakkın dayandığı olgunun ispatı niteliği taşıdığından, ödeme talebinin zamanında yapıldığının ispat yükü garanti alana ait olacaktır(MK. m.6).

Sözleşmede kararlaştırılan şekil ve içeriğe ilişkin ödeme şartlarına uygun bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunu ispat yükü de, bir hakkın dayandığı olgunun ispatı niteliği taşıdığından, bu hakkı iddia eden garanti alana ait olacaktır(MK. m.6). Bu yüzden garanti alan, sözleşmede kararlaştırılan şekle uygun ve sözleşmede öngörülen şartları içerir bir surette ödeme talebini yaptığını ispatlayacaktır.

Süreye ve ödeme talebindeki diğer şartlara uyulmak suretiyle ödeme talebinde bulunulduğunu ispat yükünün garanti alana ait olduğuna ilişkin açıklamamız, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından da aynen geçerlidir³⁵³. Zira bu tür garantilerde de, ödeme talebi, garanti sözleşmesinde belirlenen şartlara uygun bir şekilde yapılmalıdır.

B-Ödeme Talebinde Bulunulmasının Hukuki Sonuçları

Garanti alan tarafından, garanti sözleşmesinde belirlenen şartlara uygun olarak ve süresinde ödeme talebinde bulunulmasının hem banka garanti sözleşmesi

³⁵³ Büsser, s.272.

bakımından hem de garanti veren banka ile edimi garanti edilen arasındaki ilişki bakımından çeşitli hukuki sonuçları bulunmaktadır.

Ödeme talebinde bulunulması, öncelikle garanti alacağını muaccel hale getirecek ve bankanın ödeme yükümlülüğü sonucunu doğuracak. Bunun sonucunda da banka, yerinde ve zamanında ödeme yapmak suretiyle garantiden doğan borcunu ifa edecek ya da ifada bulunmayarak temerrüde düşecektir.

Ödeme talebinde bulunulmasının banka ile edimi garanti edilen arasındaki ilişki bakımından da çeşitli hukuki sonuçları ortaya çıkacaktır. Bu ilişki bakımından doğan sonuçlar, bankanın edimi garanti edilene karşı ikincil yükümlülükleri olarak ifade edilen yükümlülüklerin ortaya çıkmasıdır.

İlk olarak banka, kendisinden ödeme talebinde bulunulduğunda, bu konuda derhal edimi garanti edileni bilgilendirecektir. Bunun yanı sıra banka, ödeme talebinin sözleşmede kararlaştırılan şartlara ve süreye uygun olup olmadığını inceleyecektir. Bunun sonucunda ödeme talebine ilişkin şartların yerine getirilmediğini gören banka, gerekli itiraz ve def'ileri ileri sürmek suretiyle ödeme talebini geri çevirecektir. Buna karşılık şartların varlığı halinde derhal ödeme talebini yerine getirerek borcunu ifa edecektir.

Ödeme talebinde bulunulmasının hukuki sonuçlarını hem banka garanti sözleşmesi bakımından hem de banka ile edimi garanti edilen arasındaki ilişki bakımından aşağıda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğiz.

1-Banka Garanti Sözleşmesine İlişkin Hukuki Sonuçları

a-Garanti Borcunun Muaccel Olması ve Bankanın Ödeme Yükümlülüğü

Banka, ödeme talebinin garanti sözleşmesinde belirlenen şartlara uygun ve süresi içinde yapıldığını belirlediği takdirde garanti bedelini ödemekle yükümlü

olacaktır. Bu yükümlülük, hem banka garanti sözleşmesinden hem de bankanın edimi garanti edilen ile olan ilişkisinden doğar³⁵⁴.

Garanti alanın, garanti sözleşmesine uygun ödeme talebinde bulunması ile bankanın garanti borcu muaccel olur³⁵⁵. Ödeme talebinde bulunurken, ödemenin belirli bir süre sonra yapılacağı garanti alan tarafından belirlenmişse, muacceliyet, belirlenen bu sürenin dolmasından sonra gerçekleşir.

Uygulamada, garanti metninde, ödeme talebinin, garanti sözleşmesinde kararlaştırılan şartlara uygun olup olmadığını kontrol etmesi amacıyla bankaya bir ile üç gün arasında değişen belirli bir sürenin tanınmış olması, ödeme talebinin yapılması sonucunda garanti borcunun muaccel olmasına engel olmayacaktır³⁵⁶. Dolayısıyla ödeme talebine ilişkin şartların incelenmesi için süre tanınmış olsa da, garanti borcu muaccel olacaktır. Tanınan bu süre, ödeme talebinin, belirlenen şartlara uygun olup olmadığı ve garanti borcunu muaccel hale getirip getirmediğini kontrol etmeye yarayacaktır.

Muaccel bir borcun borçlusu durumundaki banka, garanti alanın ihtarı ile temerrüde düşecektir. Bankanın temerrüde düşmesi için, garanti alanın ihtarda bulunması şarttır(BK. m.101/1). Ancak garanti metninde, ödeme günü kesin bir şekilde belirlenmişse, bu günün gelmesi ile veya ödeme gününü belirleme yetkisi garanti alana tanınmışsa, garanti alanın ihbarda bulunması ile banka, ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşecektir³⁵⁷. Bu durumda ödemenin yapılacağı günün

³⁵⁴ Kahyaoğlu, s.67.

³⁵⁵ BK. m.74'de ifaya ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Buna göre borç doğar doğmaz ifası talep edilebilir. Buna karşılık borcun bir süreye bağlı olması durumunda ifa, ancak bu sürenin geçmesinden sonra talep edilebilecektir. Bunu gibi işin niteliği de ifa zamanının belirlenmesinde rol oynayabilir. Bkz. Eren, s.908 vd. Alacağın şarta bağlanması durumunda da işin niteliği gereği derhal ödeme talebinde bulunulamayacak, ancak şartın gerçekleşmesinden sonra ödeme talebinde bulunulabilecektir.

³⁵⁶ Büsser, s.275–276.

³⁵⁷ Bkz. Eren, s.1051 vd. Taraflar garanti bedelinin ödeneceği günü, 15 Ocak 2007 şeklinde açık bir tarih ile belirleyebilecekleri gibi ödeme talebinden sonra 3 gün içerisinde ödeme yapılacağını da kararlaştırabilir. Bu durumda taraflar ifa gününü açıkça kararlaştırdıkları için ihtara gerek kalmaksızın banka, temerrüde düşecektir. Bunun yanı sıra ödeme gününü belirleme yetkisi, garanti alana bırakılmışsa, garanti alan, ödeme talebinde bulunurken muacceliyet ve ifa gününü belirleyecektir. Garanti alanın “10 Haziran 2007 tarihinde garanti bedelinin ödenmesini ihbar ediyorum” sözlerini kapsayan bir beyan bankayı bu tarihte temerrüde düşürecek. Bkz. Eren, s.1052–1053. İhbar, niteliği

belirlenmediği ve sadece ödeme talebini ifade eden bir beyan, bankayı temerrüde düşürmez, sadece garanti borcunu muaccel hale getirir. Bu nedenle garanti alanın, ödemenin en geç ne zamana kadar yapılacağı konusunda açık bir talebinin olması gerekir.

Ödeme talebinin garanti sözleşmesinde belirlenen şartlara uygun ve süresi içinde yapıldığını gören banka, ödeme yapmadığı takdirde temerrüde düşecek ve temerrüde ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olacaktır. Bu durumda garanti alan, garanti bedelinin ifasının yanı sıra temerrüt faizi de talep edebilecektir. Ayrıca geç ödemedenden dolayı garanti alanın munzam bir zararı doğmuşsa banka, bu zararlardan dolayı da sorumlu olacaktır.

Garanti bedelinin kısmi olarak ödenmesi de mümkündür. Kısmi ödeme, BK. m. 68 hükmü çerçevesinde gerçekleşir. Buna göre borcun tamamı muaccel olmuşsa, garanti alan kısmi ödeme teklifini ret edebilir. Buna karşılık garanti alan kısmi ödeme talebinde bulunursa, banka kısmi ödeme yapabilir. Bunların yanı sıra garanti borcu kısmen muaccel olmuşsa, zaten banka muaccel olan bu kısmı ödemek suretiyle borcunu ifa etmiş olacaktır³⁵⁸.

Kendisinden ödeme talebinde bulunulan bankanın, ödeme talebine ilişkin şartların ve şeklin yerine getirilmediğini gördüğünde, derhal bunu garanti alana bildirmesi gerektiği doktrinde kabul edilmektedir³⁵⁹. Zira bu bildirim sayesinde garanti alan, ödeme talebine ilişkin şartları yerine getirmek suretiyle, ödeme talebinde bulunmaya ilişkin sürenin dolmasından önce tekrar ödeme talebinde bulunabilecektir.

itibariyle hukuki bir işlemdir, tek taraflı ve varması gerekli irade beyanından oluşur ve tacirler arasında da şekle bağlı olarak gerçekleştirilir. Bkz. **Eren**, s.1053.

³⁵⁸ Bu tür bir duruma örnek olarak, banka garantisinin, farklı tarihteki vadeleri içeren bonoların ödenmemesi halini teminat altına aldığı ve garanti metninde bunlardan bir tanesinin ödenmemesinin, garantinin tamamını muaccel kılacağına ilişkin hükümlerin bulunmaması verilebilir. Bu durumda banka, bonolardan sadece bir tanesi ödenmediğinde, ödenmemiş bononun tutarı kadar ödeme yapmak suretiyle borcunu yerine getirmiş olur. Ancak bankanın sorumluluğu bu ödeme ile sona ermez. Diğer bonoların da ödenmemesi durumunda banka, süresi içinde ve şartlara uygun bir şekilde ödeme talebinde bulunulması kaydıyla ödeme yapar. Bkz. **Kahyaoglu**, s.69–70.

³⁵⁹ **Dohm**, s.106; **Kleiner**, Bankgarantie, s.191; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.210; **Berger**, Internationale Bankgarantien, s.10.

b-Garanti Bedelinin Ödeme Yerinde ve Zamanında Ödenmesi

Garanti metninde kararlaştırılan şartlara ve şekle uygun bir şekilde ödeme talebinde bulunulması üzerine banka, ödeme yerinde ve zamanında garanti bedelini garanti alana ödeyecektir.

Garanti bedelinin ödeneceği yeri belirlemek açısından öncelikle garantiden doğan borcun niteliğini belirlemek gerekir. Garanti veren banka, garanti sözleşmesinden doğan kendi borcunu ifa etmektedir. Bu borç, bir para borcudur. Para borçlarının ifası bakımından kabul edilen prensip, “alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yer”dir³⁶⁰. Buna göre, taraflar aksini kararlaştırmamışsa garanti bedeli, ifa zamanında garanti alanın ikametgâhının bulunduğu yerde ifa edilecektir. Ancak banka garantilerinde, çoğunlukla ifanın nerede yapılacağı belirtilmektedir. Bu durumda taraflar arasında kararlaştırılan yerde ödeme yapılacaktır. Banka garantisinde ödeme yeri konusunda açık bir hüküm bulunmasa da, ödeme talebinin garantiyi veren banka şubesine yapılacağı ve ödemenin de yine aynı yerden yapılacağı konusunda tarafların zımni olarak anlaştıkları doktrinde kabul edilmektedir³⁶¹. Ancak taraflar arasındaki bu zımni anlaşmanın bankanın herhangi bir şubesinden yapılacağı şeklinde anlaşılması gerektiği de doktrinde ifade edilmektedir³⁶².

Garanti metninde belirlenen şartlara uygun bir şekilde ödeme talebinde bulunulması ile garanti borcu muaccel olur. Dolayısıyla kural olarak bankanın bu andan itibaren ödeme yükümlülüğü doğar. Ancak bazı istisnai durumlarda, ödeme talebinde bulunulmasından belli bir süre sonra ödeme yapılması şartını içeren banka garantileri de söz konusu olabilmektedir. Bu durumda banka, ödemeyi ancak belirlenen süre geçtikten sonra yapabilecektir. Banka bu duruma dikkat etmeksizin

³⁶⁰ Bu kural hukukumuz bakımından BK. m.73/b.1 de “Borç bir miktar paradan ibaret ise tediye alacaklının verme zamanında mukim bulunduğu yerde vukubulur” şeklinde ifade edilmiştir. Benzer düzenleme İsviçre BK. m.74/ b.1 ve BGB § 269’da bulunmaktadır.

³⁶¹ **Kahyaoğlu**, s.68–69. BK. m.73/1 hükmüne göre taraflar, borcun ifa edileceği yeri açık bir şekilde kararlaştırabileceği gibi zımni olarak da kararlaştırmaları mümkündür.

³⁶² **Doğan**, s.193–194.

ödeme yaparsa hem edimi garanti edilen ile arasındaki sözleşme ilişkisine hem de metne bağlılık ilkesine aykırı hareket etmiş olur³⁶³.

2-Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları

Ödeme talebinde bulunulması, karşılık ilişkisindeki garanti veren banka ile edimi garanti edilen arasında da çeşitli hukuki sonuçlar doğurur. Bunlar; bankanın, ödeme talebinde bulunulduğunu edimi garanti edilene bildirme ve bilgi verme, ödeme talebini inceleme, varsa itirazları ileri sürme ve şartların yerine getirilmiş olması halinde garanti bedelini ödeme yükümlülüğüdür. Bankanın bildirme ve ödeme talebini inceleme yükümlülükleri hem geçerli bir ödeme talebinin bulunduğu durumlar hem de geçersiz bir ödeme talebinin bulunduğu durumlar için geçerlidir. Buna karşılık itirazları ileri sürme yükümlülüğü ancak, geçersiz bir ödeme talebinin bulunduğu durumlar için söz konusu olurken, garanti bedelini ödeme yükümlülüğü, geçerli bir ödeme talebinde bulunulması halinde ortaya çıkacaktır³⁶⁴.

Burada sayılan yükümlülükler, garanti sözleşmesinin akdedilmesinden sonra, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti alanın ödeme talebinde bulunması ile ortaya çıktığından, ikincil yükümlülükler şeklinde ifade edilmektedir.

a-Bankanın Ödeme Talebinde Bulunulduğunu Bildirme Yükümlülüğü

Garanti veren bankanın, karşılık ilişkisinden doğan ilk yükümlülüğünü, kendisine yapılan ödeme talebi hakkında edimi garanti edilene bilgi vermesi oluşturur³⁶⁵. Bu yükümlülüğün kabul edilmesindeki amaç, temel borç ilişkisindeki şartlar bakımından yapılan ödeme talebinin garantinin amacına aykırılık veya hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığı noktasında bankanın

³⁶³ Kahyaoğlu, s.67.

³⁶⁴ Büsser, s.279.

³⁶⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Dohm**, s.80 vd.; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.752-753; **Kleiner**, Bankgarantie, s.187 vd; **Büsser**, s.280-281; **Roesle**, s.120; **Nielsen**, Bankgarantien, s.69; **Giger**, s.46; **Richter**, s.22; **Schütze**, RIW, s.85; **Tekinalp**, s.385.

bilgilendirilmesini sağlamaktır. Ayrıca bildirimde bulunulması sayesinde edimi garanti edilen, garanti bedeli banka tarafından ödenmeden önce, ödeme talebinin geri alınması veya garanti süresinin uzatılması noktalarında garanti alanla görüşme ve değerlendirme yapma imkânlarını da elde eder³⁶⁶.

Banka, karşılık ilişkisi bakımından vekil durumunda olduğu için, bankanın ödeme talebinde bulunulduğunu edimi garanti edilene bildirme yükümlülüğü, özen borcunun bir sonucu olarak da ortaya çıkmaktadır(BK. m.390). Bu yükümlülük ayrıca TGİBK m.17’de de haber vermenin gecikmeksizin yapılması gerektiği şeklinde belirtilmiştir.

Edimi garanti edilene ödeme talebinde bulunulduğunun bildirilmesi mümkün olan en hızlı şekilde yapılmalıdır. Bu bilgi telefonla, faksla, e-mail ile veya telgrafla yapılabilir. Banka özen yükümlülüğünü yerine getirmek suretiyle gerekli çabayı göstermesine rağmen, ödeme talebinde bulunulabileceğini hesaba katmak zorunda olan edimi garanti edilene, kısıtlı zaman içerisinde ulaşamazsa, garanti bedelinin ödenmesi nedeniyle oluşabilecek zararlara edimi garanti edilen katlanacaktır³⁶⁷.

b-Bankanın Ödeme Talebini İnceleme Yükümlülüğü

Garanti veren bankanın, karşılık ilişkisinden doğan diğer bir yükümlülüğünü, ödeme talebinin sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun ve süresi içinde yapılp yapılmadığını inceleme yükümlülüğü oluşturmaktadır³⁶⁸.

³⁶⁶ Bkz. **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.344; **Büsser**, s.280; **Dohm**, s.80; **Kahyaoğlu**, s.71. Doktrinde bir görüş, bankanın bildirimde bulunma yükümlülüğünün, ancak edimi garanti edilenin ödemeye bir itirazının bulunması ve bankanın bildirimde bulunmasından kısa bir süre içinde tepki gösterecek durumda olması halinde bir anlam ifade edeceğini; buna karşılık banka garantilerinde şartların yerine getirilmesi ile bankanın doğrudan doğruya ödeme borcunun doğmasından dolayı bildirimde bulunulmasının pratik öneminin olmayacağını, bildirimde bulunma yükümlülüğünün özellikle “ilk talepte” ödemeli garantiler ile pek bağdaşmamasından dolayı, bu tür garantilerde bankanın bildirimde bulunma yükümlülüğünün bulunmadığını kabul etmektedir. Bkz. **Doğan**, s.149.

³⁶⁷ **Büsser**, s.281.

³⁶⁸ **Dohm**, s.82 vd.; **Roesle**, s.120; **Richter**, s.162 vd.; **Lienesch**, Bankgarantie, s.127; **Nielsen**, Bankgarantien, s.70 vd.; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.751-752; **Kleiner**, Bankgarantie, s.187 vd.; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.341 vd.; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.158; **Barilla**, s.218; **Rüßmann/ Britz**, s.1825. UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon’un 16. maddesinde

Ödeme talebinin süreye ve şartlara uygun bir şekilde yapıldığının incelenmesi dikkatli ve özenli bir şekilde yapılmalıdır. “Metne sıkı sıkıya bağlılık ilkesi”ne göre de ödeme talebinin ve buna ilişkin yerine getirilmesi gereken diğer şartların, garanti sözleşmesinde nasıl belirlenmişse o şekilde yapılması gerekir³⁶⁹. Bankanın inceleme yükümlülüğünün şartları ve kapsamı da banka garantisi metninden çıkarılabilmektedir.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde bankanın inceleme yükümlülüğü sadece şekli bir incelemeden ibarettir. Zira bu tür garantilerde garanti veren derhal ödeme yapmakla yükümlüdür. Banka burada sadece, ödeme talebinde bulunan kişinin gerçekten talepte bulunmaya yetkili garanti alan olup olmadığı veya temsilci aracılığıyla ödeme talebinde bulunuluyorsa, temsilcinin yetkisinin bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Bunun dışında bankanın esasa ilişkin bir inceleme yapma yetkisi bulunmamaktadır³⁷⁰.

Bazı garantiler “ilk talepte” ödeme kaydını içermekle birlikte garanti alanın ödeme talebinde bulunurken bazı belgeleri ibraz etmesini isteyebileceğini düzenleyebilir. Bu tür garantilerde banka, garanti alanın kimliğini belirlemenin yanında, garanti metninde belirtilen belgelerinde ibraz edilip edilmediğini incelemelidir. Buradaki inceleme de şekli bir incelemedir. Yani banka sadece istenilen belgenin bulunup bulunmadığını ve bu belgenin garanti metninde aranan şartları taşıyıp taşımadığını inceleyecektir. Yoksa işin esasına girip, belgenin yerindeliğini incelemeyecektir³⁷¹. Ayrıca olağan inceleme sonucu ortaya çıkarılamayan sahtecilikten, gerekli ve yeterli incelemeyi yapan banka, sorumlu değildir³⁷². Bu konuda TGİBK m.9’da ödeme talebinde bulunurken ibraz edilecek belgelerin incelenmesi yükümlülüğü düzenlenmiştir. Buna göre banka, ödeme

garanti veren bankanın inceleme yükümlülüğü düzenlenmiş bulunmaktadır. Bkz. **Heidbüchel**, s.155 vd.; **Buch**, s.382 vd.; **Lienesch**, Bankgarantie, s.130 vd.; **Markus**, s.41; **Czerwenka**, s.824.

³⁶⁹ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.751-752; **Dohm**, s.82 vd.; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.253; **Kahyaoğlu**, s.67; **Tekinalp**, s.383; **Bühler**, s. 140 vd.; **Mühl**, s.395-396.

³⁷⁰ **Tekinalp**, s.384; **Doğan**, s.147 ve s.188; **Kahyaoğlu**, s.63.

³⁷¹ **Kahyaoğlu**, s.64; **Doğan**, s.147 ve s.188; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.256–257.

³⁷² **Arkan**, Teminat Mektubu, s.77; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.257. TGİBK. m.11’de garanti verenlerin ve kontrgarantilerin kendilerine ibraz edilen belgelerin şekli, yeterliliği, gerçekliği, sahteliği veya hukuki sonuçları veya içeriklerindeki genel ve/veya özel nitelikteki beyanların veya herhangi bir kişinin iyiniyet ve davranışlarından ve/veya ihmallerinden sorumlu tutulamayacakları düzenlenmiştir.

talebinin kendisi de dâhil olmak üzere garantide istenilen ve kendisine ibraz edilen tüm belgeleri, durumun gerektirdiği dikkat ve özenle ve şekli bakımından garantide belirlenen şartlara uygun olup olmadığı noktasında inceleyecektir. Bu belgelerin, garantide belirlenen şartlara uygun olmaması veya şekli bakımından birbirleriyle çelişmesi halinde belgeler, kabul edilmeyerek iade edilecektir.

Ödeme talebinde bulunulmasının, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin belirli belgelerle ispat edilmesi şartına bağlandığı durumlarda banka, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerden farklı olarak, hem belgeleri şekli bakımından inceleyecek hem de işin esasına girmek suretiyle içeriklerini inceleyecektir. Bu tür belgelere, mahkeme kararı, vergi dairesinin bir tahakkuk fişi, bir davanın açıldığını gösteren belge örnek olarak verilebilir³⁷³.

Bankanın inceleme yükümlülüklerinden bir diğerini de, ödeme talebinin süresi içinde yapılıp yapılmadığı oluşturur. Bu durum özellikle süreli garantiler bakımından önem taşımaktadır. Süreli bir banka garantisinde, sözleşmede hüküm bulunması halinde, garanti bedelinin ödenmesinin talep edilebilmesi için, hem garanti konusu olayın belirlenen bu süre içinde gerçekleşmesi hem de ödeme talebinin bu süre içinde yapılması gerekir.

Bankanın inceleme yükümlülüğü, ödeme talebini şekli, süresi ve içeriğine ilişkin konularla sınırlıdır. Banka, ödeme talebinin garantinin amacına aykırı olup olmadığını veya hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulup bulunulmadığını incelemekle yükümlü değildir³⁷⁴.

Bankanın ödeme talebini inceleme süresi, ödeme talebinin kendisine ulaşmasından itibaren, garanti bedelini ödeyeceği veya ödemediğini garanti alana bildireceği zamana kadar çok kısa bir süreyi kapsar. Garanti sözleşmesinde belirlenen herhangi bir süre söz konusu ise, bu süre dikkate alınacaktır. Ancak sözleşmede bir sürenin kararlaştırılmaması durumunda, her bir olayın şartları göz önünde bulundurularak ve inceleme için gerekli hususlar belirlenerek özel olarak bir süre belirlenecektir. Doktrinde bu sürenin bir ile üç gün arasında bir süre olması

³⁷³ Kahyaoğlu, s.65.

³⁷⁴ Büsser, s.281–282.

gerektiği kabul edilmektedir³⁷⁵. Bu konuda TGİBK m.10'da “uygun bir süre”den bahsedilmektedir.

c-Bankanın Def'i ve İtirazları İleri Sürme Yükümlülüğü

Garanti veren banka, garanti alan ödeme talebinde bulunduğunda, ödeme talebinin garanti sözleşmesinde belirlenen şartlara uygun ve süresi içinde yapılmadığını fark ederse, garanti bedelini ödemekten kaçınmalı ve bildiği veya bilmesi gereken ve edimi garanti edilenin menfaatine olan tüm def'i ve itirazları ileri sürmelidir³⁷⁶. Bu, garanti veren için, edimi garanti edilenin vekili durumunda olması nedeniyle sadakat ve özenli davranma yükümlülüğünün bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Ödemedен kaçınma ve itirazları ileri sürme yükümlülüğü, bankanın karşılık ilişkisinden doğan ve pratik bakımdan en önemli yükümlülüğünü oluşturmaktadır³⁷⁷.

Def'i ve itirazları ileri sürme yükümlülüğünün konusunu, garanti alanın ödeme talebine engel olan ve edimi garanti edilenin menfaatine olan def'i ve itirazlar oluşturmaktadır. Yani ileri sürülecek def'i ve itirazların, garanti alanın ödeme talebine engel olması yeterli olmayıp, bunların ileri sürülmesinin, karşılık ilişkisine göre edimi garanti edilenin menfaatine olması da gerekir.

Garanti veren banka tarafından ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar, garanti alanın fer'i olmayan nitelikteki talep hakkına karşı duran ve garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazlardır. Bunların yanı sıra garanti ilişkisinden ortaya çıkmakla birlikte temel borç ilişkisinde meydana gelen olaylara dayanan, hakkın kötüye kullanıldığı veya garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde

³⁷⁵ **Dohm**, s.105; **Büsser**, s.282.

³⁷⁶ Garanti veren banka tarafından ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar çalışmamızın esas konularından birini oluşturmaktadır ve aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Burada, sadece bu def'i ve itirazların ileri sürülmesini, banka ile edimi garanti edilen arasındaki karşılık ilişkisi bakımından ele alacağız.

³⁷⁷ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Dohm**, s.82; **Kleiner**, Bankgarantie, s.189; **Büsser**, s.282-283; **Roesle**, s.120; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.779-780; **Nielsen**, Bankgarantien, s.113; **Mülberrt**, Missbrauch von Bankgarantien, s.94 vd.; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.349 vd.; **Horn**, Zahlung auf erstes Anfordern, s. 2157; **Von Mettenheim**, s.585; **Finger**, s.208.

bulunulduğuna yönelik itirazlar da banka tarafından ileri sürülmesi gereken itirazlar arasında bulunmaktadır³⁷⁸.

Garanti veren banka, kendisi tarafından bilinen veya bilinmesi gereken def'i ve itirazları ileri sürmek zorundadır. Bu da ancak garanti sözleşmesindeki fiili ve hukuki durumlar nedeniyle ortaya çıkan def'i ve itirazlar bakımından söz konusu olur. Buna karşılık, temel borç ilişkisine dayanan ve garanti sözleşmesinden doğan itirazlar bakımından garanti veren bankanın bu tür bir yükümlülüğü yoktur. Zira bu tür durumlar edimi garanti edilen tarafından hatırlatılmadan garanti verenin bilgisi olması mümkün olmadığı gibi, garanti veren bankanın da temel borç ilişkisinden doğan bu tür itiraz konusu olayları araştırma yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ancak, garanti konusu olayın gerçekleşmediği veya garanti alanın hakkını kötüye kullanmak suretiyle ödeme talebinde bulunduğuna ilişkin edimi garanti edilen tarafından ileri sürülen ve ispatlanan durumları bankanın dikkate alması ve buna göre davranması karşılık ilişkisinden doğan bir yükümlülüktür³⁷⁹.

Garanti veren banka, karşılık ilişkisi nedeniyle bazı def'i ve itirazları ileri sürme konusunda edimi garanti edilene karşı yükümlü olmakla birlikte, diğer bazı def'i ve itirazlar için bankanın bu tür bir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Garanti sözleşmesinin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olduğuna ilişkin itirazlar ile garanti sözleşmesinin kurulması sırasındaki iradenin oluşumu ve beyanı konusundaki sakatlıklar ve yetkisiz temsile ilişkin itirazların ileri sürmek, banka bakımından bir zorunluluk oluşturmayacaktır. Zira bu def'i ve itirazlar, garanti veren bankanın, tarafını oluşturduğu sözleşmeden doğan savunma imkânlarıdır. Banka, bu itirazları ileri sürmediği için, karşılık ilişkisi bakımından garanti verene karşı sorumlu olmayacaktır. Bunun gibi vekil durumundaki banka, edimi garanti edilenin menfaatine olmayan def'i ve itirazları da garanti alana karşı ileri sürmeyecektir. Zira bu tür itirazları ileri sürmek, ödediği garanti bedelini edimi garanti edilenden istemesini olumsuz yönde etkileyebilecektir³⁸⁰.

³⁷⁸ Nielsen, Aktuelle Fragen, s. 77 vd.; Mastropaolo, s.1995; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s.294 vd.

³⁷⁹ Bkz. Dohm, s.82.

³⁸⁰ Büsser, s.285–286.

Garanti veren bankanın itirazları ileri sürme yükümlülüğü, vekil durumundaki bankanın karşılık ilişkisindeki(vekâlet sözleşmesi) sadakatli ve özenli davranmasının somutlaşmış bir hali olarak ortaya çıkmaktadır. İtirazları ileri sürme yükümlülüğü bulunmasına rağmen banka, bu yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle garanti bedelini öderse, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş olacaktır. Bu durumda banka, karşılık ilişkisinden doğan ödediği garanti bedeli için edimi garanti edilene başvurma hakkını vekâletin ifasını ihlal ettiği oranda yitirecektir³⁸¹.

Garanti alanın ödeme talebinden sonra garanti borcu muaccel olacağından ve banka borcunu hemen ödemekle yükümlü olacağından edimi garanti edilen, ödeme talebinde bulunulduğuna dair bankanın kendisine yaptığı bildirimden sonra hemen bankanın ileri sürebileceği def'i ve itirazlar konusunda bankayı bilgilendirmelidir. Edimi garanti edilenin bilgilendirmesi özellikle hakkın kötüye kullanılması ve garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğuna ilişkin hususlarda olacaktır. Çünkü bu itirazlar bankanın dâhil olmadığı temel borç ilişkisine dayanır ve bunların varlığını bankanın bilmesi mümkün olmadığından, bu itirazların ileri sürülmemiş olması banka açısından sorumluluk doğurmaz³⁸².

Ödeme talebinde bulunulduğuna dair bilginin kendisine ulaşmasından sonra, gerekli def'i ve itirazları ileri sürmesi amacıyla edimi garanti edilen, bankayı bilgilendirir. Bu bilgilendirme karşısında def'i ve itirazların ileri sürülmesi konusunda karar vermeye yetkili kişi garanti veren bankadır. Aksine bir anlaşma bulunmadıkça edimi garanti edilenin def'i ve itirazları ileri sürme noktasında bankaya emir ve talimat verme yetkisinin bulunmadığı doktrinde kabul edilmektedir³⁸³.

³⁸¹ Bkz. **Dohm**, s.82; **Kleiner**, Bankgarantie, s.189; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.158; **Schönle**, s.75.

³⁸² **Büsser**, s.289–290.

³⁸³ **Mülbert**, Missbrauch von Bankgarantien, s.97; **Nielsen**, Bankgarantien, s.75; **Dohm**, s.82; **Kleiner**, Bankgarantie, s.187-188; **Von Mettenheim**, s.585.

d-Bankanın Garanti Bedelini Ödeme Yükümlülüğü

Ödeme talebini inceleyen bankanın, ödeme talebine karşılık ileri süreceği def'i ve itirazlarının bulunmaması durumunda, garanti bedelini ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Garanti veren bankanın bu ödeme yükümlülüğü sadece garanti sözleşmesinden doğmaz. Aynı zamanda karşılık ilişkisinde vekil durumunda olan banka, geçerli bir şekilde ödeme talebinde bulunan garanti alana ödeme yapmayı, edimi garanti edilene karşı da yükümlenmektedir³⁸⁴.

³⁸⁴ **Liensch**, Bankgarantie, s.129; **Buch**, s.387-388.

II. BÖLÜM

BANKA GARANTİSİNDE SAVUNMA İMKÂN LARI

Ş3. GENEL OLARAK SAVUNMA İMKÂN LARI

I-DEF'İ ve İTİRAZ KAVRAMLARI

A-Genel Olarak

Alacaklının ifa taleplerine engel olan ve borçluya da, bazı hususları ileri sürerek ifadan geçici veya sürekli olarak kaçınma yetkisi sağlayan savunma imkânları arasında def'i ve itiraz bulunmaktadır³⁸⁵. Maddi hukuk bakımından savunma imkânlarını oluşturan def'i ve itiraz, farklı kavramlar olmasına karşın, birbirlerinin yerine kullanılabilir. Def'i ve itirazların düzenlediği bazı maddelerde, teknik bakımdan itirazın da bulunduğu durumlarda sadece “def'i” kavramı kullanılmakta ve itirazdan bahsedilmemektedir³⁸⁶. Bu durum doktrinde eleştirilmektedir³⁸⁷. Benzer durum uygulama açısından da vardır. Bazen itiraz teşkil edecek bir durumun ortaya çıkmasına rağmen, def'iden söz edilmektedir. Banka garantilerinde de “..tüm def'ilerimizi ileri sürmekten vazgeçerek garanti veriyoruz...” veya “..her türlü def'iyi ileri sürmeksizin ve ilk talepte ödemeyi taahhüt ediyoruz...” şeklinde hem def'i hem de itirazı kapsar tarzda sadece def'i kavramının kullanıldığı görülmektedir³⁸⁸.

³⁸⁵ Medeni Usul Hukuku kitaplarında “davalının cevapları” başlığı altında def'i ve itirazlara da yer verilmekte ve bunlar “maddi hukuka ilişkin savunma vasıtaları” olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.371; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s..308. Bu nedenle bizde çalışmamızda banka garantilerinde, bankanın ileri sürülebileceği def'ileri ve itirazları “Banka Garantilerinde Savunma İmkânları” başlığı altında incelemeyi uygun görüyoruz.

³⁸⁶ Bazı kanun maddelerinde hem def'i hem de itirazın bulunduğu durumlarda sadece def'i den söz edilmesinin nedeni, bu tür kullanımlarda def'inin geniş anlamda, yani dar ve teknik anlamdaki def'ilerin yanı sıra itirazları da içini alır şekilde kullanılmasıdır.

³⁸⁷ Örneğin müteselsil borçlulukta, müteselsil borçluların sahip olduğu def'i ve itirazların düzenlendiği BK. m.143'de hem maddenin kenar başlığında hem de madde metninde “def'i” kavramı kullanılmasına rağmen, buradaki düzenlemenin hem teknik anlamdaki def'ileri hem de itirazları kapsadığı doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, s.1158; **Oğuzman/Öz**, s.849; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.297 vd. Aynı şekilde, alacağın temliki halinde borçlunun sahip olacağı def'i ve itiraz haklarını düzenleyen BK. m.167'de “def'i” kavramı kullanılmakla birlikte, bu madde de hem teknik anlamdaki def'ilerin hem de itirazların düzenlendiği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, s.1193.

³⁸⁸ **Kleiner**, Bankgarantie, s.49; **Büsser**, s.5. Burada da def'i, geniş anlamda, yani dar ve teknik anlamdaki def'ilerin yanı sıra itirazları da içini alır şekilde kullanılmaktadır.

Şartları ve sonuçları bakımından farklılıklar bulunmasına karşın Kanun metinlerinde ve uygulamada bu şekilde aralarında herhangi bir fark gözetilmeksizin kullanılan def'i ve itiraz kavramlarını, konumuz bakımından önem taşıdığı için, aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelemeyi uygun buluyoruz. Bu amaçla, öncelikle def'i ve itiraz kavramlarını, bunların ileri sürülmesini ve son olarak da def'i ve itirazların ileri sürülmesinin maddi hukuk ve usul hukuku bakımından doğurduğu sonuçları inceleyeceğiz.

B-Def'i

Def'i, hak sahibine, bu hakkını kullanmak suretiyle, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli oranda etkisiz kılma, sonuçlarını tamamen veya kısmen sınırlama, engelleme veya ortadan kaldırma imkânı veren bir haktır. Def'i hakkı, doktrinde düzenleme haklarından kabul edilmekte ve “karşı hak” olarak adlandırılmaktadır³⁸⁹. “Karşı hak” niteliğindeki def'i hakkının yöneldiği hakkın, alacak hakkı olduğu doktrinde kabul edilmektedir³⁹⁰. Bu nedenle def'i, borçlunun bazı hususları ileri sürerek edimini ifa etmekten kaçınması ve alacak hakkına karşı kullanılan bir savunma vasıtası olarak değerlendirilebilir.

Bir def'i hakkının bulunması için öncelikle def'i hakkı sahibine karşı kullanılabilir başka bir hakkın mevcut olması gereklidir³⁹¹. Böyle bir hak mevcut

³⁸⁹ Karşı haklar doktrinde, hak sahibine, bir başkası tarafından ileri sürülen bir hakkı, belirli oranda etkisiz kılma veya sonuçlarını tamamen ortadan kaldırma imkânı veren haklar şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. **Von Tuhr/ Peter**, s.28; **Eren**, s.67; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.90. “Karşı hak” deyiminin sadece def'i hakkını değil, aynı zamanda yenilik doğuran hakları da içine alır şekilde kullanılmasına ilişkin bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.90, dn.1’de anılan yazarlar. Ayrıca def'i hakkının, yenilik doğuran hakların bir çeşidi olup olmadığı konusunda doktrinde tartışmalar vardır. Bir görüş, def'ilerin, özellikle de sürekli def'ilerin, yenilik doğuran haklar gurubuna dâhil edilebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Von Tuhr/ Peter**, s.27; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.14; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.95, dn.23’de anılan diğer yazarlar. Buna karşılık diğer bir görüş, def'i hakkının ve bu arada da sürekli def'ilerin yenilik doğuran hak olarak nitelendirilemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. **Eren**, s.68; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.96 ve s.96, dn.24’de anılan yazarlar.

³⁹⁰ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.90. Aynı hak niteliği taşıyan ipotek ve rehin haklarına karşı ileri sürülebilecek def'i hakları da bulunmakla birlikte, ipotek ve rehin haklarının bir alacak hakkını teminat altına aldığı ve bu nedenle de burada da rehinle teminat altına alınmış bir alacak hakkına karşı ileri sürülen bir def'inin bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.90, dn.2.

³⁹¹ **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.14.

olsun ve kullanılsın ki, def'i hakkı sahibi de hakkını kullanarak edimin yerine getirilmesi talebini ret etsin, edimi yerine getirmekten geçici veya sürekli olarak kaçınma imkânı elde etsin. Def'i hakkının kullanılması başkasına ait hakkı ortadan kaldırmaz, sadece başkasına ait hakkın kullanılmasının sonuç doğurmasına engel olur³⁹². İleri sürülen def'i, sürekli nitelikte bir def'i olsa bile, def'inin yöneldiği hak, ortadan kalkmaz, def'ie rağmen hak, varlığını sürdürmeye devam eder.

Def'i hakkını kullanan borçlu, alacaklının bir hakkının kesin olarak bulunup bulunmadığını tartışma konusu yapmamakta, sadece alacaklı tarafından ifası talep edilen bir hakkı, özel bir nedene dayanarak yerine getirmekten kaçınmaktadır. Edimin ifasından kaçınmayı sağlayan def'i hakkı, zamanaşımı def'inde olduğu gibi bir kanun maddesine veya “pactum de non petendo”(dava etmeme şartı) def'inde olduğu gibi sözleşmeye dayanabilir³⁹³.

Def'i kavramı geniş ve genel ile dar ve teknik anlamda olmak üzere doktrinde iki farklı anlamda kullanılmaktadır³⁹⁴. Geniş ve genel anlamda def'i, dar ve teknik anlamdaki def'ilerin yanısıra itirazları da kapsamaktadır. Buna göre geniş anlamda def'i, başkasına ait bir hakka karşı kullanılan ve bu hakkı engelleyen veya sınırlandıran bir karşı haktır. Geniş anlamda def'i, hukuki işlemlerde sık bir şekilde kullanıldığı gibi Borçlar Kanunu'nun birçok maddesinde de def'i kavramı bu anlamda kullanılmaktadır³⁹⁵. Dar ve teknik anlamda def'i ise, borçlunun özel bir nedene dayanarak, borçlanılan edimi yerine getirmekten kaçınması hakkıdır.

Def'i kavramı usul hukukunda, maddi hukukta sahip olduğundan daha geniş anlamda kullanılmaktadır. Usul hukukunda def'i kavramı, sadece maddi hukuktan kaynaklanan nedenlerle alacaklının ifa talebine engel olması anlamında değil, usul hukukuna dayanan savunma imkânlarını da içine almaktadır. Buna göre usul hukuku

³⁹² **Von Tuhr/ Peter**, s.31-32; **Gauch/ Schluelp/ Jäggi I**, s.14; **Eren**, s.68.

³⁹³ **Büsser**, s.7.

³⁹⁴ **Von Tuhr/ Peter**, s.27; **Gauch/ Schluelp/ Jäggi I**, s.14; **Eren**, s.68; **Öztan**, Medeni Hukuk, s.194; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.372; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.308.

³⁹⁵ Örneğin, BK. m.143, m.167, m.177/2, m.459, m.497.

anlamında def'i kavramı, geniş anlamdaki def'ilerin, yani dar ve teknik anlamdaki def'i ile itirazların yanısıra ilk itirazları da kapsamaktadır³⁹⁶.

Def'iler, doktrinde çeşitli ayırmalara tabi tutulmaktadır. Def'iler ilk olarak meydana getirdiği etkilerin süresine göre “sürekli(kesin) def'i” ve “geciktirici def'i” şeklinde ikiye ayrılır³⁹⁷. Sürekli def'i, ileri sürüldüğünde karşı hakkı tamamen engelleyen, felce uğratan ve def'i hakkı sahibine, edimi ifa etmekten sürekli olarak kaçınma yetkisi veren bir haktır³⁹⁸. Bu tür def'ilere, zamanaşımı def'i örnek olarak verilebilir. Zamanaşımı def'ini borçlu bir kere ileri sürdüğü takdirde karşı hak ileri sürülse de borçlu, sürekli olarak ifadan kaçınabilecektir. Ancak zamanaşımına uğramış bir hak, ortadan kalkmamıştır, varlığını sürdürmeye devam eder. Şayet borçlu borcunu yerine getirirse, geçerli bir ifa söz konusu olur. Zamanaşımı def'i, alacağın kendisini değil, sadece dava hakkına engel olmaktadır.

Geciktirici def'i ise hak sahibinin, hakkını kullanmasını bir süre için önlemektedir. Borçlu, borçlanmış olduğu edimini ifa etmekten geçici olarak kaçınabilmektedir³⁹⁹. Geciktirici def'ilere iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde uygulama alanı bulan ödemelik def'i(BK. m.81) örnek olarak verilebilir. Zira ödemelik def'inde, ödeme talebinde bulunan alacaklıya karşı borçlu, bu def'iyi bir kere kullandıktan sonra, alacaklı kendi edimini ifa ederse, bu def'inin etkisi ortadan kalkacak ve borçlu da edimini ifa etmek zorunda kalacaktır.

Def'iler konusunda doktrinde yapılan diğer bir ayırım da “bağımsız ve bağımlı def'iler” şeklindedir⁴⁰⁰. Bağımsız def'iler, başka bir hakka dayanmayan ve ona bağlı olmayan def'ileri oluştururken; bağımlı def'iler, aynı veya nispi bir hakka bağlı bulunmaktadır. Adi kefalette, kefilin önce asıl borçluya başvurmasını isteme

³⁹⁶ **Özta**n, Medeni Hukuk, s.194; **Eren**, s.68; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.90. Usul hukukunda kullanılan itiraz kavramının, maddi hukuk anlamındaki itiraz ile karıştırılmaması ve farkının ortaya konulması amacıyla HUMK'daki itirazlara, “usuli itirazlar” denilmesinin uygun olacağına ilişkin görüş için bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.373.

³⁹⁷ **Gauch/ Schlu**ep/ **Jäg**gi I, s.14; **Von Tuhr/ Peter**, s.31; **Özta**n, Medeni Hukuk, s.194; **Eren**, s.69.

³⁹⁸ **Von Tuhr/ Peter**, s.30; **Gauch/ Schlu**ep/ **Jäg**gi I, s.14; **Eren**, s.69; **Özta**n, Medeni Hukuk, s.194; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.94.

³⁹⁹ **Eren**, s.69; **Von Tuhr/ Peter**, s.30; **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.92–93; **Özta**n, Medeni Hukuk, s.194.

⁴⁰⁰ **Von Tuhr/ Peter**, s.30; **Eren**, s.69-70.

hakkı, bağımsız def'ilere örnek oluştururken, satım sözleşmesinde ayıba karşı tekeffül hükümlerinden doğan haklar bağımlı def'ilere örnek olarak verilebilir.

C-İtiraz

İtiraz, karşı tarafın, yani davacı veya alacaklının iddia ettiği hakkın hiç oluşmadığına veya sona erdiğine ilişkin bir olayın ileri sürülmesidir. Davalı veya borçlu ileri sürdüğü olay ile talep edilen hakkın veya alacağın mevcut olmadığını iddia etmektedir⁴⁰¹.

Doktrinde itiraz, “hakkın doğumuna engel olan itiraz” (rechtshindernde Einwendungen) ve “hakkı sona erdiren itiraz” (rechtsvernichtende Einwendungen) şeklinde ikili bir ayırımla incelenmektedir⁴⁰². Hakkın doğumuna engel olan itirazda, davacı veya alacaklı tarafından iddia edilen hakkın hiç doğmadığı ileri sürülmektedir. Alacaklının alacağının dayandığı sözleşmenin geçerli olması için gerekli olan şekil şartına uyulmaması veya sözleşmenin taraflarından birinin fiil ehliyetine sahip olmaması bu tür itiraz durumlarına örnek olarak verilebilir.

Hakkı sona erdiren itirazda, davacı veya alacaklı tarafından iddia edilen hak, geçerli bir şekilde doğmuştur, fakat davalı veya borçlu tarafından ileri sürülen bir olay nedeniyle hak sona ermektedir⁴⁰³. Bu tür itirazlara, iddia edilen alacağın ödendiği, yine alacağın ibra veya imkânsızlık sebebiyle sona ermiş olduğu örnek olarak verilebilir.

Hakkın doğmadığı veya hakkın sona erdiğine ilişkin itirazlar, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur. İtirazı oluşturan olaylar, davalı tarafından ileri sürülmemiş olsa bile dava malzemesinden, davalının cevap layihısından, tarafların ileri sürdüğü olaylardan ve dosyadaki belgelerden anlaşılır, tespit edilirse

⁴⁰¹ **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.14; **Von Tuhr/ Peter**, s.27; **Eren**, s.71; **Öztan**, Medeni Hukuk, s.193; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.372; ; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.308.

⁴⁰² **Von Tuhr/ Peter**, s.27; **Eren**, s.71; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.372; ; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.308.

⁴⁰³ **Von Tuhr/ Peter**, s.27; **Eren**, s.71; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.373.

hâkim tarafından dikkate alınır. İtirazlar, hâkim tarafından re'sen nazara alınmakla birlikte, bunların ispatı yine taraflara ait olacaktır⁴⁰⁴.

II-DEF'İ ve İTİRAZ ARASINDAKİ FARKLAR

Def'i ve itiraz arasında farklılıklar bulunmaktadır. Def'i ve itiraz arasındaki ilk farklılık, hukuki niteliklerine ilişkindir. Zira def'i bir haktır, buna karşılık itiraz ise bir olaydır. Def'i, ileri sürülen bir hakka karşı, bu hakkı engelleyen veya sınırlayan bir "karşı hak"ın kullanılması iken; itiraz, bir hakkın doğumunu, meydana gelmesini veya devamını inkâr eden bir olayın ileri sürülmesidir⁴⁰⁵.

Def'inin bir hak olması nedeniyle borçlu, kendisine tanınan bir hak olan def'i hakkını kullanmaktan hem yargılama aşamasında hem de yargılama dışında tek taraflı irade beyanıyla her zaman vazgeçebilir. Buna karşılık itiraz bir olayı oluşturduğu ve olayların tek taraflı bir vazgeçme iradesi ile ortadan kalkması mümkün olmadığı için borçlunun bundan vazgeçemeyeceği kabul edilmektedir⁴⁰⁶. Örneğin, borçlunun borcunu ifa etmesi bir olaydır ve itiraz oluşturur. Borçlu, borcunu ifa etmesine rağmen, bunu ifa olarak görmediğini açıklaması borcun ortadan kalkmasına ve dolayısıyla itirazın dikkate alınmasına engel olmayacaktır.

Def'inin bir hak olmasının diğer bir sonucu da def'inin, sadece hak sahibi tarafından ileri sürülebilmesidir. Buna karşılık itiraz bir olay olduğu için, menfaati bulunan herkes bu olayın varlığını ileri sürebilir⁴⁰⁷.

Def'i ve itiraz arasındaki diğer bir farklılık da, ileri sürülmesinin gerekip gerekmediği ve buna bağlı olarak da def'i ve itirazın hâkim tarafından re'sen dikkate alınıp alınamayacağı konusuna ilişkindir. Def'i ancak davalının ileri sürmesi durumunda dikkate alınabilir. Dolayısıyla def'i, davalının, def'i olayının varlığı nedeniyle ifade bulunmayacağını bildirmesi halinde ancak hâkim tarafından dikkate

⁴⁰⁴ Eren, s.72; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.309.

⁴⁰⁵ Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.14; Von Tuhr/ Peter, s.27; Eren, s.71.

⁴⁰⁶ Von Tuhr/ Peter, s.29; Eren, s.71.

⁴⁰⁷ Eren, s.72.

alınabilir. Hâkim, def'iyi meydana getiren olayı dava dosyasının içeriğinden anlaşılabile dikkate alamaz⁴⁰⁸. Def'inin hâkim tarafından re'sen nazara alınamayacağı, zamanaşımı def'i bakımından kanunda açıkça dile getirilmiştir. BK. m.142 hükmüne göre; "Müruru zaman dermeyan edilmediği surette hâkim, müruru zamanı kendiliğinden nazara alamaz". Zamanaşımı bakımından kabul edilen bu durumun tüm def'iler bakımından bir ilke oluşturduğu söylenebilir⁴⁰⁹.

İtiraz, davalı tarafından açıkça ileri sürülmüş olmasa da hâkim tarafından re'sen dikkate alınmaktadır. Hâkim, itirazı oluşturan olay ileri sürülmesi de dava malzemesinden, davalının cevap layihısından, tarafların ileri sürdükleri olaylardan, dosyadaki belgelerden bunu görür ve tespit ederse re'sen nazara alır⁴¹⁰. Örneğin dava dosyasında bulunan belgelerden, sözleşmenin geçerlilik şekline aykırı bir şekilde yapıldığını veya borçlunun fiil ehliyetinin bulunmadığını anlayan hâkim, davalı tarafından bu husus ileri sürülmesi de bu olayı re'sen göz önünde bulundurmamak zorundadır.

Doktrinde bir görüş⁴¹¹, re'sen dikkate almak bakımından itirazlarda ikili bir ayırımı gidilmesi gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre, bazı itiraz oluşturan durumlar, kesin bir şekilde hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır. Bu tür itiraz oluşturan olaylara, ahlaka veya hukuka aykırı olması nedeniyle batıl olan sözleşmeler ile temyiz kudretinin bulunmaması nedeniyle geçersiz sözleşmeler veya hakkın kötüye kullanılması yasağını ihlal eden davranışlar girer. Buna karşılık hâkim,

⁴⁰⁸ Von Tuhr/ Peter, s.29; Eren, s.71-72; Buz, Yenilik Doğuran Haklar, s.91; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.372; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.310.

⁴⁰⁹ Büsser, s.14 ve s.14, dn.52'de anılan yazarlar.

⁴¹⁰ Von Tuhr/ Peter, s.29; Eren, s.72; Öztan, Medeni Hukuk, s.193; Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.373; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.309. Yargıtay'da itirazın her zaman ileri sürülebileceği ve hakim tarafından re'sen nazara alınacağı görüşündedir. Nitekim yeni tarihli bir kararında Yargıtay, bu yönde hüküm vermiştir; "...yüzeysel ve şekilci bir araştırma ve yaklaşımın büyük mağduriyetlere yol açacağı, kişilerin Devlete ve adalete olan güven ve saygısını sarsacağı ve yasa koyucunun amacının ilk bakışta, şeklen iyi niyetli gözükene değil, gerçekten iyiniyetli olan kişiyi korumak olduğu hususlarının daima göz önünde tutulması, bu yönde tüm delillerin toplanıp derinliğine irdelenmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Nitekim bu görüşten hareketle kötüniyet iddiasının def'i değil itiraz olduğu, iddia ve müdafaanın genişletilmesi yasağına tabii olmaksızın her zaman ileri sürülebileceği ve mahkemece kendiliğinden (re'sen) nazara alınacağı ilkeleri 8.11.1991 tarih 1990/4 esas 1991/3 karar sayılı İnançları Birleştirme Kararında kabul edilmiş, bilimsel görüşlerde aynı doğrultuda gelişmiştir..". Yarg. 1. HD. 06.05.2004 T. ve E. 2004/5231, K.2004/5391 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁴¹¹ Büsser, s.15.

sözleşmenin sadece bir tarafı bakımından bağlamazlık oluşturan olayları bu kişinin iradesini dikkate almaksızın kendiliğinden nazara almamalıdır. Hâkim, iradesi sakatlanan ve iptal hakkını kullanan kişinin iradesine rağmen bu durumu re'sen dikkate almamalıdır.

İtirazın ileri sürülmesi, bir hakkın doğmadığını veya doğmuş olan bir hakkın sona erdiğini ifade eder. Dolayısıyla itiraz, karşı tarafın hakkının sona erdiğini gösterir. Buna karşılık def'i, hakkı sona erdirmemekte, sadece hakkın kullanılmasını ve ileri sürülmesini geçici veya sürekli bir biçimde engellemektedir⁴¹².

III-DEF'İ ve İTİRAZIN İLERİ SÜRÜLMESİ

Davalı veya borçlu, def'i ve itirazları ileri sürerek, maddi hukukun kendisine tanıdığı savunma imkânlarını kullanmış olur. Borçlu, belirli bir hakkın veya olayların varlığını iddia ederek savunmada bulunurken, ya karşı bir hakkın varlığını ileri sürmekte ya da alacaklının alacağının mevcut olmadığını ileri sürmektedir. Birinci durumda def'iden, ikinci durumda itirazın varlığından söz edilir⁴¹³.

Def'i, "karşı hak" olarak nitelendirilen bir hakkın ileri sürülmesidir. Def'i savunmasında bulunan borçlu, tek taraflı ve varması gerekli hukuki işlem benzeri bir irade açıklaması ile def'i hakkını meydana getiren olayların varlığını iddia etmeli ve bu olayları da ispatlamalıdır. İtiraz ise bir olayın ileri sürülmesinden ibarettir. İtiraz savunmasında bulunan kişi, hakkın doğumuna engel olan veya doğmuş bir hakkı ortadan kaldıran bir olayın varlığını ileri sürerek alacaklı tarafından talep edilen hakkın mevcut olmadığını iddia etmiş olur⁴¹⁴.

Borçlu, esas olarak alacaklı tarafından alacağın talep edilmesinden sonra borçlanılan edimin ifasına kadar def'i ve itirazları her zaman ileri sürebilir. Borçlu, edimin ifası kendisinden talep edildiğinde def'i veya itiraz savunmasında bulunarak, borcunu ifa etmekten kaçınacaktır. Zira def'i ve itiraz birer savunma aracı olup,

⁴¹² Eren, s.72; Von Tuhr/ Peter, s.27.

⁴¹³ Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.14; Von Tuhr/ Peter, s.27-28.

⁴¹⁴ Von Tuhr/ Peter, s.27.

alacaklının taleplerine karşı koymayı sağlar. Ancak buna rağmen, edimin ifası talep edilmeden önce de, borçlunun bu tür durumların varlığını ileri sürmesi de mümkündür.

Def'i ve itirazın ileri sürülmesi yargılama aşamasında (dava veya icra takibi) olabileceği gibi yargılama dışında da olabilir⁴¹⁵. Yargılama aşamasında veya dışında savunma vasıtalarının kullanılmasına ilişkin süre bakımından farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Yargılama dışında def'i ve itirazların ileri sürülmesi, herhangi bir süreye bağlı olmaksızın her zaman mümkündür⁴¹⁶. Dolayısıyla bir edimin ifası yargılama dışında talep edildiği takdirde herhangi bir süre ile kısıtlı olunmaksızın her zaman def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle savunmada bulunulabilir⁴¹⁷.

Def'i ve itirazın yargılama aşamasında ileri sürülmesi, bazı özellikler gösterir. Borçludan edimin yerine getirilmesi talebinde bulunan alacaklı, alacağının ifa edilmemesi üzerine yargı yoluna başvuracaktır. Bu aşamada def'i ve itirazın ileri sürülmesi belli sürelerle uyulmasına bağlıdır. Dolayısıyla davalı, cevap süresi içerisinde savunmasını dayandırdığı def'i ve itirazlarını ileri sürmelidir⁴¹⁸. Yazılı yargılama usulünde cevap süresi kural olarak on gündür (HUMK. m.195/1). İşin mahiyeti gerektirdiği takdirde kanunda belirlenen bu sürenin hâkim tarafından uzatılması da mümkündür(HUMK. m.197). Davalı, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden itibaren on günlük cevap süresi içinde veya bu sürenin hâkim tarafından uzatılması halinde hâkimin belirleyeceği bu süre içinde def'i ve itirazlarını ileri

⁴¹⁵ **Von Tuhr/ Peter**, s.29.

⁴¹⁶ **Büsser**, s.12.

⁴¹⁷ Def'i ve itirazları ileri sürmek suretiyle savunmada bulunma imkânı, herhangi bir süreye bağlı olmamakla birlikte, banka garantileri bakımından istisna teşkil edecek bir duruma işaret etmekte fayda vardır. Zira banka garantilerinde ödeme talebinin içerik ve şekil bakımından, sözleşmede aranılan şartları taşımaması halinde, talebin bu bakımdan geçersiz olduğuna ilişkin bankanın savunmasının, derhal garanti alana bildirilmesi gerektiği doktrinde kabul edilmektedir(Bkz. **Berger**, Internationale Bankgarantien, s.10; **Dohm**, s.106; **Kleiner**, Bankgarantie, s.191; **Büsser**, s.277-278; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.210). Bu bildirim sayesinde süreli garantiler bakımından garanti alan, ödeme talebine ilişkin şartları yerine getirmek suretiyle, kararlaştırılan sürenin dolmasından önce tekrar ödeme talebinde bulunabilecektir.

⁴¹⁸ HUMK. m.201'de davalının, dava dilekçesinde bildirilmemiş olan karşı olaylara dayanarak davanın reddini isteyebileceği hükme bağlanmıştır. Böylece karşı olaylara dayanan davacı, karşı olaylara dayanarak davacının iddia ettiği hakkın mevcut olmadığını veya dava konusu yapılamayacağını ileri sürmektedir. İşte davalının ileri sürdüğü bu karşı olaylara savunma vasıtaları denilmekte ve def'i ile itiraz, maddi hukuka dayanan savunma vasıtalarını oluşturmaktadır. Bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.371.

sürmelidir. Aksi takdirde davalı, sürenin geçmesi ile veya savunmasını eksik yapması halinde cevap layihasının davacıya tebliğinden itibaren bu tür durumları ileri sürmek istediğinde savunmayı genişletme yasağı (HUMK. m.202) ile karşılaşabilecektir⁴¹⁹.

İleri sürülmesi bakımından def'iler konusunda doktrindeki bir tartışmaya da değinmekte fayda vardır. Def'i hakkına sahip olan kişi, alacaklının ifa talebine karşılık bu hakkını kullanarak bir kere savunma yaptıktan sonra, ihtilafın yargı yoluna intikal etmesinden sonra, mahkeme aşamasında da bu aynı savunmayı yapmak zorunda olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş⁴²⁰, def'inin bir maddi hukuk müessesesi olduğunu ve mutlaka mahkeme önünde kullanılmasının şart olmadığı, hakkın kullanıldığına ilişkin beyanın bir de mahkemede tekrarlamasının beklenmemesi gerektiği yönündedir. Bu görüşe göre def'i hakkı sahibi, bu hakkını bir kere kullandıktan sonra açılan bir davada tekrar bu hakkı ileri sürmese bile hâkim, dava dosyasından bu hakkın kullanıldığını anladığı takdirde davayı ret etmelidir. Diğer bir görüş⁴²¹ ise, def'i hakkı sahibi, bu hakkını yargı yolu aşamasından önce kullanmış olsa bile, hâkim tarafından göz önünde tutulabilmesi için mahkemede yeniden kullanılması gerektiğini kabul etmektedir. Bu görüşe göre def'i hakkının kesin sonuç doğurabilmesi için yargılama aşamasında tekrarlanması gerekecektir. İkinci görüşe üstünlük tanımak gerekir. Zira davalı tarafından dava dilekçesinde ileri sürülen olaylar, kendi lehine ve davanın kabulüne yönelik iddialardır. Davalı durumundaki borçlunun, def'i hakkını kullandığına ilişkin bilginin dava dilekçesinde bulunması mümkün olmadığı için, hâkimin def'i hakkının kullanıldığı konusunda bilgi sahibi olması ve hükme esas alması mümkün olmayacaktır. Bu nedenle yargılama dışında kullanılan def'i hakkının yargılama aşamasında da tekrarlanması pratik bakımdan bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır⁴²².

⁴¹⁹ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.381 vd.

⁴²⁰ **Serozan**, Dönme, s.55–56. Diğer yazarlar için bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.105, dn.41'de anılan yazarlar.

⁴²¹ **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.105–106 ve s.105, dn.42'de anılan yazarlar.

⁴²² Bkz. **Buz**, Yenilik Doğuran Haklar, s.106.

V-DEF'İ ve İTİRAZIN İLERİ SÜRÜLMESİNİN HUKUKİ SONUÇLARI

Def'i ve itirazların ileri sürülmesinin hem maddi hukuka hem de usul hukukuna ilişkin çeşitli hukuki sonuçları bulunmaktadır.

A-Maddi Hukuka İlişkin Sonuçlar

Def'i bir haktır ve bu hakkın borçlu tarafından ileri sürülmesi, alacaklı tarafından talep edilen edimin ifasından özel bir nedene dayanarak kaçınma imkânı sağlamaktadır. Borçlu burada, alacaklının talep ettiği edimin mevcut olmadığı savunmasında bulunmamaktadır. Borçlunun savunması, edimin ifasının talep edilemeyeceğine ilişkindir⁴²³.

Def'i nedenini oluşturan olay alacaklı tarafından bertaraf edildiği takdirde, def'inin ileri sürülmüş olması, def'i ile yüklü alacağın muaccel olmasına ve böylece de zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasına engel olmayacaktır⁴²⁴. Bu duruma ödemezlik def'i örnek olarak verilebilir. Alacaklının edimin ifasını talep etmesi karşısında borçlunun, BK. m.81'e dayanarak ifadan kaçınması halinde alacaklı, kendi edimini ifa ettiği takdirde borçlunun borcu muaccel olacak ve zamanaşımı süresi işlemeye başlayacaktır. Buna karşılık def'inin ileri sürülmesi, borçlunun temerrüde düşmesine engel olacaktır. Zira borçlu, kanundan doğan bir hakkını kullanarak savunmada bulunduğu için borç ilişkisinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaz ve bu nedenle de temerrüde düşmez. Sürekli bir def'inin ileri sürülmesi borçlunun temerrüde düşmesine her zaman için engel olurken geciktirici def'iler geçici bir süre için temerrüde düşmeye engel olur. Geciktirici def'inin oluşmasına neden olan durum ortadan kalktığında alacaklı, alacağını tekrar talep edebilir ve borçlu da bu andan itibaren temerrüde düşebilir. Buradaki temerrüt geriye doğru etkili değildir. Çünkü borçlu def'inin varlığını gerektiren durumun ortadan kalkmasından önce edimi ifadan kaçınma hakkına sahiptir⁴²⁵.

⁴²³ Eren, s.72.

⁴²⁴ Büsser, s.21.

⁴²⁵ Büsser, s.22.

İtiraz, bir olayın ileri sürülmesidir. Burada alacaklının ifasını talep ettiği hak, borçlu tarafından ileri sürülen olaylar nedeniyle ya hiç oluşmamakta ya da oluşan bir hak sonradan meydana gelen olaylar nedeniyle ortadan kalkmaktadır. Dolayısıyla alacaklının bu hakkı, maddi hukuk açısından artık mevcut bulunmamaktadır⁴²⁶.

B-Usul Hukukuna İlişkin Sonuçlar

Def'inin ileri sürülmesinin usul hukukuna ilişkin sonuçları def'inin sürekli veya geciktirici nitelikte olup olmasına göre farklılık gösterir. Borçlu geciktirici bir def'i ile edimi yerine getirmekten ancak geçici olarak kaçınabilir. Dolayısıyla geciktirici def'inin davadaki davalı borçlu tarafından ileri sürülmesi, davanın kabulü açısından geçici bir engel oluşturacaktır. Bu nedenle davanın, bu süre için geçici bir şekilde reddine neden olacaktır. Bu engelin ortadan kalkmasından sonra dava, yeniden açılacaktır⁴²⁷. Buna karşılık sürekli def'inin ileri sürülmesi ise alacaklının talep ettiği edimin ifasından sürekli olarak kaçınmayı sağlar. Bu nedenle sürekli bir def'inin davalı borçlu tarafından yargılama aşamasında ileri sürülmesi adeta borç yükümlülüğü yokmuş gibi davanın kesin olarak reddine neden olur⁴²⁸.

Borçlu itirazları ile sürerek kendisine yönelmiş bir alacağın varlığını ret eder. Bu yüzden bir itirazın davalı borçlu tarafından yargılama aşamasında ileri sürülmesi alacaklı tarafından açılan ifa talebine ilişkin davanın kesin olarak reddi sonucunu doğurur⁴²⁹.

⁴²⁶ Von Tuhr/ Peter, s.27 vd.

⁴²⁷ Von Tuhr/ Peter, s.31.

⁴²⁸ Von Tuhr/ Peter, s.31.

⁴²⁹ Büsser, s.23.

Ş4. BANKA GARANTİSİNDE SAVUNMA İMKÂN LARI

I-GENEL OLARAK

Banka garantisinde, garanti veren ile garanti alan arasındaki garanti sözleşmesi, gerek garanti veren ile edimi garanti edilen arasındaki karşılık ilişkisinden gerekse garanti alanla edimi garanti edilen arasındaki temel ilişkiden bağımsız bir sözleşmedir. Bunun sonucu olarak garanti veren kural olarak sadece, garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazları ileri sürebilecek, buna karşılık temel ilişkiden edimi garanti edilen lehine doğabilecek veya karşılık ilişkisinden kendi lehine doğabilecek def'i ve itirazları ileri süremeyecektir. Aşağıda ileri sürülemeyecek def'i ve itirazlar ve ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar ayırımı yapılarak kısa bir değerlendirme yapıldıktan sonra ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

Banka garantisine benzer şekilde üçlü bir ilişkinin bulunduğu kambiyo senetlerinde de ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar sınırlıdır⁴³⁰. Ancak temel ilişki karşısındaki bağımsızlık ve soyutluk noktasında, banka garantisinde ileri sürülebilecek def'iler, kambiyo senetlerinde ileri sürülebilecek def'ilerden farklılık göstermektedir. Zira banka garantisi, temel ilişkiden bağımsız olmasına rağmen, edimi garanti edilenin, garanti alana karşı yükümlendiği bir borcun, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunu teminat altına aldığından soyut borç taahhüdü niteliğinde değildir. Dolayısıyla garanti, teminat sebebinden soyut bir işlem olmayıp, teminat amacı noktasında sebebe bağlı, yani başka bir işlemin garantisi niteliği taşımaktadır. Buna karşılık doktrinde farklı görüşler de bulunmakla birlikte, kambiyo senetlerinden doğan borcun, temel ilişkiden soyut bir borç doğurduğu kabul edilmektedir. Bunun en önemli sonucu da şahsi def'ilerin ileri sürülebilmesidir⁴³¹.

⁴³⁰ TTK. m.737'de emre yazılı senetler ve TTK.m.571'de hamiline yazılı senetler bakımından ileri sürülebilecek def'iler düzenlenmiştir. Ayrıca TTK. m.599'da poliçe bakımından şahsi def'iler düzenlenmiştir. Bu maddelerde kanun koyucu def'i kavramını, itirazları ve teknik anlamda def'ileri de içine alacak şekilde geniş anlamda kullanmıştır. Buna göre ileri sürülebilecek def'ileri, senedin hükümsüzlüğüne ilişkin olan, senet metninden anlaşılan ve şahsi def'iler şeklinde üç grupta toplamak ve sınırlandırmak mümkündür. Kambiyo senetlerinde ileri sürülebilecek def'iler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Öztañ F.**, s.44 vd.

⁴³¹ **Poroy Reha/ Tekinalp Ünal**, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2001, s.27 vd.; **Öztañ F.**, s.66.

Banka garantisinde, garanti veren durumunda olan kişi banka olduğundan, bankaların birleşmesi ve bir bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu(Fon)'na devredilmesi durumları bankanın savunma imkânları bakımından önem kazanmaktadır. Bankaların birleşmesi, diğer ticaret ortaklıklarında olduğu gibi, birden çok bankanın birleşmek suretiyle yeni bir banka oluşturması veya bir bankanın diğer bir bankayı tüm hak, mal ve alacak, borç ve yükümlülükleri ile birlikte devralması şeklinde gerçekleşir⁴³². Bankaların birleşmesi durumunda külli halefiyet prensibinin geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴³³. Buna göre birleşerek sona erecek bankaların tüm mal, hak, alacak, devir ve yükümlükleri, ayrı ayrı devir, teslim veya tescil işlemine gerek olmaksızın, kendiliğinden yeni kurulan veya devralan bankaya geçmektedir⁴³⁴. Buna göre birleşen veya devrolan banka tarafından verilmiş olan bir banka garantisinden doğan borç da, birleşmenin gerçekleşmesinden itibaren, yeni kurulan bankaya veya devralan bankaya külli halefiyet prensibi uyarınca geçmektedir. Dolayısıyla yeni kurulan banka veya garanti veren bankayı devralan banka, ödeme talebinde bulunulması durumunda birleşme işlemi, bir savunma olarak ileri süremeyecektir.

Bir bankanın Fon'a devredilmesi ise, ya bir bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fon'a devredilmesi ya da bu durumdaki bir bankanın paylarının tümünün Fon tarafından iktisap edilmesi şeklinde gerçekleşmektedir⁴³⁵. İlk durumda ortaklık hakları ile yönetimi ve denetimi Fon'a devredilen banka, Bankacılık Kanunu m.107/2 hükmüne göre Fon tarafından faaliyetleri geçici olarak durdurulmadığı sürece, ilgili mevzuata tabi bir banka olarak işlem görmeye devam eder⁴³⁶. Dolayısıyla banka, faaliyet durdurulması olmadığı

⁴³² Bkz. **Moroğlu**, s.15; Ticaret ortaklıklarının birleşmesi konusunda bkz. **Türk**, s.37 vd.

⁴³³ Bkz. **Moroğlu**, s.18.

⁴³⁴ Bu durum özel olarak 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m.19'da düzenlenmiştir. Söz konusu hükmünde birleşme işleminin gerçekleştirilmesi Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun iznine tabi kılınmış, bu birleşme işlemi hakkında 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun birleşmeye ilişkin hükümlerinin uygulanmayacağı ve birleşme veya devir işleminin kesinleşmesini müteakip, devredilen kuruluşun bütün aktif ve pasifleri ile diğer hak ve yükümlülüklerinin devralan bankaya geçeceği hükme bağlanmıştır. Ayrıca birleşmeye ilişkin olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından 1.11.2006 tarih ve 26333 Sayılı Resmi Gazete'de "Bankaların Birleşme, Devir, Bölünme Ve Hisse Değişimi Hakkında Yönetmelik" yayımlanmıştır.

⁴³⁵ Bkz. **Kuntalp**, s.260; **Tekinalp**, Bankacılık, s.275.

⁴³⁶ Bkz. **Tekinalp**, Fona Devir, s.91.

sürece, garantiden doğan borcu ödemekten kaçınamayacak ve Fon'a devredilmiş olmayı bir savunma olarak ileri süremeyecektir. İkinci durumda bankanın faaliyet izni kaldırılmakta(Bankacılık Kanunu m.106) ve banka, iflası istenerek tasfiye sürecine girmektedir. Bu aşamada artık banka garantisinden doğan alacaklar, iflas masasına karşı ileri sürülebilecektir.

II-İLERİ SÜRÜLEMEYECEK DEF'İ ve İTİRAZLAR

A-Karşılık İlişkisinden Doğan Def'i ve İtirazlar

Garanti sözleşmesinin bağımsız nitelikte olması nedeniyle, garanti alan tarafından yapılan ödeme talebine karşı garanti veren banka, kural olarak, karşılık ilişkisinden doğan hiçbir def'i ve itirazı ileri süremeyecektir⁴³⁷. Örneğin banka, ödeme yapması halinde edimi garanti edilene rücu edeceğini ve ödediği garanti bedelini ondan tahsil edeceğini düşünerek garantiyi verir. Ödeme zamanı geldiğinde ve garanti alan ödeme talebinde bulunduğu banka, edimi garanti edilenin ödeme gücünün zayıfladığını ve dolayısıyla ödemeyi yapamayacağını ileri sürerek garanti alana ödeme yapmaktan kaçınamayacaktır.

Garanti veren banka, karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazları ileri sürememenin bir sonucu olarak, karşılık ilişkisinin şekle uyulmaması veya başka bir hukuki sakatlık bulunması nedeniyle geçersiz olduğunu; edimi garanti edilenin, ehliyetsiz olduğunu, öldüğünü, iflas ettiğini, ödemelerini tatil ettiğini veya garanti komisyonlarını ödemediğini ileri sürerek garanti bedelini ödemekten kaçınamaz⁴³⁸.

Garanti veren banka, garantiyi, edimi garanti edilenin hilesi üzerine veya tehdidi altında verdiği ya da karşılık ilişkisi bakımından temel hatasına düştüğü

⁴³⁷ **Zobl**, s.39; **Kleiner**, Bankgarantie, s.196-197; **Nielsen** Bankgarantien, s.33; **Tekinalp**, s. 393; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.70; **Lienesch**, Bankgarantie, s.139; **Schönle**, s.58-59; **Dohm**, s.108; **Bülow**, s.510; **Von Caemmerer**, s.301; **Gruel**, s.97; **Coing**, s.129; **Pleyer**, s.18; **Avancini /Koziol /Iro**, s.336; **Steiner**, s.85; **Richter**, s.224; **Mühl**, s.397; **Kahyaoglu**, s.75-76.

⁴³⁸ Edimi garanti edilenin ölmesi halinde, teminat altına alınan edim artık gerçekleşmeyeceğinden, bankanın ödeme yükümlülüğünün doğduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.884.

savunmasında da bulunamaz⁴³⁹. Ancak temel ilişkinin borçlusunun, garanti veren bankayı kasıtlı bir şekilde hileye maruz bırakması halinde garanti alan, bu hileyi biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, o zaman garanti veren banka, bu hile olayı nedeniyle kurulan garanti sözleşmesiyle bağlı olmadığına ilişkin bir itirazda bulunabilir⁴⁴⁰. Bu durum garanti verenin, karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazları ileri süremeyeceğine ilişkin kuralın bir istisnasını oluşturuyor gibi gözükse bile, gerçek anlamda bir istisna değildir. Zira burada garanti veren, garanti sözleşmesinin geçersizliğini karşılık ilişkisine değil, aksine garanti verenin edimi garanti edilen tarafından kasıtlı bir şekilde hileye maruz bırakıldığının garanti alan tarafından bilindiği veya bilinmesi gerektiği durumuna dayandırmaktadır. Bu da üçüncü şahsın hilesine ilişkin BK m.28/2 hükmündeki özel düzenlemeye dayanmaktadır. Dolayısıyla burada, karşılık ilişkisinden doğan bir itiraz söz konusu olmayıp, aksine karşılık ilişkisindeki bir olaya dayanan ve kendisine ait bir haktan doğan itirazın ileri sürülmesi söz konusudur. Aynı şekilde edimi garanti edilenin, garanti veren bankaya karşı garanti sözleşmesinin yapılmasına yönelik bir tehdidinin bulunması halinde de, BK. m.29/2 hükmü uyarınca ikrahın varlığı ileri sürülerek ödmeden kaçınılabilecektir⁴⁴¹.

⁴³⁹ **Kleiner**, Bankgarantie, s.197; **Steiner**, s.85; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.70; **Kahyaoğlu**, s.75. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda, banka tarafından bir firmaya garanti verildiği, karşılığında konrgaranti olarak taşınmazların ipotek ettirildiği, ancak edimi garanti edilenin, elden takip ettiği ekspertiz raporundaki olumsuz kayıtları silerek lehine düzeltme suretiyle ipotek verdiği taşınmazların değeri çok düşük olduğu halde yüksek göstermek suretiyle banka yetkililerini hileli muameleyle hataya düşürdüğü ifade edilmiştir. Bu olay üzerine Yargıtay, şu şekilde karar vermiştir “...borçlu ile davacı arasında düzenlenen kontrgaranti sözleşmesinde davacının borçlu (edimi garanti edilen) firma tarafından hataya düşürülmesinde teminat mektubu muhataplarının bir kusuru bulunmadığı gibi, teminat mektubu muhataplarını ilgilendirmeyeceği de açıktır. Davacı banka ile teminat mektubu muhatapları ve hamilleri davalılar arasındaki ilişki B.K.'nun 110-11 inci maddelerinde belirtilen garanti akdinden kaynaklanmaktadır. ...Davacı bankanın sıfatı (garanti veren) olduğundan, taahhüdü, esas özleşmeyi yapan taraflardan ve esas akidden ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti sözleşmeye bağlanmış şahsın vecibesini yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine almıştır. (Bakınız Yargıtay İç. Bir. 3.12.1967 T.E. 16. K. 7) Garanti akdinin mahiyeti itibarıyla davacı bankanın, teminat mektubu bedellerinin muhataplarınca talep edilmesi halinde, muhataplarına derhal ve bila taallül ödemesi gerekmediktir...”. Yarg. 11 HD. 28.09.1987 T ve E. 1987/5093, K.1987/4856 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁴⁴⁰ **Kleiner**, Bankgarantie, s.200; **Tekinalp**, s. 393; **Kahyaoğlu**, s.76.

⁴⁴¹ **Dohm**, s.108-109; **Kahyaoğlu**, s.73.

B-Temel İlişkiden Doğan Def'i ve İtirazlar

Garanti sözleşmesi garanti verenin fer'i olmayan ve bağımsız nitelikteki bir ödeme yükümlülüğünü oluşturduğundan, garanti alanın ödeme talebine karşı garanti veren, kural olarak temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazları ileri süremez⁴⁴². Kural bu şekilde olmakla birlikte, garanti sözleşmesine konulacak özel bir hüküm ile garanti ve temel ilişki arasında bağlantı kurulmak suretiyle temel ilişkiden doğan def'i ve itirazların ileri sürülebilmesinin yolu açılabilir⁴⁴³. Ancak kanaatimizce bu tür bir hükmün garanti sözleşmesine konulması, garantinin teminat işlevini ve böylece de tercih edilebilirliğini zayıflatacağından pratik bakımdan uygulanabilir değildir.

Temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazların ileri sürülebilmesinin bir sonucu olarak garanti veren banka, temel ilişkinin geçersiz olduğu, yürürlüğe girmediği veya iptal edildiği, sözleşmenin sona erdiği, temel ilişkiden doğan borcun takas edildiği, kötü ifa edildiği, temel ilişkinin borçlusunun ödeme dışında borcunun sona erdiği veya borcunun bulunmadığı gibi def'i ve itirazları garanti alanın ödeme talebine karşı ileri süremeyecektir. Bunların yanısıra edimi garanti edilenin

⁴⁴² **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.774-775; **Zobl**, s.39; **Kleiner**, Bankgarantie, s.196-197; **Dohm**, s.109-110; **Gruel**, s.96-97; **Bülow**, s.510; **Lienesch**, Bankgarantie, s.140; **Nielsen** Bankgarantien, s.33; **Richter**, s.224; **Avancini /Koziol /Iro**, s.303; **Steiner**, s.84; **Schönle**, s.60-61; **Mühl**, s.397; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.57; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.68-69; **Kahyaoğlu**, s.73; Nitekim Yargıtay'ın çeşitli kararlarında da bu durum açıkça ifade edilmektedir. Bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, şu şekilde karar vermek suretiyle garanti verenin ileri sürebileceği def'ileri (burada Yargıtay def'i kavramını geniş anlamda kullandığından bunun içine itirazlar da girer), temel borç ilişkisi bakımından sınırlandırmıştır; "...Davacı kurum ile Davalı ... Bankası arasındaki ilişki garanti akti niteliğindedir. Kefalet akti niteliğinde değildir. Kefalet ile garanti arasında bazı yönlerden farklar vardır. Bunlardan en önemlisi ileri sürülecek def'iler bakımından olan farktır. Kefalette asıl borçluya ait olan def'ileri kefil alacaklıya karşı ileri sürebildiği halde garanti akdinde garanti veren garanti alana karşı fiilini taahhüt ettiği borçlunun def'ilerini dermeyan edemez... aksi halde teminat mektupları teminat olmaktan çıkar sonucunun ne olacağı belli olmayan bir alacak niteliğine dönüşür... Yerleşmiş Yargıtay içtihatları ve öğretisi ve hâkim olan görüş de teminat mektuplarının niteliği itibarıyla bir garanti akti olduğu yolundadır. Bu itibarla Banka mektup muhteviyatı olan meblağı alacaklıya ilk talebinde ödemek durumundadır. Bununla beraber Banka, sırf kendisine ait def'ilerle mektup bedelini ödemekten imtina edebilir. Teminat mektubunun zamanaşımına uğraması sahte olması gibi def'ileri ileri sürebilir. Bankanın bunlar dışında itiraz ve dava hakkı düşünülemez..". YHGK. 03.07.1981 tarih ve E.1979/1-1941 K: 1981/560 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. Doktrinde bu kararın doğru, fakat eksik olduğu ifade edilmektedir. Zira sayılan örnekler arasında özellikle, garanti konusu olayın gerçekleşmediğine veya garanti konusu olayın gerçekleşmesinin mümkün olmadığına ilişkin savunma imkânlarının da bulunması gerekirdi. Bkz. **Reisoğlu**, Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, s.73.

⁴⁴³ Bu durumda temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazlar da garantinin kapsamına girmiş olur ve garanti veren banka, ödeme talebinde bulunulduğunda, temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ileri sürerek garanti bedelini ödemekten kaçınabilir. Bkz. **Kahyaoğlu**, s.77. Akreditif bakımından da aynı yaklaşım için bkz. **Tekinalp**, s. 458.

ehliyetsizliği, ölümü, iflası, ödemelerini tatil etmesi, konkordato talebini kabulü, borcunun zamanaşımına uğradığı veya hak düşürücü süreyi geçirdiği gibi savunma imkânlarından garanti veren yararlanamayacaktır.

Garanti veren banka, temel ilişkiden doğan borcun kanuna aykırı olduğu savunmasında da bulunamayacaktır⁴⁴⁴. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda, kiracının, kiralanan taşınmazı tahliye edeceği konusunda üçüncü kişi tarafından verilen garantinin, edimi garanti edilenin tahliye taahhüdünün geçerli olup olmadığına bakılmaksızın devam edeceği yönünde karar verilmiştir⁴⁴⁵. Bir başka kararında Yargıtay, dava hakkından vazgeçme taahhüdü hukuken geçersiz olmasına rağmen, üçüncü kişilerin garanti alanı dava etmeyeceğini, dava etmeleri halinde belli miktarda para ödeyeceğine ilişkin taahhüdü geçerli kabul etmiştir⁴⁴⁶.

Garanti verenin garanti ilişkisindeki fer'i nitelikte olmayan ödeme yükümlülüğü nedeniyle temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazların ileri süremeyeceğine ilişkin kuralın önemli bir istisnasını, hakkın kötüye kullanılması

⁴⁴⁴ Arkan, Teminat Mektubu, s.69.

⁴⁴⁵ Kararda Yargıtay, şu şekilde hüküm vermiştir; "...taahhütte bulunduğu akidine, 3. kişinin taahhüdünü garanti etmektedir. Bu hukuksal ilişkinin ayırıcı özelliği, taahhüdün bu kişilerin kendi aralarındaki diğer hukuksal ilişkilerden tamamen bağımsız nitelikte bulunmasıdır. Bu sebepten ki diğer hukuksal ilişkilerin hükümsüz olması Borçlar Kanunu'nun 110. maddesi açısından borçlunun fiilinin taahhüt edilmesini de hükümsüz kılmaz. Meğer ki doğrudan doğruya başkasının fiilini taahhütte bir hükümsüzlük hali bulunsun. Olayda davalı annesinin mecuru belli bir tarihte tahliye edeceğine aksi halde maktu bir tazminat ödemeyi davacı kiralayana karşı taahhüt etmiştir. 3. bir şahsın fiilini taahhüdün az önce de açıklandığı üzere bağımsız niteliği haiz bulunması sebebiyle, tahliye taahhüdünün geçersiz olup olmaması bu hukuksal ilişkiyi etkilemez. Taraflar arasındaki sözleşmenin geçersizliğini gerektirir bir durum da bulunmadığına göre..". YHGK. 19.10.1988 tarih ve E.1988/3-668 K: 1988/811 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁴⁴⁶ İlgili kararda Yargıtay, yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, söz konusu taahhüdün temel ilişkinin konusunu oluşturması halinde konusunun hukuka aykırılık nedeni ile geçersiz sayılacağı bir ilişkiden doğan yükümlülüğün garanti ile teminat altına alınabileceğine hükmetmiştir. "...Diğer bir anlatımla, davacılar açılacak cebri tescil davasından kaynaklanan ekonomik açıdan zararlı bir olayın riski bağımsız bir sözleşme ile garanti edilmiştir. O nedenle; sözleşme, hukuki mahiyeti itibarıyla, BK.nun 110. maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir... Bir kimsenin üçüncü kişinin fiilini (olayımızda, üçüncü kişinin dava açmaması tekeffül edilip garanti verilmesinde olduğu gibi) hukuksal yönden hiç bir engel yoktur. Sözleşmede; davalılar bizzat kendilerinin dava açmayacaklarını taahhüt etmemişlerdir. Ancak, bu tarzda bir yükümlülük altına girilmesi halinde, dava açma, hak arama özgürlüğünün aşırı kısıtlanması nedeni ile sözleşmenin geçersiz olacağı ve hukuk düzeni içinde üstün görülmeceği düşünülebilir (BK. m. 20/2). Oysa, önümüzdeki olayda aynı garantiyi diğer bir kimsenin verdiği açıktır. Garantiyi diğer bir kimse verdiğinde garanti edilen neticenin kendisi kanuna ve ahlaka aykırı olmadığı için, BK. 110 anlamında geçerli bir taahhüt gündeme gelir. Bu bakımdan mahkemece sözleşmenin geçersiz kabul edilmesi tamamen dayanaksız kalmaktadır..". Yarg. 13 HD. 27.04.1992 T ve E. 1992/305, K.1992/3896 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

suretiyle yapılan ödeme talebi oluşturmaktadır⁴⁴⁷. Buna göre garanti alan, garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte dürüstlük kuralına göre temel borç ilişkisi bakımından herhangi bir talep hakkı bulunmamasına rağmen garantinin ödenmesini talep ederse, garanti veren, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğu itirazını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir⁴⁴⁸.

Temel ilişkiden doğan borcun sonraki imkânsızlık nedeniyle geçersiz olması durumunda bankanın ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Ancak imkânsızlığa rağmen garanti alanın yapacağı ödeme talebinin, somut olay bakımından hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımayacağı değerlendirilmelidir⁴⁴⁹.

C-İkinci Bankanın Devreye Girmesi Durumunda İki Banka Arasındaki İlişkiden Doğan Def'i ve İtirazlar

Uluslararası ticari ilişkilerde genellikle garanti alan, garantinin kendi ülkesindeki bir bankadan verilmesini ister. Bu da garanti ilişkisine ikinci bir bankanın dâhil olması sonucunu doğurur. İkinci bankanın garanti ilişkisine dâhil olma şekline göre karşımıza doğrudan ve dolaylı garanti ayırımı çıkar⁴⁵⁰.

Gerek doğrudan garanti gerekse dolaylı garantide iki banka arasındaki ilişkiden ve ikinci banka ile edimi garanti edilen arasında hukuki bir ilişkinin kurulması durumunda, bu ilişkiden doğan def'i ve itirazlar da, sözleşmelerin nisbiliği

⁴⁴⁷ **Zobl**, s.39; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.775-776; **Kleiner**, Bankgarantie, s.201; **Büsser**, s.363; **Kahyaoglu**, s.73.

⁴⁴⁸ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.294; **Kahyaoglu**, s.77-78; **Tekinalp**, s. 393-394. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması aşağıda ayrı bir başlık altında ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Bkz. II. Bölüm, § 6, II.

⁴⁴⁹ Bkz. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.777; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.59. Temel ilişkinin sonraki imkânsızlık nedeniyle sona ermesi durumunda, garanti alan tarafından yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımayacağı aşağıda, “garanti bedelinin ödenmesinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edilmesinin başlıca görünümleri” başlığı altında incelenecektir. Bkz. II. Bölüm, § 6, II, B.

⁴⁵⁰ Doğrudan ve dolaylı garanti ayırımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, § 1, III, F, 1-2.

ve garantinin bağımsızlığı gereğince garanti veren banka tarafından garanti alanın ödeme talebine karşı ileri sürülemeyecektir⁴⁵¹.

III-İLERİ SÜRÜLEBİLECEK DEF'İ ve İTİRAZLAR

Garanti sözleşmesinde garanti veren bankanın borcu, asli ve bağımsız bir borç niteliğinde olduğundan, garanti veren durumundaki bankanın, ödeme talebinde bulunulması halinde ileri sürebileceği def'i ve itirazlar, garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazlar ile sınırlıdır⁴⁵². Garanti sözleşmesinde aksine bir düzenleme öngörülmedikçe, garanti alanın ödeme talebinde bulunması durumunda garanti veren banka, garanti alanla yapmış olduğu garanti sözleşmesinden doğan tüm def'i ve itirazları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir⁴⁵³.

Garanti sözleşmesinden doğan savunma imkânları çerçevesinde garanti veren banka, savunma imkânlarına ilişkin yapılan ayırımlara uygun olarak, garanti ilişkisinden doğan ve hakkın doğumuna engel olan itirazları, hakkı sona erdiren itirazları ve garanti ilişkisinden doğan def'ileri ileri sürebilecektir⁴⁵⁴. Bunların yanı sıra garanti veren banka, ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin itirazları da ileri sürebilecektir. Ödeme talebinin, garanti metninde öngörülen şekilde yapılmadığı, ödeme taahhüdünün şarta bağlanması halinde bu şartın yerine getirilmediği, süreli garantiler bakımından sürelerle uyulmadığı şeklindeki savunmalar, aşağıda “ödeme talebinde bulunmaya ilişkin şartların yerine getirilmediği itirazı” başlığı altında incelenecektir⁴⁵⁵. Ayrıca garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin, garantinin kapsamında bulunmayan bir duruma ilişkin olması veya ödeme talebinde

⁴⁵¹ **Kahyaoglu**, s.16. Akreditifler bakımından da aynı sonuca varılmaktadır. Bkz. **Tekinalp**, s.457.

⁴⁵² **Kleiner**, Bankgarantie, s.197-198; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.773; **Gruel**, s.93; **Nielsen** Bankgarantien, s.34 vd.; **Coing**, s.129; **Horn**, Missbrauch von Bankgarantien, s.150 vd. UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 17. maddesinde garanti sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin ve içeriğinden doğan def'i ve itirazların ileri sürülebileceği düzenlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Heidbüchel**, s.166 vd.; **Lienesch**, Bankgarantie, s.134 vd.; **Buch**, s.395 vd.

⁴⁵³ **Lienesch**, Bankgarantie, s.140; **Avancini /Kozioł /Iro**, s.299; **Steiner**, s.85; **Doğan**, s.196.

⁴⁵⁴ Garanti sözleşmesinden doğan bu savunma imkânları, aşağıda ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Bkz. II. Bölüm, § 5, I, II ve IV.

⁴⁵⁵ Bkz. II. Bölüm, § 5, III.

bulunulduğu sırada garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemiş olması ve garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmaması durumlarında garanti veren banka, gerekli itirazları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Zira bu durumların varlığı halinde yapılan ödeme talebi karşısında garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır⁴⁵⁶.

Daha önce de ifade edildiği üzere⁴⁵⁷, temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazların ileri süremeyeceğine ilişkin kuralın önemli bir sınırlandırmasını oluşturan, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda garanti veren banka, gerekli itirazları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

Doğrudan garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazlar dışında, özellikle de temel borç ilişkisindeki olaylara dayanan ve garanti veren banka tarafından ileri sürülebilecek def'i ve itirazlar, istisnai durumlar bakımından ve sınırlı olarak kabul edilmelidir⁴⁵⁸. Asli ve bağımsız nitelikte borç altına giren garanti veren, temel ilişkiden kaynaklanan her olayı ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınmaz. Aksi takdirde, bağımsız nitelikteki garanti yükümlülüğü, tehlikeli bir biçimde fer'i niteliğe dönüşebilir. Bu konuda *Reisoğlu*⁴⁵⁹'nun, "...asıl borçlu tarafından ileri sürülen ve onun açısından borcu sona erdiren def'iler, risk olayını da sona erdiriyorsa, bankanın garanti yükümlülüğü nihayete erecek, buna karşılık borçlunun def'ilerine rağmen risk bir fiili durum olarak devam ediyorsa bankanın teminat mektubu nedeniyle yükümlülüğünde bir değişiklik olmayacaktır..." şeklindeki kıstasının, temel borç ilişkisinden doğan hangi olaylar bakımından bankanın garanti yükümlülüğünün sona ereceğinin, özellikle de hakkın kötüye kullanıldığı itirazının dayanağını oluşturacağını belirlenmesi bakımından yerinde ve uygulanabilir olduğu kanaatindeyiz.

⁴⁵⁶ **Büsser**, s.406 vd.; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.74 ve özellikle s.75 vd.; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.291 vd. Garanti veren bakımından itiraz oluşturan bu durumlar aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Bkz. II. Bölüm, § 7, II, A.

⁴⁵⁷ Bkz. II. Bölüm, § 4, I, B.

⁴⁵⁸ **Zobl**, s.44; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.776-777; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.77.

⁴⁵⁹ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.64.

Bu açıklamalar ışığında garanti sözleşmesinden garanti veren banka lehine doğan hakkın doğumuna engel olan itirazları, hakkı sona erdiren itirazları, ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin itirazları ve garanti ilişkisinden doğan def'ileri aşağıda sırayla inceleyeceğiz. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması ve garanti bedelinin ödenmesinin garantinin amacına aykırı bir şekilde talep edilmesi durumlarını garanti sözleşmesi ve banka garantisinde ileri sürülebilecek def'i ve itirazların taşıdığı özellikler nedeniyle ayrıntılı bir şekilde ele alacağız.

Ş5. BANKANIN GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN SAVUNMA İMKÂN LARI

I-HAKKIN DOĞUMUNA ENGEL OLAN İTİRAZLAR

Garanti veren banka, diğer sözleşmelerde olduğu gibi garanti sözleşmesinde de, sözleşmenin geçersizliğine neden olan tüm durumları itiraz olarak ileri sürebilecektir⁴⁶⁰. Buna göre kararlaştırılan şekle uyulmaması, garanti sözleşmesinin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olması, konunun başlangıçtan itibaren imkânsız olması, irade beyanlarının sıhhatli olmaması ve tarafların temsil yetkisine sahip olmaması hallerinde garanti veren banka, garanti sözleşmesinin geçersizliğini ileri sürebilecektir.

A-Şekle aykırılık

Şekil, bir iradeyi açıklamak üzere kullanılan araca, dış kalıp ve biçime denir. Şekil zorunluluğu ise, hukuki işlemin geçerli olması, sonuçlarını meydana getirmesi için, kanun veya taraflarca öngörülen biçimi ifade eder⁴⁶¹. Türk hukukunda şekil serbestîsi kuralı oluşturmakta, şekil zorunluluğu ise ancak istisnai hallerde kabul

⁴⁶⁰ **Zobl**, s.40; **Avancini /Koziol /Iro**, s.299; **Hoffmann**, s.389.

⁴⁶¹ **Von Tuhr/ Peter**, s.233; **Eren**, s.237; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.65-66.

edilmektedir. Şekil zorunluluğu getiren bu istisnai haller de kanunda açıkça öngörülen hallerdir⁴⁶².

Garanti sözleşmesinin ve banka garanti sözleşmesinin yapılması, kefalet sözleşmesinden farklı olarak herhangi bir kanuni zorunluluk şekline tabi değildir. Zira garanti sözleşmesinin şekil zorunluluğuna tabi olacağına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Taraflar sözleşme serbestisi çerçevesinde diledikleri şekilde garanti sözleşmesini akdedebilirler.

Kanunda herhangi bir şekil zorunluluğu bulunmamasına rağmen taraflar, sözleşme kurulmadan önce bir şekle uymayı kararlaştırmışlarsa(BK. m.16), sözleşmenin bu kararlaştırılan şekilde yapılması gerekir. Bu durumda tarafların, kararlaştırılan bu şekle uymamaları halinde sözleşme şekle aykırılık nedeniyle hüküm doğurmayacaktır. Zira taraflarca önceden kararlaştırılan bu şekil, ispata ilişkin değil, geçerlilik şekline ilişkin bir anlaşma olarak kabul edilir⁴⁶³. Nitekim bankacılık uygulamasında da banka garantilerinin çoğunlukla yazılı şekilde ve özellikle de daha önceden hazırlanan banka garantisi formlarının boş bırakılan yerlerinin doldurulması suretiyle düzenlendiği görülmektedir⁴⁶⁴.

Garanti sözleşmesi ve banka garantilerinde öngörülen garanti bedeli, miktar bakımından oldukça yüksek olduğundan, garantiden doğan alacağın talep edilmesi, ispat hukukuna ilişkin kurallar çerçevesinde senetle ispat zorunluluğuna tabi olacaktır (HUMK. m.288). Ancak ispat şekline ilişkin bu zorunluluk sözleşmenin

⁴⁶² **Eren**, s.240; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.66.

⁴⁶³ Taraflar, yapacakları sözleşmenin, geçerliliğini değil ispatını şekle bağlı tutabilirler. Ancak taraflar, herhangi bir açıklama yapmaksızın aralarındaki sözleşmenin şekle tabi olacağını kararlaştırmışlarsa, bu durumda karine olarak geçerlilik şartını istedikleri sonucunun çıkarılması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, s.241; **Altaş**, s.69.

⁴⁶⁴ **Zobl**, s.36; **Büsser**, s.58. Doktrinde, garantinin uygulamada çoğunlukla yazılı şekilde yapılmasından hareketle, yazılı şeklin kuralı oluşturmaya başladığı ve bu durumun da ticari örf adet kuralı haline geldiğini ve bu nedenle de yazılı şeklin geçerlilik şekli olarak kabul edilmesi gerektiğini savunan bir görüşün varlığından daha önce bahsetmiştik. Bkz. I. Bölüm, § 2, I. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.759. Bu görüşün kabul edilmesi halinde yazılı şekil, sözleşmenin geçerli olarak kurulması için bir zorunlu unsur haline gelecek ve sözleşme yazılı şekilde yapılmadığı takdirde geçersiz olacaktır. Ancak hukukumuzda şekil serbestisi kural, şekil zorunluluğu ise istisnayı oluşturmaktadır. Ayrıca şekil zorunluluğu ancak, kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunması halinde veya tarafların şekle ilişkin bir zorunluluk kabul etmeleri halinde mümkündür. Dolayısıyla ileri sürülen görüş kabul edilemez.

geçerliliği bakımından önem taşımaz, sadece alacağın ifasının mahkemede veya icra dairesinde talep edilmesi halinde alacağın varlığının ispatı bakımından önem taşır⁴⁶⁵.

B-Başlangıçtaki İmkânsızlık

Sözleşmenin yapıldığı anda, borçlanılan edimin objektif bakımdan ve sürekli bir engel nedeniyle yerine getirilmesinin mümkün olmaması durumunda BK. m.20/1 anlamında imkânsızlık bulunmaktadır. Sözleşmenin geçerli olarak meydana gelmesine engel olan imkânsızlıktan söz edebilmek için, edimin başlangıçtan itibaren ve objektif(mutlak) anlamda imkânsız olması gerekir. Edimin objektif bakımdan imkânsız olması, sözleşmenin yapıldığı anda borçlu da dâhil olmak üzere hiç kimse tarafından ifa edilemeyecek nitelikte olmasını ifade eder⁴⁶⁶.

Garanti sözleşmesinde garanti veren banka, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine, belli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi taahhüt etmektedir. Dolayısıyla bankanın borcunu, belirli bir miktar para oluşturmaktadır. Para borcu, bir cins borcunu meydana getirir. Borçlar hukukunda cins borçlarında “cinsin yok olmayacağı” kabul edildiğinden⁴⁶⁷, garanti sözleşmesinin konusunu ve bankanın borcunu oluşturan “para borcu”, BK. m.20 anlamında başlangıçtan itibaren ve objektif bakımdan imkânsız bir edim değildir. Dolayısıyla banka, içeriğinin imkânsızlığı nedeniyle sözleşmenin başlangıçtan itibaren geçersiz olduğunu ileri süremeyecektir⁴⁶⁸.

BK. m.20’de sözleşmenin içeriğinin imkânsızlığının yanısıra sözleşmeyle ulaşılmak istenen amacın imkânsızlığının da düzenlendiği doktrinde kabul edilmektedir⁴⁶⁹. Dolayısıyla tarafların sözleşmede ulaşmayı amaçladıkları hususun

⁴⁶⁵ Eren, s.243-244; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.102.

⁴⁶⁶ Von Tuhr/ Peter, s.262; Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.108 vd.; Guhl/ Merz/ Koller, s.39; Eren, s.295; Oğuzman/ Öz, s.76; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s.404; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.115; Başpınar, Kısmi Butlan, s.111.

⁴⁶⁷ Serozan, İfa Engelleri, s.162-163; Eren, s.1251; Başpınar, Kısmi Butlan, s.122.

⁴⁶⁸ Büsser, s.299.

⁴⁶⁹ Başpınar, Kısmi Butlan, s.112.

imkânsız olması durumunda da BK. m.20 hükmü uyarınca butlan söz konusu olacaktır.

Garanti sözleşmesinin asıl amacı teminat sağlamaktır. Garanti konusu olayının gerçekleşmesi, yani garanti alanın beklediği edim sonucunun edimi garanti edilen tarafından yerine getirilmemesi halinde garanti bedelinin ödeneceği banka tarafından vaat edilmektedir. Garanti ile teminat altına alınan temel ilişkinin borçlusunun ediminin başlangıçtan itibaren imkânsız olması, garantinin teminat amacının da imkânsız olması ve dolayısıyla garanti sözleşmesinin içeriğinin de imkânsız olması sonucunu doğurmaz. Şayet başlangıçtaki imkansızlığın varlığı da teminatın kapsamında ise, temel ilişkinin borçlusunun ediminin başlangıçtan itibaren imkânsız olması, garanti bedelinin her halükarda banka tarafından ödeneceği anlamına gelir. Zira edimi garanti edilenin, temel borç ilişkisinden doğan edimini ifa etmesi başlangıçtaki imkânsızlık nedeniyle mümkün olmayacağından, garantinin konusunu oluşturan olay gerçekleşmiş demektir⁴⁷⁰.

Başlangıçta objektif bakımdan imkânsız olan bir edimin teminat altına alınmasının anlamsız olduğu ve dolayısıyla teminat amacının imkânsız olduğu düşünülebilir. Ancak buradaki değerlendirmeler, temel borç ilişkisinin tarafını oluşturan edimi garanti edilen ve garanti alanın, teminat altına alınan edimin imkânsız olduğu konusunda önceden bilgi sahibi olmadıkları varsayımına dayanmaktadır. Yani garanti alan veya edimi garanti edilen, temel ilişkinin konusunu oluşturan edimin imkânsız olduğu konusunda önceden bilgi sahibi ise, bu ilişkiden doğan bir edimin teminat altına alınması söz konusu olmayacaktır. Temel ilişkinin konusunu oluşturan edimin imkânsız olduğu önceden bilinmesine ve böylece de garanti ile teminat altına alınan olay önceden gerçekleşmiş olmasına rağmen, bu edimin yerine getirileceğine ilişkin taahhüt, garanti sözleşmesi niteliğinde olmayacaktır⁴⁷¹. Sonuç olarak edimi garanti edilen ve garanti alanın, teminat altına alınan edimin imkânsız olduğu konusunda önceden bilgi sahibi olmadıkları bir durumda, teminat altına alınan edimin başlangıçtan itibaren ve objektif bakımdan

⁴⁷⁰ **Kleiner**, Bankgarantie, s.197; **Schönle**, s.60; **Büsser**, s.300.

⁴⁷¹ Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.39.

imkânsız olduğunun sonradan ortaya çıkması, garanti sözleşmesinin geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır⁴⁷².

C-Hukuka ve Ahlaka Aykırılık

Hakkın doğumuna engel olan nedenlerden birini de sözleşmenin konusunun hukuka ve ahlaka aykırı olması oluşturur. İçeriği hukuka ve ahlaka aykırı olan bir sözleşme sakat olduğu için, BK. m.20/1 hükmü gereğince batıldır.

Hukuka aykırılık, Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Genel anlamda hukuka aykırılık, bir sözleşmenin içerdiği hak ve borçların, hukuk düzeninin emredici bir normunu ihlal etmesi, özellikle de sözleşmenin içeriğinin başlıca kamu düzenine, genel ahlaka veya kişilik haklarına aykırı olmasıdır⁴⁷³. Emredici norm, yasak veya emir koyan normdur. İhlal edilen emredici normun, mutlaka kamu hukukuna ait bir norm olması gerekmez. İhlal edilen normun medeni hukuk veya borçlar hukukuna ait emredici bir norm olması da mümkündür. Emredici normlar, kamu menfaati ve düzenini, genel ahlakı, milli güvenliği, kişilerin şahsi varlıkları ile mal varlıklarını koruma amacı güderler. Emredici normlar, yürürlükte bulunan bütün hukuk kurallarının dikkate alınması suretiyle belirlenir. Dolayısıyla bir sözleşmenin içeriğinin hukuka aykırı olup olmadığı, sözleşmenin yapıldığı andaki hukuk düzeninin tamamı göz önünde bulundurularak değerlendirilir⁴⁷⁴.

Ahlaka aykırılık, genel ahlaka, yani bir toplumda belirli bir devrede orta zekâda, dürüst ve mâkul kişilerin düşünce ve telakkilerine aykırı davranışları ifade etmektedir⁴⁷⁵. Ahlaka aykırılık, tarafların sübjektif anlayışına göre değil, sözleşmenin yapıldığı andaki objektif ölçülere göre, hâkim tarafından tespit edilecektir.

⁴⁷² **Büsser**, s.300.

⁴⁷³ **Von Tuhr/ Peter**, s.250; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi I**, s.110; **Eren**, s.286; **Başpınar**, Kısmi Butlan, s.124; **Hatemi**, s.36.

⁴⁷⁴ **Guhl/ Merz/ Koller**, s.40; **Von Tuhr/ Peter**, s.249; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi I**, s.110-111; **Eren**, s.286; **Oğuzman/ Öz**, s.70-71; **Başpınar**, Kısmi Butlan, s.126; **Hatemi**, s.36.

⁴⁷⁵ **Von Tuhr/ Peter**, s.255; **Eren**, s.291; **Oğuzman/Öz**, s.72-73; **Başpınar**, Kısmi Butlan, s.136; **Hatemi**, s.83 vd.

Hukuka ve ahlaka aykırılık, sözleşmelerde, bizzat sözleşmenin yapılmasının hukuka ve ahlaka aykırı olması şeklinde gerçekleşebileceği gibi sözleşmenin içerdiği edimin veya sözleşmenin amacının hukuka ve ahlaka aykırı olması şeklinde de ortaya çıkabilir⁴⁷⁶. Bu ayırımları dikkate alarak garanti sözleşmesi ve banka garantisinde hukuka ve ahlaka aykırılık durumlarını değerlendirebiliriz.

Hukuka ve ahlaka aykırılığın ilk görünümü, bizzat sözleşmenin yapılmasının hukuka ve ahlaka aykırı olmasıdır. Garanti sözleşmesini açıkça yasaklayan veya sınırlandıran emredici bir hukuk normu bulunmamaktadır. Ancak kefalet sözleşmesinde vesayet altındaki küçükler ve mahcurların kanuni temsilcilerinin izniyle dahi kefil olamayacakları ve vasilerinin de onlar adına kefalet sözleşmesi yapamayacakları belirtilmektedir(MK. m.449). Bu yasak MK. m.343/1'deki atıf nedeniyle velayet altındaki küçükler içinde geçerli olmaktadır. Burada getirilen yasağın amacı, teminat verenin korunmasıdır. Dolayısıyla kefalet sözleşmesi bakımından geçerli olan bu hükmün, genellikle miktar olarak daha yüksek rakamları içeren ve teminat veren durumundaki garanti vereni daha büyük yükümlülükler altına sokan garanti sözleşmesinde de öncelikle uygulanması gerektiği söylenebilir. Ancak garanti sözleşmesi için öngörülecek bu tür bir durumun banka garanti sözleşmesi bakımından uygulanması mümkün olmayacaktır. Zira banka garantilerinde garanti veren durumda olan bankadır.

Hukuka ve ahlaka aykırılığın diğer bir görünümü, sözleşmenin içerdiği edimin hukuka ve ahlaka aykırı olmasıdır. Bu tür bir hukuka ve ahlaka aykırılıkta tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları edim, emredici bir normla yasaklanmıştır veya genel ahlak kurallarına aykırılık oluşturmaktadır⁴⁷⁷. Bir para edimine ilişkin sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırılığı, karşı edimin hukuka veya ahlaka aykırı olması halinde söz konusu olabilir. Üçüncü bir kişinin vücut bütünlülüğünün ihlal edilmesi veya mallarının tahrip edilmesi karşılığında para verilmesi bu tür bir duruma örnek olabilir. Ancak banka garantisi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ve konusu da, belirli bir miktar paranın ödenmesini oluşturduğu için, bu tür bir hukuka aykırılık banka garantileri bakımından gündeme

⁴⁷⁶ Eren, s.289-290; Başpınar, Kısmi Butlan, s.127.

⁴⁷⁷ Von Tuhr/ Peter, s.250 vd.; Eren, s.290 ve s.293; Başpınar, Kısmi Butlan, s.130 ve s.140.

gelmeyecektir. Bunun dışında para edimini konu alan garanti sözleşmesi bakımından bankanın, dövizle ödeme yapması, bankanın taahhüdünün tabi olduğu hukuk düzeni tarafından yasaklanmışsa, bu durumda da banka, yasaklanma hususunu garanti alana karşı ileri sürebilecektir⁴⁷⁸.

Hukuka ve ahlaka aykırılığın bir başka görünümü ise, sözleşmenin amacının hukuka ve ahlaka aykırı olmasıdır. Kamu düzeninin yasakladığı bir amacı gerçekleştirmek ve hukuka aykırı bir sonuç elde etmek için yapılan bir sözleşme hukuka aykırı olacaktır. Hukuka ve ahlaka aykırı amacı, taraflardan sadece birinin bilmesi ve istemesi yetmez, her iki tarafça istenmesi ve sözleşmenin bu amaçla yapılması gerekir⁴⁷⁹. Sözleşmenin amacının hukuka ve ahlaka aykırı olması garanti sözleşmesi ve banka garantileri bakımından da söz konusu olabilir. Garanti alan ve garanti verenin hukuka ve ahlaka aykırı amacı gerçekleştirmek için yaptıkları garanti sözleşmesi, amacın hukuka ve ahlaka aykırı olmasından dolayı batıl olacaktır(BK. m.20). Örneğin uyuşturucu, silah ve insan ticaretinden doğacak bir edimin veya bunlar karşısında ödenecek bir bedelin teminat altına alınması durumunda, garanti sözleşmesi, hukuka aykırı amacından dolayı batıl olacaktır⁴⁸⁰.

D-İrade Sakatlıkları

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi garanti sözleşmesinin geçerli olmasının şartlarından birini de garanti verenin iradesinin, iradeyi sakatlayan sebeplerden biri ile sakatlanmamış olması oluşturur⁴⁸¹. Zira garanti veren, garanti sözleşmesi yapma konusundaki iradesinin hata, hile ve ikrah sebeplerinden biri ile sakatlanmış olması halinde, hata ve hilede durumu kesin olarak öğrenmesinden itibaren, ikrah da ise korkutmanın ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde garanti sözleşmesini iptal edebilecektir⁴⁸².

⁴⁷⁸ Lohmann, s.117-118; Spain, s.133.

⁴⁷⁹ Eren, s.290 ve s.294; Von Tuhr/ Peter, s.257-258; Başpınar, Kısmi Butlan, s.133 vd.

⁴⁸⁰ Büsser, s.318.

⁴⁸¹ Arkan, Teminat Mektubu, s.71.

⁴⁸² Eren, s.373.

Garanti sözleşmesi, niteliği itibariyle tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğu ve garanti alan herhangi bir yükümlülük altına girmediği için, garanti alanın hataya düşmesi veya hile ve ikraha maruz kalması pratik bakımdan önem taşımayacak, borçlu durumundaki garanti verenin iradesinin sakatlanması önem taşıyacaktır. Dolayısıyla aşağıda garanti verenin iradesinin sakatlandığı durumlar incelenecektir.

1-Hata

Hata, kanunda tanımlanmamıştır. Doktrinde hata, geniş ve dar anlamda hata olmak üzere ikili bir ayırımla incelenmektedir. Dar anlamda hata, bir durum veya olay hakkında bilinçli olmayan yanlış ve eksik tasavvur şeklinde tanımlanmaktadır. Burada hataya düşenin tasavvur ettiği şey, gerçek duruma uymamaktadır⁴⁸³. Geniş anlamda hata, dar anlamda hatanın yanısıra bir olay veya durum hakkındaki bilgisizliği de içermektedir. Bilgisizlik ve dar anlamda hata, hukuken bir tutulmakta ve ikisi birlikte geniş anlamda hatayı oluşturmaktadır⁴⁸⁴. BK. m.23 vd. hükümlerinde düzenlenen hata kavramı, bilgisizliği de içine alan geniş anlamdaki hatadır⁴⁸⁵.

BK. m.23'de "Akit yapılırken esaslı bir hataya duçar olan taraf, o akit ile ilzam olunamaz" hükmü öngörülmüştür. Bu hüküm uyarınca sözleşmenin kurulması esnasında esaslı bir hataya düşen garanti veren, sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Sözleşmenin taraflarından birinin hangi şartlar altında esaslı hataya düşeceğinin kabul edileceği Borçlar Kanunu'nda belirtilmemiştir. Bunun yerine BK. m.24'de dört bent halinde esaslı hata halleri sayılmıştır. Buna göre BK. m.24/1'de ilk üç bentte esaslı beyan hataları sayılmıştır. Ancak burada sayılan esaslı beyan hataları, sınırlandırıcı nitelikte olmayıp, örnek niteliği taşımaktadır. Bu nedenle benzer nitelikteki durumlar da esaslı beyan hatası kabul edilebilecektir⁴⁸⁶. BK. m.24/1-

⁴⁸³ Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.140; Kocayusufpaşaoğlu, s.30; Eren, s.340; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.427; Oğuzman/Öz, s.80.

⁴⁸⁴ Gauch/ Schlupe/ Jäggi I, s.140; Kocayusufpaşaoğlu, s.30-31; Eren, s.340-341.

⁴⁸⁵ Eren, s.341.

⁴⁸⁶ Eren, s.345.

b.4'de ise esaslı saik hatası düzenlenmiştir. Adi saik hatasının esaslı hata kabul edilmediği kanunda(BK. m.24/2) belirtilmesine rağmen esaslı saik hatası sözleşmenin iptaline imkân veren bir temel hatası olarak düzenlenmiştir.

Esaslı beyan hatalarından ilkinin, sözleşmenin niteliğinde hata oluşturmaktadır (BK. m.24/1-b.1). Burada hataya düşen taraf, iradesine uygun bir sözleşme yapmak istemekte, ancak yanlışlıkla başka bir sözleşme tipi için iradesini beyan etmektedir. Burada, görünüşte kurulan sözleşme tipi ile kurulmak istenen sözleşme tipi hukuki nitelik ve içerik itibarıyla birbirinden farklıdır⁴⁸⁷.

Garanti sözleşmesinde teminat veren banka, gerçekte bir kefalet sözleşmesi yapmak istemesine rağmen, yanlışlıkla kefalet sözleşmesine ilişkin formu doldurup teminat alana verirse sözleşmenin niteliğinde bir hata söz konusu olacaktır. Bunun gibi, teminat veren banka, edimi garanti edilen tarafından kendisine verilen vekâlet çerçevesinde, gerçekte kefalet sözleşmesi yapmak istemesine rağmen ve gerçekte de bir kefalet sözleşmesi kurulmasına rağmen, dürüstlük kuralına göre garanti alan, bu sözleşmeyi garanti sözleşmesi olarak nitelendirmekte haklı ise, bu durumda da teminat veren, sözleşmenin niteliğinde hataya düşmüş olur⁴⁸⁸. Ayrıca sözleşme yapma iradesi bulunmayan ve sözleşme yapmak istemeyen garanti verenin, yanlışlıkla ve istemeden irade beyanında bulunarak taahhüt altına girmesi halinde de bu tür bir hata durumu bulunmaktadır⁴⁸⁹.

Esaslı beyan hatalarından ikincisini, sözleşmenin konusunda ve sözleşme yapacağı şahsın kimliğinde hata oluşturmaktadır (BK. m.24/1-b.2). Garanti veren banka, garanti vaadinde bulunduğu edimden başka bir edim için teminat vermek istiyordu ise veya garanti vaadinde bulunmak istediği kişi ile aynı isimdeki bir başka kişiyi karıştırarak garanti vaadinde bulunmuş ise bu tür bir hata ortaya çıkacaktır⁴⁹⁰.

⁴⁸⁷ **Von Tuhr/ Peter**, s.303; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s.433; **Eren**, s.346; **Oğuzman/Öz**, s.80; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.96-97.

⁴⁸⁸ **Büsser**, s.320.

⁴⁸⁹ Bu tür hata durumu ve örneği için bkz. **Von Tuhr/ Peter**, s.303; **Eren**, s.346.

⁴⁹⁰ **Dohm**, s.109; **Büsser**, s.320.

Esaslı beyan hatalarından üçüncüsünü ise, sözleşmenin konusu edimin miktarında hata oluşturmaktadır (BK. m.24/1-b.3). Garanti bedeli banka tarafından yazılırken, bir rakam fazla yazılmak suretiyle miktar, hatalı bir şekilde yazılmışsa, bu durumda miktarda hata söz konusu olacaktır⁴⁹¹.

Beyan hatasının bulunduğu durumlarda hataya düşen kişi, gerçek iradesinden farklı şekilde bir beyanda bulunmaktadır. Garanti veren bankanın hataya düşüp düşmediğinin araştırılmasında ve bankanın gerçek iradesinin belirlenmesinde karşılık ilişkisi ve temel ilişkiden yararlanılabilir. Garanti veren bankanın gerçek iradesinin belirlenmesinde ilk olarak, edimi garanti edilen ile arasındaki ilişkiye(karşılık ilişkisi) bakılabilir. Zira bu ilişkide edimi garanti edilen, bankaya garanti alanla bir garanti sözleşmesi yapması konusunda vekâlet vermekle yetinmez, aynı zamanda hangi şartlarla ve hangi edim için ne kadar miktarda teminat vermesi gerektiği konusunda da bankaya talimat verir. Bazen de yapılacak garanti sözleşmesinin bir nüshası da edimi garanti edilen tarafından bu vekâlete eklenebilmektedir. Böylece edimi garanti edilen ile olan ilişkisinden bankanın, garanti alanla yapacağı garanti sözleşmesine ilişkin gerçek iradesini az veya çok belirlemek mümkün olacaktır. Çünkü vekil durumundaki banka, komisyon ve diğer ücretlere hak kazanmak ve garanti bedelini ödemesi durumunda garanti alana rücu imkânı elde edebilmek için, vekâletini gereği gibi ifa etmeli ve edimi garanti edilen tarafından belirlenen şartlara uygun bir sözleşme yapmalıdır. Bunun yanısıra garanti veren bankanın gerçek iradesinin belirlenmesinde ve hataya düşüp düşmediğinin tespitinde ikinci olarak edimi garanti edilenin, garanti alanla olan ilişkisine(temel ilişki) bakılabilir. Temel borç ilişkisinin tarafları arasında yapılan teminat sağlanmasına ilişkin anlaşmada taraflar, teminatın niteliği, miktarı ve özellikleri konusunda belirli noktaları tespit etmiş olabilirler. Edimi garanti edilen, garanti alanın talep ettiği çerçevede bir teminat sağlamakla yükümlü olduğuna göre, garanti verecek olan bankanın iradesi bir bakıma garantinin sağlanmasına ilişkin bu anlaşmada belirlenmektedir⁴⁹².

Edimi garanti edilen ile garanti veren arasındaki ilişkinin ve yine edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki ilişkinin dikkate alınması suretiyle garanti

⁴⁹¹ Schönle, s.59; Dohm, s.109.

⁴⁹² Büsser, s.321.

verenin gerçek iradesinin belirlendiği ölçüde, verilen garanti taahhüdü bakımından garanti verenin bir hataya düşüp düşmediğinin tespiti mümkün olacaktır. Verilen garanti taahhüdündeki beyan, garanti verenin gerçek iradesine ve bu arada da edimi garanti edilenin talimatlarına aykırılık oluşturuyorsa, bu durumda öncelikle garanti alan ile garanti verenin iradelerinin uyuşup uyuşmadığına bakılmalıdır. Garanti alanın iradesi de, hataya düşüldüğü şekliyle sözleşmenin yapılması yönündeysen, yani garanti alan ve garanti veren sözleşme yapılırken birbirlerinin gerçek iradelerini fiilen doğru olarak anlamışlarsa ve dolayısıyla garanti verenin, beyanına verdiği anlam ile garanti alanın kendisine ulaşan bu beyana verdiği anlam birbirinin aynı ise tarafların iradeleri arasında fiili bir uygunluğun bulunduğu kabul edilir. Buradaki uygunluk beyanlar bakımından değil, tarafların gerçek iradeleri bakımından söz konusudur. Zira BK. m.18/1'de de bu uygunluğa öncelik tanınmaktadır⁴⁹³. Tarafların iradeleri arasında bu tür bir uygunluğun bulunması halinde, hata olayı gerçekleşmemiş olacağından ve sözleşme, tarafların gerçek iradeleri üzerinden kurulacağından, garanti veren bankanın, kurulmuş olan sözleşmeyi hata kurallarına dayanarak iptal etmesi mümkün olmayacaktır. Buna karşılık garanti beyanı, garanti verenin gerçek iradesine uygun olmakla birlikte garanti alan bu beyanı farklı şekilde, yani edimi garanti edilen ile arasındaki temel ilişkide bulunan garantinin sağlanmasına ilişkin anlaşmaya uygun bir şekilde anlıyorsa, garanti veren ile garanti alanın iradeleri arasında fiili bir uygunluğun bulunmadığı kabul edilecektir. Bu durumda güven teorisi veya farazi meram teorisine göre yorum yoluyla hukuki(normatif) bir uygunluğun varlığı aranacaktır. Buna göre garanti veren bankanın beyanı, garanti alanın dürüstlük kuralı çerçevesinde bildiği veya bilmesi gereken şart ve durumları da göz önünde tutarak anlama imkânına sahip olduğu veya anlaması gerektiği şekliyle yorumlanır. Bu yorum sonucunda garanti veren ile garanti alanın beyanlarının anlamı birbirine uygun olduğu takdirde, tarafların irade beyanları arasında hukuki bir uygunluğun bulunduğu sonucuna varılacaktır.

Garanti veren ile garanti alanın iradeleri güven prensibine göre yorumlanması sonucunda iki irade arasında fiili bir uygunluk bulunmadığı gibi hukuki bir uygunluk da bulunmuyorsa, tarafların irade beyanlarının içerik itibariyle birbirine uygun

⁴⁹³ Eren, s.206.

olmadığı, yani uyuşmazlığın bulunduğu kabul edilir. Eğer uyuşmazlık, sözleşmenin asli noktalarında ortaya çıkarsa sözleşmenin meydana gelmediği kabul edilmelidir⁴⁹⁴. Garanti sözleşmesinin güven prensibine göre yorumlanmasında öncelikle garanti metninde kullanılan kelime ve deyimler asli yorum aracı olarak dikkate alınmalıdır. Daha sonra da tamamlayıcı yorum aracı olarak garantinin amacının tespiti için temel ilişkideki teminat altına alınacak edime ilişkin sözleşme dikkate alınabilir⁴⁹⁵.

Sözleşmenin yalnız saiklerine ilişkin hata, esaslı hata olarak kabul edilmemektedir(BK. m.24/2). Saik hatası, işlem iradesinin oluşumundaki hatadır. Saik hatasında, hata edenin belirli bir kimseyle belirli içerikte sözleşme yapma konusundaki iradesi, gerçeklere uymayan, yanlış tasavvurlar sonucunda sakat bir şekilde oluşmaktadır⁴⁹⁶. Burada kişinin oluşan iradesinin beyanında değil, sözleşme yapma iradesinin oluşumu aşamasında sakatlanma söz konusudur. İradenin oluşumunda meydana gelen sakatlığa, sözleşme yapma konusundaki saikler neden olmaktadır. Saik, bir kişiyi belirli bir içerikte sözleşme yapmaya sevk eden bir olay ve durum hakkındaki düşünce ve tasavvurlardır. Bu saiklerin, yani düşünce ve tasavvurların gerçek duruma uymaması halinde beyan sahibinin sözleşme iradesi sakat bir şekilde oluşmaktadır⁴⁹⁷. BK. m.24/2 hükmüne göre saik hatası esaslı hata olmadığından sözleşmenin geçerliliğine etki etmeyecektir. Karşı taraf bunu bilse bile sonuç değişmeyecektir⁴⁹⁸. Ancak saik hatası, objektif ve sübjektif unsurlarla birleşmesi sonucunda nitelikli saik hatası halini almışsa, o zaman saik hatası, temel hatası(BK. m.24/1-b.4) niteliği kazanır⁴⁹⁹. Saik hatasının temel hatası olarak kabul edilmesi için gerekli sübjektif unsur, hata edenin yanlış olarak kabul ettiği olay ve durumları, sözleşmenin zorunlu temeli saymış olmasıdır. Yani hata eden, hata ettiği

⁴⁹⁴ Uyuşmazlık ve çeşitleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bucher**, s.143 vd.; **Von Tuhr/ Peter**, s.189 vd.; **Eren**, s.215 vd.

⁴⁹⁵ **Büsser**, s.323. Zira bir sözleşmenin amacı, aynen kanun ve kanun maddesinin amacı gibi, gözden uzak tutulmamalıdır. Şartlar haklı gösterdiği ölçüde, sözleşmenin amacına, beyandaki açık ifadelere rağmen üstünlük tanınması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, s.428.

⁴⁹⁶ **Von Tuhr/ Peter**, s.308; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.141; **Oğuzman/ Öz**, s.85-86; **Eren**, s.342; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.428 vd.

⁴⁹⁷ **Eren**, s.342.

⁴⁹⁸ **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.141; **Eren**, s.343.

⁴⁹⁹ Bkz. **Von Tuhr/ Peter**, s.308; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.142; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.429 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s.85 vd.; **Eren**, s.348-350.

hususları bilmiş olsaydı sözleşmeyi hiç yapmayacak ya da bu şekliyle yapmayacak idiye sübjektif unsur gerçekleşmiş olur. Objektif unsur ise, belirli bir unsur veya olay hakkındaki yanlış tasavvurun, objektif iyiniyet kurallarına göre makul ve dürüst düşünenler yönünden de sözleşmenin zorunlu ve temel şartını oluşturmasıdır.

Garanti sözleşmesinde, garanti vereni sözleşme yapmaya sevk eden birçok saik vardır. Garanti veren bu saiklerde da hataya düşebilir. Temel ilişkinin borçlusu durumundaki edimi garanti edilenin sözleşme konusu edimi yerine getireceği konusunda, garanti verenin garanti bedelini ödemesi halinde edimi garanti edilene rücu ettiğinde ödediği garanti bedelini ve diğer sair masrafları alabileceği konusunda, teminat altına alınan edime ilişkin başka ilave teminatların da bulunduğu konusunda, teminat altına alınan edime yönelik bir alacağın gerçekten bulunduğu konusunda, karşılık ilişkisinin bulunduğu veya edimi garanti edilenin rücu borçlusu olduğu konusunda garanti veren, saik hatasına düşebilir⁵⁰⁰. Bu tür saik hataları bakımından sübjektif unsur gerçekleşmiş olsa da, objektif unsur gerçekleşmemiş olacağından, bu tür saik hataları, BK. m.24/1-b.4 düzenlenen temel hatası olarak değil, adi saik hatası(BK. m.24/2) olarak değerlendirilmelidir. Bu tür olaylarda, garanti veren, belirtilen hususlar olmasaydı sözleşme yapmayacağını ileri sürse de, bu tür olaylar, dürüstlük ve ticari doğruluk kurallarına göre makul ve dürüst düşünen kişiler yönünden de sözleşmenin zorunlu ve temel şartı olarak görülemeyecektir. Zira garanti vermekle bağımsız bir yükümlülük altına giren garanti veren banka, bu tür durumların varlığını hesaba katmalıdır⁵⁰¹.

Yukarıda örnek kabilinden saydığımız durumlar garanti veren bankanın, garanti alan tarafından(BK. m.28/1) veya edimi garanti edilen tarafından(BK. m.28/2-3) hileye maruz bırakılması şeklinde gerçekleşirse garanti veren, hile sebebine dayanarak sözleşmenin iptalini isteyebilecektir⁵⁰².

⁵⁰⁰ Schönle, s.58-59; Dohm, s.108-109.

⁵⁰¹ Dohm, s.109; Büsser, s.328-329.

⁵⁰² Dohm, s.109.

2-Hile

İrade sakatlığı nedenlerinden birini de hile oluşturmaktadır. Hile, bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle de sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda kasten hatalı bir kanaat uyandırmaya veya gerçekte mevcut olan hatalı bir kanaati koruma ve sürdürmedir⁵⁰³. Hilede sözleşmenin taraflarından biri, diğer tarafı kasıtlı aldatmak suretiyle bir sözleşme yapmaya sevk etmektedir. Gerçekte hileye uğrayan kişi, aldatma fiilinden dolayı hataya düşerek sözleşmeyi yapmaktadır. Burada bir saik hatası vardır. Ancak bu saik hatasının, sözleşmenin iptali sonucunu doğurması için esaslı hata olması gerekli değildir, adi saik hatası da yeterli olacaktır. Sonuçta hileye uğrayan kişi sözleşme ile bağlı olmayacaktır(BK. m.28/1).

Diğer sözleşmelerde olduğu gibi garanti sözleşmesinde de sözleşmenin bir tarafını oluşturan garanti alanın, sözleşme yapması ve kendisine teminat vermesi amacıyla garanti vereni kasıtlı bir şekilde aldatarak hataya düşürmesi halinde, düşülen bu hata, esaslı bir hata olmasa da garanti veren, sözleşmeyle bağlı olmayacaktır⁵⁰⁴. Garanti verenin, garanti alan tarafından kasıtlı bir şekilde aldatılması, doğrudan garanti sözleşmesinde olabileceği gibi edimi garanti edilenin hileye maruz bırakılması üzerinden dolaylı bir şekilde de gerçekleştirilebilir⁵⁰⁵.

Hile, üçüncü bir kişi tarafından da yapılabilir. Üçüncü kişinin hilesi kural olarak sözleşmenin geçerliliğine etki etmez ve hileye uğrayan kişi, sözleşmeyle bağlı kalmaya devam eder. Ancak sözleşmenin diğer tarafı, sözleşmenin yapıldığı sırada üçüncü kişinin hilesini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, hileye uğrayan kişi sözleşmeyi iptal edebilir(BK. m.28/2).

Garanti sözleşmesi ve banka garantisinde de üçüncü kişinin hilesi ile karşılaşılabilir. Bu durum özellikle garanti sözleşmesi bakımından üçüncü kişi durumunda olan edimi garanti edilen tarafından gerçekleştirilebilir. Bankayı, garanti alanla bir garanti sözleşmesi yapmaya sevk etmek için edimi garanti edilen, kendi

⁵⁰³ **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.158; **Von Tuhr/ Peter**, s.320; **Eren**, s.358; **Oğuzman/ Öz**, s.93; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.444 vd.; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.101.

⁵⁰⁴ **Schönle**, s.59; **Kleiner**, Bankgarantie, s.200; **Dohm**, s.109; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.71; **Kahyaoğlu**, s.77.

⁵⁰⁵ **Kleiner**, Bankgarantie, s.200; **Büsser**, s.329.

malvarlığı durumu hakkında, garanti bedelinin ödenmesi halinde rücu konusunun güvencede olduğu hakkında veya garanti ile teminat altına alınan edime ilişkin diğer başka teminatların da bulunduğu konusunda bankayı, hileye maruz bırakabilir. Şayet edimi garanti edilenin bu tür hileli davranışlarından garanti alanın da bilgisi var veya olması gerekiyorsa bu durumda garanti veren banka, sözleşmeyi iptal edebilecektir⁵⁰⁶.

3-İkrah

İkrah, bir kimsenin, diğer tarafı sözleşme yapmaya sevk etmek amacıyla bilerek korku yaratması veya var olan bir korkudan yararlanmasıdır⁵⁰⁷. İkrahta bulunan, sözleşmenin diğer tarafına, bir hukuki işlemi yapmaması durumunda kendisinin veya yakınlarından birinin bir zarara uğrayacağını bildirmektedir⁵⁰⁸. Ancak bu korkutma fiilinin hukuka aykırı olması, yani hukuk düzeninin izin vermediği bir davranış olması gerekir. İkrahta bulunan kişi, sözleşmenin diğer tarafı olabileceği gibi üçüncü bir kişi de olabilir. Hileden farklı olarak üçüncü kişinin ikrahında, karşı tarafın üçüncü kişinin ikrahından haberdar olmasına gerek yoktur⁵⁰⁹.

Garanti veren, garanti sözleşmesini bu tür bir korku ve tehdit altında yapması durumunda, sözleşme ile bağlı olmayacaktır. Garanti veren, korkutma fiilinin ortadan kalkmasından itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi iptal edebilecektir(BK. m.31/1). Korku ve tehdidin devam ettiği zamanda garanti alanın ödeme talebinde bulunması

⁵⁰⁶ **Büsser**, s.329-330; **Dohm**, s.109; **Schönle**, s.59; **Kleiner**, Bankgarantie, s.200.

⁵⁰⁷ **Von Tuhr/ Peter**, s.325; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.161-162; **Eren**, s.363; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.449 vd; **Oğuzman/ Öz**, s.97; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.103.

⁵⁰⁸ Bu zarar vermeye yönelik tehlike, hayat, sağlık, vücut bütünlüğü, şeref namus gibi kişilik haklarına yönelik veya malvarlığı değerlerine yönelik olabilir. BK. m.30/1'de sayılan haller örnek niteliğinde olup tüketici değildir. Yani, kişilerin özgürlüklerini veya özel hayatın gizliliğini olumsuz yönde etkileyecek davranışlar da burada BK. m.30/1 anlamında ikrahın kapsamına girer. Bkz. **Gauch/ Schlupe/ Jäggi I**, s.162; **Von Tuhr/ Peter**, s.326; **Eren**, s.364.

⁵⁰⁹ Sözleşmenin karşı tarafı, üçüncü kişinin ikrahından haberdar değilse ve korkutulan taraf da ikrah nedeniyle sözleşmeyi iptal etmiş ve bu iptal işlemi nedeniyle zarara uğramışsa, bu durumda korkutulan, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda karşı tarafa tazminat ödemek zorunda kalacaktır(BK. m.29/2).

durumunda garanti veren, gerekli savunmayı yaparak garanti bedelini ödemekten kaçınmalıdır⁵¹⁰.

E-Temsil Yetkisinin Bulunmaması

Bankalar tüzel kişiliğe haiz kurumlardır. Tüzel kişiliğin iradesi, organları aracılığıyla açıklanır. Bankanın hukuki işlemleri ve borç altına girmesi de organları aracılığıyla gerçekleştirilir(MK. m.50/1-2). Banka garanti sözleşmesi de, bankayı borç altına sokan işlemlerden biri olduğundan, bu sözleşmenin, bankayı temsile yetkili kişilerce yapılması gerekir⁵¹¹.

Garantinin, bankayı temsile yetkili olmayan kişiler tarafından düzenlenmesi halinde bankanın, garanti alanla bir sözleşme ilişkisine girme iradesi bulunmayacağından, garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır⁵¹². Dolayısıyla temsil yetkisi bulunmayanlarca hazırlanmış bir garantinin ödenmesi talebinde bulunulması durumunda banka savunmada bulunarak ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

Garantiyi düzenleyen kişilerin temsil yetkisi bulunmakla beraber, temsil yetkisinin aşılması suretiyle yüksek miktarda bir garantinin hazırlanması durumunda da banka, bu durumu savunma olarak ileri sürebilecek ve ödeme yapmaktan kaçınabilecektir(BK. m.38). Buna karşılık Bankacılık kanununda belirlenen kredi sınırları aşılmak suretiyle bir garantinin verildiği durumlarda, banka, bunları iyiniyetli garanti alana karşı ileri süremeyecektir⁵¹³. Zira bu tür bir durumda geçerli bir garanti var olup, bankanın kendi iç işleyişine ait düzenlemelere aykırılık söz konusudur. Diğer şartların da gerçekleşmesi halinde garanti verenin ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Benzer şekilde banka görevlilerinin gerekli kayıtları

⁵¹⁰ **Büsser**, s.331; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.71.

⁵¹¹ **Büsser**, s.331-332.

⁵¹² **Zobl**, s.40; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.291; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.71; **Kahyaoğlu**, s.77.

⁵¹³ **Arkan**, Teminat Mektubu, s.71; **Kahyaoğlu**, s.77.

yapmadan ve gerekli teminatları veya kontrgarantiyi almadan garanti düzenlemeleri de, garantinin geçerliliğini etkilemez⁵¹⁴.

5411 Sayılı Bankacılık Kanunu m.48'e göre bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütlerin Bankacılık Kanunu uygulamasında kredi sayılacağı ifade edilmiştir. Aynı kanununun 54.maddesinde ise, kredi sınırlamaları belirlenmiştir. Dolayısıyla bankalar, kanunda belirlenen sınırlar dâhilinde kredi açabilir ve dolayısıyla da garanti verebilirler. Ancak bu düzenlemeler bankanın iç işleyişine ilişkindir. Belirlenen sınırların aşılması suretiyle garanti düzenlenmesi

⁵¹⁴ Yargıtay kararına konu olan bir olayda banka, davalı şirket lehine düzenlenen garantinin, kayıt dışı ve sahte olarak düzenlendiğini, hiçbir teminatı olmayan garantinin her an tazmininin gerçekleşebileceğini belirterek bedelinin nakdi teminat olarak depo edilmek üzere ve yargılama sırasında tazmin edildiğinde tazmin tarihinden itibaren % 75 faiziyle birlikte tahsilini talep etmiştir. Talep üzerine ilk derece mahkemesi, şu şekilde karar vermiştir; "...teminat mektubunun bankanın yetkili memurları tarafından kayıt dışı verilmesinin bankanın iç ilişkisi olduğu, davacının depo isteme hakkının ancak bir sözleşme veya mektup bedelini ödemesi halinde söz konusu olabileceği, oysa bir sözleşme bulunmadığı gibi henüz süresi dolmamış mektup bedelinin muhataba ödenmediğini, riskin muhtemel oluşunun depo etme hakkı bahsetmeyeceği gerekçesiyle henüz koşulları oluşmayan davanın reddine..". Kararın bankaca temyizi üzerine Yargıtay, şu gerekçelerle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. "...Dava dosyası içindeki bilgi ve belgelerden davalı şirket yetkililerinin istemi üzerine davacı bankanın Beşiktaş Şubesi yetkililerince, davalı şirketten istenmesi gereken kontrgaranti alınmasının ve görevlerini kötüye kullanarak banka kayıtlarına dahi intikal ettirilmeden dava dışı Çukobirlik Kooperatif Birliğine hitaben ve davalı lehine bu kooperatiftan alacağı emtianın satış bedelinin garantisi olarak 4.9.1986 günü 800.000.000 liralık teminat mektubunun davalı şirkete tevdi edildiği ve onun tarafından da söz konusu mektubun alınan mal bedeli karşılığı dava dışı kooperatife verildiği, diğer bir anlatımla, davalı şirketin usulsüz bir şekilde temin edilen bu mektubu kullandığı ve bundan yarar sağladığı anlaşılmaktadır. Öte yandan, yine dosya içindeki gerek bilirkişi raporu, gerek ceza mahkemesi kararından bu ve buna benzer mektupların davalı şirketin bilgisi altında ve bankacılık teamüllerine göre verilmesi gereken kontrgaranti veya garanti taahhüt belgesi düzenlenmeden suç teşkil eden bir eyleme dayanılarak temin edildiği hususu da hiçbir duraksamaya meydan vermeyecek şekilde sabit bulunmaktadır. Davacı bankanın işleme konulmuş olan bu teminat mektubu bedelinden iyiniyetli 3. kişilere karşı sorumluluğu bulunduğuna göre, teminat mektubunu yukarıda anlatılan şekilde temin eden ve kullanarak bundan yarar sağlayan davalı şirketten bir kontrgaranti istemesinin de evleviyetle doğal hukuki bir talep olarak kabul edilmesi gerekir. Nitekim benzer bir hukuki müessese olan kefalet ilişkisinde asıl borçlunun mütemerrit olması halinde kefilin borçludan teminat verilmesini talep edebileceği BK. 503. maddesinde açık bir şekilde kabul edilmiş bulunmaktadır. Esasen böyle bir düzenleme olmasa dahi MK. 2. maddesinde yer almış bulunan "herkes borçlarını hüsnüniyet kaidelerine göre ifa ile mükelleftir" genel hukuk prensibi uyarınca da davalının teminat vermesinin gerektiği kabul edilmelidir. Zira teminat mektuplarına ilişkin bankacılık uygulamasında artık bir teamül haline gelmiş bulunan teminat verme koşulu, bir tacir olan ve bankalarla ilişkisi bulunan davalı şirket tarafından da bilinmesi gerekir. O halde, teminat mektubunun ele geçirilişindeki özellik ve bankacılık teamülü dikkate alınarak davacı bankanın bir nevi teminat olan teminat mektup bedelinin depo edilmesi yönündeki istemi haklı görülerek davanın bu yönden kabulü gerekirken, yukarıda değinilen hususlar dikkate alınmadan ve arada depo istemi koşulunu içeren bir sözleşme bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilmesi yerinde görülmediğinden..". Dikkat edilirse bu karında Yargıtay, garanti sözleşmesinin geçerli banka görevlilerinin çeşitli ihmalleri ile düzenlenmesine rağmen garantinin geçerli olduğuna karar vermektedir. Yarg. 11 HD. 21.03.1989 T. ve E. 1989/223, K.1989/1841 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

halinde, düzenlenen bu garantinin geçersiz olduğuna ilişkin iddia, iyi niyetli garanti alana karşı ileri sürülemeyecektir⁵¹⁵. Nitekim konuya ilişkin bir kararında Yargıtay, kanunda getirilen sınırlamaların bankanın iç işleyişi ile ilgili olduğunu ve bu durumun iyi niyetli garanti alana karşı ileri sürülemeyeceği sonucuna varmıştır⁵¹⁶.

II-HAKKI SONA ERDİREN İTİRAZLAR

Doktrindeki ayırıma uygun olarak “hakkın doğumuna engel olan itirazlar”dan sonra “hakkı sona erdiren itirazlar”ı inceleyeceğiz. Aşağıda hakkı sona erdiren itirazlardan garanti sözleşmesi ve banka garantileri bakımından özellik arz eden durumları değerlendireceğiz. Bunlar garanti verenin, borcunu ifa etmesi nedeniyle garanti yükümlülüğünün sona ermesi, ibra sözleşmesi yapılması, borcun sonraki imkânsızlık ve takas nedeniyle sona ermesi halleridir. Garanti alanın, borcu sona erdiren nedenlerden birinin gerçekleşmesine rağmen ödeme talebinde bulunması halinde garanti veren, gerçekleşen sona erme nedenini itiraz olarak ileri sürerek ödeme talebine karşı durabilecektir.

⁵¹⁵ **Arkan**, Teminat Mektubu, s.71-72; **Kahyaoğlu**, s.77.

⁵¹⁶ Söz konusu kararda Yargıtay, şu şekilde hüküm vermiştir; “...Gerçekten de gerek 7129 sayılı Bankalar Kanununun., gerekse 31.8.1979 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmış bulunan 28 sayılı kanun hükmünde kararnamenin 38. maddesinin birinci fıkralarında, bankaların verebilecekleri teminat mektuplarının limiti, fiilen tahsis edilmiş sermayesi ile ihtiyat akçelerinin yekûnunun %10'u ile sınırlandırılmış bulunmaktadır. Ne var ki anılan bu hükümler birer güvence kurumu olan bankaların yasaların himayesinde halktan topladıkları mevduatı, kendi ticari teşebbüslerinde kullanmalarını ve bankaların bu gibi teşebbüslerin özel finansman kaynağı gibi hareket etmelerini önleme amacına yönelik olarak konulmuş bulunmaktadır. Bunun dışında bankalarca iç ilişkileriyle ilişkili olarak kredi limitlerinin üzerine çıkılarak verdikleri teminat mektuplarında, kredi işlemleri ile ilgili bulunmayan ve iyi niyetli durumda bulunan üçüncü kişilere karşı teminat mektuplarının güvencesi altında mektup lehdarına(edimi garanti edilen) karşı ifa ettikleri yükümlülüklerini güvencesiz bir duruma düşürülmesi sonucunu doğuracak şekilde, bu teminat mektuplarının geçersiz olduğunu ileri sürmelerinin kabulü objektif iyi niyet kuralları bakımından mümkün değildir. Aksi düşüncenin kabulü halinde batıl olduğu ileri sürülen bu işlemler nedeniyle banka alacağını sağlamlaştıran kefaletler ve rehinler hükümsüz kalacak, teminat mektuplarının veya açılan kredilere göre istenilen paraların ödenmemesi halkın ve ticari işletmelerin bankalara olan genel güvenini sarsacak, banka işlemlerinde hem bankalar hem de mevduat sahipleri büyük zararlar görecektir..”. Yarg. 11 HD. 11.10.1983 T. ve E. 1983/3351, K.1983/4207 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

A-İfa

İfa, diğer tüm borç ilişkilerinde olduğu gibi garanti sözleşmesi ve banka garantisi bakımından borcu sona erdiren nedenlerden birini oluşturmaktadır. Kanuni bir tanımı bulunmayan ifa, doktrinde, borçlanılan edimin, tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesi, alacaklının tatmin edilmesi suretiyle borcun sona erdirilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁵¹⁷. Buna göre garanti veren, garanti sözleşmesi ile ödeme yükümlülüğü altına girdiği garanti borcunu, zamanında ve yerinde ifa ederek borçtan kurtulabilecektir⁵¹⁸.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde borçlu, edimi bir bütün olarak borçlandığı için, edim, niteliği itibariyle bölünebilir bir edim olsa dahi, kural olarak tamamını ifa etmek zorundadır⁵¹⁹. Dolayısıyla alacaklı, kısmi ifayı kabul etmek zorunda değildir(BK. m.68). Garanti sözleşmesi ve banka garantisinden doğan borçlar bakımından da tam ifa kuralı geçerlidir. Yani garanti alan, garanti borcunun tamamı muaccel olmuşsa, garanti veren tarafından kendisine yapılan kısmi ifa teklifini ret edebilecektir. Ancak taraflar aralarında garanti borcunun ödenmesi bakımından kısmi ifayı kabul etmişlerse bu durumda garanti veren bankanın borcu, ödediği kısım oranında sona erecektir. Kısmi ifa konusundaki anlaşma zımni de olabilir. Burada garanti ile teminat altına alınan edimin niteliği, garanti borcunun kısmi ifası bakımından önem taşır. Örneğin, farklı tarihteki vadeleri içeren bonoların ödenmemesi halini teminat altına alan bir garantide garanti veren banka, bonolardan sadece biri ödenmediğinde, ödenmemiş bononun tutarı kadar ödeme yapmak suretiyle borcunu yerine getirebilecektir. Bu durumda ödenmeyen kısım bakımından, garanti süresi içinde ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin şartların yerine getirilmesi suretiyle yeniden ödeme talebinde bulunulması ve kalan kısmında banka tarafından ödenmesi mümkün olacaktır⁵²⁰. Örneğimiz bakımından, kısmi ifanın

⁵¹⁷ **Guhl/ Merz/ Koller**, s.214; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi II**, s.3 vd.; **Koller**, s.3 vd.; **Schellhammer**, s.686; **Schwenzer**, s.475; **Brox/ Walker**, s.122 vd.; **Serozan**, İfa Engelleri, s.7 vd.; **Eren**, s.868; **Oğuzman/Öz**, s.196-197; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.758; **Kılıçoğlu**, s.392; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.243.

⁵¹⁸ **Kleiner**, Bankgarantie, s.249; **Spain**, s.150. Garantiden doğan borcun ifa zamanı ve ifa yeri konusunda bkz. I. Bölüm, § 2, II, B, 1, b.

⁵¹⁹ **Eren**, s.880.

⁵²⁰ Bkz. **Kahyaoğlu**, s.69-70.

konusunu oluşturan bonoların dışındaki bonoların da edimi garanti edilen tarafından ödenmemesi, yani garanti konusu olayın bu bonolar bakımından da gerçekleşmesi durumunda banka, süresi içinde ve şartlara uygun bir şekilde ödeme talebinde bulunulması kaydıyla ödeme yapacaktır.

Garanti sözleşmesi ve banka garantilerinde genellikle kısmi ifa konusunda hükümler bulunmaktadır. Bu durumda tarafların aralarında kararlaştırdıkları çerçevede kısmi ödemenin kabulü gerekecektir. Zira kısmi ifayı düzenleyen BK. m.68 düzenleyici hüküm niteliğinde olduğundan, taraf iradelerinden veya işin niteliğinden aksi öngörülmüş veya çıkarılmış olmadıkça uygulama alanı bulacaktır. Bu konuda ayrıca TGİBK m.18’de garanti bedelinin ödenen kısmı oranında indirim yapılacağı ve yapılan ödeme miktarınca da garantiden doğan borcun sona ereceği kabul edilmiştir. Taraflar arasında kısmi ödemeye ilişkin açık veya zımni bir anlaşmanın bulunmaması halinde kısmi ödeme mümkün olmayacaktır. Bu durumda garanti alanın, garanti bedelinin tamamının değil de bir kısmının ödenmesini talep etmesi halinde garanti veren bankanın yükümlülüğü, talepte bulunulan kısmı ödenmekle son bulacaktır⁵²¹. Banka, bir defa ödeme yaptıktan sonra, ikinci defa ödeme talebinde bulunulması durumunda bu hususu itiraz olarak ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

B-İbra

İbra, alacaklı ile borçlunun, aralarındaki borcu kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya yönelik olarak yapmış oldukları sözleşmedir⁵²². Bu sözleşme ile alacaklı alacağından vazgeçmekte, borçlu da bunu kabul etmektedir. İbra, dar anlamda borcu sona erdiren bir sözleşmedir⁵²³. Taraflar borcu değil borç ilişkisini ortadan kaldırmak

⁵²¹ Büsser, s.344-345.

⁵²² Turanboy K., s.26; Eren, s.1221; Bucher, s.428; Von Tuhr /Escher, s.173; Schwenger, s.493-494; Brox/ Walker, s.140; Schellhammer, 706; Guhl/ Merz/ Koller, s.280; Oğuzman/Öz, s.431; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.985; Kılıçoğlu, s.629; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.342.

⁵²³ İbra iki taraflı, yani borçlu ile alacaklı arasında yapılan bir hukuki işlem, sözleşme olması nedeniyle alacaklının, tek taraflı irade beyanıyla alacaktan vazgeçmesi hukuki sonuç doğurmayacaktır. Dolayısıyla alacaklının vazgeçmeye yönelik beyanının borçlu tarafından kabul edilmesi gerekir. Bir sözleşme olması nedeniyle, sözleşmelerde aranan bütün koşullar ve unsurlar, ibrada da aranacaktır.

istiyorlarsa, bozma (ikale) sözleşmesi yapmalıdırlar. Bozma sözleşmesi, tarafların aralarındaki sözleşme ilişkisini sona erdirmek amacıyla yeni bir sözleşme yapmaları ve bu sözleşmeyle karşılıklı olarak alacak ve borçlarından vazgeçmeleridir⁵²⁴. Bozma sözleşmesi ile taraflar sözleşmenin yapılmasından önceki durumun tekrar kurulmasını amaçlamaktadırlar. Bozma sözleşmesi, kural olarak geçmişe etkili sonuçlar doğurur.

İbra, Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. İsviçre BK. m.115'de düzenlenmiş olan ibranın, unutmada Türk Borçlar Kanunu'na alınmadığı, ancak Türk hukuku bakımından da uygulama alanı bulacağı doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir⁵²⁵. Zira irade özerkliği ve sözleşme serbestisi ilkeleri çerçevesinde tarafların, mevcut bir sözleşmeden doğan bir alacağı sona erdirebileceği kabul edilmelidir.

Garanti sözleşmesi ve banka garantisinde de garanti alanın, garanti alacağının ödenmesinden vazgeçmesinin garanti veren banka tarafından kabul edilmesi halinde bankanın garanti bedelini ödeme yükümlülüğü sona erecektir. Bu şekildeki bir anlaşmanın varlığına rağmen garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde garanti veren banka, uygun itirazı ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

Tek tarafa borç yükleyen garanti sözleşmesinde asli ve tek yükümlülük, garanti verenin garanti bedelini ödeme yükümlülüğüdür. Ayrıca garanti alan ve garanti verenin yan yükümlülükleri, garanti bedelinin ödenmesinin talep edilmesi veya ödeme talebinin reddi halinde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle garanti alanın ödeme talebinden vazgeçmesi halinde garanti sözleşmesi konusuz kalacaktır⁵²⁶. Bu nedenlerden dolayı, garanti alanın garanti bedelinin ödenmesinden vazgeçmesi ve bunun garanti veren tarafından kabul edilmesi halinde dar anlamda borç ilişkisini sona erdiren ibra ile geniş anlamda borç ilişkisini sona erdiren bozma (ikale)

Bunun sonucu olarak, alacaklının tasarruf ehliyetine ve hukuksal işlem ehliyetine sahip olması zorunludur. Bkz. **Bucher**, s.401; **Schellhammer**, s.706; **Eren**, s.1222-1223; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi II**, s.217; **Oğuzman/Öz**, s.433; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.986.

⁵²⁴ **Eren**, s.1210; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi II**, s.282; **Oğuzman/Öz**, s.427-428; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.984.

⁵²⁵ **Turanboy K.**, s.26 vd.; **Eren**, s.1221; **Oğuzman/Öz**, s.431; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.988.

⁵²⁶ **Büsser**, s.345.

sözleşmesi arasında bir farklılık kalmayacaktır. Zira tarafların anlaşmasıyla borç ilişkisi de ortadan kalkmaktadır.

İsviçre hukuku bakımından farklı görüşler bulunmakla birlikte ibra sözleşmesi herhangi bir şekilde tabi değildir⁵²⁷. Zaten kanuni düzenlemesi bulunmayan Türk hukuku bakımından da aynı şekil serbestliği geçerli olacaktır. Dolayısıyla garanti alanın, garanti bedelinin ödenmesi talebinden vazgeçmeye yönelik icap niteliği taşıyan beyanının zımni de olsa garanti veren tarafından kabulü(BK. m.6) ile garanti sözleşmesinden doğan borç sona erecektir. İbranın geçerliliği için şekil serbestisi söz konusu olmakla birlikte, hukuki işlemlerde kabul edilen ispat kuralı nedeniyle, garantiden doğan bir borcun ibra ile sona erdirildiğinin ispatı için yazılı şekilde yapıma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır(HUMK. m.288).

Garanti sözleşmesi bakımından ibra suretiyle borcun sona erdirilmesi, uygulamada özellikle garanti ile teminat altına alınan edimin yerine getirilmesinin talep edilmesinden de vazgeçilmesi durumlarında ortaya çıkmaktadır. Garanti alan, temel ilişkiden doğan ve garanti ile teminat altına alınan edimin ifa edilmesinden herhangi bir nedenle vazgeçerken garanti alacağından da vazgeçmektedir. Bu beyanın garanti veren tarafından kabulü ile de ibra gerçekleşmektedir. Ancak garanti alanın, temel ilişkiden doğan borcun yerine getirilmesinden vazgeçmesi ve bunun da edimi garanti edilen tarafından kabulü, aynı zamanda da garanti sözleşmesi bakımından da her zaman bir ibranın bulunduğu anlamına gelmeyecektir. Zira bankanın garanti yükümlülüğü, temel ilişkideki talep hakkından bağımsız bir şekilde ortaya çıkmakta ve varlığını sürdürmektedir. Bu nedenle, temel ilişkideki ifadan vazgeçmek, garanti borcundan vazgeçmeyi de içine almamaktadır. Bununla birlikte garanti alan, temel ilişkinin konusunu oluşturan ve garanti ile teminat altına alınan edimin ifasından açıkça vazgeçmesine rağmen, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunursa, çelişkili bir davranış ortaya koyacağından, garanti alanın bu davranışı, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır⁵²⁸.

⁵²⁷ **Bucher**, s.402; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi**, II, N.3200; **Von Tuhr /Escher**, s.174; **Oser/ Schönenberger**, Art.115, N.7; **Serozan**, Dönme, s.651-652.

⁵²⁸ **Büsser**, s.345-346. Bu durum, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması hallerinden biri olarak aşağıda incelenecektir.

Banka garantileri bakımından ibraya ilişkin, TGİBK m.23’de, garanti alanın, garanti vereni yazılı olarak ibra etmesi halinde garanti metni iade edilmemiş olsa bile garanti verenin yükümlülüğünün son bulacağı belirtilmektedir.

C-Sonraki İmkânsızlık

Sonraki imkânsızlık, borç ilişkisinin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir nedenle edimin, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesinin mümkün olmamasıdır⁵²⁹. Sonraki imkânsızlık, şayet borçlunun kusurundan ileri geliyorsa sonraki kusurlu imkânsızlık, borçluya yüklenilemeyen bir sebepten ileri geliyorsa sonraki kusursuz imkânsızlık şeklinde ortaya çıkmaktadır. Sonraki kusursuz imkânsızlık, borcu sona erdiren bir neden olarak BK. m.117 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre imkânsızlığın borcu sona erdiren bir sebep sayılabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gerekir. İlk olarak imkânsızlık, sonradan, yani borç ilişkisinin kurulmasından sonra ortaya çıkmış olmalıdır. Ayrıca imkânsızlık, objektif olmalı, yani borçlu ve borçlunun şahsı bakımından değil, herkes bakımından aynı koşullar altında ifanın beklenmesinin mümkün olmaması ve edimin ifasının imkânsızlığında, borçlunun kusurunun bulunmaması gerekir⁵³⁰.

İmkânsızlık, fiili imkânsızlık şeklinde olabileceği gibi hukuki imkânsızlık şeklinde de olabilir. Hukuki imkânsızlıkta, edim konusu şey mevcut olmakla birlikte, bunun yerine getirilmesi, emredici bir hukuk normuyla yasaklanmaktadır. Bir edim hakkında sonradan ithal ve ihraç yasağı konulması hukuki imkânsızlığa örnek olarak verilebilir⁵³¹.

Garanti sözleşmesinde garanti veren bankanın borcunu, belirli bir miktar para oluşturmaktadır. Para borcu, bir cins borcu meydana getirdiği ve cins borçlarında da “cinsin yok olmayacağı” kuralı kabul edildiği için, garanti verenin borcunun kural

⁵²⁹ Eren, s.994; Oğuzman/Öz, s.305 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.904 vd.; Serozan, İfa Engelleri, s.183 vd.; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, s.346.

⁵³⁰ Borcun sonradan imkânsız hale gelmesinde borçlunun kusuru bulunursa, borca aykırılık olur. Kusurlu olarak edimin ifasını imkânsız hale getiren borçlu, BK. m.96 vd. hükümleri uyarınca alacaklıya karşı borca aykırılıktan sorumlu olur. Bkz. Serozan, İfa Engelleri, s.199 vd.

⁵³¹ Eren, s.995-996.

olarak sonradan ve objektif bakımdan fiilen imkânsız olması mümkün değildir⁵³². Dolayısıyla banka, edimin sonradan imkânsız hale geldiği savunmasında bulunamayacaktır

Garanti veren, sonraki hukuki imkânsızlık hallerini itiraz olarak ileri sürebilir. Zira garanti sözleşmesinin kurulmasından sonra sözleşmenin ifasını yasaklayan emredici bir hukuk normu yürürlüğe girerse sonraki hukuki imkânsızlık ortaya çıkacaktır⁵³³. Bu duruma örnek olarak yabancı bir ülkede ikamet eden bir kişinin garanti alan durumunda olduğu bir garanti sözleşmesinde, sözleşmenin kurulmasından sonra garanti verenin ülkesinde, yabancı ülkeye ambargo uygulanması amacıyla yasak getiren bir düzenlemenin yapılması düşünülebilir. Ayrıca döviz konusunda getirilen sınırlamalar da bu bağlamda değerlendirilebilir⁵³⁴. Örneğin bankanın dövizle ödeme yapması, bankanın taahhüdünün tabi olduğu hukuk düzeni tarafından yasaklanmışsa garanti veren banka, bu hususu garanti alana karşı ileri sürmek suretiyle ödeme yapmaktan kaçınabilir.

D-Takas

Takas; iki kişi arasındaki aynı cinsten, karşılıklı ve muaccel borçların, taraflardan birinin tek taraflı beyanıyla sona erdirilmesidir⁵³⁵. Takas edilen borçların aynı miktarda olması durumunda, her iki borçta tamamen sona erer. Ancak, borçlardan biri, diğerinden küçük ise, büyük miktarda olan borç, küçük olan miktarınca sona erer. Bu durumda takas, küçük miktarda olan borç bakımından bir sona erme sebebi oluştururken, büyük miktardaki borç bakımından bir değişiklik sebebidir ve bu değişiklik, kısmen sona erme şeklinde gerçekleşir⁵³⁶.

⁵³² **Büsser**, s.346.

⁵³³ **Gauch/ Schluemp/ Jäggi II**, s.201; **Eren**, s.996.

⁵³⁴ 1567 Sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunla getirilen kısıtlamalar hukuki imkânsızlığa örnek gösterilebilir.

⁵³⁵ **Aral**, Takas, s.1; **Guhl/ Merz/ Koller**, s.273 vd.; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi II** s.201; **Brox/ Walker**, s.132; **Bucher**, s.428; **Von Tuhr/ Escher**, s.190; **Schellhammer**, 697; **Schwenzer**, s.485-486; **Eren**, s.1225; **Oğuzman/Öz**, s.452; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1012; **Kılıçoğlu**, s.641-642; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.354.

⁵³⁶ **Aral**, Takas, s.1-2.

Takas, hukuki niteliği itibariyle, bozucu yenilik doğuran bir haktır ve tek taraflı, şekle bağlı olmayan ve varması gerekli irade beyanı ile kullanılır⁵³⁷. Takas bir sözleşme değildir, yenilik doğran bir hakkın kullanımına ilişkin beyanın karşı tarafa ulaştırılması ile birlikte sonuçlarını doğurur. Takasın etkinliği ve geçerliliği için, karşı tarafın kabul ve onayına ihtiyaç yoktur. BK. m.118'de takasın geçerli olması için bazı şartlar aranır. Bunlar olumlu şartlar olarak da adlandırılan, alacakların karşılıklı⁵³⁸, aynı cinsten⁵³⁹, muaccel ve dava edilebilir olmasıdır⁵⁴⁰. Ayrıca takas hakkının kullanılabilmesi bakımından olumsuz şart olarak da adlandırılan bazı şartların da bulunması gerekir⁵⁴¹. Taraflar, takas beyanında bulunma hakkını, takastan feragat sözleşmesi ile ortadan kaldırmamış olmalı(BK. m.124) ve takas beyanında bulunulan alacak, takas hakkının kullanımını kısıtlayan BK. m.123 kapsamında bulunmamalıdır.

Garanti veren bankanın, garanti sözleşmesinden doğan borcunun da, takasla sona erdirilmesi kural olarak mümkündür. Yukarıda belirtilen takasa ilişkin şartlar gerçekleştiğinde banka, takas beyanında bulunarak, garantiden doğan borcunu, garanti alandan olan alacağı oranında sona erdirebilecektir⁵⁴². Buna karşılık edimi garanti edilenin, temel ilişkiden doğan alacağını, garanti veren bankaya temlik etmek

⁵³⁷ **Aral**, Takas, s.11 vd.; **Guhl/ Merz/ Koller**, s.274-275; **Gauch/Schluemp/Jäggi II**, s.244 ve s.252; **Eren**, s.1225; **Oğuzman/Öz**, s.452; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1012.

⁵³⁸ Takas, ancak iki kişinin birbirinden olan alacak ve borçları için bir sona erme sebebidir. Alacaklar karşılıklı olmalıdır. Karşılıklı olma, takasın ana koşuludur. Tarafların üçüncü kişilerden olan alacak ve borçları takasa konu olmaz. Tarafların yan kurumlardan, şirketlerinden olan alacakları takasa konu olmaz. Bkz. **Aral**, Takas, s.17; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi II**, s.245; **Eren**, s.1227; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1014; **Oğuzman/Öz**, s.454.

⁵³⁹ İki tarafın alacak ve borçlarının, para alacağına olduğu gibi aynı cinsten olması gerekir. Borçların aynı cinsten olması, borçların miktar itibariyle birbirine eşit olması anlamına gelmemektedir. Borçlardan birinin miktar itibariyle düşük olması halinde, takas beyanının kullanılması ile birlikte miktar itibariyle yüksek olan borç, düşük olan borç oranında sona erer. Borçlar, doğdukları anda aynı türden olabilecekleri gibi, sonradan da aynı türden olabilirler. Bkz. **Aral**, Takas, s.33 vd.; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi II**, s.246; **Eren**, s.1227-1228; **Oğuzman/Öz**, s.455; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1016.

⁵⁴⁰ Takas hakkını kullananın alacağına, dava edilebilir olması gerekir. Dolayısıyla dava edilemeyen eksik borçlar bakımından takas mümkün olmayacaktır. Bu kuralın istisnası BK. m.118/3'de zamanaşımına uğramış bir alacağın, takasın ileri sürülebileceği zamanda zamanaşımını ile sona ermemiş olması halinde, bu alacağın takasının da ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Buna karşılık asıl alacağın dava edilebilir olması şart olmayıp, takas hakkını kullanan kimsenin, eksik bir borcu ile kendi alacağını takas etme imkânı vardır. Bkz. **Aral**, Takas, s.54; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi II**, s.248-249; **Eren**, s.1229; **Oğuzman/Öz**, s.456.

⁵⁴¹ Bkz. **Aral**, Takas, s.66 vd.; **Eren**, s.1230; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi II**, s.249.

⁵⁴² **Zobl**, s.41; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.773; **Steiner**, s.85; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.75.

suretiyle, bankanın, bu alacağa dayanarak garanti alana takas beyanında bulunması doktrinde kabul edilmemektedir⁵⁴³. Kanaatimizce de edimi garanti edilenin alacağının temliki üzerine bu alacağa dayanarak garanti verenin takas beyanında bulunulabilmesi, garantinin likidite sağlama amacına aykırılık oluşturacaktır.

Takas hakkının kullanılmasına rağmen, garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde garanti veren, takas beyanında bulunduğunu ve böylece de takas beyanında bulunulan oranda borcun sona erdiğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir⁵⁴⁴.

Garanti sözleşmesi ve banka garantisinde takasın ileri sürülebilirliği bakımından iki sorunun ayrıca incelenmesi gerekir. Bunlardan ilkinin garanti verenin def'i ve itirazları ileri sürmekten genel bir şekilde vazgeçmesinin, takas hakkını ileri sürmekten de vazgeçtiği anlamına gelip gelmediği oluşturmaktadır. Değerlendirilmesi gereken ikinci husus da, garanti veren ile garanti alan aksini kararlaştırmadıkları takdirde "ilk talepte" ödeme kaydını içeren garantilerde takas hakkını ileri sürme imkânının ortadan kalkıp kalmadığıdır.

Borçlu durumundaki garanti veren ile garanti alanının BK. m.124 hükmü çerçevesinde bir takastan feragat anlaşması yapmaları ve garanti verenin bu anlaşma ile takas hakkını kullanmaktan önceden feragat etmesi mümkündür ve geçerlidir. Garanti veren, takasın kendisini ileri sürmekten feragat edebileceği gibi takas sonucunda doğan itiraz hakkını ileri sürmekten de feragat edebilir.

Bazen garanti sözleşmelerinde garanti veren, genel bir şekilde tüm def'i ve itirazları ileri sürmekten feragat edebilmektedir. Bu tür bir genel feragatin, sadece temel ilişkiden ve karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazları mı kapsadığı, yoksa garanti verenin garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazları da, bu arada takastan doğan itiraz hakkını da içine alıp almadığı tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, bu şekilde genel bir feragatin, garanti sözleşmesinden doğan ve takas nedeniyle ileri

⁵⁴³ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.66; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.75. Akreditiflerden hareketle banka garantisi bakımından da aynı sonuca varılmaktadır. Bkz. **Kahyaoğlu**, s.85.

⁵⁴⁴ Biz de çalışmamızda takasın bu hukuki sonucunu, borcun sona erdiğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilme imkânı vermesini dikkate alarak, hakkı sona erdiren itirazlar arasında inceleme gereği duyduk.

sürebilecek itiraz hakkından feragat anlamı taşıyacağını savunmaktadır⁵⁴⁵. Buna karşılık diğer bir görüş ise bu tür genel bir feragatin garanti sözleşmesindeki takas hakkından da feragat anlamına gelmeyeceğini savunmaktadır⁵⁴⁶. İkinci görüşe üstünlük tanımak yerinde olacaktır. Zira tüm def'i ve itirazlardan önceden feragat etmek kural olarak mümkün değildir⁵⁴⁷. Garanti verenin, tüm def'i ve itirazları ileri sürmekten önceden feragat etmesi, sadece temel ilişki ve karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazlara hasredilmeli, garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazlardan da feragat ettiği şeklinde değerlendirilmemelidir⁵⁴⁸. Garanti verenin kendisine ait diğer tüm feragat edilebilir def'i ve itirazlardan feragat etmesi kolaylıkla kabul edilmemelidir. Zira bu tür bir feragat, garanti verenin sorunluluğunu ciddi ölçüde arttıracak ve garanti vereni zor durumda bırakacaktır. Bu nedenle garanti verenin genel nitelikte bir feragatinin dürüstlük kuralı çerçevesinde temel ilişki ve karşılık ilişkisinden doğan def'i ve itirazlarla sınırlandırılması yerinde olacaktır. Bu açıklamalar çerçevesinde takastan feragatin de açık ve kesin bir şekilde gerçekleşmesi gerekir. Zira takastan feragat, olayların normal akışına uygun ve varsayılan bir durum değildir. Bu nedenle garanti verenin beyanı değerlendirilirken, ihtiyatlı davranmak ve feragat lehine karar vermektan kaçınmak gerekir⁵⁴⁹.

Garanti veren ile garanti alan aksini kararlaştırmadıkları takdirde "ilk talepte" ödeme kaydını içeren garantilerde takas hakkını ileri sürme imkânının ortadan kalkıp kalmadığı da incelenmesi gereken diğer bir noktayı oluşturmaktadır. Bazı Alman

⁵⁴⁵ **Dohm**, s.117.

⁵⁴⁶ **Kleiner**, Bankgarantie, s.196; **Büsser**, s.353-354.

⁵⁴⁷ Tüm def'i ve itirazlardan önceden feragat etme, doktrinde soyut borç sözleşmeleri bağlamında ele alınmaktadır. Bkz. **Eren**, s.180 vd. Soyut borç sözleşmelerinin hukuki sonucunun ne olduğu doktrinde tartışmalıdır. Alman hukukundan esinlenen bir görüş, soyut bir borç vaadi ve ikrarının, temel alacaktan tamamen bağımsız ve "maddi anlamda soyut" bir borç doğurduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Von Tuhr/ Peter**, s.270 vd.; **Oğuzman/ Öz**, s.160. Fransız hukukuna dayanan ve İsviçre'de de ağırlıkla kabul edilen diğer görüş ise, soyut borç vaadinin, "şekli anlamda soyut" bir borç doğurduğunu, bunun sonucunun da davada ispat yükünün ters çevrildiğini, buna karşılık maddi anlamda bir soyutluğun bulunmadığını savunmaktadır. İkinci görüşe göre, borçlunun, kendi lehine doğan def'ilerden feragat beyanının açık ve kesin olması gerekir. Ayrıca irade özerkliği çerçevesinde taraflar, maddi anlamda soyut bir borç sözleşmesi yapsalar bile, bazı def'ilerin (ahlaka aykırılık, gabin ve irade sakatlıkları gibi) borçlu tarafından her zaman ileri sürülebilir. Bkz. **Eren**, s.180-181.

⁵⁴⁸ Nitekim UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 18. maddesinde garanti sözleşmesinden doğan borcun, edimi garanti edilen tarafından temlik edilen alacaklar hariç olmak üzere bankanın alacağı ile takas edilebileceği hükme bağlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Heidbüchel**, s.170-171; **Buch**, s.397-398; **Lienesch**, Bankgarantie, s.144-145; **Markus**, s.44.

⁵⁴⁹ Bkz. **Aral**, Takas, s.67 vd.

Mahkeme kararlarında, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren bir garantinin bulunması durumunda garanti veren bankanın, zımnen takas hakkından feragat ettiği sonucuna varılmaktadır⁵⁵⁰. Bir başka kararda ise, kural olarak bankanın takas hakkının olmadığı, ancak garanti alanın ödeme gücünün bulunmadığı durumlarda, garanti veren bankanın, karşı alacağını takas hakkını kullanmaksızın elde edemeyeceği hallerde ancak takas hakkının kullanılabilceği sonucuna varılmıştır⁵⁵¹. Buna karşılık Alman Federal Mahkemesi ise, bankanın alacağının likidite bir alacak olması kaydıyla bankanın takas hakkını kullanabileceği sonucuna varmıştır⁵⁵². Kanaatimizce “ilk talepte” ödeme kaydını içeriyor olsa bile garanti ilişkisinden doğan takas hakkından önceden zımni bir şekilde feragat edildiği kabul edilmemelidir. Zira garanti metninde yer alan “ilk talepte” ödeme kaydı, ifa zamanına ilişkin bir kayıttır⁵⁵³. Bu nedenle açık bir feragatin bulunmadığı durumlarda takasa ilişkin diğer şartların gerçekleşmesi üzerine banka, garanti alanın ödeme talebi üzerine ortaya çıkan alacağını kendi alacağı ile takas edebilir⁵⁵⁴.

III-ÖDEME TALEBİNİN GEÇERSİZLİĞİNE İLİŞKİN İTİRAZLAR

Garanti verenin garanti sözleşmesinden dolayı ödeme yükümlülüğünün doğması için, garanti alan tarafından geçerli bir şekilde ödeme talebinde bulunulması gerekir. Ödeme talebinde bulunmaya ilişkin şartlar yerine getirilmeden ödeme talebinde bulunulması durumunda garanti veren banka, ilgili itirazları ileri sürerek

⁵⁵⁰ LG Frankfurt 21.9.1983 ve diğer kararlar için bkz. **Mülbert**, Neueste Entwicklungen, s.1107; **Gruel**, s.96, dn.35; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.77.

⁵⁵¹ OLG Frankfurt, WM 1984, s.1021.

⁵⁵² BGH, WM 1985, s.684. Kararın değerlendirmesi için bkz. **Rehbein**, s.59 vd.; **Köndgen**, s.365 vd.; **Assmann**, s.142. *Von Westphalen*’ de aynı sonuca varmaktadır. Bkz. **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.383-384.

⁵⁵³ **Aral**, bu durumu, “hemen veya en kısa zamanda ödeme taahhüdü, başlı başına takastan feragat anlamına gelmez, böyle bir taahhüt borcun belirli bir tarz ve şekilde sona erdirilmesine ilişkin olmayıp, aksini gösteren özel durumlar olmadıkça, sadece ifa zamanına ait katiyet ifade eder ” şeklinde izah etmektedir. Bkz. **Aral**, Takas, s.69.

⁵⁵⁴ Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.66. Ayrıca değerlendirmeler için bkz. **Mülbert**, Neueste Entwicklungen, s.1107; **Gruel**, s.95-96; **Avancini /Kozioł /Iro**, s.299; **Steiner**, s.85-86; **Rümker**, s.332 vd.; **Zahn/Ehrlich/Neuman**, s.408-409; **Heidbüchel**, s.395-396; **Buch**, s.166-167.

ödeme yapmaktan kaçınabilecektir⁵⁵⁵. İrade sakatlığı, hukuka ve ahlaka aykırılık gibi geçersizlik nedenlerinden biri varsa garanti verenin ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Banka garantisinin sahte olması durumunda da garanti veren bankanın, garanti alanla sözleşme ilişkisine girme iradesi söz konusu olamayacağından yine ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır⁵⁵⁶.

Ödeme talebinde bulunmaya ilişkin hakkın oluşması için, ilk olarak geçerli bir garanti sözleşmesinin bulunması gerekir. Garanti sözleşmesinin geçersizliğine neden olan bir durumun varlığı halinde garanti veren banka, ödeme talebine ilişkin hakkın oluşmadığını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınacaktır⁵⁵⁷. Ödeme talebinde bulunmaya ilişkin hakkın oluşması için, ikinci olarak garanti konusu olayın gerçekleşmesi gerekir⁵⁵⁸. Garanti konusu olay, garantiden doğan talep hakkının, geciktirici şartını oluşturmaktadır. Garanti konusu olay gerçekleşmeden yapılacak ödeme talebi, garanti verenin itirazı ile karşılaşacaktır. Garanti konusu olayın gerçekleşmesi, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından özellik arz etmektedir. Zira bu tür garantiler bakımından garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleştiğini açıkça ileri sürmesine gerek olmadığı gibi garanti veren banka da, garanti konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemeksizin ödeme yapmakla yükümlüdür⁵⁵⁹. Yani bu tür garantiler bakımından, garanti konusu olayın gerçekleşmediği savunmasında bulunmak isteyen bankanın (ve dolayısıyla da edimi garanti edilenin), savunmasının dayanağını oluşturan delilleri derhal sunması gerekir.

Garanti sözleşmesinde, ödeme talebinde bulunmaya ilişkin hakkın oluşması için, garanti konusu olayın gerçekleşmesinin yanısıra diğer bazı şartların da gerçekleşmesinin aranacağı kararlaştırılmışsa, ödeme talebinde bulunulabilmesi için

⁵⁵⁵ **Gruel**, s.95; **Lienesch**, Bankgarantie, s.140-141; **Spain**, s.134; **Avancini /Koziol /Iro**, s.300; Bu tür itirazlar, genel anlamda def'i ve itirazlardan vazgeçilmesi halinde, bu vazgeçmenin kapsamında yer almaz. Dolayısıyla garanti veren banka, genel anlamda def'i ve itirazlarda önceden feragat etmiş olsa bile her zaman burada geçen def'i ve itirazları ileri sürebilecektir. **Zobl**, s.40.

⁵⁵⁶ **Zobl**, s.40; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.291; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.71; **Kahyaoglu**, s.77.

⁵⁵⁷ Garanti sözleşmesinin geçersizliğine neden olan durumlar, “Hakkın doğumuna engel olan itirazlar” başlığı altında incelendi.

⁵⁵⁸ **Büsser**, s.340.

⁵⁵⁹ **Arkan**, Teminat Mektubu, s.75.

kararlaştırılan bu özel Şartların da yerine getirilmesi gerekir. Bu tür Şartlara, deme talebinde bulunmadan önce edimi garanti edilene bildirimde bulunulması veya alacağın öncelikle edimi garanti edilenden talep edilmesi Şartı rnek olarak verilebilir. Bunun yanısıra garanti metninde, tesisin deneme çalışmasını içeren rapor veya bilirkişi incelemesi sonucu gibi belirli bazı belgelerin ödeme talebine eklenmesi ngrlmőe, ödeme talebinde bulunurken bu belgelerin de birlikte ibrazı gerekecektir⁵⁶⁰. Garanti metninde bankanın ödeme taahhüdünün belli bir tarihe kadar akreditifin açılması Şartına bağlanması da mmkndr⁵⁶¹. Kararlaştırılan bu özel Şartlar yerine getirilmeksizin ödeme talebinde bulunulması durumunda garanti veren banka, ödeme talebinde bulunmaya ilişkin hakkın doğmadığını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaınabilecektir⁵⁶².

Garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunulabilmesi için belirli süreler kararlařtırılmıőa, bu srelere uyulmak suretiyle ödeme talebinde bulunulmalıdır. Garanti metninde garanti bedelinin ödemesinin en erken ne zaman yapılacağı veya garanti bedelinin ödemesinin en geç ne zamana kadar yapılabilceği konusunda düzenleme getirilmiş olabilir. Bu durumda belirtilen zamandan önce veya sürenin geçmesinden sonra ödeme talebinde bulunulması halinde garanti verenin ödeme yükümlülüğü dođmayacaktır⁵⁶³.

Garanti bedelinin ödenmesini, ödeme talebinde bulunmaya yetkili olan kişi isteyebilir. Garanti alanın bizzat kendisi ödeme talebinde bulunabileceği gibi yetki verdiği bir kişinin de ödeme talebinde bulunması mmkndr⁵⁶⁴. Yetkili olmayan kişinin ödeme talebinde bulunması durumunda garanti veren banka, deme

⁵⁶⁰ **Zobl**, s.42. deme talebinde bulunurken, garanti metninde belirli bazı belgelerin bankaya sunulması Şartı getirilmiőe, garanti alanın, söz konusu belgeleri sunmaksızın ödeme talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmayacaktır. Zira bu durumda ödeme talebinde bulunmaya ilişkin Şartlarda eksiklik bulunmaktadır. Dolayısıyla garanti veren, hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmesine girmeksizin, ödeme talebini ret etmelidir. Bkz. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.777.

⁵⁶¹ **Arkan**, Teminat Mektubu, s.72.

⁵⁶² **Zobl**, s.42; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.67; **Kahyaoğlu**, s.76.

⁵⁶³ **Kleiner**, Bankgarantie, s.213; **Nielsen** Bankgarantien, s.76; **Zobl**, s.42; **Mülbert**, Neueste Entwicklungen, s.1106; **Gruel**, s.95; **Lohmann**, s.118; **Pleyer**, s.17-18; **Jahn**, 254-255.

⁵⁶⁴ Garanti alanın, tüzel kişilik olması halinde veya kamu kurum ve kuruluşlarına verilen bir garantinin bulunması durumunda, banka garantisinden doğan alacağı talep etmeye yetkili olan kişiler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, Ő 2, II, A, 1.

yapmaktan kaçınacaktır. Ayrıca ödeme talebinin, garanti sözleşmesinde belirtilen ve garanti veren durumunda olan bankaya yönelmesi gerekir⁵⁶⁵.

Ödeme talebinin şekli ve içeriğine ilişkin olarak garanti sözleşmesinde herhangi bir özel hükmün öngörülmesi durumunda belirlenen bu şekle ve içeriğe uyulmaksızın ödeme talebinde bulunulması halinde bu talep geçersiz olacak ve garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Bu durumda banka, uygun itirazı ileri sürerek ödeme talebini geri çevirecektir⁵⁶⁶. Ayrıca banka ile garanti alan arasında birden fazla garanti ilişkisinin bulunması durumunda, hangi garantiden dolayı ve edimi garanti edilenin hangi borcundan dolayı ödeme talebinde bulunulduğunun da açıkça belirtilmesi gerekir⁵⁶⁷.

Ödeme talebinde bulunmaya ilişkin şartların yerine getirilmediği itirazının yanısıra amaca aykırı ödeme talebinde bulunulduğu veya hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğu itirazı da garanti veren banka tarafından ileri sürülebilir.

⁵⁶⁵ **Kleiner**, Bankgarantie, s.213.

⁵⁶⁶ **Spaini**, s.134-135; **Büsser**, s.267.

⁵⁶⁷ Yargıtay kararına konu olan bir olayda banka, edimi garanti edilenin borcunun yerine getirilmemesinden dolayı ödeme talebinde bulunduğunu belirtmeyen garanti alanın ödeme talebini ret etmiştir. Açılan dava üzerine ilk derece mahkemesi, şu şekilde karar vermiştir; "...davalı bankanın uhdesinde bulunan toplam 2.114.000.000 TL.sı bedelli mektubun 705.310.000 TL.lık kısmının irad kaydedilmesi gerekir iken yapılmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne, anılan meblağın faiziyle tahsiline.". Kararın temyizi üzerine Yargıtay, şu değerlendirmelerde bulunarak ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur; "Dosyada mevcut teminat mektupları incelendiğinde, davalı tarafından Köy Hizmetleri 8.Bölge Müdürlüğüne hitaben, A.... Tarım Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. yararına farklı tarihlerde düzenlenip, farklı taahhütleri içerdiği ve miktarlarının da farklı olduğu görülmüştür. İdare tarafından bankaya gönderilen 27.06.2000 tarihli teminat mektuplarının nakde çevrilmesi talebine ilişkin yazıda, yapılan inşaat işinden dolayı müteahhidin idareye borçlu olduğundan bahisle idare alacağının kesin teminatla karşılanması gerektiği bu nedenle A.... Tarım Ürünleri Tic. San. A.Ş. lehine T.İ.... Bankası A.Ş. Kızılay ve Diyarbakır Şubeleri tarafından düzenlenen teminat mektuplarının nakde çevrilmesi istenmiştir. Talep yazısında müteahhidin borcunun hangi teminat mektubundan kaynaklandığı ve miktarı belirtilmeden tamamının nakde çevrilmesinin talep edilmiş olmasına rağmen, davacı idare açtığı davada talebini 705.310.000 TL. ile sınırlandırmıştır. Buna göre, öncelikle davacı idareye verilen her bir teminat mektubunun karşıladığı riskin, miktarının ve tarihinin farklı olduğu, gerek paraya çevirme talebinde gerekse açılan davada istenilen meblağın hangi teminat mektubu riskinden doğduğunun açıklanmadığı gözetilerek, davacıdan davaya konu meblağın hangi teminat mektubu riskinden kaynaklandığının açıklattırılarak buna göre sonuca gidilmesi gerekirken, bu hususun dikkate alınmaksızın ilk talep tarihinden faiz yürütülmesine de karar verilmesi doğru görülmemiştir.". Yarg. 11. HD. 28.10.2003 T ve E. 2003/3378, K.2003/10059 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

Garanti bedelinin ödenmesinin garantinin amacına aykırı bir şekilde talep edildiği durumlarda banka, ödeme talebinin geçersiz olduğuna ilişkin itirazını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Garantinin amacı, garanti alanın arzu ettiği edim sonucunu, yani garanti konusu olayı teminat altına almaktır. Garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin, garantinin kapsamında bulunmayan bir duruma ilişkin olması, ödeme talebinde bulunulduğu sırada garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemiş olması veya garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmaması durumlarında, garanti alan tarafından yapılan ödeme talebi, garantinin teminat sağlama amacını ihlal ettiğinden garantinin amacına aykırılık oluşturur⁵⁶⁸. Garanti bedelinin ödenmesinin garantinin amacına aykırı bir şekilde talep edildiği itirazı, garanti verenin ileri sürebileceği savunma imkânları açısından taşıdığı önem nedeniyle aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Burada kısaca değerlendirilmesinin nedeni, bu savunma imkânının, garanti verenin, garanti sözleşmesinden doğan bir itiraz oluşturduğunu ortaya koymaktır.

Garanti veren, garanti sözleşmesi ile asli ve bağımsız nitelikte bir teminat vaadinde bulunmakta ve böylece temel ilişkiden doğabilecek def'i ve itirazları ileri sürerek ödeme talebini geri çevirmekten vazgeçmektedir. Burada ileri sürülmesinden vazgeçilen def'i ve itirazlar, temel borç ilişkisinden doğan ve garanti alanın, temel ilişkiden doğan alacağını talep etmesine engel olan def'i ve itirazlardır. Yoksa garanti veren, garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazları ileri sürmekten vazgeçmemektedir.

Ödeme talebinin amaca aykırı olması halinde amaca aykırılık itirazının ileri sürülmesi ile garantinin amacına riayet edilmediği ifade edilmektedir. Garantinin amacı ise, garanti sözleşmesinin yorumlanması ile belirlenir. Bu yüzden ödeme talebinin amaca aykırı olduğu itirazı, garanti sözleşmesinden doğan bir itirazdır. Bu nedenle ödeme talebinin amaca aykırı olduğu itirazının temel ilişkiden doğan olaylara dayanması halinde de bu itiraz, garanti bedelinin ödenmesine engel olacaktır. Çünkü garanti sözleşmesindeki teminatın amacının belirlenmesinde ve somutlaştırılmasında gerekli olduğu ölçüde temel borç ilişkisinden yararlanılmaktadır. Örneğin garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme

⁵⁶⁸ **Zobl**, s.42; **Büsser**, s.420 vd.; **Spaini**, s.136; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.51.

talebinde bulunulması nedeniyle, ödeme talebinin amaca aykırı olduğu itirazı ilk olarak garanti sözleşmesinin yorumlanması suretiyle belirlenebilir. Ancak ödeme talebinin, garantinin kapsamında bulunup bulunmadığının ve böylece de ödeme talebinin amaca aykırı olup olmadığının belirlenmesi için temel ilişkiden doğan olaylara dayanmak gerekmektedir. Aynı şekilde garanti konusu olay henüz gerçekleşmemiş olmasına veya artık gerçekleşmesinin mümkün olmamasına rağmen ödeme talebinde bulunulmasının amaca aykırılık itirazını oluşturması, garanti konusu olayın geçici veya sürekli olarak gerçekleşmesine engel olan ve temel ilişkiden doğan olaylara dayanmaktadır. Amaca aykırılık itirazını oluşturan ve temel ilişkiden doğan bu olaylar, aynı zamanda temel ilişki bakımından garanti alanın teminat altına alınan edim sonucuna yönelik talep hakkına karşı, edimi garanti edilenin de def'i ve itirazlarına temel teşkil edebilir⁵⁶⁹. Dolayısıyla bu savunma vasıtalarının edimi garanti edilen tarafından da ileri sürülebilmesinden, bu savunma vasıtalarını garanti veren bankanın ileri süremeyeceği sonucu çıkarılamaz⁵⁷⁰.

Ödeme talebinin amaca aykırı olduğu itirazı, temel ilişkiden doğan ve bu ilişkideki def'i ve itiraz oluşturan olaylara dayanmasına rağmen, bu itirazın ileri sürülmesi, garanti verenin temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ileri sürmekten vazgeçtiği esasını ihlal anlamı taşımaz. Garanti veren, ödeme talebinin amaca aykırı olduğu itirazı ile temel ilişkiden doğan bir itirazı ileri sürmüş olmaz, aksine garanti veren bu şekilde davranmakla temel ilişkideki olaylara dayanan ve garanti sözleşmesinden doğan itirazları ileri sürmüş olur. Çünkü garanti sözleşmesindeki teminat amacının somutlaştırılması, temel ilişkideki bu olaylara dayanmakla mümkün olacaktır. Örneğin garanti veren, istisna sözleşmesinden doğan ücretin ödeneceğine ilişkin garantide, garantinin ödenmesi talebine karşı, temel ilişkinin borçlusunun, teminat altına alınan ücret ödeme borcunu, ödeme talebinde bulunulmadan önce sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirdiği itirazında bulunursa, temel ilişkinin borçlusunun bir ödemedede bulunduğuna ilişkin itirazını ileri sürmüş olmaz. Aksine garanti alanın, garanti konusu olay gerçekleşmemiş olmasına

⁵⁶⁹ **Büsser**, s.448-449. Nitekim doktrinde yapılan ayırmalarda da ödeme talebinin garantinin amacına aykırılık oluşturmasına yönelik itiraz, garanti verenin, garanti sözleşmesinden doğan itirazları arasında sayılmaktadır. Bkz. **Zobl**, s.42; **Kleiner**, Bankgarantie, s.198; **Spain**, s.142.

⁵⁷⁰ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.64.

rağmen ödeme talebinde bulunmak suretiyle, garanti sözleşmesinin teminat amacına uygun davranmadığını ileri sürmüş olur⁵⁷¹. Nitekim bu konu ile ilgili bir kararında⁵⁷² Yargıtay şu değerlendirmelerde bulunmaktadır “...Banka riziko doğduğu anda muhatabın ilk talebi üzerine mektup bedelini borçluya ait def’ilerini ileri sürmeden ödeme yükümlülüğü altındadır. Ancak şurası unutulmamalıdır ki, davacı banka garanti sözleşmesiyle bağımsız bir yükümlülük altına girmekle beraber, kendisi de garanti akdinin âkidi ve borçlusu durumundadır ve her sözleşmede olduğu gibi garanti akdinde de borçlu banka bu sözleşmenin sahtecilik yoluyla oluşturulduğunu, bu nedenle hiç doğmadığını, hata ve hileye maruz bırakıldığını, **teminat mektubu ile garanti altına alınan ilişkinin hiç doğmadığını veya bu gibi kendisine ait def’ileri ileri sürerek** teminat mektubu ile yükümlendiği edimlerden kurtulması mümkündür. Sözleşmenin bir garanti akdi niteliğinde olması, borçlunun bu savunma haklarından yararlanmasına engel teşkil etmez...”. Bu şekilde karar vermek suretiyle Yargıtay, garanti konusu olayın henüz gerçekleşmediği ve buna benzer savunma imkânlarının garanti sözleşmesinden doğduğu ve garanti veren banka tarafından ileri sürülebileceği sonucuna varmaktadır.

Garanti bedelinin ödenmesinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edildiği durumlarda da banka, ödeme talebinin geçersiz olduğuna ilişkin itirazını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Garanti alan, garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte dürüstlük kuralına göre temel borç ilişkisi bakımından herhangi bir talep hakkı bulunmamasına rağmen garantinin ödenmesini talep ederse, bu ödeme talebi açıkça hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Bu durumda garanti veren banka hakkın kötüye kullanıldığı savunmasında bulunarak garanti bedelini ödemekten kaçınacaktır.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğu savunması, temel ilişkiden doğan ve ileri sürülemeyecek def’i ve itirazların bir istisnasını oluşturmakla birlikte gerçekte bizzat garanti sözleşmesinden doğan bir

⁵⁷¹ **Büsser**, s.449;

⁵⁷² Yarg. 11 HD. 09.02.1988 T. ve E. 1987/7787, K.1988/629 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.65.

savunma imkânıdır⁵⁷³. Hakkın kötüye kullanıldığı, temel ilişkiden doğan olaylara dayanmak suretiyle belirlenmesi halinde de bu savunma vasıtası, garanti sözleşmesinden doğan bir itiraz olarak varlığını sürdürür⁵⁷⁴. Zira hukuk düzeni, hakkın açıkça kötüye kullanılmasını korumaz. Garanti alan, hakkını kötüye kullanmak suretiyle ödeme talebinde bulunuyorsa, ödeme talebine ilişkin hakkı, hukuk düzenince korunmayacaktır. Hakkın kötüye kullanıldığı, garanti sözleşmesinden doğan olaylarla veya temel ilişkiden doğan olaylarla belirlenmesi arasında farklılık olmayacaktır. Ancak burada şu noktaya dikkat edilmelidir. Garanti veren, edimi garanti edilenin dayanabileceği bir hakkın kötüye kullanılması savunmasını ileri sürmez; aksine, garanti sözleşmesinden doğan ve bizzat kendisine ait olan bir savunma imkânını kullanır. Zira bağımsız ve asli nitelikte borç altına giren garanti veren, sadece kendisine ait savunma imkânlarını ileri sürebilir⁵⁷⁵.

IV-GARANTİ SÖZLEŞMESİNDEN DOĞAN DEF'İLER

Garanti veren banka, garanti sözleşmesinden doğan itirazların yanısıra bazı def'ileri de savunma olarak ileri sürebilir. Garanti sözleşmesinin niteliğinden dolayı garanti verenin ileri sürebileceği def'iler, zamanaşımı def'isi ve erteleme def'isidir.

A-Zamanaşımı Def'i

Zamanaşımı, belirli bir sürenin geçmesi ile alacaklının dava ve takip imkânını elinden alan bir def'i hakkıdır. Zamanaşımına uğramış borç, doğrudan doğruya sona ermemekle birlikte, eksik borç haline dönüşmektedir. İfa talebinde bulunulması

⁵⁷³ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.64. doktrinde yapılan bir ayırımda, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması, garanti verenin, garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazları arasında sayılmaktadır. Bkz. **Zobl**, s.40 vd. ve özellikle s.42; **Kleiner**, Bankgarantie, s.201 vd.; **Spaini**, s.133 vd.

⁵⁷⁴ Ödeme talebinin amaca aykırı olduğu itirazının temel ilişkiden doğan olaylara dayanmak suretiyle belirlenmesinde olduğu gibi hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda da temel ilişkiden yararlanılacaktır. Dolayısıyla amaca aykırı ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin yapılan değerlendirmeler, hakkın kötüye kullanılması bakımından da geçerli olacaktır.

⁵⁷⁵ Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.294 vd.

üzerine borçlu, zamanaşımı def'ini ileri sürerek ifadan kaçınabilmektedir⁵⁷⁶. Garanti sözleşmesi bakımından da zamanaşımı süresinin dolmasına rağmen garanti alanın ödeme talebinde bulunması durumunda garanti veren banka, zamanaşımı def'ini ileri sürmek suretiyle savunma yaparak garanti bedelini ödemekten kaçınabilecektir⁵⁷⁷. Garanti sözleşmesi ve banka garantisi özel bir düzenlemeye tabi olmadığı için, Borçlar Kanununda yer alan zamanaşımına ilişkin genel nitelikteki hükümler uygulama alanı bulur. Buna göre on yıllık genel zamanaşımı süresine(BK. m.125), zamanaşımının başlangıcına(BK. m.128), durmasına(BK. m.132) ve kesilmesine (BK. m.135) ilişkin hükümler, garanti sözleşmesi ve banka garantileri bakımından da uygulama alanı bulur.

Garanti sözleşmesi ve banka garantisinden doğan alacak bakımından zamanaşımı süresi, on yıldır(BK. m.125). Zamanaşımı süresinin başlangıcı açısından süreli ve süresiz garanti ayırımını dikkate almak gerekir. 8.7.1981 tarih ve 2486 sayılı kanunla BK. m.110'a "Muayyen bir müddet için yapılan taahhütlerde, müddetin bitimine kadar taahhüt edene yazılı olarak başvurulmaması halinde taahhüdün hükümsüz olacağına dair sözleşme muteberdir" şeklinde ikinci bir fıkra hükmü eklenmiştir. Bu hüküm uyarınca garantinin geçerliliğinin belli bir süreye bağlanmış olup olmaması bakımından süreli ve süresiz garanti ayırımı yapılmaktadır⁵⁷⁸.

Süresiz garantiler bakımından, garanti verenin sorumluluğu, garanti borcunun muaccel olmasından itibaren genel zamanaşımı süresinin sonuna kadar devam edecektir⁵⁷⁹. Garanti borcu, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti alanın yapacağı ödeme talebi ile muaccel olur⁵⁸⁰. Buna göre süresiz bir garantide

⁵⁷⁶ Bkz. **Bucher**, s.444 vd.; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi**, II, s.257 vd.; **Von Tuhr/ Escher**, s.161-162; **Kılıçoğlu**, s.642-643; **Eren**, s.1232-1233; **Oğuzman/Öz**, s.464; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.1031.

⁵⁷⁷ **Zobl**, s.41; **Lienesch**, Bankgarantie, s.141; **Spaini**, s.151; **Büsser**, s.357; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.73.

⁵⁷⁸ Süreli ve süresiz garanti ayırımı ve taşıdığı özellikler konusunda bkz. I. Bölüm, § 1, III, C, 1-2.

⁵⁷⁹ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.892; **Tekinalp**, s.397; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.172; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.389; **Doğan**, s.233-234; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.90; **Kahyaoğlu**, s.124-125.

⁵⁸⁰ Bkz. I. Bölüm, § 2, II, B, 1, a. BK. m.128'deki ifadeye dikkat edildiği takdirde muacceliyetin başlangıcı, ihbarın yapılması değil, ihbarın yapılabileceği anda gerçekleşir. Bkz. **Eren**, s.1237. Aksi

garanti alan, garanti konusu olayın gerçekleşmesi ve ödeme talebinde bulunulmasından itibaren on yıllık süre içinde garanti bedelinin ifasını talep edebilecektir. Nitekim bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁵⁸¹ şu şekilde hüküm vermiştir; “..İşin esasına gelince; 11.6.1969 gün ve 4/6 sayılı İçtihadı Birleştirme kararında da benimsendiği üzere, ...teminat mektupları mahiyet itibariyle borçlar kanununun 110. maddesinde sözü edilen 3. şahıstan fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti aktidir... Böyle bir münasebetten doğan dava konusu alacak için yasalarda ayrı bir zamanaşımı kabul edilmediği gibi; ortada BK.nun 126. maddesinin 1. bendinin kastettiği anlamda periyodik bir eda da söz konusu olmadığından zamanaşımı sorununun, adı geçen Yasanın 125. maddesi uygulanmak suretiyle çözümlenmesi gerekir..”. Böylece Yargıtay, on yıllık genel zamanaşımı süresinin uygulanacağı sonucuna varmaktadır.

BK. m.110’a eklenen ikinci fıkra hükmü gözönünde bulundurulmak suretiyle süreli garantiler bakımından ise ikili bir ayırıma gitmek gerekir. Buna göre ilk olarak belirlenen süre içinde garanti verene yazılı şekilde başvurulması şartını ve “belirlenen süre içinde yazılı şekilde başvurulmadığı takdirde garantinin hükümsüz hale geleceği” kaydını taşıyan süreli garantilerde, garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi ve garanti alanın da belirlenen bu süre içinde yazılı şekilde ödeme talebinde bulunması gerekir. Bu süre içinde garanti konusu olayın gerçekleşmemesi veya ödeme talebinin bu süre içinde yazılı şekilde yapılmaması durumunda, garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Zira kanaatimizce garanti verenin borcu, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine belirlenen süre içinde yazılı şekilde ödeme talebinde bulunulması bozucu şartına bağlanmış bulunmaktadır⁵⁸². Buna göre garanti alan, garanti konusu olayın gerçekleşmesine ve söz konusu kayda rağmen belirlenen süre içinde yazılı şekilde ödeme talebinde bulunmaz ise, süre sonunda garanti verenin borcu sona erer. Bu durumda zamanaşımı süresinin işlemesi söz konusu olmaz. Buna karşılık garanti

takdirde, garanti konusu olay gerçekleşmesine rağmen, garanti alan, ödeme talebinde bulunmayarak zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasını engellemiş olurdu.

⁵⁸¹ YHGK. 27.10.1982 T. ve E.1979/11–1915 K: 1982/865 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁵⁸² Bozucu şart konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Sirmen**, s.54 vd.; **Eren**, s.1125; **Kılıçoğlu**, s.571; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.330; **Oğuzman/Öz**, s.880–881; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, s.384.

alan, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine belirlenen süre içinde yazılı şekilde ödeme talebinde bulunduğu takdirde, on yıllık zamanaşımı süresi, yazılı şekilde ödeme talebinde bulunulmasından itibaren başlayacaktır⁵⁸³.

Sürelî garantiler bakımından ikinci olarak, belirlenen süre içinde yazılı şekilde ödeme talebinde bulunulması gerektiğine yönelik bir hüküm sözleşmeye eklenmemişse, garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi şartıyla, garanti verenin sorumluluğunun genel zamanaşımı süresine tabi olacağı kabul edilmelidir⁵⁸⁴. Buna göre “belirlenen süre içinde yazılı şekilde başvurulmadığı takdirde garantinin hükümsüz hale geleceği” kaydı bulunmayan sürelî bir garantide garanti alan, garanti konusu olayın gerçekleşmesinden itibaren on yıllık süre içinde garanti bedelinin ifasını talep edebilecektir. Bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁵⁸⁵ şu şekilde hüküm vermiştir; “...Kural olarak belli bir süre için verilen garanti halinde, süresi içinde rizikonun gerçekleşmemesi, yükümlülüğün ortadan kalkması sonucunu doğurur. Garanti sözleşmesi Borçlar Kanunu'nun 110 uncu maddesine 8.7.1981 gün ve 2486 sayılı Yasa ile eklenen fıkrasına uygun bir biçimde yapılmışsa vade sonuna kadar yazılı istekle bulunulmadığı takdirde bankanın şarta bağlı sorumluluğu sona erer. Bu yolda bir kayıt garanti sözleşmesine konulmamış ise teminat mektubu sürelî olsa dahi on yıllık zamanaşımı süresi doluncaya kadar tazmin talebi ileri sürülebilir...”.

İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından on yıllık zamanaşımı süresinin hangi andan itibaren işlemeye başlayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş, “alacağım muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi ise müruruzaman bu haberin verilebileceği gündən itibaren cereyan eder” hükmünü içeren BK. m.128'den hareketle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde garanti alanın, garantinin düzenlendiği tarihten hemen sonra ödeme talebinde bulunabileceğini, zamanaşımı süresinin de bu tarihten itibaren işlemeye başlaması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁸⁶. Diğer bir görüş ise, bu tür bir yaklaşımın, “ilk talepte” ödeme kaydını içerse bile

⁵⁸³ Bkz. **Kahyaoglu**, s.124.

⁵⁸⁴ **Tekinalp**, s.396; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.387; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.890-891; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.91-92; **Kahyaoglu**, s.124.

⁵⁸⁵ YHGK. 30.03.1988 T. ve E.1987/11-642 K: 1988/287 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁵⁸⁶ **Akyazan**, Zamanaşımı, s.11 vd.

garantinin niteliğine aykırı olacağını kabul etmektedir⁵⁸⁷. Kanaatimizce birinci görüşe katılmak mümkün değildir. Zira garanti ile belirli bir olay teminat altına alınmakta ve garanti bedeli ancak garanti konusu olayın gerçekleşmesi ile talep edilebilmektedir. Dolayısıyla henüz garanti konusu olay gerçekleşmeden garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunmak mümkün değildir⁵⁸⁸.

Sürelili veya süresiz bir garanti bakımından zamanaşımına uğrayan bir alacağın talep edilmesi durumunda garanti veren banka, zamanaşımı def'ini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir⁵⁸⁹.

B-Erteleme Def'i

Taraflar, sözleşme serbestisi içerisinde aralarında yapacakları bir anlaşma ile ödeme talebinde bulunma zamanını uzatmak suretiyle ödemenin yapılmasını erteleyebilirler. Bu tür bir anlaşmanın varlığına rağmen, borç konusu edimin ifasının talep edilmesi halinde borçlu, erteleme def'ini (Stundungseinrede) ileri sürerek ifadan kaçınabilecektir.

Garanti veren banka ve garanti alan, garanti bedelinin ödenmesi için öngörülen ödeme süresinin dolmasından önce, bu süreyi uzatmak suretiyle garanti bedelinin ödenmesinin ertelenmesini kararlaştırabilir. Bu tür bir kararlaştırmaya rağmen, garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde, garanti veren banka erteleme def'i savunmasında bulunarak, garanti alanın ödeme talebini geri çevirebilir⁵⁹⁰.

Garanti alan ile edimi garanti edilen, aralarında yapacakları bir anlaşma ile temel ilişkiden doğan edimin ifa zamanını uzatmak suretiyle ödemenin yapılmasını erteleyebilirler. Temel ilişkiden doğan edimin ertelenmesine ilişkin anlaşma, asli ve

⁵⁸⁷ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.389.

⁵⁸⁸ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.892-893; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.389; **Kahyaoglu**, s.125.

⁵⁸⁹ Bkz **Tekinalp**, s.396; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.387-388; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.885; **Doğan**, s.233-234; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.90-91; **Kahyaoglu**, s.124.

⁵⁹⁰ **Zobl**, s.41; **Büsser**, s.357.

bağımsız borç niteliği taşıyan garanti alacağının da ertelendiği anlamına gelmez. Bu tür bir anlaşmanın garanti veren banka ile garanti alan arasında yapılması gerekir. Ancak garanti alan, edimi garanti edilen ile yaptığı sözleşme ile temel ilişkiden doğan edimin ifası için süre vermesine rağmen, verilen bu süre içerisinde garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunursa, garanti alan, ödeme talebinde doğan hakkını kötüye kullanmış olur⁵⁹¹. Zira garanti alan, çelişkili bir davranış sergilemiş olmaktadır.

Ş6. GARANTİ BEDELİNİN ÖDENMESİNİN HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI SURETİYLE TALEP EDİLDİĞİ SAVUNMASI (İTİRAZI)

I-HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI

A-Genel Olarak

Medeni Kanununun ikinci maddesinde; hukukun hemen her alanında kendini gösteren ve bir genel hukuk ilkesi olarak uygulamada da sıkça başvurulan iki düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, her somut olayda hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde herkesin dürüst bir şekilde davranma yükümlülüğünü gösteren birinci fıkra hükmüdür. Diğer ise, hakların açıkça kötüye kullanılmasının yaptırımını gösteren ve bunun hukuk düzenince korunmayacağını bildiren hakkın kötüye kullanılmayacağı ilkesi, diğer bir deyişle de hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. MK. m.2/1 hükmü, sadece hakların kullanılmasında değil, borçların ifasında da uyulması gereken bir kuralı düzenlemesine karşın, MK. m.2/2 hükmü, meseleyi sadece “hakların kullanılması” bakımından ele almıştır. Buna rağmen, iki fıkra hükmü arasında doğrudan bir bağlantının bulunduğu, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının, bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı olduğu doktrinde kabul edilmektedir⁵⁹². Zira her iki hüküm de

⁵⁹¹ Hakkın kötüye kullanılması halleri aşağıda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir. Bkz. II. Bölüm, § 6, II, B.

⁵⁹² Egger, s.72-73; Tour/ Schnyder/ Schmid, s.56 vd.; Oğuzman, Medeni Hukuk, s.136; Ataay, s.420; Oğuzman/ Barlas, s.183; Barlas, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.192, dn.1. Doktrinde bazı

birbirinin tamamlayıcısı durumundadır. MK. m.2/1 hükmü, herkesin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun hareket etmek zorunda olduğunu belirtmek suretiyle kişilerin hareket tarzlarına genel bir sınır koymaktadır. MK. m.2/2 hükmü ise, bu genel sınırlamanın ihlalinin hukuk düzeni tarafından korunmayacağını belirterek, birinci fıkra hükmünün yaptırımını ortaya koymaktadır. Dolayısıyla dürüstlük kuralı gereğince bir kişi hakkını, gereğinden daha kapsamlı olarak, yani kendisine yararlı olan ölçüyü aşarak kullanırsa, hukuk düzeni bu hakkın kullanımını korumaz. Bu durum, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur⁵⁹³.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel nitelikte düzenlemeler olup, özel nitelikteki düzenlemeler karşısında ikinci derecede(tali) uygulama alanı bulur⁵⁹⁴. Yani, bir hakkın kötüye kullanılmasını önleyecek ve kötüye kullanmanın sonuçlarını giderecek özel bir kanun hükmü varsa doğrudan doğruya uygulanması mümkünse veya kanun boşluğunun bulunmasından dolayı MK. m.1/1 hükmü uyarınca hâkimin hukuk yaratması gerekiyorsa hakkın kötüye kullanılması yasağına başvurulmasına gerek yoktur. Dolayısıyla kanunda, olaya doğrudan uygulanabilecek özel bir düzenlemenin bulunduğu durumlarda hâkim, dava konusu olayı, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde çözmeyecektir.

yazarlar, MK. m.2/1 hükmünün, hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde, sözleşmelerin yorumlanmasında ve boşlukların doldurulmasında “güven prensibi”ni işler duruma getirdiğini, dolayısıyla dürüstlük kuralının, kanun ve sözleşmeleri yorumlayıcı ve tamamlayıcı, buna karşılık hakkın kötüye kullanılması yasağının, kanun ve sözleşmeleri düzeltici ve değiştirici role sahip olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Edis**, s.329; **Tekinay**, s.171; **Saymen**, F.H.: Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, C.I, İstanbul 1960, s.308 vd.; **Serozan**, Medeni Hukuk, s.122-123; **Merz**, Art.2 ZGB, s.231-232

⁵⁹³ **Oğuzman/ Barlas**, s.185.

⁵⁹⁴ **Merz**, Art.2 ZGB, s.239; **Edis**, s.330; **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.17-18; **Arslan**, Dürüstlük Kuralı, s.37. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanunun doğrudan ve tam olarak uygulanmasının meydana getireceği hakkaniyete aykırı sonuçları gidermek amacıyla getirilen genel kural (General Klauseln) niteliğindeki düzenlemelerdir. Dolayısıyla hukuki sorunların çözümünü bu kurallara dayandırmak ve bu hükümleri sık sık uygulamak hukuki belirsizlik ve güvensizliğe neden olabilir. Bu nedenle hakim, önüne gelen uyuşmazlığın ve sorunun çözümünde hemen MK. m.2 hükmüne başvurmamalı, fakat gerektiğinde bu hükümlerin düzeltici, tamamlayıcı ve denkleştirici işlevinden yararlanmaktan da çekinmemelidir. Ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Bkz. **Schwarz**, Medeni Hukuk, s.197 vd.

Hakkın kötüye kullanılması, hakka dayanmayan (haksız) davranışlarla karıştırılmamalıdır. Hakkın kötüye kullanılmasında, görünüşte de olsa bir hakkın varlığı ve kullanılması söz konusudur. Yani kişi, o konuda bir hakka sahip bulunmakta ve hak sahibi sıfatıyla hakkını kullanmaktadır. Ancak hakkını, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanmasından dolayı, hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır. Buna karşılık hakka dayanmayan davranışta, ortada görünüşte dahi var olmayan bir hakkın kullanımı söz konusudur. Yani kişi, ya hiçbir hakka dayanmamakta veya dayanılan hakkın, dürüstlük kuralı dışındaki, kendi sınırlarını aşmak suretiyle hakkını kullanmaktadır⁵⁹⁵.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, kanunların yorumlanması ve boşlukların doldurulmasında, kanuna karşı hilenin önlenmesinde, hukuki muamelelerin meydana getirilmesinde, yorum ve tamamlanmasında; sözleşme yapma zorunluluğunun, yan borçların tayininde, sözleşme öncesi kusurlu davranışın tespitinde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında (Emprevizyon) önemli bir uygulama alanı bulur. Özellikle hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi, kanun hükümlerinin katı uygulamasının getireceği, adalete ve hakkaniyete aykırı, hayatın ihtiyaçlarına uymayan ve ahlaki olmayan sonuçları önleyecek genel kural niteliğindedir⁵⁹⁶.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, garanti sözleşmesi ve banka garantileri bakımından da uygulama alanı bulur. Bu yasak, özellikle de garanti alanın, hakkını kötüye kullanmak suretiyle ödeme talebinde bulunduğu durumlarda büyük bir öneme haiz bulunmaktadır. Ayrıca hakkın kötüye kullanılması yasağı, garanti alanın ödeme talebinde bulunmasına engel olmak ve bankanın ödeme yapmaktan kaçınmasını sağlamak amacıyla mahkemedeki ihtiyati tedbir kararı alınmasında da büyük bir önem taşımaktadır. Bu nedenle bu kısımda yapılacak açıklama ve değerlendirmeler, sadece bu bölümdeki garanti verenin ileri süreceği itiraz bakımından değil, üçüncü bölümdeki banka garantisinde ihtiyati tedbirler bakımından da önem taşımaktadır. Dolayısıyla çalışmamız bakımından son derece önem taşıyan hakkın kötüye

⁵⁹⁵ **Oğuzman/Barlas**, s.187.

⁵⁹⁶ **Oğuzman/Barlas**, s.198 vd. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı konusunda ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.21 vd.

kullanılması yasağı ilkesinin dayanağını, şartlarını ve yaptırımını inceledikten sonra, hakkın kötüye kullanılması yasağının garanti sözleşmesi ve banka garantileri bakımından uygulamasını inceleyeceğiz.

B-Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Dayandığı Esas

1-Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Dayandığı Esas Konusundaki Görüşler

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, tüm hukuk sistemlerinde aynı esastan hareket edilerek kabul edilmemiştir. Bütün hukuk sistemlerinde hakkın kötüye kullanılması eğilimi bulunmakla birlikte, öngörülen yasağın dayandığı esaslar farklıdır. Hukuk sistemlerinde hakkın kötüye kullanılması yasağının dayandığı esas konusunda değerlendirme yapılırken doktrinde üçlü bir ayırımı gidilmektedir. Hakkın kötüye kullanımı kimi hukuk sistemlerinde sübjektif bir esasa, kimi hukuk sistemlerinde objektif bir esasa dayandırılmaktadır. Bunların yanısıra hakkın kötüye kullanımını, hem sübjektif hem de objektif görüşün bir arada bulunduğu ortalama görüşe dayandıran yazarlar da bulunmaktadır⁵⁹⁷.

Sübjektif görüş, hakkın kötüye kullanımını, başkasına zarar verme niyetine ve zarar verme kastına dayandırmaktadır⁵⁹⁸. Hakkın kötüye kullanılmasını sübjektif temele dayandıran görüşe göre, kanunun esas aldığı ölçü; “başkalarına zarar verme amacı”dır. Buna göre, bir hakkın münhasıran başkasına zarar vermek amacıyla kullanılması halinde hakkın kötüye kullanımı vardır. Çünkü kanun, hakları, insanların kötü tutkularını tatmine alet ederek başkalarına zarar vermeleri için değil, daha güvenli ve huzurlu yaşamaları için insanlara tanımıştır. Hakkın başkalarına

⁵⁹⁷ Hakkın kötüye kullanılması yasağının dayandığı esas hakkındaki görüşler ve değerlendirme için bkz. **Edis**, s.325.

⁵⁹⁸ Bu görüş ve görüşün değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Topçuoğlu**, s.226 vd.; **Arsebük**, s.108; **Akipek**, s.176; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.317; **Velidedeoğlu**, Hakkın Suiistimali, s.6; **Zevkililer**, s.162; **Akipek/ Akıntürk**, s.191-192; **Edis**, s.325.

zarar vermek amacıyla kullanılması ölçütü, ilk zamanlarda hakkın kötüye kullanımının tek dayanağı olarak kabul ediliyordu⁵⁹⁹.

Objektif görüş; hakkın kötüye kullanımının, sübjektif nitelikte olan, bir kimsenin iç âlemine ve ruhsal durumuna dayandırılmayacağını kabul etmektedir. Bu görüşe göre; kişiye zarar verme amacının bulunması, hakkın kötüye kullanıldığı kabulü bakımından tek başına yeterli değildir. Zira hakkın sırf başkasına zarar vermek amacıyla kullanılması çok az rastlanan bir durumdur. Hak sahibi, başkasına zarar vermek amacının yanında diğer başka amaçlarla da hareket edebilir. Bunun yanında, haklarını kullanan kişilerin tümüyle zarar verme amacının bulunduğunu ispatlamak da oldukça zor, hatta imkânsız bir durumdur. Hakkın kötüye kullanımı, sadece sübjektif görüş çerçevesinde değerlendirildiği takdirde, hakkın kötüye kullanımının kapsamı çok daraltıldığı gibi, ispat güçlüklerinin varlığı da onun pratik değerini azaltır. Gerçi sırf başkasına zarar vermek amacıyla hareket edilmesi de hakkın kötüye kullanımı anlamına gelir; ancak, onun dışında hakkın, meşru bir yararın elde edilmesi için kullanılıp kullanılmadığı veya hakkın kullanımının sosyal ve ekonomik amacına aykırı olup olmadığı ahlak kurallarına veya güven kurallarına aykırı nitelik taşıyıp taşımadığı gibi hususların da tespit edilmesi gerekir. Bu nedenlerle hakkın kötüye kullanımının esasını, sadece hak sahibinin başkasına zarar verme amacı gibi sübjektif ve iç âleme ilişkin bir esasta aramak doğru olmaz. Bunu, hak sahibine yabancı olan objektif, dış âleme ilişkin esaslara dayandırmak gerekir⁶⁰⁰.

Objektif görüşe göre, hakkın kötüye kullanımının dayanağının objektif bir ölçü olması gerektiği kabul edilmekle birlikte, bu objektif ölçünün ne olması gerektiği hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş⁶⁰¹, hakkın kötüye kullanımının varlığının tespitinin, hakkın geçerli(meşru) bir çıkarı elde etmek için

⁵⁹⁹ **Akipek**, s.176; **Arsebük**, s.108; **Akipek/ Akıntürk**, s.192; Özellikle Fransız Hukuku'nda hakkın kötüye kullanımı, mahkeme içtihatlarına göre, yalnız bu ölçüt esas alınarak önlenmeye çalışılmıştır; Bkz. **Edis**, s.325.

⁶⁰⁰ Bu görüş ve görüşün değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Velidedeoğlu**, Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması, s.122; **Akipek**, s.176-177; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.317; **Topçuoğlu**, s.231; **Velidedeoğlu**, Umumi Esaslar, s.340; **Zevkliler**, s.163; **Akipek/ Akıntürk**, s.192; **Edis**, s.325-326.

⁶⁰¹ **Topçuoğlu**, s.231 vd.

kullanılıp kullanılmadığına bakılarak yapılması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre hak, geçerli(meşru) bir çıkarı elde etmek için kullanılıyorsa amacına uygun bir kullanım söz konusudur. Ancak, hakkın kullanımının yöneldiği amaç, geçerli(meşru) değilse, ortada hakkın kötüye kullanılması vardır. Doktrinde savunulan ikinci görüş⁶⁰²; hakkın kötüye kullanımının, hakkın sosyal ve ekonomik amacına uygun kullanılıp kullanılmadığına göre tespit edilmesi gerektiğini kabul eder. Buna göre hak, hakkın sosyal ve ekonomik amacına uygun olarak kullanılıyorsa amaca uygun kullanım, aksi takdirde hakkın kötüye kullanımı söz konusu olur. Doktrinde savunulan üçüncü bir görüş⁶⁰³ ise; hakkın kötüye kullanımının, hakkın, ahlak kurallarına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığına göre belirlenmesi gerektiği üzerinde durur. Eğer hak, ahlak kurallarına uygun olarak kullanılıyorsa bir problem doğmaz; ancak hak, ahlak kurallarına aykırı olarak kullanılıyorsa hakkın kötüye kullanılmasından söz etmek mümkün olur.

Hakkın kötüye kullanımının objektif ölçütünün ne olması gerektiği konusunda doktrinde savunulan ve kapsayıcı nitelikteki diğer bir görüş⁶⁰⁴ ise; hakkın kötüye kullanımını, yukarıda belirtilen ve bütün halleri içine alacak derecede genel bir özelliğe sahip olmayan bu objektif ölçütlerden sadece birine dayandırmanın doğru olmayacağını kabul etmektedir. Bu görüş taraftarlarına göre; hakkın kötüye kullanımının ölçütünü, hakların içeriğinin sınırını çizmek suretiyle hakkın kötüye kullanımının nerede başlayacağını gösteren ve genel bir ölçü koyan objektif iyiniyet kurallarında aramak gerekir. Çünkü objektif iyiniyet kuralları, hakkın ahlak kurallarına aykırı olarak kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesine kadar, amacından saptırılmasını, sahibinin hiçbir menfaati olmaksızın veya geçerli (meşru) bir menfaati olmaksızın kullanılmasını ve bunun yanında sadece başkalarına zarar vermek amacıyla kullanılıp kullanılmadığının tespit edilmesini de kapsamına alacak kadar genel bir kavramdır. Kanaatimizce, hakkın kötüye kullanımının objektif ölçütünü, bütün halleri içine alacak derecede genel bir özelliğe sahip objektif iyiniyet (dürüstlük) kurallarına dayandırmak yerinde olacaktır.

⁶⁰² Tekinay, s.177; Köprülü, s.146; Velidedeoğlu, Umumi Esaslar, s.376.

⁶⁰³ Bu görüş için bkz.; Zevkliler, s.163; Edis, s.325; Akipek, s.177.

⁶⁰⁴ Akipek/ Akıntürk, s.193; Edis, s.328; Velidedeoğlu, Umumi Esaslar, s.334.

Hakkın kötüye kullanımını, hem sübjektif hem de objektif görüşe dayandıran ortalama görüş taraftarlarına göre; hakkın kötüye kullanımının dayanağını, ne sadece sübjektif ne de sadece objektif bir ölçü oluşturabilir. Hakkın kötüye kullanımının dayanağını, hem sübjektif hem de objektif ölçüler birlikte oluşturmaktadır⁶⁰⁵. Ortalama görüşe göre, hakkın kötüye kullanımından söz edebilmek için, hak sahibinin hakkını, sırf başkasına zarar vermek amacıyla kullanmış olması (sübjektif görüşü ifade eder) yeterli değildir. Bunun yanında objektif bakımdan hakkın bu maksattan başka bir maksatla kullanılması imkânının bulunup bulunmadığının(objektif görüşü ifade eder) da araştırılması gerekir. Bu görüşe göre, hakkın kullanılmasının, hak sahibine bir yarar sağlayıp sağlamadığına bakmak gerekir. Eğer hakkın kullanılması bir zarara yol açıyor, fakat hak sahibine bir yarar sağlıyorsa hakkın kötüye kullanımı yoktur. Buna karşılık hakkın kullanımı bir zararın doğmasına neden oluyor ve hak sahibine de bir yarar sağlamıyorsa hakkın kötüye kullanımını söz konusu olur.

2-Karşılaştırmalı Hukukta ve Türk Hukukundaki Durum

Türk Hukuku'nda öngörülen düzenlemenin ve uygulama alanının daha iyi anlaşılması bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağının diğer hukuk sistemlerindeki durumunu kısaca değerlendirmek yerinde olacaktır.

Fransız Hukuku'nda, hakkın kötüye kullanılmasını yasaklayan genel nitelikte bir kural bulunmamasıyla birlikte doktrin, hakkın, sosyal amacına aykırı kullanılması halinde bu kullanımın hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacağını kabul etmektedir⁶⁰⁶. Buna karşılık Fransız mahkemeleri ve özellikle Fransız Temyiz Mahkemesi, Fransız Medeni Kanunu m.1382'deki "insanın başkasına zarar veren her türlü fiil ve hareketler, kusuru yüzünden zarara sebep olanı, bunun tazminiyle mükellef kılar" hükmünü, çok geniş bir şekilde yorumlayarak hakkın kötüye kullanılması yasağını da bu madde kapsamına almaktadır. Buna göre hakkın kötüye

⁶⁰⁵ Bkz. Edis, s.326; Akipek, s.177; Zevkliler, s.163; Akipek/ Akıntürk, s.193.

⁶⁰⁶ Bkz. Özsunay, Medeni Hukuk s.318.

kullanılmasının, hakkın amacı dışında kullanımı ve zarar verme amacının bulunması olmak üzere iki şartı bulunmaktadır⁶⁰⁷.

İtalyan Hukukunda, ne 1865 tarihli eski İtalyan Medeni Kanunu'nda ne de 1942 tarihli yeni İtalyan Medeni Kanunu'nda hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin genel nitelikte bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık, İtalyan Medeni Kanunu m.833' de yer alan; "Malik, başkasına zarar veya rahatsızlık vermekten başka bir gayesi olmayan fiillerde bulunamaz" hükmü, sadece mülkiyet hakkında, malikin başkasına zarar veya rahatsızlık verecek tarzda davranmasını yasaklamaktadır. Bu nedenle söz konusu hüküm, sadece mülkiyet hakkına ilişkin olup, genel olarak hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenlememektedir⁶⁰⁸. Ayrıca m.883 hükmü ile zarar veya rahatsızlık verme kastı arandığından, İtalyan Hukuku'nda subjektif görüşün benimsendiği söylenebilir.

Avusturya Hukuku'nda, 1811 tarihli ABGB § 1295, "Haklarını kanun dairesinde kullanan kimse aharı ızrar ederse mesul olmaz" hükmüyle hakkın kötüye kullanılması yasağına hiç bir şekilde yer vermemiştir. Buna karşılık 1916 da yapılan değişiklikle m.1295'e ikinci fıkra olarak "Ahlaka aykırı bir şekilde ve açık bir surette başkasına zarar vermek amacıyla bir hakkı kullanan kişi, tazminat ödemekle yükümlü olur" hükmü eklenmek suretiyle hakkın kötüye kullanılması düzenlenmiş oldu⁶⁰⁹. Bu hükümle birlikte, genel ahlak gibi objektif bir kriter ile zarar verme kastı gibi subjektif bir kriter birlikte ele alındığından ortalama görüşün kabul edildiği söylenebilir.

⁶⁰⁷ **Saymen**, s.1134-1135; **Velidedeoğlu**, Hakkın Suiistimali, s.7-8; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.318. Fransa'daki uygulamaya örnek olarak şu olay verilmektedir; bazı uçak hangarlarının sahibi olan bir şirket, komşu arsalardan birini satın almak için arsa sahibiyle görüşmelere girişmiş; fakat arsa sahibinin yüksek bir bedel istemesi ve bunda direnmesi sebebiyle görüşmeler kesilmiştir. Bu duruma kızan arsa sahibi, yandaki hangarlardan uçakların havalanmasını zorlaştırmak ve şirket üzerinde baskı yapmak amacıyla, kendi arsasına oldukça yüksek iskeleler kurmuştur. Söz konusu şirket, uçaklarından birinin bu yüzden hasara uğraması üzerine hem tazminat hem de tahta iskelelerin yıkılması istemiyle arsa sahibini dava etmiştir. Davada, davalı durumundaki arsa sahibi, iskeleyi kurmakla kendisinin sadece mülkiyet hakkını kullandığını ileri sürmüştür. Fransız Yargıtay'ı, bu savunmayı kabul etmemiş ve mülkiyet hakkının kötüye kullanılmaması gerektiği hakkındaki hukuk prensibini uygulayarak davayı yerinde bulmuş ve davalıyı tazminata mahkum ederek, tahta iskelenin yıkılmasına karar vermiştir. Bu Karar ve değerlendirmesi için bkz. **Tekinay**, s.172-173.

⁶⁰⁸ **Saymen**, Mukayeseli Hukuk, s.1136-1137; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.318-319; **Velidedeoğlu**, Hakkın Suiistimali, s.11.

⁶⁰⁹ **Saymen**, Mukayeseli Hukuk, s.1144; **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.5.

Alman Hukuku'nda hakkın kötüye kullanılması yasağı esas itibariyle BGB § 226' da düzenlenmektedir⁶¹⁰. Söz konusu düzenlemeye göre, “Bir hakkın kullanılması yalnızca bir başkasına zarar vermek amacını güdüyorsa caiz değildir”. Bu maddede, hak sahibinin, hakkını sırf başkasına zarar vermek amacıyla kullanmasının yanında, objektif bakımdan bir hakkın kullanılması imkânının bulunup bulunmadığı da arandığından ve uygulamada hak sahibinin zarar verme amacının ispatlanmasında güçlükler bulunduğundan hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen BGB § 226'nın uygulama alanı daralmaktadır. Nitekim Alman Doktrini ve Mahkemeleri, BGB § 226 hükmünü, nadiren ve ihtiyatlı bir şekilde uygulamaktadır. Bunun yerine, BGB § 226'nın kapsamına girmeyen hususlarda BGB § 242'de düzenlenen dürüstlük ilkesinin sınırlandırma fonksiyonundan (Schrankenfunktion) hareket edilmektedir. Öyle ki dürüstlük kuralı, tüm hakların kullanılmasının dâhili bir sınırlayıcısı olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda çelişkili davranış yasağı, hakkın kullanımında hiçbir yararın bulunmaması veya yararlar arasında aşırı oransızlık gibi olay guruplarında dürüstlük ilkesinin ihlali olarak görülmektedir. Bu nedenle de hakkın kötüye kullanılmasının Alman hukuku bakımından asıl uygulama alanını dürüstlük ilkesini düzenleyen BGB § 242 hükmü oluşturmaktadır⁶¹¹.

İsviçre Hukuku'nda, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin olarak İsviçre Medeni Kanunu m.2/2'de “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuken himaye görmez“ hükmü yer almaktadır⁶¹². Buna göre hakkın kötüye kullanılması, zarar verme amacı gibi subjektif bir ölçüye değil, dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanma gibi objektif bir ölçüye bağlanmış bulunmaktadır. Ayrıca bu kötüye kullanmanın, herkese göre objektif bir şekilde açık ve aşikâr olması gerekir. Böylece

⁶¹⁰ BGB. § 226'da ki hükmün kökleri Cermen hukukundaki “Neidbau” (kıskançlık yapısı, yani sırf başkasını rahatsız etmek amacıyla yapılan yapı) ve Alman Müşterek hukukundaki “Schikaneverbot” (başkasını rahatsız etme yasağı) kurumlarına dayanmaktadır. BGB. § 226 hükmünde düzenlenen hakkın kötüye kullanılması, hukuka aykırı davranış olarak kabul edilmekte ve bu tür bir davranış, diğer şartların gerçekleşmesi ile hakkını kötüye kullanan kişiyi, BGB. § 823 vd. hükümleri çerçevesinde bir zararı tazmin etme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Bunun yanısıra bir hakkın kullanılırken, ahlaka aykırı bir şekilde başkasına istenerek zarar verilmesi durumunda BGB. § 826 hükmü çerçevesinde zararı tazmin etme yükümlülüğü doğmaktadır. Bkz. **Bamberger /Roth**, § 242 BGB, N.36.

⁶¹¹ **Heinrichs**, § 242 BGB, N.13, 20, 38 vd.; **Stadler**, § 242 BGB, N.14. vd.; **Hütte/ Helbron**, N.60 vd., 65 vd.; **Hohloch**, § 242 BGB, N.4 ve N.101 vd.; **Schulze**, § 242 BGB, N.2 vd., 8, 21 vd.;

⁶¹² **Merz**, Art.2 ZGB, s.228 vd.; **Hausheer/ Jaun**, s.104 vd. ve özellikle 134 vd.; **Zeller**, s.313 vd.

İsviçre hukuku bakımından objektif görüşün benimsendiği söylenebilir⁶¹³. İMK. m.2/2 çerçevesinde hakkın kötüye kullanan kişinin, başkasına zarar vermek kastıyla hareket edip etmediğinin araştırılmasına gerek yoktur. Burada önem taşıyan husus, hakkın kötüye kullanılmasının, yani hakkın, objektif iyiniyet (dürüstlük) kurallarına aykırı kullanılmasının, açık, aşikâr, ayan beyan ve şüphe götürmez bir şekilde makul, orta zekâlı, dürüst ve ahlaklı kişiler tarafından da anlaşılacak derecede açık olmasıdır⁶¹⁴.

Türk hukuku bakımından, hakkın kötüye kullanılması yasağı konusunda 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi m.2/2’de “Bir hakkın sırf gayri ızzar eden suiistimalini kanun himaye etmez“ hükmü yer almakta idi. İsviçre Medeni Kanunu’nu m.2/2’den farklı şekilde kaleme alınan bu düzenleme nedeniyle, hakkın kötüye kullanılması yasağının dayandığı esas konusunda doktrinde uzun süren tartışmalar yaşanmıştır⁶¹⁵.

⁶¹³ **Edis**, s.326; **Akipek**, s.178; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.320; **Saymen**, Mukayeseli Hukuk, s.1147.

⁶¹⁴ **Akipek**, s.178. İsviçre’deki uygulamaya örnek olarak şu olay verilmektedir; İsviçre’de tarıma tahsis edilen taşınmazlar üzerinde malikin ailesine mensup kimselere, özel bir kanunla önalım hakkı tanınmıştır. Yani, böyle bir taşınmaz bir başkasına satılırsa, malikin aile mensuplarından birisi, örneğin satıcının babası, bu taşınmazı öncelikle satın alma imkanına sahiptir. Bununla birlikte, çocuğunun tarıma tahsis edilen taşınmazını, onun velisi sıfatıyla bir başkasına satan baba, alıcıya karşı sonradan, gayrimenkul değerlendirilince, bizzat kendisinin sahip olduğu önalım hakkını kullanmaya kalkarsa İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre bu durum, bir hakkın kötüye kullanılması halini oluşturur. Zira, objektif iyiniyet kurallarına göre satım sözleşmesini veli sıfatıyla yapmayı teklif eden ve bu husustaki sözleşmeyi imzalayan bir kişinin artık önalım hakkını kullanması mümkün olmayacaktır. İsviçre Federal Mahkemesi’nin JdT 1961 I 325 sayılı kararı ve değerlendirmesi için bkz. **Tekinay**, s.174.

⁶¹⁵ Bu şekilde madde, mehz İsviçre Medeni Kanunu’nu m.2/2 hükmünden farklıydı. Çünkü İMK. m.2/2’de "hakkın açıkça kötüye kullanılması" deyiimi kullanılmaktadır. Bu hükmüyle İMK, hakkın kötüye kullanımını, tamamen objektif bir ölçüte bağladığı için ayrıca, hakkını kötüye kullananın, başkasına zarar vermek amacıyla hareket edip etmediğini araştırmaya gerek yoktur. Bkz. **Edis**, s.326; **Akipek/ Akıntürk**, s.194; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.320; **Arslan**, s.33. İMK ile 1926 tarihli TKM. arasındaki bu farklılık nedeniyle, 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi’nde hangi ölçütün kabul edildiği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Doktrinde bir görüş; Medeni Kanunu’nun açık ifadesi nedeniyle hakkın kötüye kullanılmasının "sırf başkasını zarara sokma" temeline dayandığını ve Medeni Kanunun, hakkın kötüye kullanılmasını salt sübjektif bir esasa dayanarak düzenlediğini kabul etmiştir. Bkz. **Arsebük**, s.108. Sübjektif görüş, kanunun ruhuna aykırı olduğu ve bu ölçütün kabul edilmesi halinde hakkın kötüye kullanımının uygulama alanının çok daralacağı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. **Akipek/ Akıntürk**, s.195; **Velidedeoğlu**, Umumi Esaslar, s.342; **Edis**, s.327; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.321. Yargıtay da bir kararında, şu değerlendirmelerde bulunmak suretiyle “zarar verme” ölçütünü benimsemiş bulunmaktadır; “...Temyize konu bu davada, davalının ihata duvarını kendi taşınmazı içine yapmış olması olgusu, başlı başına davanın reddine neden teşkil etmez. Yerleşmiş Yargıtay uygulamalarına göre, esasen anılan maddelerde düzenlenen sorumluluk şartları arasında kusur unsuru ön görülmemiştir. Bu maddelerde kurtuluş beyyinesine dahi yer verilmemiştir. O halde, bu tür davalarda yukarıda anılan ilkeler çerçevesinde bir inceleme yapıp, davalının yaptığı duvar yüzünden gerçekten davacının evinin bir zarara maruz kalıp kalmadığı incelenip, sonucunda davalının yukarıda belirtilen anlamda bir taşkınlığının bulunup bulunmadığı saptanıp, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirdi...”. Yarg. 4.HD. 3.4.1979 tarih ve E.1978/9016, K. 1979/4511 sayılı

İMİK. m.2/2'nin Türkçeye yanlış tercümesinin doğurduğu Türk hukuk doktrinindeki teorik tartışmalar, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu'nu ile önemini yitirmiştir. Zira TMK m.2/2'de "Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" hükmü getirilmiş bulunmaktadır. Kanaatimizce getirilen bu yeni hüküm ile birlikte, hakkın kötüye kullanımı konusunda, kanunun hangi ölçüyü benimsediği tartışmaları önemsiz hale gelmiştir. Çünkü bu yeni hüküm ile birlikte, hak sahibinin ızzar kastı maddeden çıkarılarak mehzaz kanundaki hüküm aynen benimsenmiş oldu. Böylece İsviçre Medeni Kanunu'nda olduğu gibi TMK. bakımından da objektif görüş kabul edilmiş oldu⁶¹⁶.

Türk Medeni Kanunu, hakkın kötüye kullanılmasının ölçütü olarak objektif görüşü kabul etmekle birlikte, objektif kıstaslardan hangisini benimsediği konusu tartışmalı kalmaya devam etmektedir⁶¹⁷. Kanaatimizce bütün kıstasları içine alacak biçimde genel bir kıstas olan "objektif iyiniyet(dürüstlük) kurallarına aykırılık" kıstasının esas alınması gerekir. Çünkü MK.m.2/1'e göre, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Buna göre, hakkın açıkça kötüye kullanılması suretiyle başkasına zarar verilmesi,

karar için bkz. www.kazanci.com.tr. Doktrinde diğer bir görüş ise, MK. m.2/2' deki hakkın kötüye kullanılması yasağının, ortalama bir görüş esas alınarak düzenlendiğini savunmuştur. Bkz. **Saymen**, Medeni Hukuk, s.324. Ortalama görüşü savunan Saymen'e göre; Türk Hukuku'nun sistemi, ne Alman sistemi kadar dar ve sübjektif ne de İsviçre sistemi kadar geniş ve objektiftir. Kanun, bu ikili sistemi birleştirmek istemiş ve ortalama bir sistem yaratmıştır. Bkz. **Saymen**, Medeni Hukuk, s.324. Yine Saymen'e göre, bir hakkın kötüye kullanılmış sayılabilmesi için üç şartın bir arada gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; başkasına zarar verme amacı, hak sahibi için meşru bir menfaatin bulunmaması ve hakkın sosyal ve ekonomik fonksiyonundan sapıtılmış olmasıdır. Bkz. **Saymen**, Mukayeseli Hukuk, s.1150-1151. Doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüş ise, MK. m.2/2' de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının dayanağının, objektif ölçüt olduğunu savunmuştur. Bkz **Edis**, s.327-328; **Akipek/ Akıntürk**, s.195-196; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.321; **Zevkliler**, s.163-164; **Arık**, Medeni Hukuk, s. 350; **Akipek**, s.179-180; **Umar**, s. 43; **İmre**, s. 286-287; **Velidedeoğlu**, Umumi Esaslar, s.340 vd.; **Ataay**, s.422-423; **Şeker**, s.12; **Keser**, s.256.

⁶¹⁶ Objektif görüşü savunan yazarlara göre, önceki Medeni Kanun bakımından maddenin lafzına bakılmaksızın, amacına ve ruhuna uygun bir yorum yapılarak maddenin anlamının tespit edilmesi gerekirdi. Bu şekilde amaçsal bir yorum yapıldığı takdirde, maddede "sırf gayri ızzar" deyimini kullanılmış olmasına rağmen, tamamen objektif ölçütün kabul edildiği sonucuna varılmalıdır. Çünkü kanun koyucunun bu deyimini kullanmış olması mehzaz İsviçre Medeni Kanunu sisteminden farklı bir sistemi benimsediği anlamına gelmez. İktibas sırasında çeviri yapılırken, ileride ortaya çıkabilecek tereddütlerin farkında olmaksızın, bilgi dışında bilinçsiz olarak yapılmış bir hatanın varlığı kabul edilmelidir. Bkz. **Akipek/ Akıntürk**, s.196; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.321; **Edis**, s.327; **Akipek**, s.180; **Zevkliler**, s.164; **İmre**, s. 286-287.

⁶¹⁷ Bu ölçütler; hakkın kötüye kullanımının varlığının tespitinin, hakkın geçerli(meşru) bir çıkarı elde etmek için kullanılıp kullanılmadığına; hakkın, sosyal ve ekonomik amacına uygun kullanılıp kullanılmadığına ve hakkın, ahlak kurallarına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığına göre belirlenmesini savunan ölçütlerdir.

hakkın kötüye kullanımını oluşturur. Bunun yanında ayrıca, hak sahibinin, başkasına zarar vermek kastıyla hareket etmiş olup olmadığını araştırmaya gerek yoktur. "Objektif iyiniyet(dürüstlük) kurallarına aykırılık" şeklinde ifade ettiğimiz ölçütün içine, hakkın, esas amacına aykırı biçimde kullanılması, yasal bir menfaat bulunmaksızın kullanılması, dürüstlük, doğruluk ve iş ilişkilerinde geçerli olan karşılıklı güvene aykırı kullanılması girer. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre, bu genel nitelikteki ölçütü uygulayıp, olayda hakkın kötüye kullanımının var olup olmadığına karar verecektir⁶¹⁸.

C-Hakkın Kötüye Kullanıldığıнын Kabulü İçin Varlığı Gerekli Şartlar

Bir hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, bir hakkın var olması ve bu hakkın, dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılması gereklidir⁶¹⁹. Bunların yanısıra üçüncü bir şart olarak dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılan hak nedeniyle bir zararın doğmuş olmasının gerekip gerekmediği ayrıca incelenecektir.

1-Bir Hakkın Varlığı

Hakkın kötüye kullanılması, bir hakkın, dürüstlük, yani objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak kullanılmasını ifade eder. Bir hakkın kullanılmasından söz edilebilmesi, her şeyden önce kullanılması mümkün olan bir hakkın var olmasını gerektirir⁶²⁰. Hak kavramı kanunda tanımlanmamış olmakla birlikte, doktrinde; hukuken korunan ve yararlanılması hak sahibinin iradesine bırakılan menfaat olarak tanımlanmaktadır⁶²¹. Bir kişi, hakkını, kanunun çizdiği sınırlar içinde kullanıyor gözükmekle birlikte, bu hakkını, dürüstlük kurallarına aykırı biçimde kullanıyorsa,

⁶¹⁸ Edis, s.328; Akipek/ Akıntürk, s.196-197; Zevkliler, s.164; Akipek, s. 180; Uyar, s.440-441.

⁶¹⁹ Özsunay, Bankacılık, s.95; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.34.

⁶²⁰ Edis, s.328; Akipek/ Akıntürk, s.197; Özsunay, Medeni Hukuk, s.321; Zevkliler, s.165 Akipek, s. 182;; Öztan, Medeni Hukuk, s.169; Şeker, s.13; Köprülü, s.147; Velidedeoğlu, Hakkın İyiyeye ve Kötüye Kullanılması, s.129; Özsunay, Bankacılık, s.95; Arslan, Dürüstlük Kuralı, s.34.

⁶²¹ Oğuzman, Medeni Hukuk, s.78; Öztan, Medeni Hukuk, s.58; Tekinay, s.129; Özsunay, Medeni Hukuk, s.236.

hakkın kötüye kullanılmasından söz edilir. Ancak, ortada bir hak yok ise, hakkın kullanılmasından da söz edilemez⁶²².

Hakkın kötüye kullanılması ile haksız fiil sorumluluğu ve vekâletsiz işgörme arasında farklılık bulunmaktadır⁶²³. Bir kişinin, hukuk düzeni tarafından korunmuş ve kullanılması kendi iradesine bırakılmış bir hakkı bulunmamasına rağmen, varmış gibi göstererek kullanmaya kalkması hakkın kötüye kullanımını değil, hukuka aykırı bir eylemi (haksız fiil) veya vekâletsiz iş görmeyi oluşturabilir. Böyle bir durumda diğer şartların da bulunması halinde haksız fiil veya vekâletsiz iş görme nedeniyle bu kişinin sorumluluğuna gidilebilir. Buna göre hukuken sahip olunan ve var olan bir hakkın kötüye kullanılmasında, hakkın kötüye kullanımı; hukuken tanınmış bir hakka sahip olunmadan hareket edilmesi halinde ise haksız fiil veya vekâletsiz iş görme gündeme gelir.

2-Hakkın Dürüstlük Kuralına Aykırı Biçimde Kullanılması

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, var olan hakkın, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kullanılması gerekir. Hakların içeriği, kapsam ve sınırları dürüstlük kuralına göre belirlenir⁶²⁴. Bir hakkın, dürüstlük kuralı ile belirlenen sınırları aşacak şekilde kullanılması, kötüye kullanmayı meydana getirir. Yani kötüye kullanmanın başladığı yerde artık hak hukuki korumadan yararlanamayacaktır.

Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde kullanılması, onun amacını ve belirlenen sınırlarını aşan bir şekilde kullanılması anlamına gelir. Kötüye kullanma bulunmasa da hakkın kullanılması, az veya çok başkasına zarar verebilir. Yani bir kişinin hakkını kullanması lehine bir durum oluştururken, diğer kimseler

⁶²² **Akipek**, s. 182; **Zevkliler**, s.165; **Şeker**, s.13.

⁶²³ **Zevkliler**, s.165; **Akipek/ Akıntürk**, s.198; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.321; **Akipek**, s. 182; **Edis**, s.328; **Velidedeoğlu**, Hakkın İyiye ve Kötüye Kullanılması, s.136 vd.; **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.12-13.

⁶²⁴ **Oğuzman**, Dürüstlük Kuralı, s.407 vd.; **Akipek/ Akıntürk**, s.198; **Velidedeoğlu**, Hakkın İyiye Ve Kötüye Kullanılması, s.129; **Kunt**, s.208; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.321; **Zevkliler**, s.165; **Oğuzman**, Giriş, s.146 vd.

bakımından aleyhte bir durum oluşturur. Bununla birlikte, hakkın, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını belirlemek için, “başkasına zarar verilmesi”, ölçü olarak kabul edilemez. Hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığını belirlemek bakımından doğru bir sonuca ulaşmak için tarafların menfaatleri tartılmalı ve menfaatler dengesine göre karar verilmelidir. Bu durumda hakkın, başkasının zararına kullanılmasından, hak sahibinin yararının bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Hakkın kullanılması, başkasına bir zarar verdiği halde, hakkını kullanan kişiye bir yarar sağlamıyorsa veya başkasına verdiği zarar, hak sahibine sağladığı yarardan çok daha ağır ise; böylece menfaatler arasında açık bir dengesizlik var ise hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır⁶²⁵.

Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, kanunun ifadesi ile hakkın açık bir şekilde kötüye kullanılması gerekir. Objektif görüşü kabul eden, İsviçre Medeni Kanunu’nda yer alan ve 2002 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu m.2/2’ de kabul edilen şekliyle hakkın, açıkça kötüye kullanılması söz konusu olmalıdır. Hakkın açıkça kötüye kullanılmasından anlaşılması gereken; kötüye kullanmanın, özellikle toplum içinde ortalama akıl ve düşünceye sahip olan makul bir kimse yönünden de olmak üzere herkesin anlayabileceği açıklıkta olmasıdır. Hakkın kötüye kullanımının, açıkça kötüye kullanmayı meydana getirip getirmediğini hâkim takdir edecektir⁶²⁶.

3-Hakkın Kötüye Kullanılmasından Zarar Doğmasının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu

Dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılan hak nedeniyle bir zararın doğmuş olmasının veya zarar tehlikesinin bulunmasının, üçüncü bir şart olarak kabul edilip edilmeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş⁶²⁷, hakkın kötüye

⁶²⁵ Özsunay, Bankacılık, s.97-98;Zevkliler, s.165.

⁶²⁶ Edis, s.328; Zevkliler, s.165; Akipek/ Akıntürk, s.198.

⁶²⁷ Öztan, Medeni Hukuk, s.169-170; Edis, s.328-329; Akipek/ Akıntürk, s.198-199; Zevkliler, s.165; Velidedeoğlu, Umumi Esaslar, s.341 vd.; Saymen, Medeni Hukuk, s.325; Ataay, s.423. Bu görüş sahiplerine göre; zarar veya zarar görme tehlikesinin, hakkın kötüye kullanılmasının zorunlu bir unsuru olduğu, 1926 tarihli Türk Medeni Kanunu’nun 2 inci maddesinin ikinci fıkrasından açıkça

kullanılmasından söz edebilmek için, bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasından, başkalarının zarar görmesi veya hiç değilse en azından zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya bulunması gerektiğini kabul etmektedir. Bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı olarak kullanılmasından, başkalarının bir zarar görmemiş veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya bulunmamış olması halinde hakkın kötüye kullanılmasından söz edilemez.

Doktrinde diğer bir görüş⁶²⁸ ise, hakkın kötüye kullanımının söz konusu olabilmesi için, hakkın bu şekilde kullanılmasından mutlaka başkaları için zararlı bir sonucun doğmuş olmasının şart olmadığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre; bir hak, kendisine hukuk düzeni tarafından tanınan ekonomik ve sosyal amaçlardan saptırılarak dürüstlük kurallarına aykırı bir şekilde kullanıldığı takdirde, bu kullanma ile başkasına bir zarar verilmemiş olsa dahi, yine de bir kötüye kullanma söz konusudur ve böyle bir kullanma, hukuk düzeni tarafından korunmamalıdır. Bu şekilde, bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanımı söz konusu olmasına rağmen, bu kullanmanın başkasına zarar vermediği gerekçesiyle hukuken koruma görmesi, MK. m.2/1' deki dürüstlük kuralının değerini azaltmak sonucunu doğurur⁶²⁹.

Kanaatimizce; hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, hakkın kullanılmasından başkalarının zarara uğramış olması veya zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya bulunmasının üçüncü bir şart olarak kabulü, önceki hükümden farklı bir düzenleme getiren TMK. m.2/2 hükmünün ifadesi karşısında artık mümkün

anlaşılmaktadır. Buna göre maddede geçen ; “sırf gayri ızzar eden” deyimini, kanunun, hakkın kötüye kullanımı için zararlı bir sonucun meydana gelmiş olmasını şart olarak kabul ettiğini göstermektedir. Bkz. **Edis**, s.329. Zarar kavramından anlaşılması gerekenin, hakkın dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılması sonucunda, diğer şahısların hukuken korunan maddi veya manevi menfaatlerinin ihlal edilmesi olduğu ifade edilmektedir. Yani, hakkın kötüye kullanımı nedeniyle şahısların para ile ölçülebilen menfaatlerinde bir zararın doğması kadar, şahsiyet haklarında, şeref ve haysiyetlerine bir saldırının veya bunların ihlal edilmesinin meydana gelmesi de mümkündür. Örneğin, gereğinden yüksek bir duvar yaptırılarak, hasta olan ve güneş ışığına muhtaç bulunan komşunun ışığının kesilmesi durumunda zarar, komşunun kişiliğine ve beden bütünlüğüne yönelmektedir. Buna karşılık aynı duvarı komşunun bahçesinin önüne dikilerek, ışık ve güneşini kesilmesine ve böylece de bahçede yetiştirilen ürünün azalmasına veya niteliksizleşmesine neden olunması maddi bir zararı meydana getirir. Bkz. **Zevkliler**, s.166; **Edis**, s.329; **Akipek/ Akıntürk**, s.198.

⁶²⁸ **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.322; **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.22; **Oğuzman / Barlas**, s.189 ve s.196; **Dural/ Sarı**, s.194. Ayrıca ayrıntılı değerlendirme için bkz. **Barlas**, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.192, dn.2.

⁶²⁹ **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.322-323.

olmayacaktır. Zira zarar veya zarar tehlikesinin bulunması gerektiğini savunan görüş sahipleri, eski MK.m.2/2’deki “sırf gayri ızzar eden” deyimine dayanmaktadır⁶³⁰. Madde metninden bu deyimın çıkarılması ile birlikte, zarar veya zarar tehlikesinin bulunması şartını aramanın hiçbir dayanağı kalmadığından, zarar veya zarar tehlikesinin bulunması gerektiğini savunan görüş, önemini yitirmiş bulunmaktadır⁶³¹. Bu değerlendirmeler sonucunda, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için, bir hakkın var olması ve bu hakkın, dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanılması gerekli ve yeterli olacaktır.

⁶³⁰ Hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, zarar veya zarar tehlikesinin bulunması gerektiğini savunan görüş sahiplerine göre, hakkın kötüye kullanılmasını, bu kuruma oldukça benzeyen kanuna karşı hileden ayırmaya yarayan ölçütlerden biri de, hakkın kötüye kullanımı sonucunda bir zararın doğmuş olmasıdır. Kanuna karşı hile; kanunun emredici kuralının yasakladığı bir sonuca, kanunun bir başka kuralına dayanarak ulaşmaktır. Kanuna karşı hile kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Topçuoğlu**, s.240 vd. Kanuna karşı hilede bir hukuk kuralının, amacından sapıtılması söz konusudur. Bu kuralın kendi amacından sapıtılmasının nedeni, başka bir hukuk kuralının emredici ve yasaklayıcı hükmünden kurtulmaktır. Böylece kanuna karşı hilede, hukuk kurallarının otoritesi sarsılmaktadır. Ancak kanuna karşı hilede, bu hile nedeniyle başka bir şahsın bundan zarar görmüş olması şart değildir. Buna karşılık hakkın kötüye kullanılmasında, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde amacına aykırı olarak kullanılan bir hakkın varlığı söz konusu olup, bu amaca aykırı kullanımdan dolayı başkalarının mutlaka zarar görmesi veya en azından zarar görme tehlikesinin bulunması gerekmektedir. Örneğin, bir ülkenin, yabancı kişilere ülkeye giriş ve oturma izni vermiyor, fakat kendi vatandaşları ile evli olan yabancıları bu yasağın dışında tutuyorsa; böyle bir durumda, yabancı olan kimse, sırf o ülkeye girme ve oturma izni alabilmek için, gerçekte istemediği halde o ülkenin vatandaşlığına sahip birisi ile kanunlara uygun, fakat anlaşmalı bir evlilik yaparsa, burada bir hakkın kötüye kullanılması değil, kanuna karşı hile söz konusudur. Çünkü böyle anlaşmalı bir evlenmede, kural olarak karşı tarafın zarara uğraması da söz konusu değildir. Bkz. **Velidedeoğlu**, Hakkın İyiyeye ve Kötüye Kullanılması, s.139; **Akipek/ Akıntürk**, s.199-200; **Edis**, s.329; **Zevkliler**, s.166; **Akipek**, s. 183-184; **Topçuoğlu**, s.241; Doktrindeki bir görüş ise, hakkın kötüye kullanılmasının, kanuna karşı hileden farklı olduğunu ve kanuna karşı hilede, kanunun bir hükmünün dolandırıldığını, amacından sapıtılarak, kanunun başka bir hükmünün yasakladığı sonuca ulaşılacak istendiğini; buna karşılık, hakkın kötüye kullanılmasında ise, bir kanun hükmünden veya bir sözleşmeden doğan hakkın, amacı dışında kullanımının söz konusu olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.15-16; **Özsunay**, Bankacılık, s.100-101. Bunun yanı sıra bir başka görüş ise, kanuna karşı hileyi, hakkın kötüye kullanılması yasağının kapsamında değerlendirmekte ve kanuna karşı hilenin, MK. m.2/2’deki yaptırıma tabi tutulması, kişinin, hile ile amaçlanan kanuni korumadan yoksun bırakılması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Oğuzman / Barlas**, s.189 ve özellikle s.200-201.

⁶³¹ Bkz. **Oğuzman / Barlas**, s.196. MK. m.2/2’deki ifade değişikliğine rağmen hala zarar veya zarar tehlikesinin bulunması şartını arayan yazalar bulunmaktadır. Bkz. **Akipek/ Akıntürk**, s.199.

D-Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Yaptırımı

1-Genel Olarak

Hakkın kötüye kullanılmasının genel yaptırımı; hukuk düzeninin, herhangi bir hakkın açıkça kötüye kullanılması halinde bunu korumaması, himaye etmemesidir. Bunun anlamı, hakkın kötüye kullanımı halinde hak sahibinin, bu hakkını kullanmakla gerçekleşmesini istediği amacın ya da hukuki sonucun elde edilmesini sağlayacak imkânlardan yoksun bırakılmasıdır⁶³². Çünkü hukuk düzeni, bu davranışla o sonuca varılamayacağını, yani hakkın korunmayacağını açıkça kabul etmiştir.

Hakkın kötüye kullanımı, çok genel ve kapsamı geniş olan bir kavramı ifade etmektedir. İster kanundan ister taraflar arasındaki hukukî ilişkiden doğmuş olsun her hak kötüye kullanılabilir. Bu nedenle hakkın kötüye kullanımının yaptırımı, kötüye kullanılması mümkün olan bütün hakların mahiyetlerine uygun düşebilecek ölçüde genel ve kapsamlı olmalıdır. Nitekim Medeni Kanun, hakkın kötüye kullanımının yaptırımını belirlerken, öncelikle MK. m.2'de genel nitelikte bir yaptırım öngörmüştür. Buna göre, hakkın açıkça ve aşikâr bir şekilde kötüye kullanımını hukuk düzeni korumayacaktır. Yani dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanılan bir hakkın sahibi, ulaşmak istediği amacı ve elde etmek istediği menfaati hukuki yollardan sağlayamayacak, hukuki himayeden yararlanmayacaktır⁶³³. Bu genel nitelikteki yaptırımın yanısıra bazı hakların kötüye kullanımının yaptırımı özel olarak düzenlenmiştir⁶³⁴. MK. m.2/2' de belirtilen genel nitelikteki yaptırımın yanında bazı

⁶³² Akyol, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s. 120-121; Oğuzman/ Barlas, s.196; Özsunay, Bankacılık, s.98-99; Akipek/ Akıntürk, s.202-203; Edis, s.331; Dural/ Sarı, s.196; Özsunay, Medeni Hukuk, s.327; Zevkliler, s.167.

⁶³³ Akipek/ Akıntürk, s.200-201.

⁶³⁴ Hakkın kötüye kullanımının yaptırımı en ayrıntılı şekilde mülkiyet hakkı konusunda düzenlenmiştir. Taşınmaz malikinin sorumluluğu madde başlığı altında düzenlenen MK. m.730 hükmü; mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasından dolayı bir zarara uğrayan veya zarara uğrama tehlikesiyle karşılaşan kimseye bunun ortadan kaldırılmasını sağlamak üzere çeşitli talep hakları tanınmıştır. Madde hükmüne göre; bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski hale getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir. Ayrıca özel yaptırımlara; MK. m.190/1'deki eşlerden birinin, kanunun kendisine tanıdığı evlilik birliğini temsil yetkisini kötüye kullanması durumunda diğer eşin hakimden bu yetkiyi onun elinden almasını veya sınırlamasını isteyebileceğine ilişkin hüküm; MK. m.348'deki velayet hakkından doğan yetkilerin

hakların kötüye kullanımının sonuçlarının özel bir takım yaptırımlara bağlanmasının nedeni, genel yaptırımın uygulanmasının özel nitelikteki bu hakların mahiyetine uygun düşmemesi ve genel yaptırımın bu nitelikteki hakların kötüye kullanımının sonuçlarını ortadan kaldırmaya çoğu hallerde yeterli olmamasıdır⁶³⁵. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda doğrudan doğruya veya dolayısıyla, hakkın kötüye kullanılmasının sonucunun özel olarak düzenlendiği durumlarda bu özel düzenlemelere uygun şekilde davranılmalı ve hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımını buna göre belirlenmelidir

MK.m.2/2' de düzenlenen genel nitelikteki bu yaptırım, hakkını kötüye kullanan kimsenin davacı veya davalı durumunda bulunmasına göre farklı sonuçlar doğurur⁶³⁶. Hakkını kötüye kullanan kimse davalı durumunda ise, davacının iddialarına karşılık ileri süreceği def'i ve itirazları hâkim tarafından dikkate alınmayacaktır⁶³⁷. Buna karşılık, hakkını kötüye kullanan kimsenin davacı olması durumunda, hakkını açıkça kötüye kullanmış olan kişinin hakkı, hukuk düzeni tarafından korunmayacağından bu kötüye kullanma, davasının reddine neden olacaktır⁶³⁸.

kötüye kullanılması durumunda hakimin, ana babadan velayet hakkını geri almasına ilişkin hüküm; MK. m.483'deki vasilik görevini kötüye kullanan vasinin hakim kararı ile vasilikten azledileceğine ilişkin hüküm; Ayrıca Borçlar Kanunu'nda irade bozukluğu hallerinden hatada, hataya uğrayan tarafın hata nedeniyle sözleşme ile bağlı olmadığını bildirme hakkını kötüye kullanamayacağını düzenleyen BK. m.25 hükmünde hakkın kötüye kullanımı halinde, yapılmış olan hukuki işlemin hataya rağmen geçerli olduğu kabul edilmektedir

⁶³⁵ **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.121; **Akipek/ Akıntürk**, s.201; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.328; **Zevkliler**, s.167; **Edis**, s.331.

⁶³⁶ **Akipek/ Akıntürk**, s.203-204; **Özsunay**, Medeni Hukuk, s.328.

⁶³⁷ Hakkını kötüye kullanan kimsenin davalı durumunda olmasına çeşitli örnekler verilebilir. Zamanaşımı süresi içerisinde tutum ve davranışlarıyla dava açılmasını önleyen davalının, süre geçtikten sonra dava açılması halinde zamanaşımı def'ini ileri sürmesi hakkın kötüye kullanımının tipik örneğini oluşturmaktadır. Aynı şekilde, evlilik dışı bir çocuğun tanınacağına dair davacıda, dürüstlük kurallarına aykırı olarak uyandırılmış olan güven sebebiyle zamanında açılmayan bir babalık davasında davalının, süreye uyulmaması nedeniyle dava hakkının düşmüş olduğu yönündeki itirazı, hakkın kötüye kullanımı gerekçesiyle dikkate alınmamalıdır. Bunun gibi, bir hukuki işlemin, aranan şekle uyularak yapılmasına kendi davranışıyla sebebiyet veren davalının, sonradan şekil eksikliğine dayanarak bu işlemin geçersizliğini ileri sürmesi ve işlemin iptalini talep etmesi, hakkın kötüye kullanımı niteliği taşımaktadır.

⁶³⁸ Hakkını kötüye kullanan kimsenin davacı durumunda olmasına da çeşitli örnekler verilebilir. Şekle aykırı olarak yapılmış bir sözleşmede, sözleşme şekle aykırı olmasına rağmen taraflar edimlerini yerine getirmişlerse, daha sonra şekil noksanlığını ileri sürerek bu işlemin geçersizliğini ileri sürmek hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğinden davacının geçersizlik iddiası ret edilecektir. Aynı şekilde bir dairenin tahliye edilmesini sağlamak amacıyla ihtiyacın bizzat davacı tarafından yaratılması da dürüstlük kuralına aykırıdır ve hakkın kötüye kullanılması anlamına gelir.

2-Hakkın Kötüye Kullanılmasına Karşı Açılabilir Davalar

MK.m.2/2 hükmü, hakkın açıkça kötüye kullanımını hukuk düzeninin korumayacağını getirmiş olmakla birlikte, bu hüküm kişiye doğrudan doğruya dava açma hakkı tanımamaktadır. Bu nedenle doktrinde, tipik bir kötüye kullanma niteliği taşıyan ve mülkiyet hakkının kullanılmasına ilişkin olan MK. m.730 hükmünde tanınan dava haklarının, niteliğine uygun düştüğü ölçüde genişletilerek, bütün kötüye kullanma hallerine uygulanması kabul edilmektedir⁶³⁹. MK. m.730 hükmünü dikkate alarak hakkın kötüye kullanılması halinde açılabilir davaları; eski hale getirme davası, önleme ve durdurma davası, tazminat davası, menfi tespit davası ve hâkimin sözleşmeye müdahalesi için dava şeklinde beş başlık altında toplamak mümkündür. Bu davaları fazla ayrıntıya girmeden, sadece hakkın kötüye kullanılması bakımından inceleyecek olursak; eski hale getirme davası, mevcut bir haksız durumu ortadan kaldırmayı ve fiili durumun zararlı fiilden önceki duruma getirilmesini amaçlayan davadır⁶⁴⁰. Eski hale getirme davası, hakkın kötüye kullanılması eyleminin tamamlandığı hallerde açılır. Bitmiş ve tamamlanmış eylemle meydana gelen durumun eski hale getirilmesi dava edilmektedir.

Önleme ve durdurma davası, hakkın kötüye kullanılması devam ederken veya en azından hakkın kullanılması yüzünden ileride gerçekleşeceği pek olası bir tehlike ile karşılaşma tehdidi altında bulunan kişiler tarafından, bir zararın doğmasından önce gerekli önlemlerin alınmasını hâkimden talep etmek amacıyla açtıkları bir davadır. Bu dava, zararın doğmasından önce açılan bir davadır ve zararın doğumunu

⁶³⁹ Edis, s.331; Akipek/ Akıntürk, s.202; Özsunay, Medeni Hukuk, s.327-328. Buna karşılık doktrinde bir görüş, MK. m.730 örneğinin isabetli olmadığını, bu hüküm çerçevesindeki sorumluluğun sebebinin, mülkiyet hakkının yasal kısıtlamalara aykırı kullanılmasını oluşturduğu, oysa bu aykırılığın mutlaka hakkın kötüye kullanılması şeklinde ortaya çıkmasının şart olmadığını ileri sürmektedir. Oğuzman / Barlas, s.197, dn.323a. Açılabilir davalar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akyol, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, s. 125 vd.

⁶⁴⁰ Akipek/ Akıntürk, s.202. Malikin, mülkiyet hakkını kötüye kullanarak inşa ettirmiş olduğu yüksek bir duvardan dolayı manzarası veya havası kapatılmış bulunan komşusu, bu davayla duvarın yıktırılmasını istemek hakkına sahiptir. Yine malikin, dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde komşu bahçenin tam önüne yığılmış olduğu kömürden çıkan tozlardan rahatsız olan komşusu, bunların ortadan kaldırılmasını bu dava ile talep edebilir. Ortak yararlanılan kaynaktan fazla su çekilmişse, suyu çeken kişinin su çekmesi yasaklanarak azalan suyun eski düzenine getirilmesini sağlamak da bir eski hale getirme davasıdır. Bkz. Akyol, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, s. 125; Saymen, Medeni Hukuk, s.329.

önleyici bir niteliğe sahiptir⁶⁴¹. Önleme ve durdurma davasının uygulamada etkili olabilmesi için, hakkın kötüye kullanılması eylemi henüz başlamadığından veya devam etmekte olduğundan, bu eylemin davanın devam ettiği sırada geçici olarak durdurulması için dava dilekçesi ile ihtiyati tedbir talep edilmelidir. Aksi takdirde davanın devamı sırasında, hele davanın uzadığı da düşünülürse, hakkını kötüye kullananın eylemi amacına ulaşır ve bunun ortadan kaldırılması daha fazla masrafa ve zahmete neden olur⁶⁴².

Hakkın kötüye kullanılması, bir zararın doğmasına sebebiyet vermiş ise, bu zarara uğrayan kişi maddi tazminat davası açabilir. Maddi tazminat davasında hâkim, bir miktar paraya hükmedebileceği gibi, aynı tazminata da hükmedebilir. Çünkü aynı tazminat, duruma göre daha uygun ve daha elverişli olabilir⁶⁴³.

Menfi tespit davasında davacı, hakkını kötüye kullanan kişiye borcunun bulunmadığını tespitini hâkimden talep etmektedir. Hâkimin sözleşmeye müdahalesi için açılan dava da ise davacı, karşı tarafın değişen ağır şartlara sözleşmeyi uydurmamış olduğu, bu durumda kendisinin sözleşmeye uymasının ekonomik mahvına sebep olacağı gerekçesine dayanarak davayı açmaktadır⁶⁴⁴.

II-GARANTİ BEDELİNİN ÖDENMESİNİN HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI SURETİYLE TALEP EDİLMESİ

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, diğer tüm hakların kullanılmasında olduğu gibi garanti sözleşmesi ve banka garantisinden doğan bir hakkın kullanılmasında da uygulama alanı bulur. Doktrinde, garanti bedelinin hakkın kötüye

⁶⁴¹ **Akipek/ Akıntürk**, s.202; **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.126.

⁶⁴² **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.126.

⁶⁴³ **Zevkliler**, s.167; **Akipek/ Akıntürk**, s.202; **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.126; **Dural/ Sarı**, s.196; **Saymen**, Medeni Hukuk, s.329. Kişilik haklarına tecavüz fiilinin, bir hakkın kötüye kullanılmasına konu olması durumunda kişi, diğer şartlar da gerçekleşmişse, manevi tazminat davası açarak tazminat talebinde bulunabilir. Bkz. **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.126.

⁶⁴⁴ **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.127. Kiralayanın kiracıya karşı kira parasının yükseltilmesi isteğiyle veya kiracının, fahiş miktarda yükseltilecek kira parasının makul seviyeye indirilmesini talep ettiği “kira tespit davası”, hâkimin sözleşmeye müdahalesi için açılan davaya örnek olarak verilebilir.

kullanılması suretiyle talep edilmesi halinde garanti verenin, garanti bedelini ödemeye ilişkin yükümlülüğünün doğmayacağı kabul edilmektedir⁶⁴⁵. Bu durumda garanti veren banka, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğunu ileri sürerek, garanti bedelini ödemekten kaçınacaktır⁶⁴⁶.

Kanunumuzun mehzasını oluşturan İsviçre hukuku ve Türk hukuku bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağının dayanağını oluşturan MK. m.2 hükmü banka garantileri bakımından da uygulanır⁶⁴⁷. Alman Hukuku bakımından ise hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması halinde dürüstlük kuralının ihlalini düzenleyen BGB § 242 hükmünün uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁴⁸. Buna karşılık *Coing*, banka garantisi ve bu arada da akreditifin işlevi ve amacı dikkate alındığında, dürüstlük kuralını düzenleyen BGB. § 242 hükmünün, banka garantisi ve akreditiften doğan ödeme yükümlülüğüne tam ve kesin bir ölçü ile uygulanamayacağını, bunun yerine uluslararası ticaret dikkate alınarak banka garantisinde hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan olaylar için, özel bir

⁶⁴⁵ **Kleiner**, Bankgarantie, s.201 vd.; **Dohm**, s.82 ve s.111 vd.; **Zobl**, s.42; **Nielsen**, Aktuelle Fragen, s.77; **Wolfgang**, s.39; **Gruel**, s.97-98; **Hoffmann**, s.391 vd.; **Rieder/ Rieder**, s.112; **Avancini/ Koziol/ Iro**, s.306; **Steiner**, s.87-88; **Büsser**, s.367; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.158; **Bülow**, s.510 ve s.515; **Schönle**, s.59 vd. ve s.74; **Richter**, s.225 ve özellikle de s.242 vd.; **Nielsen**, 7. Rostocker, s.56; **Lwowski/ Merkel**, s.65; **Horn**, Garantien, s.148 vd.; **Giger**, s.258 vd.; **Berger**, Internationale Bankgarantien, s.2; **Bögl**, s.39 vd.; **Kratz**, s.185 vd.; **Schütze**, Einheitliche Richtlinien, s.76 vd.; **Thietz-Bartram**, s.59 vd. ve özellikle s.136 vd.; **Weth**, s.335 vd.; **Bydlinski**, AcP190, s.173 vd.; **Horn**, Missbrauch von Bankgarantien, s.149 vd.; **Schefold**, rechtsmissbräuchliche Inanspruchnahme, s.118 vd.; **Stockmayer**, s.326 vd.; **Blaurock**, s.204; **Mülbert**, Neueste Entwicklungen, s.1108; **Belzer**, s.209 vd.; **Doğan**, s.195.

⁶⁴⁶ Nitekim UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 19. maddesinde garanti sözleşmesinde hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda garanti veren bankanın ödeme yapmaktan kaçınmak zorunda olduğu düzenlenmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Heidbüchel**, s.195 vd.; **Buch**, s.399 vd.; **Lienesch**, Bankgarantie, s.165 vd.; **Markus**, s.44 vd.; **Czerwenka**, s.825-826.

⁶⁴⁷ **Zobl**, s.43; **Dohm**, s.111; **Kleiner**, Bankgarantie, s.201-202; **Spaini**, s.143.

⁶⁴⁸ **Canaris**, Rechtsmissbrauchs, s.528; **Nielsen** Bankgarantien, s.107; **Gruel**, s.98; **Liesecke**, s.26 vd.; **Mülbert**, Missbrauch von Bankgarantien, s.54 vd.; **Heldrich**, s.176; **Nielsen**, ZHR, s.147. Hakkın kötüye kullanılmasını düzenleyen asıl hüküm BGB. § 226 olmasına karşın, hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin değerlendirmeler hep BGB. § 242 çerçevesinde yapılarak, hakkın kötüye kullanılması halleri dürüstlük kuralının uygulama alanına giren somut olay guruplarından biri olarak ele alınmaktadır. Bu nedenle de hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin BGB. § 226 hükmü pratik bakımdan etkisiz ve içi boş bir hüküm halini almaktadır. Değerlendirmeler için bkz. **Barlas**, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.201-202. Garantiden doğan hakkın kullanılması sırasında, ahlaka aykırı bir şekilde başkasına isteyerek zarar veren garanti alanın BGB. § 826 hükmü çerçevesinde zararı tazmin etme yükümlülüğü konusunda OLG München, 31.10.1984 tarihli kararı ve değerlendirmesi için bkz. **Trost**, s.161-162.

düzenlemenin getirilmesi gerektiğini savunmaktadır⁶⁴⁹. Avusturya hukuku bakımından ise, banka garantileri bakımından, hakkın kötüye kullanılmasını genel olarak düzenleyen AGBG § 1295 hükmünün uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir⁶⁵⁰.

Aşağıda öncelikle hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının şartları ve hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğunun belirlenmesi ve ispatı ele alınacak, daha sonra da garanti ilişkisi bakımından uygulamada karşılaşılabilecek tipik nitelikteki hakkın kötüye kullanılması halleri incelenecektir. Son olarak da hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının ve ödeme yapılmasının hukuki sonuçları banka garanti sözleşmesi, karşılık ilişkisi ve temel ilişki bakımından ayrı ayrı değerlendirilecektir.

A-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiğinin Kabulü İçin Varlığı Gerekli Şartlar

Garanti alan, garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte, dürüstlük kuralına göre gerçekte herhangi bir talep hakkı bulunmamasına rağmen garantinin ödenmesini talep ederse, bu ödeme talebi hakkın açıkça kötüye kullanılmasını oluşturur. Buna göre garanti bedelinin ödenmesi talebinin, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilmesi için, öncelikle görünürde de olsa ileri sürülebilecek bir talep hakkının varlığı gerekir. Bunun yanısıra garanti alanın, bu görünürde var olan talep hakkını, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde ileri sürmesi gerekir.

⁶⁴⁹ **Coing**, s.131-132. *Coing*, hakkın kötüye kullanılmasının temelini, ortak hukuktan gelen ve genel hile def'i olarak adlandırılan, *exceptio doli generalis*'in oluşturduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Coing**, s.139.

⁶⁵⁰ **Koziol**, *Garantievertrag*, s.60 ; **Steiner**, s.92 vd.; **Avancini/Koziol/Iro**, s.306-307.

1-Garanti Alanın Garanti Bedelini Talep Etmeye Yönelik Hakkının Bulunması

Hakkın kötüye kullanılması yasağının şartlarını incelerken de belirttiğimiz üzere, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için, her şeyden önce kullanılması mümkün olan bir hakkın var olması gerekir. Bir hak olacak ki bu hak kötüye kullanıldığı için ve kötüye kullanıldığı oranda hukuken korunmaya değer olmayacak ve bu yüzden sadece görünürde bir hak niteliği taşıyacaktır. Buna karşılık sözde var olan hak, hiçbir şekilde mevcut değil, geçerli bir şekilde oluşmamış, şarta bağlı ortaya çıkıyor veya kullanılmadan önce ortadan kalktığı için gerçekte mevcut değilse, bu durumda hakkın kendisi var olmadığı için, kötüye kullanılmasından da söz edilemeyecektir.

Garanti alanın, garanti sözleşmesinden doğan bir talep hakkına sahip olabilmesi için, öncelikle geçerli bir şekilde oluşmuş bir garanti sözleşmesinin bulunması ve garanti konusu olayın gerçekleşmesi gerekir⁶⁵¹. Bunların yanısıra ödeme talebinde bulunabilmek için gerekli olan ödeme talebinde bulunma zamanı ve şekline ilişkin diğer şartlar ile sözleşmede özel olarak kararlaştırılan şartların da garanti alan tarafından yerine getirilmiş olması gerekir⁶⁵². Garanti sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulması ve ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin şartlar daha önce ayrıntılı bir şekilde incelendiği için, burada konu bakımından önem arz eden garanti konusu olayın gerçekleşmesi şartına değinilecektir.

Garanti bedelinin talep edilebilmesine ilişkin hak, garanti konusu olayın gerçekleşmesi şartına bağlanmış bulunmaktadır⁶⁵³. Temel ilişkinin borçlusu, garanti ile teminat altına alınan sözleşme konusu edimini, borcun muaccel olduğu zamanda sözleşmeye uygun olarak ifa ederse, garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla talep hakkının oluşması için gerekli olan garanti konusu olayın meydana gelmiş olması şartının da gerçekleşmesi artık mümkün olmayacaktır. Böylece garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün

⁶⁵¹ **Büsser**, s.368-369.

⁶⁵² Ödeme talebinde bulunulmasının zamanı ve şartları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, § 2, II, A, 2-3.

⁶⁵³ **Arkan**, Teminat Mektubu, s.74.

olmaması nedeniyle ödemede bulunmaya ilişkin talep hakkı da sona erer. Bu durumda talep hakkı ortadan kalktığı için talep hakkının kötüye kullanılması da artık mümkün olmayacaktır⁶⁵⁴.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunulması için, garanti konusu olayın gerçekleşmiş olması gerektiğine ilişkin kuralın, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir “İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde garanti veren banka, ödeme talebinin kendisine ulaşmasından sonra derhal ve gecikmeksizin ödemede bulunmakla yükümlüdür. Bu tür garantilerde ödeme talebinde bulunmak için garanti alan, garanti konusu olayın gerçekleştiğini açıkça iddia etmek ve ispat etmek zorunda değildir. Ödemenin yapılması için, salt ödeme talebi yeterli olacaktır. Ancak bu ödeme talebi, zımnen de olsa garanti konusu olayın gerçekleştiği iddiasını da içermelidir. Bu nedenle garanti bedelinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edilebilmesi, ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından da söz konusu olabilecektir⁶⁵⁵.

2-Garanti Alanın Talep Hakkını Dürüstlük Kuralına Aykırı Bir Şekilde Kullanması

Garanti alan, garanti sözleşmesinden doğan ödeme talebinde bulunma hakkını, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde kullanırsa, garantiden doğan bu hakkını kötüye kullanmış olur. Makul, orta zekâlı, dürüst ve ahlaklı kişiler bakımından yapılacak bir değerlendirmede objektif iyiniyet (dürüstlük) kurallarına göre garanti alanın, ödeme talebinde bulunma konusunda, herhangi bir hakkının bulunmadığı sonucuna varılırsa, garanti alanın yapmış olduğu bu ödeme talebi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ Bu durumda yapılacak ödeme talebi, garantinin teminat amacına aykırılık oluşturur. Amaca aykırı ödeme talebi aşağıda incelenecektir. II. Bölüm, § 7, II, A.

⁶⁵⁵ Karş. **Büsser**, s.369.

⁶⁵⁶ **Dohm**, s.116; **Büsser**, s.370; **Richter**, s.247.

Dürüstlük kuralına göre garanti alanın, temel borç ilişkisi bakımından garanti edilen edim sonucuna ilişkin kendisinin bir talep hakkına sahip bulunmadığını bilmesine rağmen yapacağı bir ödeme talebi, hakkın açıkça hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Bu tür bir durum özellikle garanti alanın, temel ilişkideki talep hakkını ortadan kaldıran bu nedeni açık veya zımni bir şekilde kabul etmesi durumunda söz konusu olur. Garanti alan, garanti bedelinin ödenmesine yönelik talep hakkını kullanmadan önce teminat altına alınan edimden doğan hakkından feragat etmişse ve buna rağmen ödeme talebinde bulunuyorsa veya teminat altına alınan edimin yerine getirilmesine kendi davranışları ile engel olmasına rağmen ödeme talebinde bulunuyorsa yapılan bu ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır. Bunun gibi de temel borç ilişkisinin geçersizliğini kendisi ileri sürmesine rağmen ödeme talebinde bulunan garanti alanın davranışı da hakkın kötüye kullanılması niteliği taşır⁶⁵⁷.

Garanti veren bankanın, garanti sözleşmesinden doğan borcu, bağımsız ve asli nitelikte bir borcu oluşturur. Garanti veren banka, asli nitelikte bir borç vaadinde bulunmakla, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebine karşı, temel borç ilişkisinden doğan ve garanti alanın teminat altına alınan edime yönelik talep hakkını engellemek için kullanılabilen def'i ve itirazları ileri sürmekten vazgeçmektedir. Böylece garanti alan, temel ilişkinin borçlusu karşısında, üstün bir hukuki konuma kavuşmaktadır⁶⁵⁸. Zira garanti verenin def'i ve itirazları ileri sürmekten vazgeçmesi karşısında, garanti alanın ödeme talebinde bulunması durumunda, temel borç ilişkisinin tarafları arasında ortaya çıkan garanti alanın teminat konusu edime yönelik bir hakkının bulunup bulunmadığı konusunda tartışma yapılmamakta ve bu tür bir ihtilafın çözümü sonraya bırakılarak ertelenmektedir. Dürüstlük kuralı uyarınca teminat altına alınan edime yönelik bir talep hakkı kesin olarak bulunmamasına rağmen, garanti bedelinin ödenmesini talep eden garanti alan, temel borç ilişkisindeki talepte bulunabilme durumundan bağımsız olarak garantiyi talep etmesine izin veren bu üstün hukuki konumunu da kötüye kullanmış olmaktadır.

⁶⁵⁷ **Büsser**, s.371; Dikkat edilmelidir ki garanti alanın teminat altına alınan edime yönelik bir talep hakkının bulunmamasına rağmen, garanti bedelinin ödenmesini talep ettiği her durum hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımayabilir. Zira aksi bir durumda garanti sözleşmesinden doğan borcun fer'i nitelikte olmaması niteliği ve özelliği, hakkın kötüye kullanılması yasağıyla bertaraf edilmiş olurdu.

⁶⁵⁸ **Streule**, s.88; Ayrıca BGE 71 II 99 için bkz. **Streule**, s.88, dn.23;

Çünkü bu üstün hukuki konumun amacı, garanti alanı, temel borç ilişkisindeki talep hakkına ilişkin ihtilafli durumlardan uzak tutmayı sağlamaktır. Fakat dürüstlük kuralı çerçevesinde teminat altına alınan edime yönelik bir talep hakkının kesin olarak bulunmaması halinde, garantinin fer'i olmayacak şekilde düzenlenmesindeki bu amaç, ortadan kalkmaktadır. Bu durumda garanti bedelinin ödenmesinin talep edilmesi, yararsız, hakkın kullanım amacına aykırı ve bu yüzden de görünürde var olan bir hukuki konumun kötüye kullanması suretiyle icrasını oluşturacaktır⁶⁵⁹.

Garanti bedelinin ödenmesinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edilmesi, garanti alanın, talep hakkının bulunmadığını bilmesini şart koşsa da, zarar verme kastının bulunmasını gerektirmez. Ödemeye ilişkin talep hakkının, kötüye kullanıldığının kabulü için, objektif bakımdan incelendiğinde garanti alanın toplum içinde ortalama akıl ve düşünceye sahip olan makul bir kişi olarak, garanti bedelinin talep edildiği zamanda dürüstlük kuralına göre teminat altına alınan edime yönelik bir talep hakkına sahip olmamasına rağmen şekli bakımdan mevcut olan (görünürdeki) talep hakkını kullanması gerekli ve yeterli olacaktır⁶⁶⁰.

Sadece açıkça kötüye kullanılan bir hak, her türlü hukuki korumadan mahrum kalacaktır. Zira kanunun ifadesiyle hakkın, “açıkça” (offenbar) kötüye kullanması halinde ancak kötüye kullanımdan söz edilebilir. Kanun koyucunun, kötüye kullanmanın “açıkça” olması kıstasını getirmesindeki maksat, çok sıkı şartlara bağlı olarak istisnaen uygulanması gereken kural dışı ve olağanüstü bir düzeltme hakkı niteliği taşıyan hakkın kötüye kullanılması yasağının, her zaman kolaylıkla her olayda uygulanmasına engel olmaktır. Açıkça kötüye kullanmadan anlaşılması gereken; kötüye kullanmanın, özellikle toplum içinde ortalama akıl ve düşünceye sahip olan makul bir kimse yönünden de olmak üzere herkesin anlayabileceği açıklıkta olmasıdır. Dolayısıyla garanti alanın, garanti sözleşmesinden doğan talep hakkı, ancak açıkça kötüye kullanılırsa, hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilecektir⁶⁶¹. Açıkça kötüye kullanma kıstası garanti sözleşmesi bakımından da

⁶⁵⁹ Bkz. **Büsser**, s.371.

⁶⁶⁰ **Spaini**, s.145; **Dohm**, s.115-116; **Büsser**, s.372; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.294. Karş. **Gruel**, s.104-105; **Nielsen** Bankgarantien, s.109; **Horn**, Missbrauch von Bankgarantien, s.153.

⁶⁶¹ **Giger**, s.260.

uygulanmalı ve edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel borç ilişkisinden kaynaklanan her olay hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmemelidir. Ancak açıkça kötüye kullanmanın söz konusu olduğu olaylar bakımından dürüstlük kuralının ihlali ve hakkın kötüye kullanılması yasağı gündeme gelmelidir. Aksi takdirde, bağımsız nitelikteki garanti yükümlülüğü, tehlikeli bir biçimde fer'i niteliğe dönüşecektir. Bu nedenle ödeme talebinin, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığına karar verilirken, garantinin hukuki niteliğinin de değişmemesine özen gösterilmelidir⁶⁶².

B-Garanti Bedelinin Ödenmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edilmesinin Başlıca Görünümleri

1-Genel Olarak

Garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte, dürüstlük kuralına göre temel borç ilişkisi bakımından herhangi bir talep hakkı bulunmayan garanti alanın, garantinin bedelinin ödenmesi talebinde bulunması, hakkın açıkça kötüye kullanılmasını oluşturur. Hakkın kötüye kullanılması yasağının garanti sözleşmesi ve banka garantisi bakımından somutlaştırılması ve konunun daha iyi anlaşılması amacıyla, garanti sözleşmesi ve banka garantisi bakımından hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan durumların uygulamadan örneklerle açıklanması yararlı olacaktır. Bu nedenle aşağıda hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan durumları örnek olarak açıklayacak ve değerlendireceğiz.

Aşağıda açıklayacağımız örneklerin yanısıra UNCITRAL tarafından yayımlanan Konvansiyon'un 19. maddesinde banka garantisinde hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin olarak bazı örnek olaylar verilmiştir. Buna göre, garanti alan tarafından sunulması gereken belgenin gerçek olmayan veya yanlış bir belge olması; ödeme talebinde veya sunulan belgede iddia edilen olayların ödeme yapılmasını muaccel kılmaması; ödeme talebi,

⁶⁶² Kleiner, Bankgarantie, s.205-206.

yükümlülüğün türüne ve amacına göre değerlendirildiğinde düşünülebilecek olayları kapsamaması durumlarında⁶⁶³ garanti veren, iyi niyetli olması kaydıyla garanti alana karşı ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

Kanaatimizce UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 19. maddesinde belirtilen hakkın kötüye kullanılması olay gurupları, bizim yapmış olduğumuz ayırımlar çerçevesinde hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmek mümkün olmayacaktır. Zira garanti alan tarafından sunulması gereken belgenin gerçek olmayan veya yanlış bir belge olması, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımamakta, ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin itirazlar arasında yer almaktadır⁶⁶⁴. Ödeme talebinde veya sunulan belgede iddia edilen olayların ödeme yapılmasını muaccel kılmaması durumu ise, yine hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmeyecektir. Zira bu tür bir durum garanti konusu olayın gerçekleşmediğini göstermektedir⁶⁶⁵. Bu durumda garanti veren banka, amaca aykırılık itirazında bulunmak suretiyle ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Ödeme talebinin, yükümlülüğün türüne ve amacına göre değerlendirildiğinde düşünülebilecek olayları kapsamaması durumu ise, garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması söz konusudur⁶⁶⁶. Bu durumda da garanti veren banka, amaca aykırılık itirazında bulunmak suretiyle ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

2-Garanti Alanın Teminat Altına Alınan Edime İlişkin Bir Hakkının Bulunmadığını Kabul Etmesine Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması

Garanti alan temel borç ilişkisi çerçevesinde teminat altına alınan edime yönelik bir talep hakkının bulunmadığını önceden kabul etmesine rağmen garanti

⁶⁶³ UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 19. maddesinde garanti sözleşmesinde hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin olay gurupları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Heidbüchel**, s.196 vd.; **Buch**, s.402 vd.; **Lienesch**, Bankgarantie, s.165 vd.; **Markus**, s.45 vd.; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.500; **Horn**, UN-Konvention, s.722.

⁶⁶⁴ Ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin itirazlar konusunda bkz. II. Bölüm, § 5, III.

⁶⁶⁵ Garanti konusu olayın gerçekleşmediğine ilişkin savunma konusunda bkz. II. Bölüm, § 7, II, A, 2.

⁶⁶⁶ Garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması savunması için bkz. II. Bölüm, § 7, II, A, 1.

bedelinin ödenmesini talep etmesi hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur⁶⁶⁷. Bu tür bir durumla özellikle, temel ilişkinin, edimi garanti edilen ile garanti alan arasında yapılan bir sulh veya ibra sözleşmesi ile ortadan kaldırılmasında karşılaşılr. Taraflar arasındaki sulh sözleşmesi yargılama aşamasında olabileceği gibi, yargılama dışında da söz konusu olabilir. Bu tür bir sulh veya ibra sözleşmesinin varlığına ve bu sözleşmeyi yapmakla garanti bedelini talep etmeye yönelik hakkını bulunmadığını kabul etmesine rağmen garanti alanın yapacağı ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliğindedir⁶⁶⁸. Sulh veya ibra sözleşmesinin varlığına rağmen garanti alanın ödeme talebinde bulunması, hakkın kötüye kullanılmasının tipik örneği olan çelişkili bir davranış içinde bulunulduğunu göstermektedir⁶⁶⁹.

3-Garanti Alanın Garanti Konusu Olayın Gerçekleşmesine Kendi Davranışı Yol Açmasına Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması

Banka garantisi ve garanti sözleşmesi bakımından hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan diğer bir durum da, garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleşmesine kendi davranışı yol açmasına rağmen garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunmasıdır⁶⁷⁰.

Temel borç ilişkisinin konusunu oluşturan edimin ifa edilmesi için, temel ilişkinin alacaklısı durumunda olan garanti alanın da yerine getirmesi gereken bazı yükümlülükleri bulunabilir. Garanti alan, bu yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınarak veya aktif davranışları ile teminat altına alınan edimin sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesini engelleyerek garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olabilir. Garanti alanın, kendi davranışları ile garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olmasına rağmen, garanti bedelinin ödenmesini talep etmesi hakkın açıkça kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır⁶⁷¹. Bu durumda da garanti

⁶⁶⁷ **Büsser**, s.373.

⁶⁶⁸ **Kahyaoglu**, s.75.

⁶⁶⁹ Bkz. **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.57 vd.; **Edis**, s.342 vd.

⁶⁷⁰ **Kleiner**, Bankgarantie, s.207-208.

⁶⁷¹ **Büsser**, s.375.

veren bankanın garanti bedelini ödeme konusunda sorumluluğunun doğmayacağı kabul edilmektedir⁶⁷². Örneğin temel borç ilişkisinde, garanti alanın, öncelikle akreditif açtıracığı, edimi garanti edilenin de bunun üzerine satılan malları teslim edeceği kararlaştırılabilir. Akreditifi açtırmamak suretiyle, yükümlülüğünü yerine getirmeyerek garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olan garanti alanın, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunması hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır. İngiltere’de yaşanan benzer bir olayda, sözleşme hükümlerine göre akreditif açtırması gereken alıcı durumundaki garanti alanın, bu yükümlülüğü yerine getirmemesi üzerine, borçlu durumundaki edimi garanti edilen, kendisine düşen yükümlülükleri yerine getirmeyeceğini alıcıya bildirmiş ve mahkemeden de garanti bedelinin ödenmesinin yasaklanması konusunda tedbir talep etmiştir. Mahkeme ise, bankaların kural olarak taraflar arasındaki ilişkileri ve garanti alanın ödeme talebinin haklı olup olmadığını inceleme borcu altında olmadıklarını belirterek tedbir kararı vermemiştir⁶⁷³.

Garanti konusu olayın gerçekleşmesine kendi davranışı ile neden olan garanti alanın, yapmış olduğu ödeme talebinin, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığıının kabul edilmesi için, teminat altına alınan edimin yerine getirilmemesinde ve böylece de garanti konusu olayın gerçekleşmesinde kasıtlı hareket etmesi gerekmez⁶⁷⁴. Garanti alanın ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturması yeterlidir. Zira teminat altına alınan edimin yerine getirilmemesinden sorumlu olan garanti alan, garanti bedelinin ödenmesini talep etmekle dürüstlük kuralına aykırı davranmış olur. Bir kararında Yargıtay⁶⁷⁵ şu şekilde hüküm tesis etmiştir⁶⁷⁶;

⁶⁷² **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.856-857; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.170-171; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.81.

⁶⁷³ Karar ve eleştiriler konusunda bkz. **Arkan**, Teminat Mektubu, s.81-82.

⁶⁷⁴ **Dohm**, s.115; **Von Westphalen**, Bankgarantie s.191; **Horn**, Missbrauch von Bankgarantien, s.152-153; **Büsser**, s.375 ve özellikle de bkz. s.371-372.

⁶⁷⁵ Söz konusu karara konu olan olayda Türkiye’de ikamet eden davacı X şirket, İran’da ikamet eden GTC firması ile akreditife dayalı satım sözleşmesi kurmuş ve GTC firmasının talebi üzerine bir Türk bankasının garantisini temin etmiştir. GTC firması, akreditifi süresinde değil de 4 ay sonra açtırmıştır. Bunun üzerine, GTC firmasının bu tutumu nedeniyle X firması, akdin ifasının imkânsız hale geldiğini, zarara uğradığını, GTC firmasının banka garantisini paraya çevirme ihtimalinin bulunduğunu, garanti konusu olayın ortadan kalktığını, bu nedenlerden dolayı banka garantisinin hükümsüzlüğüne karar verilmesini talep etmiştir.

“... taraflar arasındaki 4.2.1987 ve 6.2.1987 tarihli sözleşmelerden kısa bir süre sonra teminat mektubu 13.2.1987 tarihinde davalıya (GTC.) ulaştırıldığı halde, davalı alıcı firma (GTC.) akreditifi 18.5.1987’de açtırarak satış sözleşmesine aykırı davranmıştır. Satışın teslim şekline göre yükleme vadelerinde uygun gemi sağlamayan, malları zamanında teslim almayan davalının (GTC.) sözleşme ve akreditifin teminatı olarak verilen teminat mektubunu iade etmesi gerekirken, iade etmediğinden, davacının teminat mektubunun hükümsüzlüğünü istemesi haklı bir nedene dayanmakta olup, mahkemece bu yönde verilen karar sonucu itibarıyla doğrudur...”. Reisoğlu, haklı olarak kararı eleştirmektedir⁶⁷⁷. Zira olay bakımından Yargıtay’ın yapmış olduğu değerlendirmeler hatalıdır. Temel ilişkinin tarafları olan satıcı X firması ile alıcı GTC firması arasında meydana gelen ve sadece tarafların birbirine karşı ileri sürebileceği def’i ve itirazlara dayanmak suretiyle banka garantisinin hükümsüzlüğüne karar verilmesi mümkün değildir. Olayımız bakımından X firmasının, satım konusu malları, belirtilen zamanda alıcı GTC firmasına göndermemiş olması sonucunda garanti konusu olay gerçekleşmiştir. Dolayısıyla garanti alan durumundaki GTC firmasının garanti bedelinin ödenmesine yönelik talep hakkı da doğmuştur. Ancak, garanti konusu olayın gerçekleşmiş ve ödeme talebine ilişkin hakkın doğmuş olmasına rağmen, garanti alanın ödeme talebinde bulunması dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Çünkü GTC firması, satım konusu malın ifa edilmesi amacıyla kendisi tarafından yerine getirilmesi gereken

Dava üzerine mahkeme, akreditif ilişkisine girildikten sonra temel sözleşme hükümlerine dayanarak bir talepte bulunulamayacağı, garantinin temel ilişkiyi teminat altına aldığını, sözleşmenin akreditif küşat mektubu ile kadük hale geldiğini, dava konusu garantinin bu nedenle karşılık kaldığı ve GTC firmasının kusurlu olduğu gerekçelerine dayanarak garantinin hükümsüzlüğüne karar vermiştir.

Kararın değerlendirme kısmında Yargıtay, şu açıklamalarda bulunmaktadır; “...Mahkemece taraflar arasındaki sözleşmenin akreditifle ortadan kalktığı, sözleşmenin teminatı olarak verilen teminat mektubunun da bu şekilde hükümsüz kaldığı gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Oysa akreditifin açılması satış sözleşmesini tümünden geçersiz hale getirmez. Çünkü satım sözleşmesinde yalnız alıcı ve satıcı karşılıklı edim üstlenirken, akreditifte devreye bankalar girer ve amir banka ile satıcı arasında ayrı, alıcı ile amir banka arasında ayrı hukuki ilişki doğar. Somut olayda davacı 13.2.1987 tarihli teleksle akreditifin İş Bankası Şişli Şubesi nezdinde açılmasını istemiş, davalı firma da 28.2.1987 tarihli telekste akreditif açabilmek için öncelikle teminat mektubunun ibraz edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Tarafların yazışmasından da anlaşılacağı üzere, teminat mektubu akreditif açılmasının da ön şartı olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle teminat mektubunun sadece sözleşmeyi temin ettiğine ilişkin mahkemenin gerekçesi yerinde değildir..”.

⁶⁷⁶ Yarg. 19. HD. 21.11.1995 T ve E. 1995/1770, K.1995/9992 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

⁶⁷⁷ Eleştiriler için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.298.

yükümlülükleri hiç yerine getirmemiş veya gecikmiştir. Böylece teminat altına alınan edimin ifa edilmemesine kendi davranışları yol açan garanti alan GTC firması, garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olmuştur. Yargıtay, hatalı bir şekilde temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları gerekçe göstererek banka garantisinin hükümsüzlüğüne karar vermek yerine, alıcı durumundaki garanti alanın, kendi kusuru ile garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olmasına rağmen ödeme talebinde bulunmasının hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacağı sonucuna varmalıydı.

Bazı durumlarda garanti alan, garanti konusu olayın gerçekleşmesine kendisi neden olmamakla birlikte, garanti konusu olay gerçekleştikten sonra derhal ödeme talebinde bulunmayarak ve uzun süre bekleyerek daha yüksek meblağlarda ödeme talebinde bulunabilmektedir. Bu durum özellikle idareye karşı verilen garantiler bakımından söz konusu olmaktadır. Nitekim bu tür garantiler genellikle süresiz olmakta ve garantinin kapsamına garanti edilen meblağa ilave olarak garantinin düzenlendiği tarih ile ödeme talebinde bulunulacağı zaman arasında geçen süreye ait kanuni faiz ve gecikme cezası da dâhil edilmektedir. Böylece idare, garanti konusu olayın gerçekleşmesinden uzunca bir süre geçtikten sonra, ancak zamanaşımı süresi içinde ödeme talebinde bulunmak suretiyle gecikme cezası ve kanuni faizin ödenmesini de talep etmektedir⁶⁷⁸. Konuyu inceleyen Yargıtay, şu şekilde karar vermiştir⁶⁷⁹; "...muaccel hale gelen borcun, alacaklı banka tarafından uzun süre takip edilmemesi sebebiyle sürüncemede kalmasından dolayı artması halinde garanti edenin meydana gelen artıştan sorumlu tutulamayacağı açıktır. Zira BK.nun 98. maddesi yollamasıyla akde muhalefet hallerinde de uygulanması gereken aynı Yasanın 44/1. maddesi hükmü ve iyiniyet kuralları karşısında garanti alan (banka) kendi kusurlu davranışıyla borcun artmasına sebebiyet vermiş olduğundan böyle bir durumda garanti edenin artan borçtan sorumlu tutulması düşünülemez...".

Garanti konusu olayın gerçekleşmesine, garanti alanın kendisi değil de, üçüncü bir kişinin dürüstlük kuralına aykırı bir davranışı neden olursa, bu durumda garanti

⁶⁷⁸ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.298-299.

⁶⁷⁹ Yarg. 19. HD. 18.12.2000 T ve E. 2000/7107, K.2000/8738 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

veren bankanın ödeme yükümlülüğünü nasıl etkileyeceği değerlendirilmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tür bir durumda doktrinde ikili bir ayırma gidilmektedir⁶⁸⁰. Buna göre, garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olan üçüncü kişi ile garanti alan arasında organik bir bağ kurulabiliyor ise, yani üçüncü kişi, garanti alanın ifa yardımcısı, garanti alan adına çalışan taşıyıcı, donatan, komisyoncu ise, bu durumda banka, garanti alanın ödeme talebini ret edecek ve garanti bedelini ödemekten kaçınacaktır. Buna karşılık, üçüncü kişi ile garanti alan arasında herhangi bir bağ tespit edilemiyorsa, banka, ödemedenden kaçınmayacaktır.

Garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleşmesine kendi davranışı ile neden olmasına rağmen garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunması durumunda, yapılan bu ödeme talebinin geçersizliği, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin düzenlemenin yanısıra, BK. m.154 hükmü çerçevesinde de mümkündür. Bu hükme göre şartın gerçekleşmesine iki taraftan birinin, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde engel olması halinde, o şartın gerçekleştiği kabul edilecektir. Bu hükmün mefhumu muhalifinden, şartın gerçekleşmesini iki taraftan birinin, dürüstlük kuralına aykırı bir şekilde sağlaması durumunda, o şartın gerçekleşmemiş kabul edileceği sonucu çıkarılabilir⁶⁸¹. Bu durumda garanti alan, teminat altına alınan edimin yerine getirilmesine engel olmak suretiyle garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olursa, garanti alanın bu davranışı, BK. m.154 hükmüne aykırılık oluşturacak ve böylece garanti konusu olayın gerçekleşmediği sonucuna varılacaktır. Dolayısıyla ödeme talebinde bulunulmasının şartını oluşturan garanti konusu olay gerçekleşmediğinden, garanti alanın yapacağı ödeme talebi geçersiz olacaktır⁶⁸².

4-Garanti Alanın Teminat Altına Alınan Edimin İfası İçin Süre Vermesine Rağmen Ödeme Talebinde Bulunması

Garanti alanın temel borç ilişkisi çerçevesinde, temel ilişkinin borçlusuna, garanti ile teminat altına alınan edimi yerine getirmesini sağlamak amacıyla, belirli

⁶⁸⁰ Zahn/Ehrlich/Neuman, s.410.

⁶⁸¹ BGE 117 II 280

⁶⁸² Büsser, s.374.

bir süre, mehil verebilir. Alacaklı durumundaki garanti alan, kanundan (BK. m.106) dolayı bu tür ek bir süre tanımak zorunda kalabileceği gibi, bu şekilde bir süreyi sözleşme çerçevesinde de verebilir. Gerek kanundan kaynaklanıyor olsun gerekse sözleşme çerçevesinde veriliyor olsun, garanti alan, temel ilişkinin borçlusuna böyle bir süre tanıdıktan sonra, tanıdığı bu süre içinde garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunursa, bu talep, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır⁶⁸³. Zira bu durumda garanti alanın teminat altına alınan edime ilişkin gerçekte bir talep hakkı mevcut olmakla birlikte, dürüstlük kuralına göre bu talep hakkının verilen süre içerisinde kullanılması ve talep konusunun dava edilmesi mümkün değildir. Garanti alan, temel ilişkinin borçlusuna belirli bir süre vererek edimin yerine getirilmesinden vazgeçtikten sonra, verdiği bu süre içerisinde teminat altına alınan edimin ifa edilmediği gerekçesiyle garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunması, garanti alanın çelişkili bir davranış içerisinde olduğunu göstermektedir. Nitekim çelişkili davranışlar da, hakkın kötüye kullanılmasının tipik örnekleri arasında sayılmaktadır⁶⁸⁴.

Örneğin, garanti veren bankanın, temel ilişkiden doğan borcun 15.11.2006 tarihine kadar ödenmemesi halinde talep üzerine garanti bedelini ödeyeceğini taahhüt ettiği bir durumda; garanti alan, temel ilişkiden doğan borcun ifası bakımından vade süresini uzatmışsa, banka vadenin uzatıldığı savunmasında bulunamayacaktır. Zira banka, garanti metninde belirlenen tarihte, temel ilişkiden doğan borcun ifa edilmediği gerekçesiyle, garanti konusu olayın gerçekleştiğini belirterek talepte bulunan garanti alana ödeme yapmak zorundadır. Ancak, garanti alanın hem temel ilişkinin borçlusuna süre vermesi hem de belirtilen süre içerisinde garanti konusu olayın gerçekleştiğini ileri sürerek ödeme talebinde bulunması, çelişkili bir davranış meydana getirecek, bu da hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilecektir.

⁶⁸³ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.45-46; **Büsser**, s.373-374.

⁶⁸⁴ Bkz. **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, s.57 vd.; **Edis**, s.342 vd.

5-Teminat Altına Alınan Edimin Talep Edilmesi Açıkça Batıl veya Dava Edilemez Olmasına Rağmen Garanti Alanın Ödeme Talebinde Bulunması

Temel ilişkiyi meydana getiren sözleşme BK. m.20 anlamında hukuka ve ahlaka aykırı olması nedeniyle butlanla sakatsa ve garanti alan, temel ilişkin hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu biliyor veya şartlara göre her halükarda bilmesi gerekiyorsa, dürüstlük kuralı gereğince ödeme talebinde bulunamayacaktır⁶⁸⁵. Buna rağmen garanti alan tarafından ödeme talebinde bulunulması hakkın açıkça kötüye kullanılması anlamına gelir⁶⁸⁶. Bu duruma uyuşturucu madde satımına ilişkin borcun garanti ile teminat altına alınması örnek olarak verilebilir. Bu durumda temel ilişkinin tarafı durumundaki garanti alan, dürüstlük kuralına göre temel borç ilişkisinin hukuka ve ahlaka aykırılığını biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, hukuka ve ahlaka aykırı sözleşmeden doğan edimin yerine getirilmemesi nedeniyle garanti bedelinin ödenmesini talep etmesi, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Garanti alanın, temel ilişkinin ahlaka aykırı olduğu konusunda bilgisinin olmaması durumunda ise, ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaz.

Benzer şekilde dava edilemez nitelikteki bir borcun garanti ile teminat altına alındığı durumlarda da hakkın açıkça kötüye kullanılması söz konusu olmalıdır Bu duruma kumar ve bahisten doğan borcun garanti ile teminat altına alınması örnek olarak verilebilir. Bu tür dava edilemez nitelikteki borçlar garanti ile teminat altına alınsa bile bunların ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaktadır. Aksi takdirde kanunun alacağın dava edilemeyeceğini öngördüğü bir düzenlemenin, garanti ile kolayca dolanılması yolu aşılmış olur⁶⁸⁷.

Garanti alan, temel borç ilişkisinin hukuka ve ahlaka aykırı olduğunu ileri sürmek suretiyle bu sözleşmedeki kendi edimini ifadan kaçınıyor ve böylece sözleşmenin geçersizliğini kabul ediyor ve buna rağmen teminat altına alınan karşı edimin yerine getirilmemesi nedeniyle garanti bedelinin ödenmesi talebinde

⁶⁸⁵ Garanti sözleşmesinin kendisi doğrudan doğruya hukuka ve ahlaka aykırı ise, BK.20 nedeniyle batıl olacaktır. Buradaki hukuka ve ahlaka aykırılık, temel borç ilişkisinin konusunu oluşturan edim bakımından geçerlidir.

⁶⁸⁶ **Zobl**, s.39; **Büsser**, s.375.

⁶⁸⁷ Bkz. **Zobl**, s.39, dn.117.

bulunuyorsa, yapılan bu ödeme talebi de garanti sözleşmesi bakımından açıkça hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur⁶⁸⁸.

Temel ilişkinin borçlusu durumundaki edimi garanti edilen, hile veya tehdit nedeniyle teminat altına alınan edim hakkındaki sözleşmeyle bağlı olmamasına rağmen, garanti alanın yapacağı garanti bedelinin ödenmesi talebi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir. Temel ilişkinin borçlusunun hile veya tehdide maruz kalmasına kendisi neden olan veya bilinçli bir şekilde bunun yapılmasına müsamaha gösteren garanti alan, dürüstlük kuralına göre açıkça temel borç ilişkisi bakımından hak sahibi olmadığı gibi, bu durumların varlığına rağmen ödeme talebinde bulunması, hakkın açıkça kötüye kullanılması sonucunu doğuracaktır⁶⁸⁹.

6-Teminat Altına Alınan Edimin Objektif Bakımdan Sonradan İmkânsız Olması Durumunda Ödeme Talebinde Bulunulması

Temel ilişkinin konusunu oluşturan borcun sonradan imkânsız hale gelmesi nedeniyle edimi garanti edilenin borcunun sona ermesi, garanti verenin borcunun da sona ermesini gerektirmez. Zira garanti sözleşmesi asli ve bağımsız nitelikte bir sözleşme olduğu için, temel ilişki bakımından bir imkânsızlığın gerçekleşmesi, edimin kararlaştırılan zamanda ifasını imkânsız kılacağından garanti konusu olayın gerçekleştiği kabul edilecek, bunun sonucunda da bankanın ödeme yükümlülüğü doğacaktır⁶⁹⁰. Dolayısıyla da bu tür bir imkânsızlık durumunda garanti alanın yapacağı ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmayacaktır⁶⁹¹. Özellikle de temel ilişkinin konusunu oluşturan borcun imkânsız hale gelmesinde edimi garanti edilenin kusurlu olması durumunda, garanti alan ödeme talebinde bulunabilecektir. Zaten garanti sözleşmesi bu tür imkânsızlığı da içine alan riziko olaylarını güvence altına almayı amaçlar.

⁶⁸⁸ **Büsser**, s.376.

⁶⁸⁹ **Büsser**, s.376.

⁶⁹⁰ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.776-777; **Kleiner**, Bankgarantie, s.197.

⁶⁹¹ **Büsser**, s.378.

Temel ilişkinin konusunu oluşturan borcun imkânsız hale gelmesinde garanti alanın kusuru söz konusu olursa farklı bir durum ortaya çıkar⁶⁹². Garanti alan, kusurlu hareketleri ile garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olmasına rağmen, garantinin ödenmesi talebinde bulunursa, yapılan bu ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır⁶⁹³.

Temel ilişkinin tarafları açısından kusursuz bir imkânsızlığın bulunması durumunda (BK. m.117), yani garanti konusu olayın kusursuz imkânsızlık sonucunda gerçekleşmesi halinde, garanti verenin sorumluluğunun doğacağı doktrinde kabul edilmektedir⁶⁹⁴. Zira imkânsızlık durumuna rağmen asli ve bağımsız nitelikte borç altına giren bankanın borcu imkânsız değildir; aksine garanti konusu olayın gerçekleşmesi nedeniyle garanti bedelini ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Bununla birlikte kusursuz imkânsızlık durumunda edimi garanti edilenin yükümlülüğü de sona ereceğinden, edimi garanti edilen, mahkemeden garanti alanla olan ilişkisinden doğan borcun kusursuz imkânsızlık nedeniyle sona erdiğine dair bir tespit kararı isteyebileceği ve bu tespit kararını da garanti veren bankaya sunmak suretiyle garanti alana ödeme yapılmasına engel olabileceği doktrinde kabul edilmektedir⁶⁹⁵. Nitekim bir kararında Yargıtay⁶⁹⁶, şu şekilde hüküm vermiştir; "...davacıların anılan

⁶⁹² Garanti alanın kusurunun ağır olması, yani garanti konusu olayın gerçekleşmesinde birinci planda etkin olan ağır bir kusurun bulunması gerekir. Bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.883; **Doğan**, s.226-227. *Reisoğlu* ise, garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleşmesine neden olan kusurunun derecesine göre, genel hükümler çerçevesinde garanti veren bankanın sorumluluğunun azaltılabileceği veya ortadan kaldırılabileceği değerlendirmesinde bulunmaktadır. Bkz. **Reisoğlu**, Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s.342-343.

⁶⁹³ **Büsser**, s.378.

⁶⁹⁴ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.812 ve özellikle s.883; **Reisoğlu**, Garanti Mukavelesi, s.169; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.69.

⁶⁹⁵ **Doğan**, s.227.

⁶⁹⁶ Yarg. 15 HD. 29.06.1977 T ve E. 1977/971, K.1977/1483 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.59. Bir başka Yargıtay kararına konu olan olayda taraflar arasında imzalanan sözleşmede, Rusya'dan kömür getirilmesi kararlaştırılmış ve davacı firma (edimi garanti edilen), bu sözleşmeden doğan edimini zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getireceğini taahhüt etmiş ve bu edimini temin etmek için de davalı firmaya banka garantisi sağlamıştır. Temel ilişkiden doğan borç, mücbir sebeplerden dolayı zamanında ifa edilememiştir. Davacı durumundaki edimi garanti edilen, alternatif çözüm önerilerinde bulunmuş, ancak davalı firma bu önerilere cevap vermemiştir. Davacı, açtığı dava ile davalı firmaya sağladığı banka garantilerinin irat kaydedilmemesini ve banka garantilerinin iadesini talep etmiştir. Davayı inceleyen ilk derece mahkemesi, şu şekilde karar vermiştir; "...taraflar arasında sözleşme imzalandıktan sonra Rusya Federasyonu'nda isyan niteliğindeki parlamento baskınının gerçekleştiği, ayrıca hükümetin yayınladığı kömür sanayi firmalarına hükümet tarafından verilecek destek hakkındaki tüzük ve ilkenin

sözleşmenin yüklediği yapım borcunun muacceliyeti işaret edildiği üzere, olumlu sonucun alınması ile mümkündür. Ne var ki yapılan denemeden Türkiye'deki fenni olanaklarla böyle bir tecrübenin yapılamayacağı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda ek sözleşmede kararlaştırılan mali plan ve detayların yapılma borcu mümkün olmadığından davacıların sözü geçen borçtan kurtuldukları, BK. 20.ve 117. maddeler göz önünde tutularak teminat mektubunun serbest bırakılması gerekir...". Kanaatimizce kusursuz imkânsızlık durumunda, garanti konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği ve böylece garanti verenin garanti bedelini ödeme borcunun doğup doğmadığı değerlendirilirken *Reisoğlu*⁶⁹⁷, nun önerdiği genel nitelikteki kıstas burada da uygulanabilir. Buna göre temel ilişkiden doğan borcun kusursuz imkânsızlık nedeniyle sona erdiğine ilişkin savunma imkânı, garanti konusunu da sona erdiriyorsa, garanti verenin borcu da sona erecektir. Yani bankanın taahhüdünü içeren garanti, temel ilişkiden doğan borcun kusursuz imkânsız olmasını da kapsıyorsa, bu durumda garanti konusu olayın gerçekleştiği kabul edilecek ve garanti verenin, garanti bedelin, ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Aksi durumda garanti yükümlülüğünün sona erdiği kabul edilecektir.

uygulanması nedeniyle grevlerin meydana geldiği, 1993 yılında kömür yükleme limanında yangın çıktığı, davacının kömür almak için sözleşme imzaladığı Kuzbasscantelik Kurumu'nun 29.9.1993 tarihli mücbir sebep sertifikası verdiği, bu nedenlerle davacının edimini yerine getirmesinin imkansızlaştığı, davacının buna rağmen Güney Afrika ve Çin'den kömür getirerek teslim etmek istediğini bildirdiği halde, cevap verilmeden sözleşmenin 20.4.1994 tarihinde feshedildiği, mücbir sebep nedeniyle yükümlülüğünü yerine getiremeyen davacının BK.nun 117. maddesi uyarınca teminat mektubunun iadesini isteme hakkının doğduğu, imkansızlığın objektif olduğu ve davacıya atfi kabil bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle, 18.3.1993 tarihli sözleşmeden dolayı davacının davalıya borçlu olmadığına tesbitine, 9.4.1993 tarihli 1.676.500 Dolar'lık teminat mektubunun iadesine, karşı davanın reddine...". Kararın temyizi üzerine Yargıtay, şu şekilde karar vermek suretiyle objektif imkânsızlığın bulunduğu durumlarda garantinin irat kaydedilemeyeceği sonucuna varmaktadır; "...mücbir sebeplerin neler olduğu sözleşmenin 17. maddesinde düzenlenmiştir. Hükme göre; yangın vs., doğal afetler, ihtilal, isyan, grev, lokavt, savaş, yükleme veya boşaltma limanındaki rıhtım ekipmanlarının bozulması mücbir sebep olarak sayılmış, bu sebeplerden birinin veya birkaçının ortaya çıkması halinde tarafların yükümlülüklerini yerine getirme zorunluluğunda olmadığı belirtilmiştir. Davacı firmaya, ithalat yapmak için bağlantı kurduğu firma tarafından verilen 29.9.1993 tarihli mücbir sebep sertifikası, yüklemenin yapılacağı Yuşhay Limanı'nda çıkan yangın, Rusya Federasyonu Ticaret Mümessilliğinin davalı ile yazışmaları, Kuzbass Ticaret ve Sanayi Odası'nın 1.3.1994 tarihli yazısından davacının edimini yerine getirmesi mücbir sebep nedeniyle imkansızlaştığından, sözleşmenin 17. maddesi uyarınca davalının sözleşmeyi feshetmesi ve teminat mektubunu irad kaydetmesi yerinde değildir. Mahkemece bu yönler gözetilerek yazılı şekilde hüküm kurulmasında bir isabetsizlik bulunmamaktadır...". Yarg. 19. HD. 13.03.1997 T ve E. 1996/8299, K.1997/2559 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

⁶⁹⁷ *Reisoğlu*, Teminat Mektupları, s.64.

C-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiğinin Belirlenmesi ve İspatı

1-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiğinin Belirlenmesi

Garanti alanın ödeme talebinin açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması halinde, garanti veren banka, ödeme talebini ret edecektir. Bu, banka için bir hak olduğu kadar, karşılık ilişkisi bakımından da bir yükümlülüğü oluşturmaktadır. Garanti bedelinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edildiğinin belirlenmesi için banka, kendisine yapılan ödeme talebini derhal edimi garanti edilene bildirmelidir⁶⁹⁸. Zira ödeme talebinin, temel borç ilişkisinden kaynaklanan nedenlerle hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığını, bu ilişkinin tarafı olmayan bankanın bilmesi her zaman mümkün değildir.

Banka tarafından ödeme talebinde bulunulduğu kendisine bildirilen edimi garanti edilen, garanti alanın ödeme talebinin, temel ilişkiden kaynaklanan nedenlerle hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığını ve bu yüzden de ödeme talebini ret etmesi gerektiğini bankaya ilgili ispat araçlarını da sunmak suretiyle bildirmelidir⁶⁹⁹. Edimi garanti edilenin, mahkemenin ödeme yasağını içeren bir ihtiyati tedbir kararı getirmemesi durumunda banka, kendisine sunulan belgeleri inceleyerek, ödeme talebinin, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyıp taşımadığına kendisi karar verecektir⁷⁰⁰.

Ödemenin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edildiğinin belirlenmesi için, garanti ilişkisinin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucunda, dürüstlük kuralına göre garanti alanın, bu talebe hakkı olmadığı sonucuna varılması gerekir. Yani şekli bakımdan bir uygunluğun bulunmasına rağmen, garanti alanın maddi bakımdan hak sahibi olmadığı ve ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması

⁶⁹⁸ Bu bildirme yükümlülüğü, edimi garanti edilen bakımından da bir korunma hakkı oluşturmaktadır. Garanti veren bankanın bu yükümlülüğünü hiç yerine getirmeyerek veya yerine getirmekte gecikerek ihlal etmesi durumunda edimi garanti edilene karşı sorumluluğu gündeme gelecektir. Bkz. **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.210 vd.

⁶⁹⁹ **Dohm**, s.116.

⁷⁰⁰ **Kleiner**, Bankgarantie, s.209.

halini oluşturduğunun aşikâr olması gerekir. Bunun yanısıra burada yapılacak değerlendirmenin, sübjektif değil, objektif bir değerlendirme olması gerekir. Bunun anlamı, hakkın kötüye kullanılması durumunun, sadece edimi garanti edilen açısından değil, öncelikle ve özellikle garanti veren banka açısından da aşikâr olmasının gerekmesidir. Banka, edimi garanti edilen tarafından kendisine ibraz edilen deliller ışığında, kendi yorum ve değerlendirmesini katmaksızın, hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna varabilmelidir. Dolayısıyla edimi garanti edilenin, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılmak suretiyle yapıldığı konusunda, sadece beyanda bulunması ve bankayı haberdar etmesi yeterli olmayacak, hakkın kötüye kullanıldığını bütün yönleri ile banka nezdinde açıklığa kavuşturması gerekecektir⁷⁰¹.

İsviçre hukukunda, kötü(schlecht) ve onaylanması mümkün olmayan(nicht mehr zu Billigendem), özellikle de hileli(betrügerisch) ödeme talebinde bulunulması durumunda ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacağı kabul edilmektedir⁷⁰². Alman hukukunda ise, hakkın kötüye kullanılmasının, ancak istisnai durumlarda, açıkça izin verilmeyen(evident, offenkundig unzulässigen) veya açıkça hak sahibi olunmayan (offensichtlich unberechtigten) durumlarda söz konusu olacağı kabul edilmektedir⁷⁰³.

⁷⁰¹ **Dohm**, s.116; **Spain**, s.145-146.

⁷⁰² **Kleiner**, Bankgarantie, s.203; **Merz**, Art.2 ZGB, s.237. Hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen İBK. m.2/2'nin çok sıkı şartlara bağlı olarak uygulanması gereken kuraldışı ve olağanüstü bir düzeltme hakkını içerdiği konusunda bkz. **Kleiner**, Bankgarantie, s.205.

⁷⁰³ **Canaris**, Rechtsmissbrauchs, s.530; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.201-202; **Nielsen** Bankgarantien, s.108-109; **Hadding/Häuser/Welter**, s.721; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.495. Almanya'da Frankfurt Eyalet Mahkemesi, garantininin esas itibariyle soyut nitelikte bir işlem olduğu, ancak garanti alanın açıkça hak sahibi olmadığı ve hakkını kötüye kullanmak suretiyle veya hileli bir şekilde ödeme talebinde bulunduğu durumlarda dürüstlük ilkesine aykırılığın söz konusu olacağını ve garantininin soyutluğu ilkesine rağmen, bankanın garanti bedelini ödemekten kaçınabileceği sonucuna varmaktadır. LGFrankfurt, 11.12.1979 tarihli kararı ve değerlendirmesi için bkz. **Hein** Thomas, Zu Fragen der rechtsmißbräuchlichen Inanspruchnahme einer Bankgarantie und des einstweiligen Rechtsschutzes, NJW 1981, s.56 vd.

2-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edildiğinin İspatı

Garanti alan, şekli bakımından hak sahibi olmasına rağmen, maddi bakımından hak sahibi olmadığı için yapmış olduğu ödeme talebi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyorsa, garanti veren banka, ödeme talebini ret etmek zorundadır⁷⁰⁴. Ancak garanti veren bankanın ödeme talebini ret edebilmesi ve ödeme yapmaktan kaçınması için, ödeme talebinin, hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapıldığının ispatlanması gerekir.

Garanti sözleşmesi ve banka garantileri bakımından, hakkın kötüye kullanıldığının ileri sürülmesinde aranacak ispat şekli konusunda, “likit delillerle ispat” şartı aranmaktadır. “Likit delillerle ispat” kavramı ilk olarak Almanya’da ortaya çıkmıştır. Garantiden doğan ödeme talebine ilişkin hakkın, kötüye kullanıldığının ve bunun ihtiyati tedbir yolu ile engellenmesinin, likit delillerle ispat edilmesi durumunda mümkün olacağını vurgulayan bazı mahkeme kararlarındaki⁷⁰⁵ bu görüş, Alman doktrininde de birçok taraftar bulmuştur⁷⁰⁶.

“Likit kanıt teorisi” olarak da adlandırılan likit delillerle ispat, Alman hukuku bakımından, mahkeme kararlarında uygulama alanı bulmasına ve doktrin tarafından da olumlu karşılanmasına rağmen, pozitif hukukta hiçbir yerde tanımlanmadığı gibi, ispat araçlarının düzenlendiği maddeler arasında da düzenlenmemiştir⁷⁰⁷. Dolayısıyla likit delillerle ispattan ne anlaşılması gerektiği ve ispat araçları içerisindeki yeri, likit ispat araçlarının hangi süre içerisinde sunulması gerektiği gibi hususlar, özellikle de

⁷⁰⁴ **Kleiner**, Bankgarantie, s.201 vd.

⁷⁰⁵ OLG Frankfurt, WM 1983, s.575-576; OLG Saarbrücken, WM 1981, s.275-277; LG Dortmund, WM 1981, s.280-282; LG Frankfurt, WM 1981, s.284-287. Kararlar konusunda bkz. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.775, dn.100.

⁷⁰⁶ Bkz. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.773 vd. ve özellikle s.776-777; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.200; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.495; **Gruel**, s.97-98; **Einsele**, s.464; **Nielsen**, ZIP. 1982, s.254-255; **Canaris**, Rechtsmissbrauchs, s.531; **Hasse**, s.1987; **Hein**, Bankgarantie ‘auf erstes Anfordern’, s.87 vd.; **Bark**, s.409 vd. ve özellikle s.413; **Pleyer**, s.18-19. Avusturya hukuku bakımından da likit delillerle ispat aranmaktadır. Bkz. **Steiner**, s.94-95; **Avancini/Koziol/Iro**, s.307; **Zahn/Ehrlich/Neuman**, s.410. Likit ispat araçları konusunda İtalyan hukukuna ilişkin olarak bkz. **Barillà**, s.214.

⁷⁰⁷ Türk hukuku bakımından da “deliller ve ikamesi” başlığını taşıyan HUMK. m.236 vd. maddelerinde likit kanıt konusunda herhangi bir hüküm bulunmamaktadır.

banka garantileri bakımından incelenmesi gereken bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Hakkın kötüye kullanıldığıının ispatı konusunda likit delillerle ispatın kabulü yönünde Alman hukukçuları ve uygulaması arasında birlik bulunmakla birlikte bazı yazarlar, likit delille ispatın ancak yazılı belge ile mümkün olacağını savunmaktadır⁷⁰⁸. Yine bu konuda “ilk talepte” ödeme kaydını içeren bir garantide, garanti bedelinin ödenmesi talebinin reddi için, maddi anlamda hak sahibi olunmadığı hususunun açık olması veya likit delillerle ispat edilmesi (offensichtlich oder liquide beweisbar) gerektiğini ifade eden mahkeme kararları bulunmaktadır⁷⁰⁹.

Özellikle Alman hukukçular arasında genel bir kabul görmüş olan likit delille ispat edilebilirlik konusunda İsviçre hukukçuları arasında farklı görüşler ortaya çıkmaktadır. Bu konuda *Kleiner*, likit delil kavramının İsviçre hukuku bakımından esas davadaki tam ve kesin ispattaki şartlara yakın olduğunu savunmaktadır⁷¹⁰. İhtiyati tedbir talebinde bulunulması bağlamında konuyu inceleyen *Dohm*, “likit delil” kavramının İsviçre hukukunda bilinmediğini, ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin hakkını ve iddialarını inandırıcı kılması(glaubhaft machen) gerektiğini ve bunun yeterli olacağını ifade etmektedir⁷¹¹. Bununla birlikte *Dohm*, hakkın kötüye kullanılması durumunda ödemedden kaçınılması için, sunulan deliller dışında ilave bir delile ihtiyaç duyulmaksızın ve delil sunulması konusunda ilave bir adıma veya üçüncü bir kişinin ihtilafı bu duruma katılmasına gerek olmaksızın hakkın kötüye kullanıldığıının ispatlanmasından söz etmektedir⁷¹². *Zobl* de temel ilişkideki olaylara dayanan durumların likit delillerle ispat edilmesi gerektiğini kabul etmektedir⁷¹³.

⁷⁰⁸ **Hein**, rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme, s.229 ve s.247; **Nielsen**, Bankgarantien, s.110-111; **Zahn/Ehrlich/Neuman**, s.411; **Liesecke**, s.27; **Lohmann**, s.112;. İsviçre hukuku bakımından da **Spaini**, s.148-149.

⁷⁰⁹ Özellikle BGHZ 90, 292 ve OLG Köln, WM 1988, s.21-22; OLG Frankfurt, WM 1983, s.576; BGH, WM 1984, s.689-690; BGH, WM 1985, s.511; BGH, WM 1986, s.1429-1430; BGH, WM 1988, s.934-935; BGH, WM 1996, s.2228-2229;

⁷¹⁰ **Kleiner**, Bankgarantie, s.231 vd.

⁷¹¹ **Dohm**, s.162.

⁷¹² **Dohm**, s.114.

⁷¹³ **Zobl**, s.44.

Likit delille ispat edilebilirlik kavramı Türk hukukunda ilk kez *Tekinalp* tarafından kullanılmıştır⁷¹⁴. Buna göre, likit delil, garanti veren bankanın kendi yorumunu, kanaatini ve değerlendirmesini katmaksızın, garanti alanın ödeme talebinin dürüstlük kurallarına aykırı olduğunu gösteren delildir⁷¹⁵. Benzer değerlendirmelerde bulunan *Reisoğlu*⁷¹⁶, likit delillerin, sadece yazılı belgeler olduğunu ve edimi garanti edilen tarafından düzenlenen belgelerin ise hiçbir zaman likit delil olarak kullanılamayacağını kabul etmektedir. *Arkan* ise, bankanın ödeme yapmaktan kaçınması için, garanti alanın ödeme talebinin hakkın açıkça kötüye kullanılmasını oluşturduğu yolunda kesin, yorumu gerektirmeyen; bankayı ödeme yapmamaya ve ileride garanti alan tarafından aleyhine açılacak bir davada ispat yükünü üstlenmeyi göze almaya ikna edecek derecede güçlü delilleri, likit delil olarak kabul etmektedir⁷¹⁷.

Bu değerlendirmeler ışığında likit delilin, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu gösteren, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olan ve herkes tarafından kolayca anlaşılabilen delil olduğunu söyleyebiliriz. Likit delille ispat edilebilirliğin, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan durumlarda ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için aranan bir hakkın varlığının, muhtemel ve gerçeğe yakın gösterilmesi ile asıl davada geçerli olan ispat prosedürü arasında bir yere konulması mümkündür. Böylece delil gösterme ve

⁷¹⁴ Garanti sözleşmesi ve banka garantilerine ilişkin olarak bkz. **Tekinalp**, s.384-385. *Tekinalp*, belgeli akreditifteki bilgilerin garanti sözleşmesi bakımından aynen geçerli olduğunu kabul etmekte ve buraya atıfta bulunmaktadır. Belgeli akreditif bakımından likit delille ispat konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Tekinalp**, s.459 vd.

⁷¹⁵ Konuya ilişkin yayınlanmamış bir Yargıtay kararının muhalefet şerhinde iki üye, şu değerlendirmede bulunmaktadır; "...Kesinlikle kanıtlamadan ne anlaşılmalıdır? Lehtarın(edimi garanti edilen) için yapıldığını bildirmiş olması kesin kanıt anlamına gelir mi? Lehtarın(edimi garanti edilen) yükümlülüğünü yerine getirdiğini aşikâr bir biçimde kanıtlayabildiği istisnai hallerde, bankanın durumu muhataba(garanti alan) bildirerek onu uyarması(ödememe değil) isabetli olur, örneğin, lehtar(edimi garanti edilen) teminat mektubu konusunu teşkil eden vergi borcunu ödediğine ilişkin usulüne uygun bir makbuz göstermişse durum böyledir, kanımızca, bankalar rizikonun gerçekleşmediğini kesin olarak kanıtlayacak belgeler olmadan teminat mektubunun tazmini talebini yerine getirmekten kaçınmamalıdır., bu teminat mektuplarına olan güvenin sarsılmaması için zorunludur...". Yarg. 11 HD. 11.11.1983 T ve E. 1983/3236, K.1983/4977 sayılı kararı için bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.862-863, dn.25b.

⁷¹⁶ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.288.

⁷¹⁷ *Arkan* likit delillerin, ayrıca ödeme talebinde bulunulmasından önce edimi garanti edilen tarafından bankaya iletilmiş olmayı da kapsadığını ifade etmektedir. Bkz. **Arkan**, Teminat Mektubu, s.82-83.

delillerin takdir edilmesi konusunda bir derecelendirme yapılmalıdır⁷¹⁸. Buna göre, hakkın kötüye kullanıldığıının ispatında, ihtiyati tedbir talebinde bulunan davacının ve bu bağlamda hakkın kötüye kullanıldığını iddia eden kişinin, asıl davada olduğu gibi bir ispat yükümlülüğü olmamakla birlikte hakikate yakın göstermekten çok şey yapmak zorunluluğu bulunmaktadır. Dolayısıyla likit delille ispatın söz konusu olabilmesi için, sunulan delillerin sadece inandırıcı olması yeterli olmayıp, ayrıca açık olması ve daha sıkı bir değerlendirme ile iddianın haklılığı sonucuna varılabilmesi gerekir. Sonuç olarak likit delille ispat, delil ikamesi ve delillerin takdiri bakımından ihtiyati tedbir ile mahkeme kararı verilmesi için gereken kesin ispat vasıtaları arasında bir yerde durmaktadır⁷¹⁹. Zira İsviçre ve Türk hukukunda ihtiyati tedbire karar verilirken, iddianın dayandığı olayların kesin olarak ispat edilmesi gerekmemekte, gerçeğe yakın gösteren inandırıcı delillerin sunulması yeterli görülmektedir⁷²⁰. Ancak burada, hakkın kötüye kullanıldığıının ileri sürülmesi söz konusu olduğundan ve bu hususun açık olması arandığından, hakkın kötüye kullanılması halinin varlığının, inandırıcı delillerle ispat edilmesi yeterli olmayacak, ayrıca bu delillerin herkes bakımından ve özellikle de banka bakımından açık olması gerekecektir⁷²¹.

Bu değerlendirmeler çerçevesinde, doktrinde ve mahkeme kararlarında zikredilen şu durumlar likit delille ispat konusunda örnek olarak verilebilir; konşimentonun sahteliğini hükme bağlayan mahkeme kararı; yüklenenin, gerçekte ifa edilmesi gereken mal olmayıp, paçavra ve talaş olduğunu gösterir nitelikte ilgili resmi daire tarafından verilmiş yazı ve tutanaklar⁷²²; satılan makinelerin belirli bir kapasitede çalışacağını temin eden banka garantisinde, kurulan makinelerin bu kapasiteye ulaştığını tespit eden bilirkişi raporu⁷²³; tasdikli ve onaylı belgeler veya

⁷¹⁸ **Dohm**, s.161-162; **Kaya**, İlk Yazılı Talepte Ödeme, s.236 vd.

⁷¹⁹ **Dohm**, s.161-162.

⁷²⁰ İhtiyati tedbir konusunda ispata ilişkin bkz. III. Bölüm, § 8, II, B, 2.

⁷²¹ Edimi garanti edilen tarafından sunulan belgenin, garanti veren bankada hiçbir şüpheye yer bırakmayacak derecede açık olması ve ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığına bankanın kendiliğinden karar verebilmesi gerektiğine ilişkin Alman Federal Mahkemesinin kararları için bkz. BGH WM 1986, s.1429-1430; BGH WM 1988, s.934.

⁷²² **Tekinalp**, s.459-460.

⁷²³ **Arkan**, Teminat Mektubu, s.77.

mahkemede yapılan ikrar⁷²⁴; banka garantisi ile teminat altına alınan edimin ifa edildiğine dair garanti alan tarafından imzalanmış bir makbuz; temel ilişkinin borçlusunun, garanti alana karşı sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmiş olduğunu tespit eden bir mahkeme veya hakem kararı, likit delil olarak kabul edilebilecektir.

Buna karşılık, hakkın kötüye kullanıldığını açıkça ortaya koymayan, sadece hakkın kötüye kullanılması ihtimalini gündeme getiren veya birbirleri ile çelişen nitelikteki raporları içeren belgeler, likit delil olarak kabul edilmeyecektir⁷²⁵. Ayrıca yemine dayanan ispatında, bu anlamda likit delil olarak kabulü mümkün olmayacaktır⁷²⁶.

Garanti alanın kendisi tarafından düzenlenerek verilmiş bulunan ve borcun ifasını gösteren bir makbuz, likit delil olarak kabul edilmesine karşın, edimi garanti edilen tarafından hazırlanan bir belge bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Buna karşılık üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmış bir belgenin, likit delille ispat kapsamında bulunup bulunmadığının incelenmesi gerekir. Öncelikle şu hususu belirtmek gerekir ki, üçüncü kişi tarafından hazırlanan bir belgenin, garanti veren banka bakımından mutlak bir bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ayrıca banka, bu belgenin doğruluğunu kontrol etme veya araştırma yükümlülüğü altında da değildir. Edimi garanti edilen, üçüncü kişiden çıkmış bu belgenin doğru olduğunu, yine likit başka delillerle de destekleyebilmelidir⁷²⁷. Temel borç ilişkisinden doğan bir

⁷²⁴ OLG Köln, WM 1988, s.22.

⁷²⁵ Garanti alanın ödeme talebinin likit delillere dayanmaksızın ret edilmesi durumunda banka, borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümler çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olacaktır. Yargıtay kararına konu olan bir olayda “ilk talepte” ödeme kaydını taşıyan bir garantinin ödenmesi talebinde bulunulması üzerine banka, ödeme talebini ret etmiş, bunun üzerine de garanti alan, dava yoluna başvurmuştur. İlk derece mahkemesi, “...bankanın kendisine ödeme talebi yöneltince ödemeyi yapmak zorunda olduğu, maddi içeriğe ilişkin inceleme yapma yetkisi olmadığı gerekçesi ile itirazın iptali davasının kısmen kabulüne...” karar vermiştir. Kararın temyizi üzerine Yargıtay, “...teminat mektubunun BK.nun 110. maddesinde yazılı 3. şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi olmasına, teminat mektubunun konusunun, muhatabın işletme konusu dışında kalmasının, lehtarın edimini garanti eden bankanın teminat mektubu yükümlülüğünü etkilemeyeceğine, muhatabın usulüne uygun olarak yazılı tazmin talebinde bulunmasına ve alacağın likit olup İİK.nun 67/2 maddesine göre tazminata hükmedilmesinde bir isabetsizlik olmamasına...” şeklinde karar vermiştir. Yarg. 19. HD. 02.10.1998 T ve E. 1998/3247, K.1998/5718 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

⁷²⁶ Arkan, Teminat Mektubu, s.84.

⁷²⁷ Kahyaoğlu, s.79-80.

uyuşmazlığı çözen veya bu durumu tespit eden bilirkişi raporu bu kapsamda değerlendirilebilir.

Yabancı mahkemeden⁷²⁸ veya hakem heyetinden verilmiş bir kararın veya bir ihtiyati tedbir kararının, likit delille ispat kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği üzerinde durulması gereken diğer bir konuyu oluşturmaktadır. Bu konuda *Tekinalp*⁷²⁹, garanti veren bankanın, yabancı mahkeme kararı ile ihtiyati tedbir kararını kabul etmesi gerektiğini, bu kararların, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ispat eden veya tedbir kararında olduğu gibi kuvvetle muhtemel gösteren belge niteliği taşıdığını kabul etmektedir. Yabancı bir mahkeme kararının veya ihtiyati tedbir kararının bulunmasının, garanti alanın ödemeye ilişkin talep hakkını ortadan kaldırmayacağını savunan *Reisoğlu*⁷³⁰, bu kararların Türk bankası için likit delil oluşturup oluşturmadığının tartışılması gerektiğini ifade etmektedir. Bu bağlamda Yargıtay'ın bir kararını⁷³¹ değerlendirirken, yabancı bir ülke mahkemesi tarafından verilen hüküm veya ihtiyati tedbir kararının, garantiyi veren bankayı bağlamadığını ve bu kararın likit kanıt olarak da kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Zira *Reisoğlu*'na göre, Türk mahkemesinden verilmiş bir karar, yabancı bir ülkede tenfiz edilemediği sürece, yabancı bankanın vermiş olduğu bir garantinin hükümsüzlüğüne sadece o ülke mahkemeleri karar verebilir⁷³². Kanaatimizce ilk görüşe üstünlük

⁷²⁸ Yabancı bir mahkemeden alınmış bir kararın, tenfizi mümkündür. Yabancı mahkeme kararının tenfiz edilmesi durumunda söz konusu karar zaten doğrudan uygulama alanı bulacaktır. Dolayısıyla da yabancı mahkeme kararının mahkemeye açık delil olarak sunulması gerekmeyecektir. Buradaki sorun, yabancı mahkeme kararının, tenfiz şartlarının yokluğu nedeniyle tenfiz edilememiş olması durumunda bu karardan, garanti alanın hakkını kötüye kullandığını açıkça ortaya koyan bir delil olarak yararlanılıp yararlanılmayacağı noktasındadır.

⁷²⁹ *Tekinalp*, s.459-460.

⁷³⁰ Bkz. *Reisoğlu*, Teminat Mektupları, s.289.

⁷³¹ Söz konusu olaydaki dava, İran'daki bir bankanın, bir Türk bankasının kontrgarantisine dayanarak vermiş olduğu garantiye ilişkin hukuki işlemlerin olumlu biçimde tamamlanmasına rağmen, bu garanti metninin yabancı alıcı tarafından iade edilmemesi nedeniyle açılan garantinin geçersizliğine ilişkindir. Yargıtay, garanti ile teminat altına alınan edimin tamamen yerine getirildiğini, riskin ortadan kalktığını, ancak garanti metninin İran'daki garanti alan tarafından iade edilmediğini tespit ettikten sonra, İran bankası tarafından verilen garantinin geçersiz olduğuna karar veren mahkeme kararını onamıştır. Yarg. 11 HD. 21.12.1995 T ve E. 1995/7286, K.1995/9420 sayılı kararı için bkz. *Reisoğlu*, Teminat Mektupları, s.289-290.

⁷³² Karar düzeltme talebinde bulunulması üzerine Yargıtay, daha önce vermiş olduğu kararda herhangi bir değişiklik yapmayarak, düzeltme talebini ret etmiştir. Ancak karar düzeltme talebi üzerine verilen karardaki karşı oy yazısında şu değerlendirmeler yapılmaktadır; "...Davalılardan Bankası

tanımak ve yabancı mahkeme kararı ile ihtiyati tedbir kararlarının, ülke içinde kesin hüküm etkisi bulunmadığı durumlarda, hakkın kötüye kullanıldığına ilişkin likit delil olarak kabul etmek gerekir. Zira yabancı ülke mahkemesi tarafından verilen kararlar, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu ispat eden veya kuvvetle muhtemel gösteren belge niteliği taşımaktadır.

Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıdığını belirleme ve bunu ispatlama yükümlülüğü, hakkın kötüye kullanıldığını ileri süren garanti veren banka üzerinde olduğu düşünülebilirse de, gerçekte edimi garanti edilen üzerindedir⁷³³. Zira edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel borç ilişkisinden doğan ve hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan olaylar hakkında garanti veren bankanın doğrudan bilgi sahibi olması her zaman için mümkün olmayacaktır. Bu nedenle garanti veren banka, ödeme talebinde bulunduğu derhal edimi garanti edilene bildirmeli ve bu ödeme talebine bir itirazın ileri sürülmesini gerektirecek bir olayın bulunup bulunmadığı konusunda kendisini bilgilendirmesini talep etmelidir. Bunun üzerine edimi garanti edilen, uygun olan kısa bir süre içerisinde bu tür olayların varlığını likit ispat araçları ile garanti veren bankaya sunmalıdır.

Edimi garanti edilenin, likit nitelik taşıyan ispat araçlarını hangi süre içinde garanti veren bankaya ibraz etmesi gerektiği de incelenmesi gereken diğer bir sorunu oluşturmaktadır. Bu konuda TGİBK m.10'da garanti verene, ödeme talebini

dışındaki davalılar İran'da bulunmaktadırlar. Teminat mektubunun verilmesine neden olan satış işlemi, borçlu davacı tarafından usulüne uygun biçimde ifa edilmiş ise, teminat mektubunun iadesi elden istenebileceği gibi, bu ifa nedeniyle geçersiz duruma geldiği de açılacak bir davada ileri sürülebilir. Davacı, teminat mektubunu rızaen davalı muhataptan alarak garanti veren bankaya iade etmediğine veya teminat mektubunun bu bankaya iade edildiğine ilişkin bir delil getiremediğine göre, işbu davayı açması yerindedir. Ancak, bu davanın İran'da açılması ve kararın kesinleşmesi halinde de, İran Mahkemelerinin kesinleşmiş kararını, davalı Bankası'na ibraz ederek, komisyonların tahsilinin durdurulmasının istenmesi gerekir. Veya davacı satıcı, Bankası dışında, sadece İranlı alıcı şirket ile İranlı bankaya Türkiye'de bir dava açması ve bu dava kesinleştikten sonra, bu davanın kararının tenfizini İran Mahkemelerinden isteyerek, kararın İran'da uygulanmasını sağlaması ve bunun sonucunda geçersiz hale gelen teminat mektubunu yine Türkiye'de Bankası'na ibraz ederek, komisyonların tahsilini önlemesi mümkündür..". Yarg. 11 HD. 05.07.1996 T ve E. 1996/1255, K.2000/5043 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

⁷³³ **Zobl**, s.44; **Dohm**, s.116; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.287 ve özellikle s.70. Bir kararında da Yargıtay, "...muhatapın sözleşme gereklerinin yerine getirilmediğinden bahisle ilk yazılı talebe bağlı tutulduğu, ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yükümlülüğü taşıyan teminat mektuplarında, ...hakkın kötüye kullanıldığı iddialarının garanti veren banka tarafından kanıtlanması gerektiği..." şeklinde hüküm vererek ispat yükünün garanti veren de olduğu sonucuna varmaktadır. Yarg. 15 HD. 18.05.1999 T ve E. 1999/2159, K.1999/4122 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

incelemesi ve varsa itirazlarını ileri sürmesi için “uygun bir süre” tanınmasından söz edilmektedir. Ancak bu uygun sürenin ne olması gerektiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Aynı şekilde doktrinde de, edimi garanti edilen kişinin, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığına ilişkin likit ispat araçlarını en kısa süre içerisinde garanti veren bankaya sunması gerektiğinden bahsedilmekle birlikte somut bir süreden söz edilmemektedir. Bu konuda *von Westphalen*, ödeme talebinin yöneltildiği bankaya, en fazla üç iş günü tanınması gerektiği ve bu süre içerisinde ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığına ilişkin likit ispat araçlarının sunulmaması halinde bankanın, garanti bedelini ödemesi gerektiğini ileri sürmektedir⁷³⁴. Kanaatimizce bu tür bir somut süreden bahsetmek yerine, garanti ilişkisinin ülke içi olup olmadığı da göz önünde bulundurularak somut olayın özelliklerine göre uygun olan kısa bir süre tanınması gerekir.

D-Garanti Bedelinin Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle Talep Edilmesinin Hukuki Sonuçları

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunulması ve garanti bedelinin ödenmesinin, garanti sözleşmesi, temel borç ilişkisi ve karşılık ilişkisi bakımından çeşitli sonuçları bulunmaktadır.

1-Banka Garanti Sözleşmesi Bakımından Hukuki Sonuçları

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının, garanti bedelinin ödenmesinden önce banka garanti sözleşmesi bakımından en önemli hukuki sonucu, garanti verenin garanti bedelini ödeme yükümlülüğünün doğup doğmadığına ilişkindir. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk düzenince korunmaz. Bu nedenle açıkça kötüye kullanılan bir hak, sadece görünürde bir hak özelliği taşır ve herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunulması, hukuken

⁷³⁴ *Von Westphalen*, Bankgarantie, s.212.

korunmaya değer bir hakkın dışında kalan bir hak iddiası olarak, garanti verenin, garanti bedelini ödeme yükümlülüğü sonucunu doğurmaz. Bu yüzden garanti veren, hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan garanti bedelinin ödenmesi talebini, hakkın kötüye kullanıldığı itirazını ileri sürerek geri çevirebilir⁷³⁵.

Hakkın kötüye kullanımını oluşturan olay, bir kez meydana gelmiş, kesin bir şekilde hakkın doğumuna engel oluyor ve bu olay geriye çevrilemez (irreversibel) nitelikte ise, söz konusu garanti sadece hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edilebilecektir. Garantiden doğan bu hak, sadece hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edilebiliyorsa, artık garanti yükümlülüğünden söz etmek mümkün olmayacaktır. Zira garanti alanın ödeme talebi, her zaman hakkın kötüye kullanılması itirazı ile karşılaşacaktır. Bununla birlikte asli ve bağımsız nitelikteki garanti yükümlülüğü, görünürdeki bir hukuki durum olarak hakkın kötüye kullanılması itirazının ileri sürülmesine kadar mevcudiyetini devam ettirecektir. Ödeme talebinde bulunulmasının, geçici nitelikteki bir dava edilemezlik nedeniyle hakkın kötüye kullanılması olarak ortaya çıkması farklı bir sonucu meydana getirir. Bu durumda garanti verenin ödeme talebi, geçici süreyle hakkın kötüye kullanılmasını oluşturmakla birlikte, sonradan geçerli bir ödeme talebinde bulunulabilmesi mümkündür. Örneğin, temel borç ilişkisinde, edimin ifa zamanı gelmesine rağmen garanti veren tarafından, temel ilişkinin borçlusuna bir mehil verilmesi durumunda, mehil süresi içerisinde yapılacak bir ödeme talebi hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır⁷³⁶. Buna karşılık, mehil süresinin geçmesinden sonra temel ilişkiden doğan borcun ifasının yapılmaması durumunda ve garanti bedelinin ödenmesi talebine ilişkin sürenin dolmasından önce yeniden ödeme talebinde bulunulmak suretiyle ödeme talebinin hukuken geçerli hale getirilmesi mümkün olacaktır.

Garanti veren bankanın, hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edilen garanti bedelini herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin ödemesi halinde, ödenen bu garanti bedelini geri alma yönünde bir talep hakkına sahip olup olmayacağı ve talep

⁷³⁵ **Kleiner**, Bankgarantie, s.201 vd.; **Dohm**, s.82 ve s.111 vd.; **Zobl**, s.42; **Mülbert**, Neueste Entwicklungen, s.1108; **Gruel**, s.97-98; **Avancini /Koziol /Iro**, s.306; **Steiner**, s.87-88; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.158; **Schönle**, s.59 vd. ve s.74; **Doğan**, s.195.

⁷³⁶ Bkz. II. Bölüm, § 6, II, B.

edebileceği bunun hangi şartlar altında olabileceği banka garanti sözleşmesi bakımından incelenmesi gereken diğer bir konudur. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması kural olarak garanti verenin ödeme yükümlülüğünü doğurmayacaktır. Ödeme yükümlülüğü bulunmayan banka, karşılık ilişkisinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmek suretiyle garanti bedelini öderse, ödediği bedel için edimi garanti edilene rücu etme imkânını kaybeder. Bu durumda banka, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunan garanti alana başvurarak ödediği bedeli geri ister⁷³⁷. Bu tür, sözleşmeden doğan edimlerin ifası durumunda iade talebinin hukuki dayanağının ne olacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş⁷³⁸, bu tür iade taleplerinin sözleşme hukukuna tabi tutulmasını kabul ederken hâkim görüş⁷³⁹, bu tür kazandırmaları sebepsiz zenginleşmenin bir türü olarak görmektedir. İade talebinin sebepsiz enginleşmeye dayandığının kabulü halinde garanti verenin yapmış olduğu ödeme, borç olmayan şeyin ifası (condictio indebiti) anlamına gelmektedir(BK. m.62). Bu durumda garanti veren banka, borç yükümlülüğü konusunda hata etmiş ise, garanti alana karşı sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir iade talebinde bulunabilecektir⁷⁴⁰. Bu tür bir iade talebinde bulunulabilmesi için, garanti alanın zenginleşmesi, garanti verenin fakirleşmesi, haklı bir nedenin bulunmaması ve garanti yükümlülüğü konusunda hata edilmiş olması gerekir.

Garanti verenini sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde yapmış olduğu garanti bedeli ödemesinin iadesini talep edebilmesi için, ilk olarak yapılan bu ödemenin garanti alanın malvarlığında zenginleşmeye neden olması gerekir. Garanti alan, garanti bedelinin ödenmesi ile her halükarda zenginleşir. Bu zenginleşme, garanti alanın malvarlığındaki aktiflerin artması, pasiflerin azalması veya aktiflerin

⁷³⁷ Bkz. **Koziol**, Rückforderung, s.249 vd.; **Seipen**, s.66 vd.; **Hahn**, Rückforderungsanspruch, s.2793-2794; **Horn**, Festschrift, s.630; **Schröder**, s.61 vd.

⁷³⁸ Konuyu, sözleşmeden kararlaştırılandan fazla ifa halinde iade talebinin hukuki dayanağının ne olacağı bağlamında inceleyen *Buz*, iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine tabi tutulmasının, tarafların niyetine ve genel hayat tecrübelerine ters düşeceğini; geçerli olan ve sonradan da ortadan kaldırılmayan bir sözleşme ilişkisine giren tarafların, bu sözleşme çerçevesinde söz konusu olabilecek her türlü taleplerin sözleşme rejimine tabi olması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Buz**, Sempozyum, s.145 vd. ve özellikle s.150.

⁷³⁹ **Eren**, s.817; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.743-744; **Serozan**, İfa Engelleri, s.323 vd.

⁷⁴⁰ **Zahn**, Bankgarantie, s.169 vd. **Nielsen** Bankgarantien, s.141; **Tekinalp**, s.394; **Doğan**, s.208; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.83; **Kahyaoğlu**, s.85-86.

azalmaması ve pasiflerin artmaması şeklinde gerçekleşir⁷⁴¹. Sebepsiz zenginleşme nedeniyle açılacak iade davasında, iade borçlusunun zenginleşmesi karşısında iade alacaklısının da fakirleşmesinin gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Klasik görüşün⁷⁴² aksine doktrindeki yeni görüş, sebepsiz zenginleşmeden doğan bir iade talebi için, iade alacaklısının malvarlığında azalma gerçekleşmesine gerek olmaksızın iade borçlusunun malvarlığındaki zenginleşmenin gerçekleşmesinin yeterli olacağını kabul etmektedir⁷⁴³. Buna göre yeni görüşün kabulü halinde sebepsiz zenginleşmeden doğan iade talebi bakımından bankanın fakirleşmesi önem taşımayacak, garanti alan, sebepsiz zenginleştiği oranda iadede bulunmakla yükümlü olacaktır.

Sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkının bir şartı da iade borçlusunun zenginleşmesinin haklı bir neden olmaksızın gerçekleşmesidir⁷⁴⁴. Bu durum zenginleşenin yararına gerçekleşen malvarlığı değişiminin objektif anlamda bir hukuki nedenin bulunmaması anlamına gelmektedir. Çünkü bu tür bir durumda hukuki neden ya hiç oluşmamıştır ya da şarta bağlı olarak oluşmasına rağmen geçersizdir. Veyahut da oluşan hukuki neden sonradan geçmişe etkili olarak ortadan kalkmıştır. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle talepte bulunulması üzerine garanti bedelinin ödenmesi halinde, garanti alanın yararına sebebe uygun bir şekilde malvarlığının el değiştirmesi için geçerli bir hukuki neden bulunmamaktadır. Zira

⁷⁴¹ Garanti bedelinin nakit olarak ödenmesi veya banka hesabına havale yapılması durumunda garanti alanın malvarlığındaki aktifler artar. Buna karşın garantinin ödenmesine ilişkin yükümlülük takas talebinde bulunulması suretiyle yerine getirilirse garanti alanın malvarlığındaki pasifler azalmamış olur ve dolayısıyla yine zenginleşme meydana gelir.

⁷⁴² Klasik görüş, alacaklı ile borçlunun malvarlıklarında mameleki bir değer yer değiştirdiği, alacaklının malvarlığındaki bir mal, borçlunun malvarlığına geçtiğinde ancak zaman başkası zararına zenginleşmenin gerçekleştiğini kabul eder. Bu görüş bakımından, zenginleşmenin sebebi, zenginleşenin malvarlığına, fakirleşenin malvarlığından ekonomik bir değer geçmiş olmasıdır. Buna göre zenginleşme, fakirleşmeden çok olsa bile, zenginleşenin iade borcu, fakirleşme kadar olacaktır, zenginleşen daha fazlasını muhafaza edecektir. Değerlendirme ve eleştiriler için bkz. **Guhl/ Merz/ Koller**, s.205; **Von Tuhr/ Peter**, s.473; **Eren**, s.826-827; **Oğuzman/ Öz**, s.733; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.734.

⁷⁴³ Yeni görüş kapsamında çeşitli yaklaşımlar bulunmakla birlikte, bunların ortak noktası, sebepsiz zenginleşme talebinin, iade alacaklısının, fakirleşme miktarına dayanamayacağı, iade borçlusunun zenginleşmesi miktarınca iade yükümlülüğü bulunduğunu kabul etmektedir. Görüşler ve değerlendirmeler için bkz. **Eren**, s.829 vd.

⁷⁴⁴ Bkz. **Eren**, s.835 vd.

hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması, garanti verenin ödeme yükümlülüğünü kesin bir şekilde doğurmayacaktır⁷⁴⁵.

Borçlu olunmayan şeyin ihtiyariyle ödenmesi durumunda sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkı, iade alacaklısının, borç yükümlülüğü konusunda hata içerisinde bulunmasını da şart koşar. Zira BK. m.62⁷⁴⁶ çerçevesinde sebepsiz zenginleşmeden dolayı iade talebinde bulunulabilmesi için, ifada bulunan kişinin, yanlış bir tasavvur ve düşünce sonucu kendisini borçlu sanması, borcun varlığı konusunda hataya düşmüş olması gerekir⁷⁴⁷. Aksi takdirde ifada bulunan, borcun mevcut olmadığını bilmesine veya varlığı konusunda şüphe duymasına rağmen ifada bulunursa BK. m.62'ye dayanarak iade talebinde bulunamayacaktır⁷⁴⁸. Buna göre garanti veren, garanti bedelini ödediği zamanda temel borç ilişkisindeki hakkın kötüye kullanılması durumunu oluşturan olayları bilmiyorsa, garanti verenin ödeme yükümlülüğü konusundaki hatası, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasından sonra her halükarda vardır. Bununla birlikte uygulamada edimi garanti edilen, garanti bedelinin ödenmesinden önce temel borç ilişkisinden doğan ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan olaylar konusunda garanti vereni bilgilendirmekte ve bunun sonucunda da borcun varlığı konusunda şüpheye sevk etmektedir. Borcun varlığı konusunda şüphe içerisinde olan garanti veren bankanın, buna rağmen garanti bedelini ödemesi, BK. m.62'den yararlanmasına engel oluşturabilir. Fakat kanaatimizce hakkın kötüye kullanılması suretiyle talepte bulunulması üzerine ödemede bulunulması halinde, garanti verenin sebepsiz zenginleşmeden doğan talep hakkını engelleyen bu tür bir borç yükümlülüğü konusunda şüpheye düştüğünün kolayca kabul edilmemesi gerekir. Zira garanti veren, temel borç ilişkisine katılmamıştır ve bu yüzden sunulan kısa zaman içerisinde temel borç ilişkisindeki sözde hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan fiili durum hakkında objektif ve şüpheden uzak bir görüntü elde edebilme imkânına sahip değildir. Bu yüzden hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde

⁷⁴⁵ **Büsser**, s.392.

⁷⁴⁶ BK. m.62 hükmünde borç olmayan şeyin ifası (Condictio indebiti) düzenlenmektedir.

⁷⁴⁷ Hatanın esaslı hata olması şart olmayıp, saik hatası dahi yeterlidir. Ayrıca hatanın ifa edenin kusuruna dayanıp dayanmaması ve dolayısıyla da mazur görülüp görülmemesi de önemli değildir. Bkz. **Eren**, s.840.

⁷⁴⁸ **Bucher**, s.672; **Von Tuhr/ Peter**, s.484; **Gauch/ Schluemp/ Jäggi**, I, s.295; **Eren**, s.840.

bulunulması üzerine garanti verenin ödeme yükümlülüğü konusundaki şüphesinin iade talebinde bulunmayı engellemesi, ancak edimi garanti edilenin, hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan olayları bildiğine dair inandırıcı delilleri sunması halinde kabul edilebilir. Bu da ancak edimi garanti edilenin, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğunda, bu konudaki şüpheden uzak ve inandırıcı nitelikteki delilleri garanti verene sunduğunun belirlenmesi ile mümkün olacaktır.

Borç konusunda hata edildiğinin ve diğer sebepsiz zenginleşme nedeniyle iade talebinde bulunmaya ilişkin şartların varlığını ispat yükü, iade alacaklısı durumundaki garanti veren üzerindedir⁷⁴⁹.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması üzerine garanti bedelini ödeyen garanti veren bankanın, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak iade talebinde bulunmasının yanısıra uğradığı zararları da garanti alandan tazmin edebilmesi gerekir. Hakkın kötüye kullanılması durumunda, bir zarar ortaya çıkmışsa, zarara uğrayan kişinin tazminat davası açabileceği ve bu tazminatın dayanağını, haksız fiil sorumluluğunun oluşturacağı; sözleşme kurallarının uygulanabildiği durumlarda ise sözleşme esaslarına göre tazminat talebinde bulunulması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir⁷⁵⁰. Buna göre hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması nedeniyle garanti verenin malvarlığında oluşabilecek zararları⁷⁵¹ garanti alandan tazmin edebilmesi, sözleşme aykırılık veya haksız fiil hükümleri çerçevesinde mümkün olabilecektir.

⁷⁴⁹ Eren, s.840.

⁷⁵⁰ Hatta bu durumda tazminat talebinde bulunan kişinin hukuki nitelendirmesinin hakimi bağlamayacağı, zira hakimin, hukuk kurallarını doğrudan uygulaması gerektiği; bu yüzden de tazminat talebinde bulunan davalı haksız fiil nedenine dayanarak tazminat talebinde bulunsu bile hakimin, sözleşme hükümlerine aykırı davranıldığını belirlemesi durumunda buna ilişkin hükümleri uygulaması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Akyol**, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, s.126.

⁷⁵¹ Bu tür bir zarara şu durum örnek olarak verilebilir. Temel ilişkinin borçlusu, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunulduğunun kendisine bildirilmesi üzerine derhal garanti veren bankaya, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı ve dolayısıyla da bankanın ödeme yükümlülüğünün doğmadığını inandırıcı deliller sunmak suretiyle bildirimde bulunabilir. Bu bildirimde rağmen banka, garanti bedelini ödemek isterse, karşılık ilişkisine aykırı davranmış olur ve talimatlara uygun hareket etmeyen vekil durumundaki banka zararlardan dolayı edimi garanti edilene karşı sorumlu olur. Bu durumda da hakkın kötüye kullanılması suretiyle garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunulması nedeniyle garanti veren bankanın malvarlığında zarar meydana gelecektir.

Garanti alandan tazminat talebinde bulunan garanti veren bankanın, bu talebini, sözleşmeye aykırılığa ilişkin olarak BK. 96 vd. hükümlerine dayandırması düşünülebilir. Garanti sözleşmesi, sadece garanti verenin borç altına girdiği, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Dolayısıyla garanti sözleşmesinin tarafını oluşturan garanti alanın, kural olarak garanti borcunun karşılığını oluşturan bir asli yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte garanti alanın, her sözleşme ilişkisinde olduğu gibi, sözleşmeden doğan hakkını kullanması konusunda özenli ve dürüstlük kuralına uygun olarak davranması gerektiği konusunda bir yan yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁵². Dolayısıyla garanti alanın, bu yükümlülüğünü ihlal ederek hakkın kötüye kullanılması suretiyle garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunması nedeniyle zarar oluşması halinde, oluşan bu zararlar için garanti veren banka, sözleşmeye dayanan bir tazminat talebini garanti alana yöneltebilecektir.

2-Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları

Garanti alan tarafından hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması, karşılık ilişkisinde ilk etapta garanti bedelinin ödenmesinden önce garanti verenin itirazları ileri sürme yükümlülüğünü doğurur. Garanti veren itirazları ileri sürme yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle garanti bedelini ödemişse, temel ilişkinin borçlusuna karşı ödediği garanti talebi için rücu etme imkânını kaybedecektir.

Temel ilişkinin borçlusu ile garanti veren banka arasında adi vekâlet ilişkisi bulunmaktadır. Bu nedenle garanti verenin, temel ilişkinin borçlusuna karşı vekâletin konusunu oluşturan işlemi özenli ve dürüst davranmak suretiyle yerine getirme

⁷⁵² **Zobl**, s.45. Koruma yükümleri (Schutzpflichten) olarak da adlandırılan ve yan yükümlerin bir türünü oluşturan bu yükümler, ihlali halinde kural olarak dava edilerek ifasını talep etmek mümkün olmamakla birlikte, tazminat davası açma imkânı vardır. Bu yükümler, fonksiyon ve içerik itibarıyla edim yükümlerinden bağımsız olduğu için, edim yükümlerinden önce, aynı anda veya daha sonra da doğabilirler. Bu gibi yükümlerin ihlali halinde haksız fiil hükümlerinin uygulanmasının, zarar göreni tatmin etmekten uzak olacağı ve bu nedenle sözleşme sorumluluğu hükümlerinin uygulanmasının, menfaatler dengesi açısından daha adil sonuçlar doğuracağı doktrinde kabul edilmektedir. Bkz. **Eren**, s.40-41.

yükümlülüğü bulunmaktadır⁷⁵³. Garanti verenin yükümlülükleri arasında itirazları ileri sürme yükümlülüğü de bulunmaktadır⁷⁵⁴. Garanti veren, itirazları ileri sürme yükümlülüğü nedeniyle, garanti alanın ödeme talebine karşı kendisine bildirilen veya kendisinin bilmesi gereken tüm itiraz ve def'ileri ileri sürmelidir ve bunların ileri sürülmesi temel ilişkinin borçlusu(yani vekâlet sözleşmesi bakımından müvekkil) lehine bir durum olarak gözükmektedir.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda garanti veren bankanın itirazları ileri sürme yükümlülüğünün oluşabilmesi için, hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan ödeme talebinin bir itirazı oluşturmasının yanısıra, bu konuda garanti verenin bilgisinin de bulunması gerekir. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması, kural olarak garanti veren bakımından bir itiraz ileri sürme imkânını oluşturur. Zira garanti alan, garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte dürüstlük kuralına göre temel borç ilişkisi bakımından herhangi bir talep hakkı bulunmamasına rağmen garanti bedelini, hakkını kötüye kullanmak suretiyle talep etmektedir. Ayrıca hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğu itirazının ileri sürülmesi, temel ilişkinin borçlusunun menfaatinin korunmasını sağlamak için vekil durumundaki garanti verenin yükümlülükleri arasında sayılır

Garanti veren banka, hakkın kötüye kullanıldığına ilişkin itiraz imkânının bulunduğu konusunda gerekli bilgiye sahip olmayabilir. Zira garanti veren, kendisinin katılmadığı temel borç ilişkisindeki itiraz niteliğindeki hakkın kötüye kullanılmasını (kesin, hakkın doğumuna engel olan, hakkı ortadan kaldıran) oluşturan olaylar meydana geldiği için bu bilgilere sahip olmayı gerekli görmeyebilir. Temel borç ilişkisindeki itirazları oluşturan olaylar hakkında bilgisinin bulunmaması durumunda garanti verenin, hakkın kötüye kullanıldığı itirazını ileri sürme yükümlülüğü doğmayacaktır. Bu yüzden ödeme talebinde bulunulması halinde temel ilişkinin borçlusu, garanti verenden, garanti alana karşı hakkın kötüye

⁷⁵³ Vekil durumundaki bankanın karşılık ilişkisinden doğan yükümlülükleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, § 1, II, B, 1.

⁷⁵⁴ **Zobl**, s.45; **Von Mettenheim**, s.585.

kullanıldığı itirazını ileri sürmesini talep ediyorsa, garanti vereni, temel ilişkiden doğan ve itiraz oluşturan olaylar hakkında bilgilendirmeli ve olaylara inandırabilmelidir. Temel ilişkinin borçlusunun, temel ilişkiden doğan ve itiraz oluşturan olaylar hakkında garanti vereni bilgilendirmeyi ve olaylara inandırabilmeyi, özellikle “ilk talepte” ödemeyi içeren garantiler bakımından “derhal” yapması gerekir. Çünkü garanti alanın alacağı, geçerli bir ödeme talebinde bulunulması ile muaccel hale gelir. Bu nedenle garanti veren, ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin itirazları ileri sürmemesi halinde, garanti bedelini ödemekle yükümlü olmaktadır⁷⁵⁵.

Temel ilişkinin borçlusunun garanti verenin itirazları ileri sürmesini sağlaması ve ödeme yapmasına engel olması, uygulamada iki şekilde gerçekleşmektedir. Temel ilişkinin borçlusu, ödeme talebinde bulunulduğunun kendisine bildirilmesinden sonra derhal ya temel ilişkiden doğan ve itiraz oluşturan olaylara ilişkin inandırıcı delilleri garanti alana sunmakta veya mahkemeye başvurmak suretiyle ihtiyati tedbir yoluyla garanti veren bankaya ödeme yasağı konulmasını talep etmektedir⁷⁵⁶.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması üzerine garanti bedelini ödeyen garanti verenin itirazları ileri sürme yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde temel ilişkinin borçlusu ile garanti veren arasındaki karşılık ilişkisi bakımından iki önemli sonuç ortaya çıkmaktadır. İlk olarak garanti veren banka, vekâlet sözleşmesine aykırı hareket etmek suretiyle garanti bedelini ödediği için, vekâlet sözleşmesine dayanarak ödediği garanti bedelini, rücu etmek suretiyle talep etme imkânını kaybedecektir. İkinci olarak garanti veren banka, itirazları ileri sürme yükümlülüğünü ihlal etmek suretiyle özen borcuna aykırı davrandığından(BK. m.390/2) sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle edimi garanti edilene tazminat ödemekle yükümlü olabilecektir⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ Bkz. I. Bölüm, § 2, II, B, 2,c.

⁷⁵⁶ Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda ihtiyati tedbir talebinde bulunulması III. Bölümde incelenecektir.

⁷⁵⁷ **Büsser**, s.398.

3-Temel İlişki bakımından hukuki sonuçları

Garanti bedelinin ödenmesi talebinin hakkın kötüye kullanılması olarak ortaya çıkması, temel borç ilişkisinde meydana gelen olaylara dayanmaktadır. Garanti alanın, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunmasıyla, garanti ilişkisindeki garanti verenin yanısıra temel ilişkinin borçlusuna karşı da dürüstlük kuralına aykırı şekilde bir davranış ortaya koyduğu sonucu çıkarılabilir. Zira temel ilişkinin borçlusu, garantiyi sağlamakla garanti alana karşı bir güven beslediğini göstermektedir. Garanti alanın davranışı ise bu güveni boşa çıkarıcı niteliktedir. Temel ilişkinin borçlusu, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması nedeniyle garanti bedelinin ödenmesinden önce veya sonra bir zarar görürse⁷⁵⁸, garanti alandan güvenin kötüye kullanılması nedeniyle tazminat talep edebilecektir. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda davacı(edimi garanti edilen), aralarındaki kira sözleşmesinin davalı(garanti alan) tarafından haksız olarak feshedilerek, aralarındaki sözleşme ilişkisi çerçevesinde sağladığı teminat mektubunu irat kaydettiğini ve bu yüzden de munzam zarara uğradığını ileri sürerek tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesinin verdiği "...davalının sebebiyet verdiği zararı geç tahsil edebilen davacının munzam zarar isteyebileceği, her ne kadar, ticari kredi kullandığı ve faiz ödendiği açıklanmış ise de, bu hususta yeterli delil ibraz edilememesi nedeniyle bozma ilamında açıklanan ilkelere göre belirlenen munzam zararın kabulü gerektiği sonucuna varılarak, davanın kısmen kabulüne..." şeklindeki karar Yargıtay tarafından onanmıştır⁷⁵⁹.

⁷⁵⁸ Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması ve bu talep üzerine ödeme yapılması nedeniyle temel ilişkinin borçlusunun malvarlığında bir zarar oluşabilir. Burada öncelikle iki tür zarar düşünülebilir. İlk olarak, temel ilişkinin borçlusu, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması üzerine, bedelin ödenmesini, karşılık ilişkisine dayanmak suretiyle ihtiyati tedbir yoluyla engellemeye çalışmışsa tüm bunlar için masraflar ortaya çıkacaktır. İkinci olarak, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması üzerine garanti veren, garanti bedelini öderse, ödediği bedel oranında temel ilişkinin borçlusuna rücu edecektir. Bundan dolayı temel ilişkinin borçlusu, ödenen garanti bedeli oranında garanti verene ödeme yapmakla yükümlü olmuşsa yine malvarlığında bir zarar ortaya çıkacaktır. Buna karşılık garanti veren, talep edilen garanti bedelini ödemekle itirazları ileri sürme yükümlülüğünü ihlal etmişse, rücu imkânını kaybedeceğinden, temel ilişkinin borçlusunda herhangi bir zarar oraya çıkmayacaktır. Bkz. **Büsser**, s.398-399

⁷⁵⁹ Yarg. 11 HD. 14.05.2002 T ve E. 2002/2067, K.2002/4755 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan ödeme talebi üzerine garanti veren banka, garanti bedelini ödemişse ve daha sonra ödediği bu bedeli edimi garanti edilenden talep ederse, edimi garanti edilen, aralarındaki ilişki çerçevesinde ödenen bu bedeli bankaya ödemekle yükümlü olacaktır⁷⁶⁰. Bu durumda temel ilişki bakımından edimi garanti edilenin malvarlığında, garanti alanın lehine olacak şekilde bir azalma meydana gelir. Rücu borçlusu durumundaki edimi garanti edilenin malvarlığındaki azalma ile garanti bedelinin ödenmesi sonucunda garanti alanın malvarlığında meydana gelen zenginleşme ters orantılıdır. Edimi garanti edilen, garanti alanın garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte dürüstlük kuralına göre temel borç ilişkisi bakımından herhangi bir talep hakkı bulunmamasına rağmen garantinin ödenmesini talep ettiğini likit delillerle ispat edebilirse, garanti alana başvurma hakkını elde edebilir. Edimi garanti edilenin, garanti alana başvurma hakkı temel ilişkinin dayandığı sözleşmeden doğar⁷⁶¹. Buradaki sözleşme ilişkisi, temel ilişkinin bir bölümünü oluşturan veya bağımsız bir şekilde yapılan garantinin sağlanmasına ilişkin taahhüdün bulunduğu anlaşmadır. Bu anlaşmada temel ilişkinin borçlusu durumundaki edimi garanti edilen ve garanti alan, aralarındaki ilişkiden doğan belirli bir edimi, garanti sözleşmesi ile teminat altına alacaklarını kararlaştırırlar. Bu sözleşmede ayrıca, hangi hallerin varlığı halinde ödeme talebinde bulunulabileceği, yani garanti şartları da belirlenir. Garanti alan, temel ilişkide belirlenen durum gerçekleşmeden ödeme talebinde bulunursa edimi garanti edilen, aralarındaki bu sözleşme çerçevesinde hem uğradığı zararları hem de ödemiş olduğu garanti bedelini talep edebilecektir⁷⁶².

Edimi garanti edilenin, temel ilişkinin dayandığı sözleşmede garanti şartlarının bulunmaması nedeniyle sözleşmeye aykırılığa dayanamaması durumunda, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanıp dayanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş⁷⁶³, garanti bedelini hakkın kötüye kullanılması suretiyle

⁷⁶⁰ Zira ödeme talebinde bulunulduğu banka tarafından kendisine bildirilen edimi garanti edilen, verilen kısa süre içerisinde, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğuna ilişkin likit ispat araçlarını hazırlayamaması nedeniyle ödemeye engel olamayabilir.

⁷⁶¹ Bkz. **Faber**, s.355 vd.; **Horn**, Festschrift, s.631.

⁷⁶² **Faber**, s.355-356; **Kahyaoglu**, s.102; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.368; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.83.

⁷⁶³ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.369. Aynı görüşte **Kahyaoglu**, s.102.

ödenmesini sağlayan garanti alanın zenginleşmesi ile bankaya ödemede bulunan edimi garanti edilenin fakirleşmesi arasında doğrudan bir illiyet bağının bulunduğundan hareketle edimi garanti edilenin, sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak garanti alandan iade talebinde bulunabileceği sonucuna varmaktadır. Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüş⁷⁶⁴ ise, edimi garanti edilenin malvarlığındaki eksilme nedeninin, ödeme olmadığı ve bankanın edimi garanti edilene rücu hakkının bulunmadığı, bankanın ödediği bedeli edimi garanti edilenden tahsil etmesinin, kontrgarantiye dayandığını belirterek sebepsiz zenginleşme hükümlerine başvurulamayacağını kabul etmektedir. Kanaatimizce ilk görüşe üstünlük tanımak yerinde olacaktır. Zira kişilerin haksız ve sebepsiz yere zenginleşmesini önlemeye yönelik düzenlemeler getiren sebepsiz zenginleşme davasının, garanti alanın iade yükümlülüğü bakımından da kabul edilmesi hakkaniyetin bir gereğidir. Ayrıca bu tür bir kabul, MK. m.2/2 açıkça öngörülen, hakkın kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korunmayacağı ilkesine de uygun olacaktır. Nitekim garantinin iptaline ilişkin bir davada Yargıtay⁷⁶⁵, "...ödediği halde irat kaydedilen avans teminat mektubundan dolayı garanti veren bankaya karşı kontrgarant olan davacı bu işlemde zarara uğrayacak, işveren ise avansın karşılığını mükerrer almış olacağından malvarlığında haksız zenginleşmeye meydana gelecektir..." şeklinde bir değerlendirme yaparak sebepsiz zenginleşmeye işaret etmektedir.

Ş7. GARANTİ BEDELİNİN ÖDENMESİNİN GARANTİNİN AMACINA AYKIRI BİR ŞEKİLDE TALEP EDİLDİĞİ SAVUNMASI (İTİRAZI)

Garanti sözleşmesi ve banka garantisi, belirli ve gerçekleşmesi garanti alan tarafından arzu edilen edim sonucunun gerçekleşmemesi nedeniyle ortaya çıkan kaybın, bu edim sonucunun yerine geçecek telafi edici nitelikteki bir ikame edim ile teminat altına alınmasını amaçlar. Buna göre garantinin amacı, garanti alanın arzu ettiği edim sonucunu, yani garanti konusu olayı teminat altına almaktır. Garanti

⁷⁶⁴ **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.83-84.

⁷⁶⁵ Yarg. 15 HD. 17.03.1986 T. ve E. 1986/4097, K.1986/2019 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.370.

alanın arzu ettiği edim sonucu, kural olarak temel ilişkide edimi garanti edilenin borçlanmış olduğu edimin, zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesidir. Edimi garanti edilenin, borcunu, zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmemesi, yani garanti konusu olayın gerçekleşmesi halinde garanti alan, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunabilecektir. Bunun dışında bir durumda, yani, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin, garantinin kapsamında bulunmayan bir duruma ilişkin olması, ödeme talebinde bulunulduğu sırada garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemiş olması veya garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmaması durumlarında, garanti alan tarafından yapılan ödeme talebi, garantinin amacına aykırılık (zweckwidrige Abruf) oluşturur⁷⁶⁶. Zira bu tür taleplerde garanti sözleşmesinin ve banka garantisinin teminat sağlama amacı ihlal edilmektedir.

Garantinin amacına aykırılık oluşturan ödeme taleplerinde, garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Bu durumda banka, garantinin amacına aykırı bir ödeme talebinin bulunduğunu ve dolayısıyla da garantinin kapsamında bulunmayan bir talebin var olduğunu ileri sürerek ödemedi kaçınabilecektir⁷⁶⁷.

Aşağıda öncelikle garantinin amacının somut olay bakımından nasıl belirleneceğini incelendikten sonra, garantinin amacına aykırı ödeme talebinde bulunulması halleri, garantinin amacına aykırı ödeme talebinde bulunulmasının ispatını, hukuki sonuçlarını ve son olarak da garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulmasının, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasından farklarını inceleyeceğiz.

I-SOMUT OLAYDA BANKA GARANTİSİNİN AMACININ TESPİTİ

Banka garantisinin teminat amacının ve teminatın kapsamının tespiti için, garanti alan tarafından gerçekleşmesi arzu edilen ve gerçekleşmemesi halinde garanti

⁷⁶⁶ **Spain**, s.136 vd.; **Büsser**, s.420 vd.; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.51.

⁷⁶⁷ **Zobl**, s.42; **Kleiner**, Bankgarantie, s.198-199.

bedelinin ödenmesi sonucunu doğuracak olayın, yani garanti ile teminat altına alınmak istenen olayın ne olduğunun belirlenmesi gerekir⁷⁶⁸.

Somut olayda bir garanti ile teminat altına alınan edim sonucunun ve böylece de somut olaydaki garantinin amacının tespiti, diğer tüm sözleşmelerin içeriğinin ve amacının tespitinde olduğu gibi yorum yoluyla sağlanabilir. Sözleşmelerin yorumlanmasında, yorum araçları, asli ve tamamlayıcı yorum araçları şeklinde ikili bir ayırıma tabi tutulur⁷⁶⁹. Banka garantisinde, garantinin amacının belirlenmesine ilişkin asli yorum aracını garanti sözleşmesi metni oluşturur. Bunun yanı sıra gerektiğinde temel ilişkide teminat altına alınan edim hakkındaki anlaşma da tamamlayıcı yorum aracı olarak dikkate alınabilir⁷⁷⁰.

Garanti metninde kullanılan kelimeler, garanti sözleşmesinin yorumunda birincil araçtır ve böylece de teminat altına alınan edim sonucunun ve somut olaydaki garantinin ve teminatın amacının belirlenmesi için ilk başvurulabilecek bir bilgi kaynağını oluşturur. Banka garantisinin metninin birçok yerinde garantinin teminat amacına işaret edilmektedir. Özellikle de garantinin adında, sözleşmenin giriş kısmında ve garanti yükümlülüğünün düzenlendiği kısımda garantinin amacını tespiti yarayan ifadeler bulunabilir.

Garantinin amacının tespit etmek bakımından banka garantisi metninde ilk olarak garantinin adına bakılabilir. Garantinin adı, garanti belgesinin başlangıcında üst başlık olarak bulunur ve bazen de özellikle sözleşmenin giriş kısmında olmak üzere garanti metninde de tekrarlanır. Garantinin adı, “ödeme garantisi”, “ifa garantisi”, “avans(ön ödeme) garantisi”, “kredinin teminat altına alındığı garanti” veya buna benzer şekilde yazılmak suretiyle belirtilir ve garantinin amacının tespiti

⁷⁶⁸ Banka garantisinde, genellikle garanti ile teminat altına alınan edim sonucu, edimi garanti edilenin, temel ilişkide borçlanmış olduğu sözleşme konusu edim ile bağlantılı bir şekilde belirlenmektedir.

⁷⁶⁹ Bkz. **Eren**, s.427 vd.; **Von Tuhr/ Peter**, s.286 vd.; **Gauch/ Schlupe/ Jäggi**, I, s.229; **Oğuzman/Öz**, s.150 vd. Asli yorum aracı, tarafların beyan aracı olarak kullanmış oldukları kelime ve deyimlerdir. Tamamlayıcı yorum araçları ise, özellikle sözleşme görüşmeleri olmak üzere sözleşmenin kurulması sırasında ve sözleşmenin kurulmasından sonraki olaylardır. Bunlar arasında sözleşmenin kurulduğu yer ve zaman, sözleşme görüşmeleri, sözleşme tasarıları, tarafların sözleşmenin kurulduğu sırada veya kurulmasından sonra birbirlerine karşı takındıkları tutum ve davranışları, ifa hazırlıkları, tarafların sözleşmenin kurulduğu zamandaki menfaat durumları ve özellikle amaçları, ilgili iş çevrelerindeki örf, adet ve teamüller sayılabilir. Bkz. **Eren**, s.427-428.

⁷⁷⁰ **Büsser**, s.421 vd.

bakımından teminat altına alınan sonucun türüne göre çok genel bir değerlendirme yapılmasını sağlar. Ancak garantinin adı, garantinin içeriğini tam olarak yansıtmadığı veya bu tür işlemler için birlik oluşturacak nitelikte olmadığı için, somut olayda garanti ile teminat altına alınan sonucun ve garantinin amacının belirlenmesi bakımından tek başına sağlıklı sonuçlar vermez⁷⁷¹.

Garantinin amacının tespiti bakımından garanti metninde ikinci olarak garantinin giriş kısmına (*Präambel- Ingress*) bakılabilir. Garanti metninin giriş kısmı, garantiye ilişkin ilk cümlelerin yer aldığı kısımdır⁷⁷². Burada, teminat altına alınan edim ve böylece talep edilen garantinin amacı az ya da çok somutlaştırılmaktadır. Garanti metninin giriş kısmında temel ilişkideki teminat altına alınacak edimin müşahhaslaştırılması, sözleşmenin taraflarının, konusunun, kurulduğu tarihin ve ilgili sözleşme numarasının belirtilmesi yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bir garantinin teminat amacı, garanti metninin giriş kısmında, edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki hangi hukuki ilişkiden doğan borcun teminat altına alındığı belirlenmek suretiyle somutlaştırılmaktadır. Dolayısıyla garanti metninin giriş kısmında, teminat altına alınacak edimin tasvir edilmesi ölçüsünde garantinin amacı da belirlenmiş olmaktadır. Örneğin bir malın teslimine ilişkin garanti de, hangi malın teslim edileceğinin ve teslim edilmemesi durumunda garantinin hangi andan itibaren ve ne zamana kadar talep edilebileceğinin açıkça belirtilmesi, garantinin amacının da belirlenmesini sağlamaktadır. Bu nedenle garantinin amacının tamamen somutlaştırılabilmesi bakımından, garanti alanın, teminat altına alınacak edim sonucunun gerçekleşmesini hangi andan itibaren bekleyebileceği ve bu edim sonucunun ne zamandan itibaren teminat altına alındığı gibi hususlar garanti metninde belirlenmelidir⁷⁷³.

Garantinin amacının tespiti bakımından son olarak garanti yükümlülüğünün düzenlendiği kısma bakılabilir. Bu kısımda, garanti konusu olayın gerçekleşmesi, yani garanti ile teminat altına alınan edimin, borçlu tarafından yerine getirilmemesi veya garanti edilen teminat olayının gerçekleştiğinin garanti alan tarafından iddia

⁷⁷¹ Büsser, s.422.

⁷⁷² Deutschen Bank, s.18.

⁷⁷³ Büsser, s.422-423.

edilmesi halinde garanti veren banka, garanti alana, ödemede bulunacağını vaat etmektedir. Garanti yükümlülüğünün düzenlendiği kısımda, garanti konusu olayın tam bir tasviri genellikle yapılmamaktadır. Daha ziyade temel borç ilişkisine açıkça atıfta bulunulmak suretiyle, garanti konusu olayın gerçekleşmesi halinde garanti bedelinin ödeneceği vaat edilmektedir⁷⁷⁴. Örneğin, "...garanti metninin giriş kısmında belirtilmiş olan sözleşmeden doğan alacağın zamanında ödenmemesi durumunda...", "...edimi garanti edilenin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmemesi durumunda..." veya "ilk talepte" ödeme kaydını içeren garantide "...garanti alanın garanti konusu olayın meydana geldiğini iddia etmesi durumunda..." garanti verenin, garanti bedelini ödeyeceği düzenlenmektedir.

Garantinin amacının tespiti bakımından başvuru olan asli yorum aracı olan garantinin metninden, garantinin amacını tespit etmek mümkün olmazsa veya garantinin amacı garantinin giriş kısmında veya yükümlülüğün düzenlendiği kısımda zikredilmekle beraber bu verilerle, garantinin amacını tam olarak tespit etmek mümkün olmazsa, temel borç ilişkisine başvurularak garantinin amacı belirlenebilir⁷⁷⁵. Bir sözleşmenin yorumlanmasında diğer bir sözleşmeden yararlanılması tipik bir yöntem değildir. Ancak genellikle garanti konusu olay, garanti sözleşmesinde tasvir edilmediğinden ve temel borç ilişkisine atıfta bulunulmak suretiyle, garanti konusu olayın gerçekleşmesi halinde garanti bedelinin ödeneceği vaat edildiğinden, garanti sözleşmesi ile temel borç ilişkisi arasında özel bir bağ ortaya çıkmaktadır. Bu özel bağ oluşturan diğer bir durum da garanti sözleşmesinin taraflarından birini oluşturan garanti alanın, aynı zamanda temel borç ilişkisinin tarafı da olmasıdır⁷⁷⁶.

⁷⁷⁴ **Deutschen Bank**, s.18-19.

⁷⁷⁵ Garantinin amacının tespiti bakımından, temel borç ilişkisini oluşturan sözleşmede bakılabilecek ilk yer, garantinin sağlanmasına ilişkin taahhüdün bulunduğu kısımdır. Edimi garanti edilen, temel borç ilişkisinde, garanti alana bir garanti sağlamayı taahhüt etmektedir. Garantinin sağlanmasına ilişkin bu anlaşmada, sağlanacak garantinin hangi teminat amacına sahip olduğu, yani garanti alan tarafından hangi edimin beklendiği ve hangi tür ve şekilde teminat altına alındığı belirlenmektedir. Garantinin sağlanmasına ilişkin taahhüt, temel borç ilişkisine bir hüküm konulmak suretiyle öngörülebileceği gibi, ayrı bir sözleşmenin konusunu da oluşturabilir. Bkz. I. Bölüm, § 1, II, B, 2.

⁷⁷⁶ **Büsser**, s.424-425.

Garanti konusu olayın belirlenmesi ve böylece de garantinin amacının tespitinde temel borç ilişkisinden yararlanılması ve tamamlayıcı yorum aracı olarak temel borç ilişkisinin dikkate alınması garanti sözleşmesinin bağımsızlığına zarar vermez ve garanti sözleşmesinin fer'i nitelik kazandırmaz. Zira garanti sözleşmesinden doğan yükümlülük, temel ilişkiden doğan bir edim yükümlülüğünün varlığına ve dava edilebilirliğine bağlı olmaksızın varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Burada yapılan sadece, garanti sözleşmesine ilişkin bir unsurun ve böylece de garantinin amacının tespitinden ibarettir⁷⁷⁷.

II-GARANTİNİN AMACINA AYKIRI BİR ŞEKİLDE ÖDEME TALEBİNDE BULUNULMASI

A-Garantinin Amacına Aykırı Bir Şekilde Ödeme Talebinde Bulunulması Halleri

1-Garanti Kapsamında Bulunmayan Bir Konuda Ödeme Talebinde Bulunulması

Garanti sözleşmesi ve banka garantisinin amacı, garanti metninde belirlenen garanti konusu olayın gerçekleşmesi rizikosuna karşı güvence sağlamaktır. Bu nedenle garantiye dayanarak ödeme talebinde bulunulabilmesi, ancak garanti konusu olayın gerçekleşmesi ve garantinin teminat amacı kapsamında yer alması halinde mümkündür⁷⁷⁸. Dolayısıyla garanti alanın ödeme talebi, ödenmesini talep ettiği

⁷⁷⁷ Büsser, s.425-426.

⁷⁷⁸ Kleiner, Bankgarantie, s.198-199; Arkan, Teminat Mektubu, s.74-75. Bir kararında Yargıtay şu şekilde hükmetmiştir; "...Teminat mektupları nitelikleri itibariyle hangi iş için verilmiş ise, o iş için geçerlidir. Somut olayda teminat mektubu banka tarafından takibin eve satışın durdurulmasına ilişkin tedbir kararının teminatı olarak verildiğinden lehdarın borcu için haczedilmesi usulsüzdür.". Yarg. 12. HD. 06.04.2000 T ve E. 2000/4332, K.2000/5403 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr Bir başka kararında da Yargıtay yine aynı yönde hüküm tesis etmiştir; "...Borçlu Belediyenin Ankara 10.İcra Müdürlüğünün 2001/9715 sayılı dosyası için haczin kaldırılmasına yönelik olarak Ankara 11.İcra Tetkik Mercii Hâkimliğinin 2002/30 sayılı kararı doğrultusunda teminat mektubu ibraz ettiği anlaşılmaktadır. Bir banka tarafından verilen teminat mektubu dolayısı ile banka muhtemel bir rizikoyu garanti ederek muhatap lehine ödeme taahhüdü altına girmektedir. Teminat mektubu hisse senedi veya tahvil gibi kıymetli evrak niteliğinde olmadığından mektubun kendisinin haczi mümkün değildir. Ayrıca teminat mektubu hangi iş için verilmiş ise onun için haczedilip paraya çevrilebileceğinden başka bir işten dolayı bu paranın haczi mümkün değildir. Bu nedenle borçlu

garantinin teminat amacının kapmasında bulunmalıdır. Garantinin kapsamında yer almayan bir riziko olayına dayanan ödeme talebi, garantinin amacına aykırılık oluşturur⁷⁷⁹. Örneğin temel ilişkiyi bir inşaat sözleşmesinin oluşturduğu bir garanti ilişkisinde iş sahibinin, işin belirlenen sürede tamamlanması amacıyla müteahhide vermiş olduğu avansların geri ödenmesini teminat altına alan bir avans(ön ödeme) garantisinin, müteahhidin bir başka borcu için ödenmesinin istenmesi, garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulmasından dolayı garantinin amacına aykırılık oluşturacaktır⁷⁸⁰. Bunun gibi de, müteahhidin, üstlenmiş olduğu inşaat işini zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmemesi durumunu teminat altına alan bir ifa garantisinin, iş sahibi tarafından yanlışlıkla ikinci defa ödenen ücretin iade edilmemesi gerekçe gösterilerek ödenmesinin talep edilmesi garantinin amacına aykırılık oluşturacaktır. Bu durumu göz önünde

belediyenin başka icra dosyasındaki borcundan dolayı bu dosya için verilen teminat mektubunun paraya çevrilmesinden sonra arta kalan miktarın haczi mümkün değildir...” Bkz. Yarg. 12. HD. 10.06.2002 T ve E. 2002/11241, K.2002/12288 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

⁷⁷⁹ **Spaini**, s.137 vd.; Bir kararında Yargıtay, “...garanti verenin muvafakati olmadan esas akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhine ağırlaştırılması veya borçlunun yeni yükümlülükler üstlenmesi garanti edilen riskin kapsamı dışında kalır ...” şeklinde hüküm vermiştir. Yarg. 19 HD. 23.05.2000 T ve E. 2000/1855, K.2000/3925 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr. Yeni tarihli bir kararında da Yargıtay, şu şekilde hüküm tesis etmiştir; “...Banka teminat mektupları metinlerinde gösterilen konu ve amaçları ile sınırlı sonuçlar doğurur. Bir hakkı temsil değil, bir taahhüdü içerir. Konusunda şartın yerine gelmesiyle doğacak riski karşılar. Dava edilen 16 ve 19 milyar TL.lık her iki mektubun "ihzarat" karşılığı verildiği metinlerinde gösterilmiştir. Sözleşmede de malzeme imalata girdiğinde, o miktarda mektubun serbest kalacağı belirtilmiştir. Diğer anlatımla işin kabul ya da kesin hesabına değin bu mektupların bekletilemeyeceği öngörülmüştür. Sözleşmenin 29.9 maddesinde değinilen "teminat" ise kesin teminat için kullanılmış olup ihzarattan ötürü verilen teminat mektubunun noksanlıklar, ayıp, gecikme cezası ... gibi, idarenin sair zararları karşılığında irad kaydı mümkün değildir. Bu haliyle bilirkişi tarafından belirtilen ve imalata girmeyen malzeme bedeli karşılığı 19.804.978.414 TL dışında kalan miktarda teminat mektuplarının hükümsüzlüğünün tespitine, saptanan bu miktar için ise istemin reddine karar verilmesi gerekir. O halde hüküm bozulmalıdır..”. Bkz. Yarg. 15. HD. 24.10.2002 T ve E. 2002/2873, K.2002/4862 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

⁷⁸⁰ Yapılan avans ödemelerini teminat altına alan bir garantinin bulunmasına rağmen garanti alanın, fiyat farkı, gecikme cezası veya SSK prim borçlarının ödenmediğini ileri sürerek yapacağı ödeme talebi garantinin kapsamında bulunmayan bir konuya ilişkin olduğundan garantinin amacına aykırılık oluşturur. Bu konuya ilişkin bir kararında Yargıtay, şu şekilde bir değerlendirme yapmak suretiyle “ifa garantisini” kapsamında bulunan bir konuda avans(ön ödeme) garantisinin ödenmesinin talep edilemeyeceği sonucuna varmaktadır; “...avans teminat mektubundan amaç iş sahibinin işin süresinde bitirilebilmesi için yükleniciye iktisaden yaptığı yardımların geri alınmasını garanti altına almaktır. Böylece, iş yapıldıkça bedeli avans teminat mektubundan düşülmek suretiyle tahsili gerçekleştirilmekte ve avans teminat mektubunun tüm karşılığı iş yapılması halinde, mektup derhal yükleniciye iade edilmektedir. Görülüyor ki, avans teminat mektubunun iş sahibinin diğer alacaklarını karşılamak fonksiyonu yoktur. Böyle olunca SSK.na yüklenicinin ödemesi gereken primlerin avans teminat mektubundan mahsubu yoluna gidilemez. Diğer bir deyimle ilişiksizlik belgesinin yasa gereği aranması icabeden durumlar yüklenicinin iş sahibine verdiği kesin teminat mektubu veya bunun yerine geçen diğer teminatlarla ilgilidir...”. Yarg. 15 HD. 23.06.1988 T ve E. 1988/2318, K.1988/2412 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

bulundurmayan Yargıtay⁷⁸¹, ifa garantisi ile bankanın, sözleşme şartlarının yanısıra Bayındırlık İşleri Genel Şartnamesi hükümleri çerçevesinde yerine getirilecek bir edime ilişkin bir garanti sağladığı değerlendirilmesinde bulunarak, garantinin kapsamına, kesin hesap sonucunda müteahhide fazladan ödendiği anlaşılan paranın da girdiği sonucuna varmıştır. Buna karşılık sonraki tarihli bir kararında Yargıtay, garanti sözleşmesi ile üstlendiği edimler dışında kalan konular bakımından garanti veren bankanın sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna varmıştır⁷⁸².

Garanti sözleşmesinin kurulmasından veya banka garantisinin verilmesinden sonra garanti alan ve edimi garanti edilen, temel ilişkide değişiklik yaparak daha önce kararlaştırdıkları sözleşmeden tamamen farklı bir sözleşme düzenleyebilirler. Bu durumda, garanti alanın, yeni sözleşmeden doğan edimin yerine getirilmemesine dayanan ödeme talebi, garantinin amacına aykırılık oluşturur. Örneğin (A) ve (B), (A) ya ait bir taşınmazın satılması konusunda anlaşmış ve taşınmazın bedelinin ödenmesi konusunda (A) nın talebi üzerine (B), bir banka garantisi sağlamayı taahhüt etmiştir. (B) nin yapmış olduğu talep doğrultusunda (X) bankası, taşınmazın satış bedelinin ödeneceği, ödenmemesi durumunda, garanti metninde belirtilen meblağın (A) ya ödeneceğini içeren bir garantiyi (A) ya vermiştir. Banka tarafından garantinin verilmesinden sonra temel borç ilişkisinin taraflarını oluşturan (A) ve (B), aralarında anlaşarak, taşınmazın satışından vazgeçmiş ve kiralanmasını kararlaştırmışlardır. Bu tür bir olayda, kiralayan durumundaki (A)'nın, kira sözleşmesinden kaynaklanan kira bedelinin ödenmediği gerekçesiyle (X) bankasından garantinin ödenmesi talebinde bulunması durumunda (X) bankası,

⁷⁸¹ Yarg. TD. 23.09.1971 T ve E. 1971/3749, K.1971/5628 sayılı kararı için bkz. **Arkan**, Teminat Mektubu, s.74, dn.51.

⁷⁸² Söz konusu olayda Yargıtay, şu şekilde karar vermek suretiyle, garanti sözleşmesinin kapsamında bulunmayan konularda ödeme talebinde bulunulamayacağı sonucuna varmaktadır; "...Anılan belgede, davalı bankanın, yukarıda sayılanlar dışında bir yüklenimi yoktur. Eş anlatımla, sözkonusu mektup; paraya çevirme sırasında arbitraja gidilerek (SAR)'ın ABD. Doları karşılığında dışarıdan satın alınması sonucu oluşan arbitraj farkını; bu fark için istenen direnime temerrüt faizini; teminat mektubuna ait komisyon ve gider vergisiyle, transferdeki gecikme nedeniyle mektup lehdarına(edimi garanti edilen) ödenen gecikme faizi gibi edimleri içermemektedir. ...belirtilen yaklaşımlara göre; davalı banka ile davacı banka arasında taahhüt biçiminde oluşmuş bir sözleşme bağlantısı bulunmasına; davacı bankanın alacağı temin edilen yan durumunda olmasına; bağımsız nitelikli bu sözleşmeyle davalı bankanın asıl borçlu olarak yüklenim altına girme iradesinin bulunmasına... davalı Banka, teminat mektubuyla yüklendiği yukarıda belirtilen edimler dışında halen; arbitraj farkı, bu fark için istenen direnime faizi ve gider vergisi, paraya çevrilen teminat mektubuna ait komisyon ve gider vergileriyle, birleşen davada istenen gecikme faizinden sorumlu tutulamaz..". Yarg. 19 HD. 28.01.1982 T ve E. 1981/5497, K. 1982/280 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

ödeme talebinin garantinin kapsamında bulunmayan bir hususa ilişkin olduğu ve bu nedenle de garantinin amacına aykırılık oluşturduğunu ileri sürerek ödmeden kaçınacaktır. Temel ilişkinin bu şekilde sonradan değişmesi, garanti veren bankanın onayı olmaksızın garanti sözleşmesinin teminat amacını ve kapsamını genişletmez. Dolayısıyla taşınmazın satış bedelinin ödenmesine ilişkin verilen garanti, temel borç ilişkisinin değişmesi nedeniyle kira bedellerinin ödenmesine ilişkin garantiye dönüşmez.

Garanti alan ve edimi garanti edilen, garanti sözleşmesinin kurulmasından sonra, temel ilişkide değişiklik yaparak, edimi garanti edilenin, yeni yükümlülükler üstlenmesini de kararlaştırabilirler. Ancak bu durum, garantinin kapsamında bir değişiklik meydana getirmez ve garanti, bu yeni yükümlülükleri kapsamaz⁷⁸³. Nitekim bir kararında Yargıtay⁷⁸⁴ şu şekilde hüküm vermiştir; "...garanti sözleşmesi ile garanti edilen risk kredi sözleşmesinin tarafları arasındaki asıl ilişkiden tamamen bağımsız olmakla birlikte riski, garanti sözleşmesinde atıf yapılan sözleşme belirlemektedir. ...garanti verenin muvafakati olmadan esas akdi ilişkideki koşulların borçlu aleyhinde ağırlaştırılması veya borçlunun yeni yükümler üstlenmesi garanti edilen riskin kapsamı dışında kalır...". Böylece Yargıtay, garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulamayacağı sonucuna varmaktadır.

Garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulmasının pratik önemi, ödeme talebinde bulunan garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleştiğini de açıkça iddia etmekle yükümlü olup olmamasındadır. Zira garanti metninde, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin açıkça iddia edilmesi, ödeme talebinde bulunmanın şekli bakımından şartı olarak öngörülmüşse, bu şekli eksiklik nedeniyle yapılmış olan ödeme talebi geçersiz olacaktır. Dolayısıyla yapılan ödeme talebinin garanti kapsamında bulunmayan bir konuya ilişkin olup olmadığının araştırılmasına gerek kalmaksızın ödeme talebi reddedilecektir. Zira ödeme talebinde

⁷⁸³ Edimi garanti edilenin üstleneceği bu yeni yükümlülükler, ancak bankanın ek bir teminat vermesi ile güvence altına alınabilir. Bkz. **Arkan**, Teminat Mektubu, s.75.

⁷⁸⁴ Yarg. 19 HD. 14.12.1999 T ve E. 1999/4793, K. 1999/7676 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

bulunmaya ilişkin şartlarda eksiklik söz konusudur⁷⁸⁵. Buna karşılık ödeme talebinin geçerliliği için, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin açıkça iddia edilmesi zorunlu değil, yani garanti bedelinin ödenmesinin yalın bir şekilde istenmesi yeterli görülmüşse⁷⁸⁶, bu durumda ödeme talebinin, garantinin kapsamında bulunmayan bir konuya ilişkin olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Böyle bir durumda garanti alan, ödeme talebinde bulunmakla, zımnen garanti konusu olayın gerçekleştiğini de iddia etmiş olmaktadır⁷⁸⁷. Zira ödeme talebinde bulunulabilmesi ve talep edilen garantinin ödenmesi için, garanti konusu olayın gerçekleşmesinin gerekli olduğu, garantinin teminat amacından çıkarılabilir. Garanti alan, ödeme talebini açıkça veya zımnen garanti konusu olayın gerçekleştiği ile gerekçelendirmez, aksine açıkça veya zımnen talep edilen garantinin teminat kapsamında bulunmayan bir konu ile gerekçelendirirse, ödeme talebi geçersiz olacaktır. Bu durumda garanti veren banka, yapılan ödeme talebinin, garantinin amacına aykırı olduğunu ileri sürerek ödemeden kaçınabilecektir⁷⁸⁸.

Edimi, garanti veren banka tarafından taahhüt edilen kişi yerine, bir başka kişinin edimini yerine getirmemesine dayanılarak ödeme talebinde bulunulması durumunda da garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda yapılmış bir ödeme talebi söz konusu olur. Yargıtay kararına konu olan bir olayda, davalı (A) bankası, (B)'nin borcu için, davacı garanti alan (C)' ye bir garanti taahhüdünde bulunuyor. Garanti alan ise, müteahhit (D)' nin sözleşmeden doğan borcunu yerine getirmediği gerekçesiyle, ödeme talebinde bulunuyor ve bankanın ödeme yapmaktan kaçınması üzerine de dava açıyor. İlk derece mahkemesi, garanti ile her ne kadar (B)'nin edimi teminat altına alınmış olsa da, garanti metninde yapılacak işin yazıldığı ve garanti alan olarak (C)'nin gösterildiği, riske karşı teminat veren bankanın, talep olduğunda parayı ödemesi gerektiğini belirterek davayı kabul etmiştir. Temyiz edilen karar

⁷⁸⁵ Ödeme talebinde bulunmaya ilişkin şartların yerine getirilmediğine ilişkin itirazlar konusunda bkz. II. Bölüm, § 5, III, A.

⁷⁸⁶ Bu durum özellikle “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından söz konusu olmaktadır.

⁷⁸⁷ **Diwok**, s.483

⁷⁸⁸ **Büsser**, s.409-410.

üzerine Yargıtay⁷⁸⁹ yerinde bir karar vermek suretiyle şu gerekçelerle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur; “Dava konusu teminat mektubu, dava dışı (B) lehine verilmiş; dolayısıyla onun edimi garanti edilmiştir. Diğer bir anlatımla teminat mektubu, adı geçen lehtar(edimi garanti edilen) şirketin, mektup muhatabı(garanti alan) davacı (C) ile yaptığı bir sözleşme varsa onun teminatını teşkil eder... Teminat mektubunun lehtarı(edimi garanti edileni) davacının belirttiği (D) şirketi değildir. Bu şirket ile mektup lehtarı(edimi garanti edileni) (B) arasında bir ilişkinin de varlığı ileri sürülmemiştir. Mektupta lehtar olarak görülmeyen bir kimsenin akdettiği sözleşmeden dolayı mektubun paraya çevrilmesi mümkün olmadığından bankanın bu yoldaki işlemi doğrudur...”. Yargıtay’ın bu kararı isabetlidir. Zira banka, vermiş olduğu teminat ile sadece garanti metninde edimi garanti edilen olarak gösterilen kimsenin, garanti alan ile olan ilişkisinden doğan edimini zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getireceğini, aksi takdirde, doğacak kayıpları telafi edeceğini taahhüt etmektedir. Edimi garanti edilen dışındaki bir kimsenin, borcunu ifa etmemesine dayanılarak garantinin ödenmesi talebinde bulunulamaz. Bu tür bir ödeme talebi, garantinin kapsamında bulunmayan bir konuya ilişkin olduğundan, garantinin amacına aykırılık oluşturacaktır.

Bir başka Yargıtay kararında, şirketin ortağının edimini garanti eden bir teminatın, şirketin, sözleşmeden doğan borcunu ifa etmemesi üzerine paraya çevrilemeyeceği sonucuna varmıştır. Olayda banka, Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğüne, gerçek kişi P.Alaman’ın Çay-kur’dan kredi ile alacağı çayların bedellerinin zamanında ödeneceğini güvence altına alan bir teminat veriyor. Garanti alan durumundaki Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, çayları edimi banka tarafından garanti edilen gerçek kişi durumundaki Paşaaali Alaman’a değil, bu gerçek kişinin ortağı olduğu Alaman Gıda Sanayi ve Ticaret A.Ş.’ye kredi ile satıp şirketi borçlandırıyor. Şirketin, sözleşmeden doğan edimini zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmemesi üzerine Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğü, garanti veren bankadan, söz konusu garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunuyor. Konunun intikal etmesi üzerine Yargıtay, davaya konu teminat mektuplarının davlılardan Paşaaali Alaman’ın diğer davalı Çay İşletmeleri Genel Müdürlüğünden

⁷⁸⁹ Yarg. 11 HD. 2.2.1988 T ve E. 1988/7662, K.1988/479 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.41.

ay alımı sebebiyle borlanacağı meblağların teminatı olarak düzenlenmiş olduğunun anlaşılmasına ve Alaman Gıda Sanayi ve Ticaret A.ř.'nin çay-kur'dan alıp borçlandığı çayların teminat olarak kullanılmasına olanak bulunmadığına karar vermiřtir⁷⁹⁰.

Açılmış bir ihaleye katılacak kişi veya kurumun ihalenin kendisinde kalması halinde, belirlenen süre içinde ve ihalede belirtilen şartlara uygun olarak sözleşme imzalamaması tehlikesine karşı ihaleyi açan kişi veya kuruma hitaben verilen geçici bir garantinin, sözleşme imzalandıktan sonra, sözleşme konusu borcun gereği gibi yerine getirilmediğine dayanılarak ödeme talebinde bulunulması durumunda da garantinin kapsamında bulunmayan bir ödeme talebi söz konusu olur. Zira denmesi talep edilen konu, bir ifa(kesin) garantisinin kapsamında yer alabilir. İhalenin kazanılması ve bunun üzerine sözleşmenin imzalanması ile birlikte, garanti konusu olayın gerçekleşmesi kesin bir biçimde ortadan kalkmaktadır. Bir kararında Yargıtay⁷⁹¹ şu şekilde hüküm tesis etmiştir; "...davalı banka tarafından düzenlenen 16.2.1998 tarih 7812 nolu geçici teminat mektubunda "ihalenin adı geçene yapıldığı usulüne uygun olarak bildirildiği ve kesin teminat vermesi ve sözleşme yapması istenildiği halde kesin teminat vermediği ve sözleşme yapmadığı ve ilgili kanun ile işe ait şartname hükümlerine uygun hareket etmediği takdirde " ibaresinin bulunmasına, bunun davalı bankaca verilmiş teminat mektubunun teminatının şartname hükümlerinin tam olarak yerine getirilmesini de kapsadığı anlamına gelmesine ve dava ihbar olunan Hasan A. ile davacı banka arasında şartname hükümlerinin yerine getirilip getirilmediği konusunda açılmış davaların sonucunun geçici teminat mektubunun işlevini tamamlayıp tamamlamadığını belirleyeceğine ve bu davanın sonucunu etkileyeceğine göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen zel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...".

⁷⁹⁰ Yarg. 19 HD. 11.41994 T ve E. 1994/3421, K.1994/3567 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.41-42.

⁷⁹¹ YHGK. 20.03.2002 tarih ve E.2002/11-94 K: 2002/198 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr

2-Garanti Konusu Olayın Henüz Gerçekleşmemiş Olması

Garanti sözleşmesi ve banka garantisi, garanti alanın temel borç ilişkisinden elde etmeyi umduğu edim sonucunun gerçekleşmesini, yani temel ilişkinin borçlusunun, edimini zamanında ve gereği gibi yerine getirmesini, teminat altına almaktadır. Teminat altına alınan edim sonucunun beklenen zamanda ve gereği gibi yerine getirilmemesi, yani garanti konusu olayın gerçekleşmesi halinde garanti alan, garanti veren bankadan garanti bedelinin ödenmesini talep edebilmektedir⁷⁹². Buna karşılık garanti konusu olay gerçekleşmeden önce garanti alanın ödeme talebinde bulunması halinde, yapılan bu ödeme talebi, garantinin teminat amacının dışındadır ve bu yüzden de garantinin amacına aykırılık oluşturur⁷⁹³. Dolayısıyla garanti konusu olay henüz gerçekleşmemiş olmasına rağmen ödeme talebinde bulunulması durumunda garanti veren, ödeme yükümlülüğünün doğmadığını ileri sürerek garanti bedelini ödemekten kaçınabilecektir⁷⁹⁴. “İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından da garanti konusu olayın gerçekleşmiş olması, ödeme talebinde bulunulmasının ön şartını oluşturacaktır. Ancak diğer garantilerden farklı olarak “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde banka, talep üzerine derhal ödeme yapmakla yükümlü olduğundan, garanti konusu olayın gerçekleşmediği iddiasında ise, bu durumun varlığını derhal ispat etmesi gerekecektir. Bu mümkün olmazsa, “önce öde sonra dava et” prensibi uyarınca banka, talep üzerine garanti bedelini ödeyecek, daha sonra garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemiş olduğunu ispat etmek suretiyle ödediği bedelin iadesini talep edecektir⁷⁹⁵. Ancak garanti, “ilk talepte” ödeme kaydını içeriyor olsa bile banka, garanti konusu olayın gerçekleşmediğini, edimi garanti edilen tarafından verilen bilgi ve belgeler sayesinde veya farklı herhangi bir yolla öğrenmiş ve kesin olarak biliyorsa ödeme yapmaktan kaçınmalıdır⁷⁹⁶. Aksi durumda banka, borçlu olmadığı bir şeyi bile bile ödemesinden

⁷⁹² **Arkan**, Teminat Mektubu, s.75.

⁷⁹³ **Büsser**, s.411-412.

⁷⁹⁴ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.858-859; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.79; **Tekinalp**, s.394 ve s.458 vd.; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.292 vd.; **Kahyaoglu**, s.82.

⁷⁹⁵ “İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından uygulamada banka, genellikle talep üzerine garanti bedelini ödemekte ve ödediği bedel için kontrgaranta başvurmaktadır.

⁷⁹⁶ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.859-860; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.79; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.67 ve s.292 vd. Avans garantisine ilişkin bir kararında Yargıtay, ödeme talebiyle

dolayı, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde(BK. m.62) ödediği bedelin iadesini isteyememe riski ile karşı karşıya kalabilecektir⁷⁹⁷. Ayrıca bankanın, borçlu olmadığını bildiği bir konuda ödeme yapmasını beklemek de doğru değildir. Zira garanti veren bankayı, borçlu olmadığı bir ödemede bulunmaya zorlama, daha sonra da ödediği bu meblağı, sebepsiz zenginleşme krallarına göre geri alabileceğini kabul etme, garanti sözleşmesinin niteliğine ve genel hukuk prensiplerine aykırılık oluşturacağı gibi, bu durum usul ekonomisi açısından da kabul edilmezdir⁷⁹⁸.

Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay⁷⁹⁹, "...teminat mektubu ile garanti altına alınan ilişkinin hiç doğmadığını ileri sürerek yükümlendiği edimlerden kurtulmasının mümkün bulunduğu..." değerlendirmesinde bulunarak garanti konusu olayın henüz gerçekleşmediği savunmasını ileri sürebileceğini kabul etmektedir.

Garanti konusu olayın gerçekleşmesi ile garanti alan, garanti bedelini talep etmeye hak kazanırken garanti verenin de ödeme yükümlülüğü doğmaktadır. Garanti konusu olayın varlığı, garanti sözleşmesindeki ifadelerden tespit edilir. Garanti sözleşmesinde de genellikle garanti konusu olay, temel borç ilişkisine atıfta bulunulmak suretiyle belirlenir. Zira temel borç ilişkisi, garantinin sağlanmasının çıkış noktasını oluşturur ve garanti alanın, teminat altına alınan edimi ne zaman ve nasıl bekleyebileceğini belirler.

karşılaşan bankanın, söz konusu iş nedeniyle garanti alan tarafından avansın ödenmediğini veya ödenen avansın iade edildiğini dikkate alması gerektiği sonucuna varmaktadır. Yarg. 11 HD. 28.09.1987 T ve E. 1987/5093, K.1987/4856 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁷⁹⁷ İcra İflas Kanunu m.72/7 hükmü çerçevesinde ödeme yapan banka, ödediği garanti bedelinin iadesini isteyebilir. Zira bu hükmü göre takibe itiraz etmemiş veya itirazının kaldırılmış olması yüzünden borçlu olmadığı bir parayı tamamen ödemek mecburiyetinde kalan kişi, ödediği tarihten itibaren bir sene içinde, genel hükümler çerçevesinde mahkemeye başvurarak paranın iadesini isteyebilecektir.

⁷⁹⁸ Bkz. **Reisoğlu**, Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, s.78; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.79; **Doğan**, s.196; **Kahyaoglu**, s.96-97. Bir mahkeme kararında, şu değerlendirmelerde bulunulmak suretiyle bankanın, bilgisi olması durumunda savunma imkânlarını ileri sürülmesi gerektiği ifade edilmektedir; "...ilk talepte koşulsuz ödeme taahhüdünü içeren teminat mektuplarının bu niteliği hiçbir surette haksız olduğu bilinen bir nakde tahvil talebinin kayıtsız şartsız yerine getirileceği anlamını taşımaz. Anılan bu teminat mektubunun bu niteliği nakde tahvil talebinin yerinde olup olmadığının borçlu bankaca araştırılmasını gerektirmez, ama talebin haksızlığı bankaca biliniyorsa buna rağmen bir ödeme yükümlülüğü getirmez...". İstanbul 5. Asliye Ticaret Mahkemesi 17.11.1993 T. 659/1185 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.68.

⁷⁹⁹ Yarg. 11 HD. 29.03.1990 T ve E. 1989/5896, K.1990/2664 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

Garanti konusu olayın gerçekleşme zamanı ve ödeme talebinin yapılabilmesinin en erken mümkün olacağı tarih, garanti sözleşmesinde açıkça ve kesin bir şekilde belirlenmişse, bu tarihten önce yapılacak ödeme talepleri, garanti kapsamında yer almayacağından garantinin amacına aykırılık oluşturacaktır⁸⁰⁰. Aksine bir anlaşma bulunmaması halinde, garanti sözleşmesinde garanti konusu olayın gerçekleşmesine ilişkin belirlenen zaman, temel borç ilişkisinin konusunu oluşturan ve teminat altına alınan edim sonucunun yerine getirilmesi bakımından da muacceliyet tarihini oluşturur. Tersine bir durumda da, yani garanti sözleşmesinde garanti konusu olayın gerçekleşmesi için belirli veya belirlenebilir bir zamanın kararlaştırılmaması durumunda, teminatın hukuki sonuçlarının başlaması bakımından garanti sözleşmesinin nitelikli bir susması söz konusu olsa da bu zaman, temel ilişkideki muacceliyet tarihinden çıkarılabilir. Temel ilişkideki muacceliyet tarihi, sözleşmede kararlaştırılan kesin bir tarih olabileceği gibi muacceliyet tarihini belirleme yetkisi, sözleşmeyle garanti alanın tek taraflı hukuki tasarrufuna da bırakılabilir⁸⁰¹. Ayrıca teminat altına alınan edim sonucunun yerine getirilmesi, karşı edimin yerine getirilmesine de bağlı⁸⁰² olabilir. Temel ilişkide muacceliyet konusunda herhangi bir tarih kararlaştırılmamışsa, sözleşmenin kurulmasından sonra derhal ifade bulunulacağına benimsendiği kabul edilmelidir(BK. m.74).

Teminat altına alınan edimin yerine getirilmesi bakımından muacceliyetin oluşmasına engel olan olaylar, garanti sözleşmesinde aksine bir düzenleme yoksa garanti konusu olayın gerçekleşmesine de engel olur. Buna rağmen ödeme talebinde bulunulursa teminat altına alınan edim, ödeme zamanında henüz garanti teminatının kapsamında olmadığından yapılan bu ödeme talebi amaca aykırı olacaktır⁸⁰³. Örneğin bir avans garantisi veya kredi teminatı garantisinde, muacceliyet zamanı,

⁸⁰⁰ Ödeme talebinin en erken ne zaman yapılabileceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. I. Bölüm, § 2, II, A, 3.

⁸⁰¹ BK. m.312 hükmüne göre, karz sözleşmesinde para veya misli bir eşyanın iade zamanı konusunda kesin bir vade belirlenmemiş veya talep edildiğinde muaccel hale geleceği konusunda kararlaştırmaya gidilmemişse, ödünç verilen para ve misli eşya, ilk talepten itibaren altı hafta içinde muaccel hale gelir.

⁸⁰² BK. m.364 hükmüne göre, meydana getirilen eserin parası teslim zamanında ödenecektir. Dolayısıyla istisna sözleşmesi bakımından eser ücretinin ödenmesi konusunda muacceliyet tarihi, karşı edimi oluşturan eserin teslimi şartına bağlanmış bulunmaktadır.

⁸⁰³ **Büsser**, s.413-414.

temel borç ilişkisindeki edimin ifası zamanına bağlanmış, ancak, garanti alan söz konusu avansı hiç vermemiş veya krediyi hiç sağlamamışsa, teminat altına alınan edimin muaccel olması söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle de garanti konusu olayın gerçekleşmesi de mümkün değildir. Buna rağmen garanti alanın yapacağı ödeme talebi, garantinin amacına aykırı olacaktır. Aynı şekilde garanti ile teminat altına alınan edimin, muaccel olabilmesi için, garanti alanın kendisinin önceden ifa yükümlülüğü var ve garanti alan, bu ifa yükümlülüğünü yerine getirmemişse, garanti alanın yapacağı ödeme talebi, garantinin amacına aykırı olacaktır. Benzer şekilde BK. m.81 hükmü çerçevesinde iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede garanti alan, kendisinin muaccel olmuş karşı edim yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya en azından onun ifasını uygun bir şekilde sunmaması halinde temel borç ilişkisinden doğan alacağını talep edemeyecektir. Dolayısıyla bu tür bir durumda garanti alanın, garanti veren bankadan garanti bedelinin ödenmesine yönelik talebi, henüz garanti konusu olay gerçekleşmediğinden, garantinin teminat amacına aykırı olacaktır⁸⁰⁴.

Garanti sözleşmesinde ifanın en erken ne zaman mümkün olacağı açıkça düzenlenmişse, belirlenen bu tarihte, garanti konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilmelidir. Örneğin garanti metninde kullanılan "...satım parasının 11 Haziran 2007 tarihine kadar ödenmemesi halinde talebiniz üzerine garanti bedeli ödenecektir" şeklindeki bir düzenleme, belirlenen bu tarihe kadar temel borç ilişkisinden doğan ve garanti ile teminat altına alınan edimin yerine getirilmemesi halinde garanti konusu olayın gerçekleştiğine işaret etmektedir. Buna karşılık, "...garanti bedeli en erken 27 Şubat 2007 ve en geç 31 Ağustos 2007 tarihinde talep edilebilir şeklindeki bir düzenleme de ise, burada belirlenen tarih, garanti konusu olayın gerçekleşme tarihini değil, ödeme talebinde bulunmaya yönelik hakkın bir ön şartını oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu durumda garanti konusu olayın gerçekleşmesi bakımından önem taşıyan zaman, garanti sözleşmesinin

⁸⁰⁴ Doktrinde ödemezlik def'i şeklinde adlandırılan BK m.81 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi için, karşılıklı edimleri içeren bir sözleşmenin bulunması, karşılıklı edimlerin mevcut ve muaccel olması ve tarafları, edimleri aynı zamanda ifa yükümlülüğünün bulunması gerekir. Bkz. **Bucher**, s.309 vd.; **Von Tuhr /Escher**, s.57 vd.; **Eren**, s.945 vd.; **Oğuzman/Öz**, s.268 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s.827 vd.

yorumlanması ve gerektiğinde temel ilişkide garanti edilen edim hakkındaki sözleşmenin tamamlayıcılığının kullanılması yoluyla belirlenebilir⁸⁰⁵.

3-Garanti Konusu Olayın Gerçekleşmesinin Artık Mümkün Olmaması

Temel ilişkinin borçlusu, garanti alanın ödeme talebinde bulunmasından önce, garanti ile teminat altına alınan edimi sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirdiği takdirde garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün olmayacaktır. Dolayısıyla garanti konusu olay gerçekleşmemiş ve gerçekleşmesi de artık mümkün değilse garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebi garantinin amacına aykırılık oluşturacaktır. Bu durumda garanti veren banka, garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığını ve bu nedenle de ödeme yükümlülüğünün sona erdiğini ileri sürerek garanti bedelini ödemekten kaçınabilecektir⁸⁰⁶. Örneğin bir para borcunun ifa edileceğine yönelik bir garantide, temel ilişkinin borçlusunun, teminat altına alınan para borcunu muacceliyet tarihinde sözleşmeye uygun bir şekilde ödemesine rağmen, garanti alan ödeme talebinde bulunursa bu talep, amaca aykırı olacaktır.

Konuya ilişkin yayınlanmamış bir kararında Yargıtay⁸⁰⁷, işin tamamlanmış olması nedeniyle garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığını, edimi garanti edilen tarafından uyarıda bulunulmuş olmasına rağmen, garanti alanın ödeme talebinde bulunması ve bunun üzerine garanti verenin ödeme yapmasının MK. m.2'deki iyiniyet kuralları ile bağdaşmayacağı sonucuna varmaktadır. Yargıtay burada hatalı bir değerlendirme yaparak, dava konusu olaydaki ödeme talebini hakkın kötüye kullanılması ile ilişkilendirmektedir. Oysaki hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için, öncelikle bir hakkın var olması gerekir. Burada temel ilişkiden doğan edimin ifa edilmesinden dolayı garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün olmadığından, garanti alanın ödeme talebinde bulunma

⁸⁰⁵ **Büsser**, s.414-415.

⁸⁰⁶ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.51; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.858-859; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.79; **Kahyaoglu**, s.82.

⁸⁰⁷ Yarg. 11 HD. 11.11.1983 T ve E. 1983/3236, K.1983/4977 sayılı kararı için bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.860-861.

hakkı yoktur. Dolayısıyla var olmayan bir hakkın kötüye kullanılmasından da söz edilemez. Bu nedenle garanti veren banka, garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmayacağını, bu yüzden de garanti verenin yükümlülüğünün sona ereceğini ve garanti alanın yapacağı ödeme talebinin garantinin amacına aykırı olacağını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Daha yakın tarihli bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁸⁰⁸, borcun, edimi garanti edilen tarafından yerine getirildiği, zamanaşımına uğradığı veya garantinin sahte olduğu gibi savunmaların garanti veren banka tarafından ileri sürülebileceği sonucuna varmaktadır.

Garanti ile teminat altına alınan temel borç ilişkisi henüz başlamadan sona ermişse, bu durumda da garanti konusu olayın gerçekleşmesi mümkün olamayacağından, garanti alan tarafından yapılacak ödeme talebi, garantinin amacına aykırı olacaktır. Konuya ilişkin bir kararında Yargıtay, bir tesisin kiralanarak işletilmesini teminat altına almak amacıyla verilen garantinin, kira sözleşmesi daha başlamadan Bakanlar Kurulu Kararı gereğince feshedilmesi halinde, garantinin edimi garanti edilene iade edilmesi sonucuna varmıştır⁸⁰⁹.

Garanti bedelinin ödenmesine yönelik muacceliyet tarihi, temel ilişkiye atıfta bulunulmak suretiyle, temel ilişkidenden doğan alacağın muaccel olmasına rağmen ifa

⁸⁰⁸ Söz konusu kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, şu şekilde hüküm tesis etmiştir; "...Banka teminat mektupları bir kıymetli evrak olmadığı gibi mücerret bir borç taahhüdü de değildir. Daima ileride doğabilecek bir rizikoyu ihtiva eder. Genelde de banka lehtar ile bir kontrgaranti sözleşmesi yapmadan teminat mektubu verilemez. ... Ne var ki mektup karşılığının ödenmesi talep edildiğinde mektubu veren bankanın, borcun lehtarı tarafından yerine getirildiği veya mektubun sahte olduğu ya da zamanaşımına uğradığı gibi itirazlarla ödemedi çekinebileceği ve bu halde alacaklının ancak yasal yola başvurabileceği bunun da mektup karşılığının alınmasını geciktirebileceği düşünülebilir. ...Olayda mahkemece, davacı tarafından çekişmeli pay karşılığı olarak ibraz edilen banka teminat mektubunun istenildiği an karşılığının nakde çevrilemeyeceği tereddüdüne düşüldüğüne göre sağlıklı çözüme ulaşılabilmesi için davalının hakkı ve uyuşmazlığın niteliği gözetilerek, muhatabı bulunan teminat mektubundaki taahhüt karşılığı bedelin nakit olarak depo edilmesinin bankadan yazı ile talep edilmesi ve sonucuna göre değerlendirme yapılarak karar verilmesi icap eder..". YHGK. 28.02.1990 tarih ve E.1990/6-1 K: 1990/141 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁸⁰⁹ Söz konusu olayda Yargıtay, şu şekilde hüküm vermiştir; "...Götürü bedelle yüklenilen işte, birlikişli kurulu aracılığı ile yapılan iş miktarı sözleşme ve tediye şartnamesinin 1 ve 2 nci maddeleri esas alınarak bulunmalı hak kazanılan istihkak ve sonuçta hesabı durum saptanıp Sosyal Sigortalar Kanununun 83 ncü maddesi de gözönünde tutularak uygun sonuca göre davada, ana kısım işin alınan teminat mektuplarının iadesi ve istihkaktan alacak talepleri konusunda bir karar vermek gerekir. Bu arada tesisin yüklenici tarafından kiralanacağına dair müstakil mahiyette bulunan sözleşme kira akdi başlamadan tasfiye sebebiyle ortadan kalkmış bulunmasına göre bu konuda alınan toplam 60.300 liralık teminat mektubunun yükleniciye iadesi icap eder". Yarg. 15 HD. 03.07.1980 T ve E. 1980/1616, K.1980/1715 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

edilmemiş olması şartına bağlanabilir. Temel ilişkiden doğan borcun ifasına ilişkin muacceliyet tarihi geldikten sonra, ancak garanti alanın geçerli bir şekilde ödeme talebinde bulunmasından önce, temel ilişkiden doğan borcun edimi garanti edilen tarafından sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmesi halinde, garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün olmayacaktır. Muaccel olmuş alacağın ifasını kabul etmiş olan garanti alanın yapacağı ödeme talebi, garantinin amacına aykırılık oluşturacaktır. Aksi durumda, yani garanti alanın, muaccel olmuş bir alacağı kabul ettikten sonra garantiyi de geçerli bir şekilde talep edebileceğinin kabulü, temel ilişkinin borçlusunun aleyhine bir durum oluşturduğu gibi, gecikmiş ifayı kabul eden garanti alanın malvarlığında da haksız bir artış meydana getirirdi. Bununla birlikte garanti sözleşmesi ile, özellikle bir edimin zamanında yerine getirilmesi teminat altına alınmıyorsa, yani garantinin asıl amacı edimin zamanında ifasını sağlamak ise ve temerrüde düşülmüş bir alacağın kabul edilmesinden sonra garantinin ödenmesi talebinde bulunuluyorsa bu ödeme talebi garantinin amacına aykırı ve dolayısıyla da geçersiz olmayacaktır⁸¹⁰. Aynı zamanda bu şekildeki bir ödeme talebi ve talep üzerine garanti veren banka tarafından garanti bedelinin ödenmesi, garanti alan bakımından hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliği de taşımayacaktır. Zira bu tür bir garantide, garantinin asıl amacını edimin zamanında ifa edilmesini temin etmek oluşturduğundan, edim, muacceliyet tarihinden sonra ifa edilmiş olsa bile, zamanında ifa edilmediğinden garanti konusu olay gerçekleşmiş demektir.

Garanti ile teminat altına alınan edim sonucunun, muacceliyet tarihinde edimi garanti edilen tarafından yerine getirilmesi halinde, garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Bu durumda yapılacak ödeme talebinin amaca aykırı hale geleceği kural olmakla birlikte bu kuralın bazı istisnaları da söz konusu olabilir⁸¹¹. İlk olarak, garanti ile teminat altına alınan ve sürekli borç ilişkisi niteliği taşıyan bir edim sonucu, belirli dönemde yerine getirilmiş olmasına rağmen, garanti konusu olayın gerçekleşmesi ihtimali bulunabilir. Örneğin sürekli bir borç ilişkisi niteliği taşıyan ve sözleşmeye göre her zaman talep edilebilir nitelik taşıyan rekabet etme yasağının bir garanti ile teminat altına alınması

⁸¹⁰ **Büsser**, s.415-416.

⁸¹¹ **Büsser**, s.416 vd.

durumunda, rekabet yasağı ihlal edilmemiş olmasına rağmen garanti alanın yapacağı ödeme talebi amaca aykırılık oluşturur. Fakat ödeme talebinde bulunulduktan sonra, rekabet etme yasağı ihlal edilirse, yeniden yapılacak bir ödeme talebi ile garantinin ödenmesi talebi sonradan garantinin amacına uygun hale getirilebilecektir. Dolayısıyla garanti veren bankanın yapacağı, ödeme talebinin amaca aykırı olduğuna yönelik itiraz, kesin nitelikte değildir, yani amaca aykırı bir nitelikte ortaya çıkan ödeme talebi, sonradan amaca uygun hale gelebilmektedir. İkinci istisna olarak da, ödeme talebinde bulunulduğu zamanda garanti konusu olayın gerçekleştiği fark edilemediği için yapılan ödeme talebi amaca aykırılık oluşturmasına rağmen, sonradan bu amaca aykırı ödeme talebinin, amaca uygun hale gelmesi mümkündür. Örneğin istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan bir eserin, kusursuz ve ayıpsız bir şekilde ifa edileceğini teminat altına alan bir garantinin verildiğini düşünelim. Bu durumda, meydana getirilen eserin tamamlanarak teslim edilmesinden sonra, eserde herhangi bir kusur ve ayıbın bulunmamasına rağmen garanti alanın, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunması, amaca aykırılık oluşturur. Ancak eserdeki gizli ayıpların sonradan ortaya çıkması durumunda, teminatın konusunu oluşturan olay gerçekleştiği için, yeniden ve amaca uygun bir ödeme talebinde bulunulması mümkündür. Dolayısıyla başlangıçta amaca aykırı olan bir ödeme talebi, sonradan amaca uygun hale gelebilmektedir.

B-Garantinin Amacına Aykırı Bir Şekilde Ödeme Talebinde Bulunulduğunun İspatı

1-Garanti Kapsamında Bulunmayan Bir Konuda Ödeme Talebinde Bulunulduğunun İspatı

Garanti veren, ödeme talebinin, garanti kapsamında bulunmayan bir konuya ilişkin olduğunu iddia ediyorsa, bu durumu inandırıcı ve ikna edici bir şekilde ortaya koymalıdır. Örneğin kredi alacağını teminat altına alan bir garantinin, kira parasının ödenmediği gerekçesiyle ödenmesinin talep edilmesi halinde, yapılan bu ödeme talebinin, garantinin kapsamında bulunmayan bir konuya ilişkin olduğunun ispatı gerekir.

Garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulduğunun ispatı bakımından ispat yükünün paylaşılmasına ilişkin sorunlar, garanti bedelinin ödenmesinin talep edilebilmesi için, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin, ödeme talebinde açıkça belirtilmesinin gerekip gerekmediği durumlarda ancak pratik bakımdan önem kazanmaktadır⁸¹². Garanti sözleşmesinde ve banka garantisinde geçerli bir şekilde ödeme talebinde bulunulabilmesi için, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin de garanti alan tarafından açıkça iddia edilmesi gerekiyorsa, bu iddiada garanti alanın talep hakkını ve garanti verenin ödeme yükümlülüğünü doğuran olayların da bulunması gerekir. Garanti konusu olayın gerçekleştiğinin açıkça iddia edilmesi şartının yerine getirilmemesi halinde, yapılan ödeme talebi geçersiz olacak ve garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır⁸¹³. Bu durum, ödeme talebinin garanti kapsamında bulunmayan bir konuda yapılıp yapılmadığının varlığına bağlı olmaksızın gerçekleşmektedir.

Garanti sözleşmesinde ve banka garantisinde, garanti konusu olayın açıkça iddia edilmesi, ödeme talebinde bulunulmasının bir şartı olarak öngörülmüşse, iddiayı ileri sürmekle yükümlü olan garanti alan, bu iddianın dayandığı olayları ve dolayısıyla da ödeme talebinde bulunduğu konunun, garantinin kapsamında yer aldığını ispatlamakla da yükümlüdür. Zira TMK. m.6 hükmüne göre kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Buna göre garanti konusu olayın gerçekleşmesi ile birlikte garantinin ödenmesini talep etmeye hak sahibi olduğunu ve talebinin, garantinin kapsamında bulunan bir konuya ilişkin olduğunu ispatlamakla yükümlü olan kişi garanti alandır. Zira ödeme talebinde bulunmaya ilişkin diğer şartları da yerine getirmesi halinde şekli bakımdan sadece garanti konusu olayın gerçekleştiğini ileri sürmekle garanti alan, garantinin ödenmesine yönelik olarak kesin bir talep hakkına sahip olacaktır.

⁸¹² **Büsser**, s.432-433. Garantinin ödenmesi talebinde bulunurken garanti konusu olayın da iddia edilmesinin gerekip gerekmediği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ödeme talebinin şekli ve içeriği, I. Bölüm, §2, II, A, 4.

⁸¹³ Ödeme talebinde bulunmaya ilişkin şartların yerine getirilmediğine ilişkin itirazlar konusunda bkz. II. Bölüm, § 5, III, A.

Garanti sözleşmesi ve banka garantisinde geçerli bir ödeme talebinde bulunulabilmesi için garanti konusu olayın gerçekleştiğinin açıkça iddia edilmesi gerekmiyorsa yukarıda açıklananlardan farklı bir durum söz konusu olacaktır. Garanti ile teminat altına alınmayan bir sonucun gerçekleştiğine yönelik iddia, geçerli bir ödeme talebinde bulunulması için hakkın doğumuna engel olan bir olay özelliği taşımaktadır. TMK. m.6 hükmüne göre bir hakkın doğumuna engel olan durumları, olayın varlığını iddia eden, yani bu durumda hakkı inkâr eden kanıtlamak zorundadır⁸¹⁴. Dolayısıyla bu durumda garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulduğunu ispat yükü garanti veren bankaya düşmektedir.

2-Garanti Konusu Olayın Henüz Gerçekleşmediği ve Gerçekleşmesinin Artık Mümkün Olmadığının İspatı

Garanti alanın garanti bedelini talep etmeye yönelik hakkının geçerli bir şekilde oluşabilmesi için garanti konusu olayın gerçekleşmesi gerekir⁸¹⁵. Dolayısıyla garanti konusu olayın gerçekleşmesi, hakkı doğuran bir olay olma özelliği taşımaktadır. Bundan dolayı da garanti konusu olayın gerçekleştiğini, kural olarak hakkı talep eden durumda olan garanti alanın ispat etmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak bu kural, sadece hakkı talep edenden belirsiz ve olumsuz olayların ispatlanmasının beklenebildiği ölçüde geçerli olabilecektir.

Garanti alan, ödeme talebinde bulunurken, garanti konusu olayın gerçekleştiğini, zımnen de olsa ileri sürerek ödeme talebinde bulunacaktır. Ödeme talebinde bulunan garanti alan, öncelikle ödeme talebinin yapıldığı zamanda, garanti konusu olayın, teminatın kapsamında bulunup bulunmadığını ispat edecektir. Buna karşılık garanti ile teminat altına alınan edim sonucunun fiilen başarılı bir şekilde gerçekleştirilmesi nedeniyle garanti konusu olayın gerçekleşmediğini ve artık gerçekleşmesinin de mümkün olmadığını, yani edim sonucunun sözleşmeye uygun

⁸¹⁴ Bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.425-426.

⁸¹⁵ **Horn**, Festschrift, s.627.

bir şekilde ve zamanında yerine getirildiğini ispat yükü garanti veren de olacaktır⁸¹⁶. Bir kararında da Yargıtay⁸¹⁷, şu şekilde hüküm vererek ispat yükünün garanti veren de olduğu sonucuna varmaktadır; “...dava konusu teminat mektupları ile avansın iadesi ve yüklenicinin sözleşmenin getirdiği yükümlülüklerini tam olarak yerine getirilmesi garanti edilmiş olup, ödemenin, muhatabın sözleşme gereklerinin yerine getirilmediğinden bahisle ilk yazılı talebe bağlı tutulduğu, ilk talepte kayıtsız şartsız ödeme yükümlülüğü taşıyan teminat mektuplarında, riskin doğmadığı veya sona erdiği, hakkın kötüye kullanıldığı iddialarının garanti veren banka tarafından kanıtlanması gerektiği...”.

Garanti konusu olayın gerçekleşmesi, hakkı doğuran bir olay niteliğindedir ve ispatı olumlu bir olayın ispatı niteliği taşır. Ancak garanti konusu olayın gerçekleşmesi teminat altına alınan edim sonucunun yerine getirilmemesi şeklindeki olumsuz bir olayın varlığına bağlı olduğundan, olumlu nitelik taşıyan bu olay, konu itibariyle olumsuz bir olaya dönüşmektedir. Bu tür olumsuz olayların, hakkı ileri süren tarafından kanıtlanması mümkün gözükmemektedir. Teminat altına alınan edim sonucunun gerçekleşmediğine ilişkin bu tür olumsuz bir olayın garanti alan tarafından ispatlanma durumu, ancak temel ilişkinin borçlusuna tarafından verilmiş bir belgenin sunulması ile mümkün olabilir. Örneğin, temel ilişkinin borçlusunun, edimini yerine getirmekten açık bir şekilde vazgeçmesi halinde veya garanti alana edimini daha sonraki bir tarihte ifa edeceğini bildirmek suretiyle ifa zamanını geciktirmesi halinde bu tür bir durum söz konusu olabilir. Ancak bu tür bir belgenin bulunmadığı durumlarda teminat altına alınan edim sonucunun teminata öngörülen süre içinde ifa edilmediğine ilişkin olumsuz bir olayın ispatlanması mümkün değildir. Zira buradaki ispat, garanti alan bakımından ödeme talebinde bulunmaya ilişkin hakkı doğuran bir olayın ispatıymış gibi gözükse de, gerçekte garanti alan, garanti edilen edim sonucunun gerçekleşmediği şeklindeki olumsuz bir olayı ispatlamak zorunda bırakılmış olmaktadır. Bundan dolayı da ispat yükünün garanti

⁸¹⁶ **Büsser**, s.433-434; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.69-70.

⁸¹⁷ Yarg. 15 HD. 18.05.1999 T ve E. 1999/2159, K.1999/4122 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

verende olduğunun kabulü gerekir. Nitekim bir kararında Yargıtay⁸¹⁸, şu şekilde hüküm vermek suretiyle ispat yükünün garanti verende olduğu sonucuna varmaktadır; "...bu takdirde neticenin tahakkuk etmemesi durumunda, garanti alan zararını ispata mecbur olmaksızın kararlaştırılan tazminatın tediyesini talebe hak kazanır. Buna karşılık garanti verende bu meblağ ile sorumluluğunu sınırlandırmaktadır. Ancak, garanti verenin sorumluluğu uğranılan hakiki zararın tediyesi ile sınırlı olduğu, burada sadece ispat yükümlülüğünün yer değiştirdiği gözardı edilmemelidir..". Bir mahkeme kararında⁸¹⁹ da şu gerekçelerle ispat yükümlülüğünün garanti veren de olduğu sonucuna varılmaktadır; "...garanti veren banka tarafından garanti edilen riskin doğmadığı veya sona erdiği def'i olarak ileri sürülebilir ise de bu konuda ispat yükü muhataba(garanti alana) değil, garanti veren davalı bankaya düşmektedir. Davalı bu defini ispat etmiş değildir..".

3-“İlk Talepte” Ödeme Kaydını İçeren Bir Garantide Ödeme Talebinin Amaca Aykırılığının İspatı

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde garanti veren, sözleşmede kararlaştırılan şekilde ödeme talebinde bulunan garanti alana ödeme talebinin kendisine ulaşmasından sonra derhal ödemede bulunacağını vaat etmektedir. Bu tür garantilerde garanti alan, ödeme talebinde bulunmakla, garanti konusu olayın gerçekleştiğini, yani teminat altına alınan edim sonucunun ifa edilmediğini zımnen de olsa iddia etmiş olmaktadır⁸²⁰. Zira teminatın verilmesindeki amaç da, garanti konusu olayın gerçekleşmesini, garanti alan tarafından geçerli bir şekilde ödeme talebinde bulunulmasının ön şartı olarak da öngörmektedir. Buna göre “ilk talepte” ödeme kaydı, garanti verenin, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin ilk kez iddia edilmesinden sonra derhal garanti bedelinin ödeneceğinin vaat edilmesi anlamına gelmektedir.

⁸¹⁸ Yarg. 13 HD. 27.04.1992 T ve E. 1992/305, K.1992/3896 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr

⁸¹⁹ Beyoğlu 1. Asliye Ticaret Mahkemesi 19.01.1991 T. 1990/95 1991/86 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.70, dn.128.

⁸²⁰ **Diwok**, s.483

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren bir garantide garanti konusu olayın gerçekleştiğine yönelik iddianın doğru olmaması nedeniyle garanti veren, garanti bedelini ödemekten kaçınmak istiyorsa, garanti konusu olayın gerçekleşmediğini derhal ispatlamak zorundadır⁸²¹. Bu, garanti verenin, garanti konusu olayın gerçekleşmediğini ve bu yüzden garanti alacağına henüz oluşmadığını likit delillerle ortaya koymak zorunda olması anlamındadır. Ayrıca garanti veren, itiraz sebebi teşkil eden olayları, ödeme talebinin kendisine ulaşmasından sonra “derhal” ispatlamalıdır. Bu nedenle gerekli ispat araçları, ödeme talebinde bulunulmasından sonra derhal sağlamalıdır. Buna karşın ispat araçlarının derhal kontrol edilebilir olmasına ise gerek yoktur. Sunulan ispat araçlarının, gerçekten var olup olmadığı ve ileri sürülen itirazın dayandığı olayların ispatına yeterli olup olmadığı, garanti bedelinin ödenmemesi nedeniyle açılacak alacak davasında değerlendirilebilir. Böylece itiraza konu oluşturabilecek nitelikte ispat araçlarının bulunması halinde garanti veren, haklı bir şekilde garanti bedelini ödemekten kaçınabilecektir. Aksi takdirde, yani itiraz oluşturacak nitelikte ispat araçlarının bulunmaması halinde, ödemeden kaçınma, diğer şartların da bulunması kaydıyla garanti vereni temerrüde düşürür(BK. m.101 vd.). İspat araçlarının garanti veren tarafından derhal sunulmasından kasıt, ödeme talebinin kendisine ulaşmasından sonra ödemeyi yapana kadar geçecek süre içerisinde garanti verenin, bu ispat araçlarını sunmasıdır.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren bir garantide, garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemesi veya artık gerçekleşmesinin mümkün olmaması nedeniyle ödeme talebinin amaca aykırı olduğu itirazını somut örneklerle açıklayacak olursak; garanti konusu olayın gerçekleşmesinin mümkün olduğu en erken tarih, garanti sözleşmesinin kendisinden veya temel ilişkinin yorumlanmasından kesin vade olarak ortaya çıkarsa, garanti konusu olayın henüz gerçekleşmediğinin derhal ispatı, tereddüde yer bırakmayacak şekilde mümkün olacaktır. Örneğin bir kredinin 20 Eylül’de geri ödeneceğine ilişkin bir garantinin verilmesi durumunda, ödeme talebinin amaca aykırılığı, 17 Eylül’de ödeme talebinde bulunulması halinde kolayca ispatlanabilir. Buna karşın garanti konusu olayın gerçekleşmesinin mümkün olduğu

⁸²¹ **Büsser**, s.437. Zira “ilk talepte” ödeme kaydını içeren bir garanti vermekle garanti veren garanti alanına, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin iddia edilmesi suretiyle ödeme talebinde bulunulmasından sonra derhal garanti bedelini ödemeyi vaat etmektedir.

en erken tarih, garanti sözleşmesinde veya temel ilişkide belirlenebilir bir olay olarak düzenlenmişse ve bu yüzden öncelikle bu olayın ortaya çıkarılması gerekiyorsa, garanti konusu olayın henüz gerçekleşmediğinin kolayca ispatlanması mümkün gözükmemektedir. Garanti edilen edimin ifasının zamanı, karşı edimin sözleşmeye uygun bir şekilde ifa edilmesi şartına bağlanması bu duruma örnek olarak verilebilir.

“İlk talepte” ödeme kaydını içeren bir garantide, ödeme talebinde bulunulmadan önce, garanti edilen edim sonucunun, sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirilmesinden dolayı garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olamayacağı itirazını ileri süren garanti verenin, bu itirazın dayandığı durumu derhal ispatlanması çok zor olacaktır. Bu durum ancak garanti alanın veya bağımsız üçüncü bir kişinin garanti bedeli ödenmeden önce teminat altına alınan edim sonucunun gerçekleştiğini yazılı şekilde onaylaması veya sözleşmeye uygun bir şekilde ifade bulunulduğuna dair makbuz veya belgenin sağlanması ile mümkün olabilir⁸²².

İlk talepte” ödeme kaydını içeren bir garantide, garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemesi veya gerçekleşmesinin artık mümkün olmaması nedeniyle garanti alacağının oluşmadığını likit delillerle ortaya koyamaması durumunda garanti veren, itirazları ileri sürmekten kaçınmalı ve garanti bedelini ödemelidir.

III-GARANTİNİN AMACINA AYKIRI BİR ŞEKİLDE ÖDEME TALEBİNDE BULUNULMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

Ödeme talebinin amaca aykırı bir şekilde yapılmasının en önemli sonucu, garanti verenin, yapılan ödeme talebine karşı amaca aykırılık itirazını ileri sürmek suretiyle bu talebe engel olmasıdır. Bu önemli sonucun yanısıra, garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda olması veya garanti konusu olay gerçekleşmemesine ve gerçekleşmesinin artık mümkün olmamasına rağmen ödeme talebinde bulunulmasının, garanti sözleşmesi, temel borç ilişkisi ve karşılık ilişkisi bakımından çeşitli sonuçları bulunmaktadır. Aşağıda her ilişki açısından değerlendirme yapıyoruz.

⁸²² Büsser, s.438-439.

A-Banka Garanti Sözleşmesi Bakımından Hukuki Sonuçları

Amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulmasının, garanti bedelinin ödenmesinden önce banka garanti sözleşmesi bakımından en önemli hukuki sonucu, garanti verenin, garantinin amaca aykırı bir şekilde ödenmesinin talep edilmesinden dolayı garanti bedelini ödemekten kaçınmasını sağlayan itirazı ileri sürme imkânına sahip olmasıdır. Bu imkân, karşılık ilişkisi bakımından aynı zamanda bir zorunluluk olarak da karşımıza çıkmaktadır⁸²³. Garanti alanın ödeme talebinin, garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda olması veya garanti konusu olay henüz gerçekleşmeden ve gerçekleşmesi artık mümkün olmamasına rağmen yapılmış olması halinde garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Bu durumda garanti veren banka, ödeme talebinin amaca aykırı olduğu, bu nedenle de ödeme yükümlülüğünün doğmadığını ileri sürerek garanti bedelini ödemekten kaçınacaktır.

Ödenmesi talep edilen garantinin teminat amacı kapsamında bulunmayan bir edim sonucunun yerine getirilmemesine dayanan bir ödeme talebinde bulunulması halinde, bu ödeme talebi, amaca aykırılık oluşturur⁸²⁴. Bu şekilde garantinin kapsamında bulunmayan bir konudaki ödeme talebi, kesin olarak geçersiz olup, aynı konuya ilişkin olarak sonradan geçerli hale getirilmesi de mümkün değildir. Ancak teminat altına alınan edim sonucunun ifa edilmesi veya teminat süresinin dolması gibi garanti alacağını ve ödeme talebinde bulunmaya yönelik hakkı sona erdiren bir olayın gerçekleşmemesi kaydıyla, garantinin kapsamında bulunan bir konuya ilişkin olarak ve garanti sözleşmesinde belirlenen şartlara uygun bir şekilde ödeme talebi tekrarlanabilir ve böylece geçerli bir ödeme talebinde bulunulabilir. Garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından herhangi bir farklılık doğurmayacaktır. Dolayısıyla “ilk talepte” ödeme kaydını içeren bir garantinin bulunması halinde de

⁸²³ Bkz. I. Bölüm, § 2, II, B, 2, c.

⁸²⁴ Bkz. II. Bölüm, § 7, II, A, 1.

garanti veren banka, yapılan ödeme talebinin amaca aykırı olduğunu ileri sürerek garanti bedelini ödemekten kaçınacaktır⁸²⁵.

Garanti konusu olay henüz gerçekleşmemiş olmasına rağmen ödeme talebinde bulunulması halinde, yapılan ödeme talebi de amaca aykırı olacaktır⁸²⁶. Garanti alanın garanti bedelinin ödenmesine ilişkin talep hakkı, garanti konusu olayın gerçekleşmesi geciktirici şartına bağlanmış bulunmaktadır. Garanti alan, garanti ile teminat altına alınan edim sonucunun yerine getirilmesini bekleyemediği için garanti konusu olay, ödeme talebinde bulunulacağı zamanda henüz gerçekleşmemişse ödeme talebi geçersizdir. Garanti konusu olayın sonradan gerçekleşmesi halinde, ödeme talebinde bulunmaya yönelik diğer şartların da bulunması kaydıyla geçerli bir şekilde ödeme talebinde bulunulabilmesi mümkündür. Ancak kanaatimizce burada ödeme talebinin yenilenmesi gerekir, önceden yapılmış geçersiz ödeme talebi sonradan geçerli hale gelmeyecektir.

Teminat altına alınan edim sonucu, ödeme talebinde bulunulmadan önce temel ilişkideki sözleşmeye ve teminat altına alınan niteliğe uygun bir şekilde ifa edildiği için, garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün değilse garanti sözleşmesi ifa anından itibaren sona erecektir⁸²⁷. Dolayısıyla garantinin ödenmesi talebinde bulunulabilmesi için gerekli olan şart ortadan kalktıktan sonra, garantinin amacı da ortadan kalkmaktadır. Bu nedenle garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığına yönelik itiraz, aynı zamanda garantiden doğan borcun sona erdiğine yönelik bir itirazı da oluşturmaktadır.

Garanti konusu olay, henüz gerçekleşmemiş olmasına veya artık gerçekleşmesinin mümkün olmamasına rağmen ödeme talebinde bulunulması halinde ödeme talebinin amaca aykırı olduğuna ilişkin itiraz, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından da aynen geçerlidir. Ancak “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde diğer garantilerden farklı olarak garanti veren, itiraz oluşturan olayları ödeme talebinde bulunulmasından sonra derhal ispatlamalıdır.

⁸²⁵ Büsser, s.445-446.

⁸²⁶ Bkz. II. Bölüm, § 7, II, A, 2.

⁸²⁷ Bkz. II. Bölüm, § 7, II, A, 3.

Aksi takdirde garanti veren bankanın, ödeme talebinde bulunulmasından sonra en kısa zamanda garanti bedelini ödemesi gerekecektir⁸²⁸.

Garanti verenin, amaca aykırı şekilde talep edilen garantiyi herhangi bir itiraz ileri sürmeksizin ödemesi, borç olmayan şeyin ifası(Condictio indebiti) anlamına gelmektedir. (BK. m.62). Bu durumda garanti verenin, ödenen bu garanti bedelini geri alma yönünde bir talep hakkına sahip olup olmayacağı değerlendirilmelidir. Garanti verenin, amaca aykırı ödeme talebi üzerine yapmış olduğu ödemenin iadesini istemesi BK. m.61 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunan sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde olabilir. Garanti verenin sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde yapmış olduğu garanti bedeli ödemesinin iadesini talep edebilmesi için, garanti alanın zenginleşmesi, garanti verenin fakirleşmesi, haklı bir nedenin bulunmaması⁸²⁹ ve garanti yükümlülüğü konusunda hata edilmiş olması gerekir⁸³⁰.

B-Karşılık İlişkisi Bakımından Hukuki Sonuçları

Ödeme talebinin amaca aykırı bir şekilde yapılmasının banka ile edimi garanti edilen arasındaki karşılık ilişkisi bakımından da sonuçları bulunmaktadır. Amaca aykırı ödeme talebinin karşılık ilişkisi bakımından garanti bedelinin

⁸²⁸ Bkz. II. Bölüm, § 7, II, B, 3.

⁸²⁹ Sebepsiz zenginleşme nedeniyle açılacak iade davasının unsurlarından biri, iade borçlusunun iade alacaklısı ile olan ilişkisinde malvarlığındaki zenginleşmenin herhangi bir haklı sebebinin bulunmamasıdır. Amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması üzerine ödenen garanti bedelinin, haklı bir neden bulunmaksızın yapıp yapılmadığına ilişkin sorun, adi ve “ilk talepte” ödemeli garantiler şeklinde ikili bir ayırımla incelenebilir. “İlk talepte” ödeme kaydını içermeyen adi nitelikteki garantilerde, garantinin ödenmesinin amaca aykırı bir şekilde talep edilmesi halinde, garanti alanın garantinin ödemesine yönelik talep hakkı kesin bir şekilde oluşmayacağından, garanti bedelinin ödenmesi haklı bir sebep bulunmaksızın yapılmış olacaktır. “İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından ise garanti verenin, itiraz oluşturan olayları, ödeme talebinde bulunulmasından sonra derhal kanıtlaması veya garanti bedelini ödemesi gerekmektedir. Burada garantiden doğan borcun ödenme nedenini oluşturan olay, sebepsiz zenginleşme nedeniyle açılacak iade davasındaki şartlardan olan haklı bir nedene dayanmama anlamında değildir. Aksine geçici de olsa borcun ödenmesi haklı bir nedene dayanmaktadır. Ancak garanti veren bankanın, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından garanti alacağına yönelik bir hakkın bulunmadığı ve bunun derhal ispatlanmasının mümkün olmadığı durumlar için sonradan sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade davası açabilmesini sağlamak amacıyla ödeme yaparken “ihtirazi kayıt” koymasında fayda vardır.

⁸³⁰ Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının banka garanti sözleşmesine ilişkin hukuki sonuçları değerlendirilirken yapılan açıklamalar amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması durumu içinde geçerlidir. Bkz. II. Bölüm, § 6, II, D, 1.

ödenmesinden önceki sonucu, garanti veren bankanın itiraz oluşturan olayları ileri sürme yükümlülüğünün bulunmasıdır⁸³¹.

İtiraz oluşturan tüm olayları garanti veren bankanın bilmesi mümkün değildir⁸³². Garanti veren bankanın, ödeme talebinde bulunulduğu konusunda temel ilişkinin borçlusuna bilgi vermesi durumunda, temel ilişkinin borçlusu da, ödeme talebinin amaca aykırı olduğu ve bu nedenle de ödeme yükümlülüğünün doğmadığı konusunda garanti veren bankayı bilgilendirmesi gerekir. Temel ilişkinin borçlusunun itirazı oluşturan olaylar hakkında yapmış olduğu bilgilendirme, borç yükümlülüğünün doğmadığı konusunda inandırıcı olduğu ölçüde garanti veren bankanın itirazları ileri sürme yükümlülüğü doğacaktır. Bu da temel ilişkinin borçlusunun, temel ilişkiden doğan ve itiraz oluşturan olaylar hakkında garanti veren bankayı ikna etmesi ve inandırmasını şart koşar. Zira temel ilişkinin borçlusunun kendisi, garanti veren bankayı itiraz oluşturan olaylar hakkında bilgilendirmemesine rağmen, garanti bedelinin ödenip ödenmeyeceği konusundaki ihtilafli bir durumda garanti veren bankadan, temel ilişkiden doğan ve itiraz oluşturan olayları ileri sürmesi beklenemeyecektir. Sonuçta temel ilişkinin borçlusunun, ödemenin yapılacağı zamanda temel ilişkiden doğan ve itiraz oluşturan olaylar hakkında garanti vereni bilgilendirmesi ve bu duruma inandırması gerekir. Çünkü garanti alanın alacağı, geçerli bir şekilde yapılan ödeme talebi ile muaccel olur. Bu yüzden garanti veren, bu ödeme talebinin geçersizliğini itiraz olarak ileri sürmediği takdirde garanti bedelini ödemekle yükümlü olacaktır⁸³³.

Amaca aykırı ödeme talebinin karşılık ilişkisi bakımından garanti bedelinin ödenmesinden sonraki sonucu ise, garanti verenin, itirazları ileri sürme yükümlülüğünü ihlal etmiş olması halinde ödediği garanti bedelini tahsil etmek amacıyla temel ilişkinin borçlusuna rücu imkânını kaybetmesidir. Garanti veren banka, amaca aykırı bir şekilde ödeme talebi üzerine garanti bedelini ödemek

⁸³¹ **Zobl**, s.45.

⁸³² Bankanın itiraz oluşturan olayları bilme yükümlülüğü, özellikle kendisinin de dâhil olduğu garanti sözleşmesinden ortaya çıkan olaylar bakımından söz konusu olabilir. Buna karşılık itiraz oluşturan olayların temel ilişkiden ortaya çıkması durumunda garanti veren bankanın bu olayları bilme yükümlülüğü bulunmadığı gibi araştırma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

⁸³³ Bkz. I. Bölüm, § 2, II, B, 1, a.

suretiyle itirazları ileri sürme yükümlülüğünü ihlal ederse, karşılık ilişkisine(garanti vekâleti verilmesine ilişkin anlaşmaya) aykırı davranmış olur. Bu durumda garanti bedelini ödeyen banka, ödediği garanti bedelini almak amacıyla temel ilişkinin borçlusuna rücu imkânı ortadan kalkacaktır. Bunun yanısıra temel ilişkinin borçlusu, vekâletin iyi bir şekilde ifa edilmemesinden (BK. m.390/2) doğan zararları da garanti veren bankadan talep edebilecektir⁸³⁴.

C-Temel İlişki Bakımından Hukuki Sonuçları

Amaca aykırı bir şekilde yapılan ödeme talebi ve yapılan ödeme nedeniyle temel ilişkinin borçlusu ile temel ilişkinin alacaklısı durumundaki garanti alan arasındaki ilişkide de çeşitli hukuki sonuçlar doğar⁸³⁵. Ödeme talebinde bulunulmasından sonra temel ilişkinin borçlusu, zarara uğramışsa⁸³⁶, garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunan garanti alandan bir tazminat talebinde bulunabilir. Edimi garanti edilenin, amaca aykırı ödeme talebinde bulunması nedeniyle meydana gelen zararlar için garanti alandan tazminat talep etme sözleşmeye dayanabilir.⁸³⁷

Garanti konusu olay gerçekleşmemiş olmasına ve bu nedenle garanti alanın ödeme talebinde bulunma hakkının ortaya çıkmamış olmasına rağmen garanti alanın

⁸³⁴ Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının karşılık ilişkisi bakımından hukuki sonuçları değerlendirilirken yapılan açıklamalar amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması durumu için de geçerlidir. Bkz. II. Bölüm, § 6, II, D, 2.

⁸³⁵ Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının temel ilişki bakımından hukuki sonuçları değerlendirilirken yapılan açıklamalar amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması durumu için de geçerlidir. Bkz. II. Bölüm, § 6, II, D, 3.

⁸³⁶ Edimi garanti edilen, amaca aykırı bir şekilde talep edilen garantinin ödenmesine engel olmak amacıyla gerek dava yolu ile gerekse dava dışında çeşitli masraflar yapmışsa, malvarlığında bir zarar ortaya çıkabilir. Aynı şekilde amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması üzerine, ödeme talebinde bulunulduğu banka tarafından kendisine bildirilen edimi garanti edilen, verilen kısa süre içerisinde garanti bedelinin ödenmesine engel olacak delilleri hazırlayamaması nedeniyle ödemeye engel olamayabilir. Bu durumda, garanti bedelini ödeyen bankanın kendisine rücu etmesi nedeniyle yapacağı ödemeden dolayı edimi garanti edilenin malvarlığında bir zarar oluşur.

⁸³⁷ Temel ilişkinin bir bölümünü oluşturan veya bağımsız bir şekilde yapılan garantinin sağlanmasına ilişkin taahhüdün bulunduğu anlaşmada, garantinin kapsamı ve hangi hallerin varlığı durumunda ödeme talebinde bulunulabileceği belirlenir. Garanti alanın, sözleşmede belirlenen bu şartlara aykırı davranarak amaca aykırı ödeme talebinde bulunması, edimi garanti edilenin zarara uğramasına neden oluyorsa, garanti alan, temel ilişkinin borçlusuna karşı sözleşmenin müspet ihlali nedeniyle BK. m.96 vd. hükümleri çerçevesinde sorumlu olur. Bkz. II. Bölüm, § 6, II, D, 3.

yapacağı ödeme talebi, edimi garanti edilenin kişilik haklarını ihlal ediyor ve özellikle de ticari itibarının zedelenmesine sebep oluyorsa edimi garanti edilen, manevi tazminat talebinde de bulunabilir⁸³⁸. Nitekim Yargıtay kararına konu olan bir olayda, garanti konusu olay gerçekleşmemiş olmasına rağmen ödeme talebinde bulunarak garanti bedelini tahsil eden garanti alana karşı edimi garanti edilen, garanti bedelini bankaya iade etmesi ve kendisinin manevi zararlarının karşılanması amacıyla dava açmıştır. Bunun üzerine Yargıtay⁸³⁹, şu şekilde karar vermiştir; “...Davacı yüklenici davasında ayrıca 1 milyar TL manevi tazminat isteminde bulunmuş, mahkemece 400 milyon TL manevi tazminata hükmedilmiştir. Sözleşmeye aykırılık nedeniyle BK.nun 98/2 md. yollaması ile aynı kanunun 49.maddesi hükmü uyarınca manevi tazminat isteminde bulunulması kanuna ve Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına uygun ise de salt sözleşmeye aykırı davranış manevi tazminat istemi için yeterli olmayıp aykırılığın niteliğinde veya özel hal ve şartlar sebebiyle, aynı zamanda davacının kişilik haklarını Medeni Kanunun 24.maddesi anlamında zedelemesi ve bu nedenle de BK.nun 41.md. hükmü uyarınca haksız bir eylem olarak değerlendirilebilmesi gereklidir. Somut olayda yukarıda açıklanan hususların olduğu kanıtlanamadığı gibi, dosya kapsamından da söz konusu şartların olduğu anlaşılamamaktadır. Mahkemece bu hususlar göz ardı edilerek noksan inceleme ve yanlış değerlendirme sonucu yazılı şekilde manevi tazminata hükmedilmesi bozma nedenidir...”. Sonuçta Yargıtay, ilk derece mahkemesinin kararını bozmakla birlikte yapmış olduğu değerlendirme ile manevi tazminat talebinin mümkün olduğu sonucuna varmaktadır.

⁸³⁸ Bkz. **Doğan**, s.68.

⁸³⁹ Yarg. 15 HD. 18.11.1999 T ve E. 1999/3308, K.1999/4143 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr. Temel ilişkinin geçersiz olması durumunda da zarara uğrayan edimi garanti edilenin, uğradığı zararlar için garanti alandan talepte bulunması mümkündür. Nitekim Yargıtay da bir kararında garanti için yapılan masrafların da tazmin edileceğine hükmetmiştir; “...Davacı ve karşı davacı yüklenici sözleşmenin haksız feshinden ötürü teminat mektubu giderleri, şantiye masrafları, atıl kalan malzeme ve teçhizat nedeniyle kayıpları ve fazlasını saklı tutarak 47 milyon TL. kâr mahrumiyetinin tahsilini dava etmiştir. ...O halde, gösterdiği fesih sebepleri de dikkate alınarak, varılacak sonuca göre dönmede kusursuz ve iyiniyetli olduğuna inanıldığında durumu başlangıçta bilebilecek olan yüklenicinin cümle isteminin reddi, değilse karın elde edilmesi için iş sahibinin mal varlığına girmeyen- şantiye vs. giderlerin yapılması zorunlu olduğundan buna dair istemin reddi, BK.nun 325. maddesi hükmü nazara alınarak benzer şekilde ve konusunda uzman bilirkişiye hesaplatılacak, icabında BK.nun 98. maddesi uyarınca aynı Kanunun 44. maddesince takdir edilecek kar mahrumiyetine hükmedilmesi gerekirken...”. Yarg. 15 HD. 01.04.1993 T ve E. 1993/283, K.1993/1515 sayılı kararı için bkz. www.kazanci.com.tr.

Hem temel ilişkiden doğan edim ifa edilmiş hem de amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulmasına rağmen garanti bedeli de ödenmişse, bu durumda temel ilişki bakımından garanti bedelinin ödenmesine bağlı olarak garanti alanın malvarlığında hakka dayanmayan bir artış meydana gelmektedir. Bu da temel ilişki bakımından edimi garanti edilenin malvarlığında, garanti alanın lehine olacak şekilde bir azalma meydana getirir. Edimi garanti edilen, temel ilişkiyi oluşturan sözleşmeye dayanarak garanti alana başvurma hakkını elde edebilir. Buradaki sözleşme ilişkisi, yine temel ilişkinin bir bölümünü oluşturan veya bağımsız bir şekilde yapılan garantinin sağlanmasına ilişkin taahhüdün bulunduğu anlaşmadır⁸⁴⁰.

IV-AMACA AYKIRI ÖDEME TALEBİ İLE HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI SURETİYLE ÖDEME TALEBİNDE BULUNULMASI ARASINDAKİ FARKLAR

A-Genel Olarak

Garanti sözleşmesi ve banka garanti sözleşmesine ilişkin yapılan çalışmalarda genellikle hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması ile amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması arasında ayırım yapılmamaktadır. Daha ziyade amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin haller, hakkın kötüye kullanılmasının ihlali olarak değerlendirilmektedir⁸⁴¹. Çalışmamızın bu kısmında amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması hallerinin, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasından farklarını ortaya koyacağız.

Garanti alan, garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte dürüstlük kuralına göre temel borç ilişkisi bakımından herhangi bir talep hakkı bulunmamasına rağmen garantinin ödenmesini talep ederse, bu ödeme

⁸⁴⁰ Edimi garanti edilenin, sözleşmeye dayanmadığı durumlarda sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iade talebinde bulunup bulunamayacağı konusunda, daha önce hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının temel ilişki bakımından sonuçlarına ilişkin yapmış olduğumuz değerlendirmeler burada da aynen geçerli olacaktır. Bkz. II. Bölüm, § 6, II, D, 3.

⁸⁴¹ Bu konudaki farklılıklar için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.291 vd.

talebi hakkın açıkça kötüye kullanılmasını oluşturur. Örneğin garanti alan, garanti konusu edimin yerine getirilmesine kendi davranışları ile engel olduktan sonra, edimin ifa edilmediğini ileri sürerek ödeme talebinde bulunursa hakkını kötüye kullanmış olur.

Garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması durumunda, amaca aykırılık söz konusu olur. Örneğin garanti alanın ödeme talebi, ödenmeyen kredi faizlerine ilişkin olmakla birlikte, ödenmesini talep ettiği garanti, satım parasının ödeneceğine ilişkinse bu tür bir amaca aykırılık vardır. Garanti konusu olay henüz gerçekleşmemiş olmasına veya artık gerçekleşmesinin mümkün olmamasına rağmen ödeme talebinde bulunulması halinde, yapılan bu ödeme talebi de amaca aykırılık oluşturur. Örneğin garanti ile teminat altına alınan edimin, ödeme talebinde bulunulmadan önce sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun bir şekilde yerine getirilmiş olmasına rağmen, ödeme talebinde bulunulması halinde bu tür bir amaca aykırılık söz konusu olur.

Garantinin ödenmesinin, amaca aykırı bir şekilde talep edilmesi ile MK. m.2/2 anlamında hakkın amacına aykırı bir şekilde kullanılması birbirinden farklı durumları ifade etmekte olup buradaki anlamda amaca aykırı ödeme talebi MK. m.2/2 kapsamında yer almamaktadır. Zira burada anlaşılan anlamda amaca aykırı bir şekilde yapılan ödeme talebi ile garanti alan, şekli bakımından görünürde oluşan bir hakkı kullanmamakta, aksine ödeme talebinde bulunduğu garantinin amacının kapsamından yer almayan ve bu yüzden de hakkın kullanıldığı zamanda, görünürde bir hak olarak dahi oluşmayan ödemeye ilişkin bir talep hakkını kullanmaktadır. Buna karşılık hakkın kötüye kullanılması yasağı anlamındaki amaca aykırı bir şekilde hak kullanımında, şekli bakımından da olsa görünürde var olan bir hakkın kullanılması söz konusudur. Bu görünürdeki hakkın kullanımı, diğer şartların da gerçekleşmesi ile dürüstlük kuralına göre kullanılan bir hakkın amacının kapsamında yer almaz ise MK. m.2/2 uyarınca hukuken korunmayacaktır⁸⁴².

⁸⁴² Büsser, s.466-467.

B-Amaca Aykırı Ödeme Talebi Halleri ile Hakkın Kötüye Kullanılması Arasındaki Farklılık

1-Garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki farklılık

Garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması durumunda, garanti alan, ödeme talebinde bulunduğu garantinin kapsamında bulunmayan bir riziko olayının gerçekleştiğini iddia etmekte ve böylece sözde var olan talep hakkını somut garanti amacına aykırı bir şekilde kullanmış olmaktadır. Buna karşılık hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan ödeme talebi, ödenmesi talep edilen garantinin amacının kapsamında görünür de olsa yer alan bir konuya ilişkindir.

Garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması nedeniyle ödeme talebinin amaca aykırı olması halinde ve hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması halinde benzer hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır. Zira her iki durumda da garanti bedelinin ödenmesine ilişkin herhangi bir yükümlülük doğmadığı gibi garanti alan, her iki durumda da garanti bedelinin ödenmesine ilişkin bir talep hakkına sahip bulunmamaktadır. Bu durumda garanti veren banka, garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması halinde amaca aykırılık itirazını, hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan ödeme talebinde de hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlal edildiğini ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir⁸⁴³.

Amaca aykırılık oluşturacak şekilde garantinin kapsamında bulunmayan bir konuda yapılan ödeme talebi veya hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan ödeme talebi nedeniyle ne ödemeye ilişkin talep hakkı ne de garanti alacağı sona ermez. Fakat temel ilişkideki kötüye kullanmayı oluşturan fiili durum, garantinin ödenmesinin yeniden talep edilmesine engel olacak nitelikte ise, garantinin talep

⁸⁴³ Garanti bedelinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle talep edildiğine ilişkin savunma için bkz. II. Bölüm, § 6, II. Garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulmasının garantinin amacına aykırılık oluşturduğuna ilişkin savunma için bkz. II. Bölüm, § 7, II, A, 1.

edilmesi artık sadece hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur ve bu nedenle garanti alacağı, artık sadece görünürde bir hak olarak varlığını sürdürmeye devam eder⁸⁴⁴.

2-Garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemesi ve gerçekleşmesinin artık mümkün olmaması ile hakkın kötüye kullanılması arasındaki farklılık

Garanti edilen teminat olayı, ödeme talebinde bulunulduğu zamanda henüz gerçekleşmemiş veya artık gerçekleşmesi mümkün değilse yapılan ödeme talebi amaca aykırılık oluşturur. Bu şekilde yapılan amaca aykırı ödeme talebi, hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan ödeme talebinden farklıdır. Zira hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan ödeme talebinde, ödeme talebine ilişkin hak şeklen de olsa mevcuttur. Yani garanti sözleşmesi geçerli bir şekilde kurulmuş, garanti konusu olay gerçekleşmiş ve ödeme talebine ilişkin hakkın kullanılabilmesi için bulunması gereken diğer şartlar yerine getirilmiştir. Ancak garanti alan, şeklen var olan bu hakkını kullanmakla dürüstlük kuralını öyle bir ihlal etmektedir ki, kullanılan bu hak MK. m.2/2 hükmü uyarınca hukuki korumadan yararlanamamaktadır. Buna karşılık amaca aykırı bir şekilde yapılan ödeme talebinde ise, garanti konusu olay henüz gerçekleşmemiş veya artık gerçekleşmesi mümkün olmadığı için şeklen de olsa ödeme talebinde bulunmaya ilişkin bir hak mevcut değildir⁸⁴⁵.

Garanti konusu olay henüz gerçekleşmemiş olmasına veya artık gerçekleşmesinin mümkün olmamasına rağmen ödeme talebinde bulunulması nedeniyle ödeme talebinin amaca aykırı olması halinde, ödeme talebine ilişkin bir hak bulunmadığı veya geçerli olmadığı için, yapılan ödeme talebinin aynı zamanda, görünürde bir hakkın bulunmasını şart koşan hakkın kötüye kullanılması niteliği de taşıması kural olarak mümkün değildir⁸⁴⁶. Ancak bu tür bir durumun istisnasına “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler de rastlamak mümkündür. Zira bu tür garantilerde garanti veren bankanın, garanti konusu olayın gerçekleşmediğini veya gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığını derhal kanıtlaması mümkün olmazsa ve

⁸⁴⁴ Büsser, s.469.

⁸⁴⁵ Bkz. II. Bölüm, § 6, II.

⁸⁴⁶ Bkz. II. Bölüm, § 7, II, A, 2-3.

bu nedenle ödeme talebine ilişkin hakkın geçerli olduğu kabul edilirse, amaca aykırı ödeme talebinin aynı zamanda hakkın kötüye kullanılması yasağını da ihlal etmesi mümkündür⁸⁴⁷.

Garanti konusu olayın gerçekleşmemesi veya gerçekleşmesinin artık mümkün olmaması nedeniyle yapılan ödeme talebinin amaca aykırı olması halinde ve hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması halinde benzer hukuki sonuçlar ortaya çıkmaktadır⁸⁴⁸. Zira her iki durumda da garanti bedelinin ödenmesine ilişkin herhangi bir yükümlülük doğmamaktadır. Bu durumda garanti veren banka, her iki durum bakımından da garanti konusu olayın gerçekleşmemesi nedeniyle ödeme talebinin amaca aykırı olduğunu ve hakkın kötüye kullanılması yasağının ihlali nedeniyle ödeme yükümlülüğünün doğmadığına ilişkin itirazlarını ileri sürerek ödemedi kaçınacaktır. “İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından ise garanti veren banka, garanti konusu olayın gerçekleşmemesi nedeniyle ödeme talebinin amaca aykırı olduğunu veya hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğunu, itiraz şeklinde ileri sürmek suretiyle ödeme yapmaktan kaçınmak istiyorsa, ödeme talebinde bulunulduktan sonra bu durumların varlığını derhal ispatlamalıdır. Çünkü bu tür bir durumda garanti veren banka, ilk talepte” ödeme kaydını içeren garanti ile garanti alana, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin yalın bir şekilde iddia edilmesinden sonra derhal garanti bedelini ödemeyi vaat etmektedir.

Ödeme talebinin amaca aykırı veya hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacak şekilde kullanılmasından sonra, yeniden geçerli bir şekilde ödeme talebinde bulunulması bakımından şu ayırımın yapılması gerekir. Garanti ile teminat altına alınan edim sonucu yerine getirildiği için garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün değil ve bu nedenle de ödeme talebi amaca aykırı ise, garantinin teminat amacının ortadan kalkması nedeniyle garanti alacağı da artık var olmayacağından sonradan geçerli bir şekilde ödeme talebinde bulunulması da mümkün olmayacaktır. Buna karşılık garanti konusu olay ödeme talebinin yapıldığı zamanda henüz

⁸⁴⁷ **Büsser**, s.470.

⁸⁴⁸ Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasının hukuki sonuçları konusunda bkz. II. Bölüm, § 6, II, D. Amaca aykırı ödeme talebinde bulunulmasının hukuki sonuçları konusunda bkz. II. Bölüm, § 7, III.

gerçekleşmediği için ödeme talebi amaca aykırı ise sonradan amaca uygun bir şekilde ödeme talebinde bulunulabilmesi kural olarak mümkün olacaktır. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda ise ileri sürülen itirazın kesinliği, temel ilişkideki dürüstlük kuralına göre kesin olarak hakkın doğumuna engel olan veya hakkı ortadan kaldıran ve bu nedenle de hakkın kötüye kullanılmasını oluşturan fiili olayların geri dönülebilir (irreversibel) olup olmamasına bağlıdır⁸⁴⁹.

Sonuç olarak amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması ile hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması, benzer hukuki sonuçlara sahip olmakla birlikte, bu savunma imkânlarının farklı hukuki prensiplere dayandığı gözden uzak tutulmamalıdır.

⁸⁴⁹ **Büsser**, s.471-472.

III. BÖLÜM

BANKA GARANTİSİNDE İHTİYATİ TEDBİRLER

§8. GENEL OLARAK İHTİYATİ TEDBİR

I-İHTİYATİ TEDBİR KAVRAMI

İhtiyati tedbir, kesin hükme kadar talepte bulunan taraf açısından davanın uzamasından doğan sakıncaları gidermek için, davadan önce veya davanın açılmasından sonra mahkemece tanınan geçici nitelikte bir hukuki korumadır⁸⁵⁰.

İhtiyati tedbir kararlarının en önemli amacı, davacının açtığı davayı kazanmasına rağmen, davalının bu süre içinde dava konusu üzerinde yaptığı işlemler nedeniyle zarar görmesini önlemektir. Zira oluşacak hak kaybından sonra açılacak bir tazminat davası, davacı bakımından fazla tatmin edici olmayabilir. Böylece ihtiyati tedbirler, bir anlamda tedbir talebinde bulunan tarafın, dava ile elde edebileceği sonucu teminat altına almaktadır. Burada teminat altına alınan, bizzat maddi hukuka ilişkin hak değil, hakkın gerçekleştirilmesinin sağlanmasıdır. İhtiyati tedbir kararlarının diğer bir amacı da, dava dilekçesinin kendisine tebliğinden sonra davalının yapacağı işlemlerle davacının hakkını elde etme imkânını ortadan kaldırmasına engel olmaktır. Böylece ihtiyati tedbirler sayesinde, talepte bulunan taraf, karşı tarafın kötü niyetli davranışlarına karşı korunabilmektedir⁸⁵¹.

İhtiyati tedbirler, duyulan ihtiyaç ve zaman içindeki gelişmeler nedeniyle farklı hukuki sorunlarda da uygulama alanı bulmuş ve böylece teminat amacının yanısıra ifa amaçlı ve düzenleme amaçlı tedbirler şeklinde de uygulanmaya başlanmıştır⁸⁵². Asıl davada verilecek hükmü ve böylece ihtilaf konusu hakkın gelecekteki icrasını teminat altına alan tedbirler, teminat amaçlı ihtiyati

⁸⁵⁰ **Kuru**, s.4289-4290; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.178; **Deren-Yıldırım**, s.4; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.618-619.

⁸⁵¹ **Postacıoğlu**, Usul Hukuku, s.487-488; **Önen**, s.99; **Deren-Yıldırım**, s.3-4; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.619; **Hadimoğlu**, s.10.

⁸⁵² **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.170; **Üstündağ**, s.13 vd.; **Deren-Yıldırım**, s.80 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.619; **Hadimoğlu**, s.10-11. Alman, İsviçre ve Türk doktrininde ihtiyati tedbirler, teminat, ifa ve düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler olmak üzere üçlü bir ayırımla incelenmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi ve yazarlar için bkz. **Deren-Yıldırım**, s.83 ve dn.83.

tedbirlerdir⁸⁵³. İhtilaf konusu bir hakkın geçici olarak ifa edilmesini mümkün kılan tedbirler ise, ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerdir⁸⁵⁴. İfa amaçlı tedbirler(Leistungsverfügungen), tatmin amaçlı tedbirler(Befriedigungsverfügungen) olarak da adlandırılmaktadır. Kural olarak ihtiyati tedbirler, dava konusunu baştan sağlayıcı rol oynamazlar, ancak bazı özel durumlarda, durumun gereği olarak ifa zorunlu olursa, bu tür tedbirlere başvurulabilir. Yine de bu tür tedbirlerde, kesin bir ifa amaçlanmamaktadır. Bir hakkın icrasının geçici olarak temin edilmesine veya hakkın geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet etmeyen ve ihtilafli hukuki ilişkinin geçici olarak düzenlenmesini amaçlayan tedbirler de, düzenleme amaçlı tedbirlerdir⁸⁵⁵.

İhtiyati tedbirler, Alman Medeni Usul Kanununda, teminat amaçlı (ZPO § 935) ve düzenleme amaçlı (ZPO § 940) ihtiyati tedbirler olmak üzere ikili bir ayırımla düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu nedenle Alman hukuku bakımından, ifa amaçlı ihtiyati tedbirlerin bağımsız bir tedbir türü olmadığı düşünülebilirse de, Alman doktrininde, ifa amaçlı tedbirlerin de ayırımı dikkate alınması gerektiği savunulmaktadır⁸⁵⁶. İsviçre ve Türk doktrininde de ihtiyati tedbirler, teminat, ifa ve düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler olmak üzere üçlü bir ayırımla incelenmektedir⁸⁵⁷.

İhtiyati tedbir, geçici hukuki himaye tedbirlerinin diğer bir türünü oluşturan ihtiyati hacizden farklıdır⁸⁵⁸. İhtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin mevcut veya

⁸⁵³ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.170; **Üstündağ**, s.13; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.619; **Deren-Yıldırım**, s.80-81. Dava konusu bir malın, dava sonuçlanıncaya kadar muhafaza altına alınması, teminat amaçlı ihtiyat tedbirlere örnek oluşturmaktadır.

⁸⁵⁴ **Üstündağ**, s.15; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.171; **Deren-Yıldırım**, s.83 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.619. Dava sırasında tedbir nafakasına hükmedilmesi ifa amaçlı ihtiyat tedbirlere örnek olarak verilebilir.

⁸⁵⁵ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.170; **Üstündağ**, s.13-14; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.619; **Deren-Yıldırım**, s.93-94. Boşanma davası devam ederken çocuğun, taraflardan birine bırakılmasına karar verilmesi veya dava sırasında taraflar arasındaki hukuki ilişkinin (boşanma davası bakımından eşlerin barınması ve eşlerin mallarının yönetimi gibi) geçici olarak düzenlenmesi, düzenleme amaçlı ihtiyat tedbirlere örnek oluşturur.

⁸⁵⁶ Bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **Deren-Yıldırım**, s.83, dn.83' de anılan yazarlar.

⁸⁵⁷ İsviçre hukuku bakımından bkz. **Vogel**, s. 309 vd.; Türk hukuku bakımından ise bkz. **Üstündağ**, 13 vd. ve özellikle s.15; **Deren-Yıldırım**, s.80 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.619; **Hadimoğlu**, s.10-11.

⁸⁵⁸ İhtiyati tedbiri ifade etmek üzere Almancada "einstweilige Verfügung", "vorsorgliche Massnahmen", "vorsorgliche Verfügung", "vorsorgliche Massregeln" ve "vorläufige Anordnungen"

müstakbel bir takibin sonucunun güvence altına alınması için, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukuki korumadır⁸⁵⁹. İhtiyati haciz, yalnız para ve teminat alacakları hakkındaki dava veya icra takiplerinde söz konusu iken, ihtiyati tedbirin konusu daha geniş olup, menkulleri, gayrimenkulleri, bir şeyin yapılmasına ya da yapılmamasına veya bir şeyin teslimine dair istemleri kapsar. Ayrıca ihtiyati tedbirde üzerine tedbir konulacak “şey”, davanın konusu (müddeabih) olan “şey”dir. Buna karşılık ihtiyati haczin konusu, alacaklının para alacağına teminat altına alınmasıdır ve ihtiyaten haczedilen mal üzerinde herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır⁸⁶⁰.

II-İHTİYATİ TEDBİR TALEBİ ve TALEBİN KARARA BAĞLANMASI

A-İhtiyati Tedbir Talebi

1-Talep Sahibi

İhtiyati tedbir kararının verilebilmesi, tarafın bunu dilekçe ile talep etmesine bağlıdır(HUMK. m105/1 c.1). Hukuki menfaati bulunan herkes, ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce istenebileceği gibi, dava açıldıktan sonra da istenebilir⁸⁶¹. Davadan önce isteniyorsa, hukuki menfaati bulunan kişi mahkemeye başvurur ve ihtiyati tedbir talebinde bulunur. Dava dilekçesiyle birlikte ihtiyati tedbir talebinde bulunuluyorsa, tedbir talebinde bulunan kişi davacıdır. Dava devam ederken ise, hem davalı hem de davacı ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir.

İhtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin, öncelikle taraf ehliyeti ve dava ehliyetine sahip olması gerekir. Taraf ehliyeti, bir davada davacı ve davalı olarak

kavramları kullanılırken ihtiyati haczi ifade etmek için de Arrest kavramı kullanılmaktadır. Bkz. **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.174; **Hadimoğlu**, s.5-6.

⁸⁵⁹ **Özekes**, s.260.

⁸⁶⁰ Diğer farklılıklar ve ortak özellikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.714-715; **Kuru**, s.4411-4412; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.176 vd.; **Üstündağ**, s.5 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.628 vd.; **Hadimoğlu**, s.14 vd.

⁸⁶¹ **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.620-621; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.865.

bulunabilme hak ve yetkisine sahip bulunmaktır ve medeni hukuk bakımından medeni haklardan yararlanma (hak ehliyeti) ehliyetine sahip olmakla özdeştir. Dava ehliyeti ise, medeni hukuk bakımından medeni hakları kullanma (fiil ehliyeti) ehliyetine sahip olmakla özdeştir ve ihtiyati tedbir talebinde bunacak kişinin dava ehliyetine de sahip olması gerekir. Ayrıca ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin, bu konuda “sıfat”ının (husumet ehliyeti) da bulunması gerekir. Dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talebinde bulunulması halinde, talep konusu şey(hak) ile taraflar arasında bir ilişkinin bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Eğer talepte bulunan kişi ile ihtiyati tedbir konusu arasında bir hukuki ilişki kurulamıyorsa, ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin bu konuda sıfatı bulunmadığından, talebi ret edilecektir⁸⁶².

2-İhtiyati Tedbir Talebinin Muhatabı

İhtiyati tedbir talebinin muhatabı, talep sahibinin hukuki menfaatini sağlayabilecek kişidir. Buna göre, dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talep edilmişse, ihtiyati tedbir kararının verilmesinden sonra on gün içinde dava açılması gerektiğinden(HUMK. m.109/c.1), ileride açılacak olan davada davalı olarak gösterilecek kişi, muhatap olarak gösterilir. Ancak ihtiyati tedbir talebinde hasım gösterilmemesi durumunda, istisnai olarak, ihtiyati tedbir talebinin ret edilmemesi ve ihtiyati tedbir kararı verilmesini gerektiren bir durumun bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiği doktrinde savunulmaktadır⁸⁶³. Zira ihtiyati tedbir kararına duyulan ihtiyaç, bazı durumlarda çok çabuk hareket etmeyi gerektirdiğinden muhatapın belirlenmesi imkânı bulunmayabilir.

İhtiyati tedbir, dava ile beraber isteniyorsa, muhatap davalı olacaktır. Buna karşılık dava içinde bir ihtiyati tedbir talebinde bulunulması halinde, talep edenin karşısında bulunan taraf, yani davacı ihtiyati tedbir istemişse, davalı; davalı ihtiyati tedbir istemişse, davacı, muhatap olacaktır⁸⁶⁴.

⁸⁶² Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye, s.865-866.

⁸⁶³ Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye, s.870-871.

⁸⁶⁴ Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye, s.869.

3-İhtiyati Tedbir Talebinin Şekli

İhtiyati tedbir, mahkemeden bir dilekçe ile istenir (HUMK. m.105/1). İhtiyati tedbir talebi, dava açılmadan önce yapılıyorsa, dava dilekçesine benzer şekilde bir dilekçe hazırlanır. Bu dilekçede, talepte bulunulan mahkemenin adı, tarafların kimlik ve adresleri, ihtiyati tedbirin konusu, ihtiyati tedbir talebinin dayandığı hakkın, uyuşmazlığın, buna ilişkin olayların ve sebeplerin hâkimi ikna edici şekilde açıklanması ve talep edilen tedbirin belirtilmesi gerekir⁸⁶⁵. Ayrıca tedbir talebini inandırıcı kılacak delillerinde dava dilekçesine eklenmesi gerekir⁸⁶⁶. İhtiyati tedbir talebinde bulunan kişi, maktu bir başvurma harcı ile karar harcını da yatırmalıdır. İhtiyati tedbir dilekçesi, karşı taraf sayısından bir fazla nüsha ile istenir ve gerektiğinde karşı tarafa tebliğ edilir(HUMK. m.105/1)

Dava açılırken ihtiyati tedbir talep ediliyorsa, dava dilekçesinde bu talep ayrıca ve dikkati çekecek şekilde belirtilmelidir. Bu durumda ihtiyati tedbir talebi için ayrıca harç ödenmesine gerek yoktur⁸⁶⁷. Dava açılmasından sonra yapılacak bir ihtiyati tedbir talebi, dava dilekçesine benzer bir dilekçe ile yapılabilir. Dilekçede davanın esas numarasının yazılmasına dikkat edilmelidir. Duruşma veya keşif sırasında ihtiyati tedbir istenmesi durumunda, HUMK. m.105/1'in ilk cümlesine sıkı sıkıya bağlı olunmaması, dilekçe şartı aranmadan, talebin tutanağa geçirilmesi ve talepte bulunanın imzasının altına atılmasının yeterli kabul edilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁸⁶⁸. Zira acele ihtiyaç olan durumlarda, dilekçe hazırlanması zaman kaybına ve bu da hak kaybına neden olabilir.

⁸⁶⁵ Doktrinde bir görüş, tedbirin içeriği hâkim tarafından belirleneceğinden, ihtiyati tedbir talep edenin netice-i talebi ileri sürme yükümlülüğünün bulunmadığını, ancak ifa amaçlı tedbirler bakımından bu tür bir durumun söz konusu olabileceğini savunmaktadır. Buna göre ihtiyati tedbir talep eden kimsenin, ihtiyati tedbir kararı ile sağlamak istediği hukuki korunma amacını belirtmesi yeterli olacaktır. Bkz. **Üstündağ**, s.46.

⁸⁶⁶ **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.621.

⁸⁶⁷ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.872-873; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.621.

⁸⁶⁸ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.871.

4-Görevli ve Yetkili Mahkeme

Kanunda ihtiyati tedbirde görev konusunda herhangi özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla görevle ilgili genel hükümler (HUMK. m.1 vd.) ihtiyati tedbir bakımından da uygulanacaktır⁸⁶⁹. Bu durumda, ihtiyati tedbirde görevli mahkeme, ileride açılacak asıl davadaki görevli mahkemeye bakılarak belirlenecektir. Yani asıl dava asliye mahkemesinde açılacak ise, asliye mahkemesinden; sulh mahkemesinde açılacak ise, sulh mahkemesinden; iş mahkemesinde açılacak ise, iş mahkemesinden; kadastro mahkemesinde açılacak ise, kadastro mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilmesi gerekir. Görev konusu kamu düzeninden olduğu için, ihtiyati tedbir talebini alan mahkemenin görevli olup olmadığını kendiliğinden incelemesi ve o konuda görevli olmaması durumunda ihtiyati tedbir talebini, görevsizlikten dolayı ret etmesi gerekir⁸⁷⁰.

Hakemlerin ihtiyati kararı verebilmesi, iç tahkim ve dış tahkim bakımından değerlendirilmelidir. Türk hukuku bakımından ihtiyati tedbir kararı verilmesi yetkisinin mahkemelere ait olduğu ve iç tahkim açısından(HUMK. m.516 vd.) hakemlerin ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği kabul edilmektedir⁸⁷¹. Buna göre taraflar, aralarındaki uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümleneceğini kabul etmiş olsalar dahi, açık engelleyici bir hüküm bulunmamakla birlikte, ihtiyati tedbire hakemler değil, mahkeme karar verir. Buna karşılık, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar bakımından hakemler ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verebilir⁸⁷². 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.6 hükmüne göre aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim

⁸⁶⁹ **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.620. Buna karşılık doktrinde bir görüş, görev yönüyle bir sınırlamanın olmadığını, ancak yargı yoluna dikkat edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Buna göre özel hukuka ilişkin ihtilaflarda, idari yargı organları herhangi bir karar alamayacaklardır. Bkz. **Üstündağ**, s.56-57.

⁸⁷⁰ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.706; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.876-877.

⁸⁷¹ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.878; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.706; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.621; **Akıncı**, s.218 vd.; **Deren-Yıldırım**, s.33-34. Hakemlerin tedbir kararı vermeyeceklerine ilişkin değerlendirme, ihtiyati tedbirin özelliğinden, gerektiğinde zor kullanılarak yerine getirilebileceği hususu göz önüne alındığında, ihtiyati tedbirin icrasında kamu otoritesinin gerekmesinden kaynaklanmaktadır.

⁸⁷² **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.706-707.

yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulu, taraflardan birinin istemi üzerine, ihtiyati tedbire karar verebilir. Hakem veya hakem kurulu, ihtiyati tedbir kararı vermeyi, uygun bir güvence verilmesi şartına bağlayabilir. Bununla birlikte taraflardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında mahkemeden ihtiyati tedbir istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık oluşturmaz. Ayrıca hakemler, cebri icra organları veya diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir kararı veremeyeceği gibi, üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir kararı da veremez.

İhtiyati tedbir talebinde bulunulabilecek yetkili mahkeme konusunda HUMK. m.104'de bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre dava açılmadan önce ihtiyati tedbir isteniyorsa, tedbir, en az masrafla ve en çabuk nerede yerine getirilecekse, o yer veya asıl dava nerede açılacaksa o yer mahkemesinden ihtiyati tedbir istenebilir(HUMK. m.104/1). Buna göre dava açılmadan önce talep edilecek ihtiyati tedbir bakımından iki yetki kuralı getirilmektedir. İlk yetkili mahkeme, ileride açılacak olan dava bakımından yetkili olan mahkemedir. Yani davacı, ileride açacağı dava bakımından yetkili olan mahkemelerden(genel yetki, özel yetki ve yetki anlaşmasına göre belirlenecek yetkili mahkemelerden) birine başvurarak ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir. İkinci yetki kuralı ise, ihtiyati tedbirin ifasının daha ucuz ve daha çabuk olduğu mahkemenin yetkili olmasıdır. Buradaki “ihtiyati tedbirin ifası” tabiri, “ihtiyati tedbirin alınması” şeklinde⁸⁷³ değil, alınacak ihtiyati tedbir kararının “yerine getirilmesi” olarak anlaşılmalıdır⁸⁷⁴. Davanın açılacağı yetkili mahkemeler dışında, en az masrafla ve en çabuk ihtiyati tedbirin alınması mümkün olan mahkeme, kendisine yapılan başvuru üzerine, bu konuda yetkili olan mahkemelere oranla kendi nezdinde daha çabuk ve daha az giderle ihtiyati tedbirin ifasının mümkün olup olmadığını da değerlendirmelidir. İncelemeyi yapan

⁸⁷³ Nitekim doktrinde “ihtiyati tedbirin ifası” tabirini, “ihtiyati tedbirin alınması” şeklinde yorumlayan, yani tedbirin, en az masrafla en çabuk nerede alınması mümkünse oradaki mahkemeden istenebileceği şeklinde değerlendirme yapan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. **Postacıoğlu**, Usul Hukuku, s.492-493; **Önen**, s.101.

⁸⁷⁴ **Kuru**, s.4321; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.885-886; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.620; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.705-706.

mahkeme, olumlu sonuca ulaşırsa, ihtiyati tedbir kararı vermeli; aksi takdirde talebi reddetmelidir⁸⁷⁵.

Dava açılırken veya açıldıktan sonra istenecek her türlü ihtiyati tedbire davaya bakan mahkeme tarafından karar verilir(HUMK. m.104/2 c.1). Bununla birlikte, davaya bakan mahkeme, ihtiyati tedbirin başka bir yerde daha az masrafla daha çabuk yerine getirileceğini mümkün görüyorsa, tedbir konusunda karar verilmek üzere o yer mahkemesini istinabe edebilir(HUMK. m.104/2 c.2). Buradaki istinabenin konusu, ihtiyati tedbir kararı verilmesidir⁸⁷⁶. Yani davayı görmekte olan mahkemenin bizzat kendisinin aldığı bir ihtiyati tedbir kararının ifası bakımından, başka bir yer mahkemesini istinabe etmesi değil, bizzat ihtiyati tedbir kararının alınmasına yönelik bir istinabe söz konusudur.

5-Teminat Gösterilmesi

İhtiyati tedbir, çok çabuk karara bağlanması gereken bir talep olduğundan hâkim, çoğu zaman karşı taraf dinlemeden ve kesin bir ispat aramadan eldeki delillerle yetinerek karar verebilmektedir. Bu nedenle yanlış ihtiyati tedbir kararı verilebilme riski büyüktür. Ayrıca tedbir kararı verilmesi, lehine ihtiyati tedbir kararı verilen kişinin davayı da mutlaka kazanacağı anlamına gelmez. Dolayısıyla verilen ihtiyati tedbir nedeniyle aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen kişi zarara uğrayabilir. Bu nedenle HUMK. m.110 hükmü, karşı tarafın veya üçüncü kişilerin uğrayabileceği zararlara karşılık ihtiyati tedbir isteyen kişinin teminat göstermesi kuralını getirmiştir⁸⁷⁷.

İhtiyati tedbir talep eden kişinin göstereceği teminatın cins ve miktarını her olayın özelliğine göre hâkim tayin eder⁸⁷⁸. Teminat, nakit para olabileceği gibi mahkemece kabul edilecek hisse senedi, tahvil, taşınmaz rehni, banka teminat

⁸⁷⁵ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.886.

⁸⁷⁶ **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.620-621; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.882-883.

⁸⁷⁷ Uygulamada genellikle dava konusunun yüzde onu tutarında teminat gösterilmesi ile yetinilmektedir. **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.908.

⁸⁷⁸ **Deren-Yıldırım**, s.148.

mektubu veya kefaleti ile noterce onaylı senetle yapılmış bir kefalet de olabilir. Gösterilecek olan teminatın cins ve tutarı, ihtiyati tedbir kararında belirtilir ve gösterilen teminat yatırılmadıkça ihtiyati tedbirin, talepte bulunana verilmemesi gerekir. İhtiyati tedbir kararını veren hâkim, talep çerçevesinde, başlangıçta belirlediği teminatı arttırıp azaltabileceği gibi, teminatın cinsini de değiştirebilir⁸⁷⁹.

İhtiyati tedbir talebini inceleyen hâkim, teminat gösterilmeden de ihtiyati tedbir kararı verebilir. Zira HUMK. m.110/c.2, geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Buna göre hâkim, mevcut delillere göre, talepte bulunanın çok açık bir şekilde haklı olduğuna kanaat getirirse veya verilecek olan ihtiyati tedbirden dolayı karşı tarafın herhangi bir zararının doğma ihtimalinin bulunmadığı kanısına varırsa teminat gösterilmesine gerek olmaksızın ihtiyati tedbir kararı verebilecektir. Ayrıca, nafaka davalarında da ihtiyati tedbir olarak nafaka ödenmesine teminatsız karar verilir⁸⁸⁰.

İhtiyati tedbir talebinde bulunan Devlet veya adli yardımdan yararlanan kişinin⁸⁸¹, ihtiyati tedbir için teminat göstermekten muafiyeti söz konusudur(HUMK. m.110/c.2). Devlet bakımından öngörülen muafiyet, sadece “Devlet” kamu tüzel kişiliği bakımındandır. Belediye, köy ve diğer kamu tüzel kişileri bakımından muafiyet yoktur⁸⁸². Bunun yanında bazı düzenlemelerle kamu tüzel kişiliklerinin teminattan muaf tutulabilmesi de mümkündür⁸⁸³.

⁸⁷⁹ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.908-909; **Postacıoğlu**, Usul Hukuku, s.493-494.

⁸⁸⁰ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.707-708; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.920; **Önen**, s.103.

⁸⁸¹ HUMK. m.465 hükmüne göre, kendisiyle ailesini geçindirmede önemli zorluğa düşmeksizin gerekli yargılama giderlerini kısmen veya tamamen yerine getirme olanağı bulunmayan kimseler ile hayır kurumları, iddia ve savunmalarında veya ihtiyati tedbirlere başvurularında, haklı olduklarına dair delil gösterirlerse, yoksullara adli yardımdan yararlanabilirler. Yabancıların bundan yararlanabilmeleri, karşılık esasına, yani ilgili yabancıların kendi ülkesinde Türk vatandaşlarının da adli yardımdan yararlandırılmalarına bağlıdır.

⁸⁸² **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.920-921.

⁸⁸³ Bu duruma Sermaye Piyasası Kanunu m.46/a hükmü örnek olarak gösterilebilir. Buna göre Sermaye Piyasası Kurulu, yaptığı izleme, inceleme ve denetlemeler sonucunda; Kurul’a kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması için gerekli her türlü tedbiri almaya; kayıt yükümlülüğüne uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı alabilir.

B-İhtiyati Tedbir Talebinin İncelenmesi ve İspat

1-İhtiyati Tedbir Talebinin İncelenmesi

Usul hukukunda geçerli olan ilkelerden birisi de, hâkimin hem iddiayı hem de savunmayı aldıktan sonra bir karara varmasıdır. Duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden bir karara varılması, istisnai durumlarda söz konusu olabilir ve bu hallerin kanunda açıkça belirlenmiş olması gerekir. Bu istisnai durumlardan birini de ihtiyati tedbir kararı verilmesi oluşturmaktadır.

HUMK. m.105 hükmüne göre, ihtiyati tedbir talebi üzerine derhal ve ivedi olarak her iki taraf davet edilir. Taraflardan biri veya her ikisi duruşmaya gelmeseler bile ihtiyati tedbir talebi hakkında karar verilir(HUMK. m.105/1 c.2). Bunun yanısıra eğer işin ivediliği gerektiriyorsa veya ihtiyati tedbir talebinde bulunanın haklarını derhal koruma zorunluluğu varsa, hâkimin duruşma için tarafları çağırmaksızın, dosya üzerinden ihtiyati tedbir kararı vermesi de mümkündür⁸⁸⁴.

İhtiyati tedbir kararı veren hâkim bir ikilem içerisinde bulunmaktadır. Talep edilen tedbir kararını vermemesi halinde, dava sonunda aldığı kararı icra ettirecek miktarda borçlunun malı olmayabilecektir. Buna karşılık tedbir kararını vermesi durumunda da, kural olarak borçlunun yokluğunda karar verileceğinden, borçlunun savunma hakları ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle ihtiyati tedbir kararı verirken hâkim, ihtiyati tedbir kararı verilmesi için aranan şartlar ve tedbirin içeriği hakkında menfaat değerlendirmesi yapacaktır⁸⁸⁵.

2-İhtiyati Tedbirlerde İspat

Bir davada kural olarak hâkim, tarafların iddia ve savunmaları hakkında tam bir kanaate sahip olduktan sonra kararını verir. Ancak ihtiyati tedbir talebinin çok çabuk bir şekilde karara bağlanması ihtiyacı, hâkimin, çok hızlı bir kanaate varmasını

⁸⁸⁴ HUMK m105/2'deki düzenleme, doktrinde "ivedi ihtiyati tedbirler şeklinde ifade edilmektedir. Bkz. **Deren-Yıldırım**, s.106-107.

⁸⁸⁵ İhtiyati tedbir kararı verilirken yapılacak menfaat değerlendirmesi konusundaki görüşler ve açıklamalar için bkz. **Deren-Yıldırım**, s.51 vd.

zorunlu kılar. Zira ihtiyati tedbirden amaçlanan sonuca ulaşılabilmesi bakımından hâkim, talepte gösterilen delilleri çok çabuk bir şekilde değerlendirip, gerektiğinde karşı tarafın savunmasını dahi almadan, karar vermelidir⁸⁸⁶.

Dava sonucunda verilecek kararlarda aranan ispat, “tam ispat” olarak nitelendirilmektedir. Ancak ihtiyati tedbire kararı verilirken yapılan yargılamanın çok çabuk sonuca bağlanması gerektiğinden ve bu yüzden de normal bir yargılamanın taraflara sağlayacağı bazı güvenceler burada söz konusu olamayacağından ispat ölçüsünün de, esas davada aranan ispat ölçüsüne göre düşük olması gerekir⁸⁸⁷. Yani, ihtiyati tedbirler bakımından tam ispatın aranması, ihtiyacı karşılamaktan uzaktır. Bu nedenle kendisinden ihtiyati tedbir talebinde bulunan hâkimin arayacağı ispat ölçüsü, ihtiyati tedbir talebini ilk bakışta inandırıcı bulmasıdır⁸⁸⁸. Bu da, kesin hukuki himaye sonucunda verilecek olan hükme esas oluşturacak olan tam ispat değil, geçici hukuki himayenin özüne ilişkin olan “yaklaşık ispat”tır⁸⁸⁹. İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi bakımından aranacak yaklaşık ispatta, mahkemeye sunulacak deliller kapalı sayı prensibine tabi değildir. Karar verilmesi için, ağırlıklı ihtimal yeterli görülmektedir. Yani ileri sürülen olayın aksinin de mümkün olabileceği hâkim tarafından tamamen reddedilememektedir⁸⁹⁰.

C-İhtiyati Tedbir Kararı

İhtiyati tedbir talebini inceleyen mahkeme, talebin reddi yönünde karar verebileceği gibi, tam veya kısmen kabulü yönünde de karar verebilir. Bu karar, dava sonunda verilen kararlardan farklı olarak, geçici nitelikte bir karardır ve gerçek

⁸⁸⁶ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.893; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.622.

⁸⁸⁷ **Deren-Yıldırım**, s.55; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.622.

⁸⁸⁸ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.893.

⁸⁸⁹ İhtiyati tedbirler bakımından aranacak ispat ölçüsü konusunda kavram birliği yoktur. Bazı yazarlar, “mukarane ispat” kavramını kullanırken(Bkz. **Deren-Yıldırım**, s.55; **Postacıoğlu**, Usul Hukuku, s.488), diğer bazı yazarlar ise, “yaklaşık ispat kavramını kullanmaktadır(Bkz. **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.894-895; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.622). İhtiyati tedbirlerde aranacak ispat ölçüsü konusunda Almandada inandırma, ikna etme anlamına gelen “Glaubhaftmachung” kavramı kullanılmaktadır. Kavramın değerlendirilmesi ve Türkçeye çevirisi konusunda açıklamalar için bkz. **Özkes**, s.219 vd.; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.895.

⁸⁹⁰ **Deren-Yıldırım**, s.55-56.

anlamda kesin hüküm niteliğinde bir etki doğurmaz⁸⁹¹. Bu nedenle ihtiyati tedbire ilişkin kararlar, temyiz edilemez⁸⁹².

Mahkeme, ihtiyati tedbir talebinin kabulü yönünde karar verirse, taraflar hakkındaki bilgilerin yanısıra tedbirin konusunu ve çeşidini, ayrıca varsa teminatın türü ve miktarını açıkça belirtmelidir. Tedbirin hangi konularda verileceği bent halinde sayılmak suretiyle HUMK. m.101'de belirtilmiştir⁸⁹³. Buna göre, taraflar arasında aynı çekişmeli bir taşınır mal varsa, bu taşınırın yediemine teslimine karar verilebilir⁸⁹⁴; buna karşılık mal, taşınmaz ise, temlik hakkının sınırlanması şeklinde tapuya şerh verilebilir(HUMK. m.101/b.1). Ayrıca mahkeme, ihtiyati tedbir olarak nafaka ödenmesine (HUMK. m.101/b.3); boşanma ve ayrılık davalarında da Medeni Kanun'a uygun gerekli tedbirleri almaya (HUMK. m.101/b.4) karar verebilir. Mahkeme ayrıca çekişmeli şeyin muhafazası için gerekli olan tedbirlere de karar verebilir(HUMK. m.101/b.2).

İhtiyati tedbir kararı alınabilecek konular HUMK. m.101'de sayılan sebeplerle sınırlı değildir. Zira HUMK. m.103'de gecikmesinde zarar ve tehlike olan hallerde hâkimin, bu tehlike ve zararı önlemek için her türlü tedbirin alınmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Bu hükümle ihtiyati tedbir sebepleri sınırlı olmaktan çıkarılmış ve hâkime, gerekli tedbirleri alma imkânı tanınmıştır. HUMK. m.103'e göre ihtiyati tedbire karar verilmesi için, mutlaka bir tehlike veya zararın doğması gerekmez, ortaya çıkabilecek tehlike ve zararın önlenmesi için de tedbir

⁸⁹¹ Bununla birlikte talebin, hiçbir değişiklik olmaksızın, aynı taraflar arasında, aynı şartlar altında, aynı vakıalara dayanılarak ve aynı ispat araçlarıyla yenilenmesi durumunda bu talep, aynı mahkemece veya başka bir mahkemece talep ediliyorsa o mahkemece ret edilmesi gerekir. Zira ihtiyati tedbir kararı, gerçek anlamda kesin hüküm niteliği taşımamakla birlikte, mahkeme kararlarına duyulan güvenin sarsılmaması ve yargılamanın her aşamasında dürüstlük kuralına uygun hareket etmenin bir sonucu olarak talep reddedilmelidir. Bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.622.

⁸⁹² **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.708; **Postacıoğlu**, Usul Hukuku, s.488; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.925; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.622; **Deren-Yıldırım**, s.120.

⁸⁹³ İhtiyati tedbir çeşitleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kuru**, s.4293 vd.; **Postacıoğlu**, Usul Hukuku, s.488-489; **Önen**, s.100-101.

⁸⁹⁴ Maddede kullanılan haciz terimi İcra İflas Kanunundaki gibi teknik anlamda kullanılmamıştır. Buradaki anlamı, mala el konulmasıdır. Yani mahkeme, mülkiyeti çekişmeli olan dava konusu menkul mala el konulmasına ve onun yediemine teslim edilmesine karar vererek, o malın dava devam ettiği sürece başkasına devredilmesini önlemiş olmaktadır. Bkz. **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.701.

kararı verilebilir⁸⁹⁵. Zira ihtiyati tedbir, bir zararı ortadan kaldırmayı değil, o zararın oluşmasını engellemeyi amaçlamaktadır⁸⁹⁶. Bununla birlikte mahkeme, davanın esasını çözümlenecek nitelikte bir ihtiyati tedbir kararı da veremez. Mahkemenin vereceği karar, ancak gecikmesi halinde doğabilecek tehlikeyi veya önemli zararı, davanın devam ettiği süre boyunca geçici olarak önlemek amacıyla sınırlı olmalıdır⁸⁹⁷.

III-İHTİYATİ TEDBİR KARARININ YERİNE GETİRİLMESİ

Mahkeme tarafından verilecek ihtiyati tedbir kararını kural olarak icra dairesi yerine getirir(HUMK. m.106/1 c.1). Ancak mahkeme, ihtiyati tedbir kararının yerine getirilmesi işini, mahkeme yazı işleri müdürüne veya kâtiplerden birine de verebilir(HUMK. m.106/1 c.2). İhtiyati tedbir kararının yerine getirilmesini istemek için belli bir süre öngörülmüş değildir. Bu nedenle, lehine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, bu kararın yerine getirilmesini her zaman isteyebilir⁸⁹⁸. Bununla birlikte ihtiyati tedbir kararını veren mahkemenin, isterse kararın yerine getirilmesi için bir süre belirlemesi de mümkündür.

Tahkimde görülen davalar bakımından, taraflardan birinin, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyati tedbir kararını yerine getirmemesi halinde; karşı tarafın, ihtiyati tedbir kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebileceği ve yetkili mahkemenin de gerekirse başka bir mahkemeyi istinabe edebileceği 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.6/3’de düzenlenmektedir.

İhtiyati tedbir kararı uygulandığında, bir tutanak tutulur ve bu tutanak, hazır bulunan ilgililere o sırada verilir; bulunmuyorlarsa sonradan tebliğ edilir (HUMK.

⁸⁹⁵ Doktrinde, ihtiyati tedbir kararının verilmesi için, mutlaka dava konusunun zarar görmesinin aranmaması gerektiği, ihtiyati tedbir talep eden tarafın böyle bir tehdit ile karşı karşıya olması ve bu tehdidin dava konusu ile irtibatlı olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Deren-Yıldırım**, s.37.

⁸⁹⁶ **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.620.

⁸⁹⁷ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.705.

⁸⁹⁸ **Kuru**, s.4336; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.934; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.625. Alman hukukunda, ihtiyati tedbir kararlarının bir ay içinde yerine getirilmesi gerekmektedir. Bkz. **Deren-Yıldırım**, s.171.

m.106/2) İhtiyati tedbir kararının, mahkeme yazı işleri müdürü, kâtiplerden biri veya icra dairesince yerine getirilmesine ilişkin her türlü itiraz ve şikâyetler, ihtiyati tedbir kararını vermiş olan veya esas hakkındaki dava açılmışsa bu davaya bakan mahkeme tarafından incelenip çözüme bağlanır⁸⁹⁹.

Ş9. BANKA GARANTİSİNDE İHTİYATİ TEDBİRİN ÖNEMİ VE UYGULANMASI

I-BANKA GARANTİSİNDE İHTİYATİ TEDBİRİN ÖNEMİ VE GEÇERLİLİĞİ

A-Banka Garantisinde İhtiyati Tedbirin Önemi

Banka garantisi, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine bankanın, belli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi taahhüt ettiği bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁹⁰⁰. Buna göre banka, edimi garanti edilenin, garanti alana borçlandığı edimi, zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getireceğini ve bunun gerçekleşmemesi halinde belli bir miktar parayı garanti alana ödeyeceğini taahhüt etmektedir. Garanti veren bankanın borcunun asli ve bağımsız bir borç olma özelliği taşıması, garanti sözleşmesi ve banka garantisini, asıl borca bağımlı ve fer'i nitelik taşıyan kefaletten ayırmaktadır. Garanti sözleşmesinin bağımsızlığı, hem temel ilişki hem de karşılık ilişkisi bakımından söz konusudur. Bunun sonucu olarak da garanti veren bankanın, gerek temel ilişkiden gerekse karşılık ilişkisinden doğan savunma imkânlarından yararlanması, kural olarak mümkün değildir⁹⁰¹.

Garanti verenin, garanti sözleşmesinden dolayı ödeme yükümlülüğünün doğması için, garanti konusu olayın gerçekleşmesi ve garanti alan tarafından geçerli bir şekilde (ödeme talebinde bulunma zamanına ve şekline uygun bir) ödeme

⁸⁹⁹ Kuru, s.4339; Deren-Yıldırım, s.171.

⁹⁰⁰ Bkz. I. Bölüm, § 1, I, C.

⁹⁰¹ Bkz. II. Bölüm, § 4, I, A-B.

talebinde bulunulması gerekli ve yeterlidir⁹⁰². Geçerli bir ödeme talebinde bulunulması karşısında garanti veren banka, ödeme yapmakla yükümlü olmaktadır. Özellikle de “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde garanti veren banka, sadece ödeme talebinde bulunan kişinin garanti alan olup olmadığına yönelik şekli anlamda bir inceleme yapmak suretiyle garanti alanın ilk talebi üzerine derhal ödeme yapmakla yükümlüdür.

Banka garantisi, özellikle de “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler, hem garanti alan hem de garanti veren banka açısından kolaylıklar sağlamaktadır. Banka garantisi, öncelikle garanti alan bakımından büyük kolaylık sağlar⁹⁰³. Zira garanti alan, garanti konusu olayın gerçekleştiğini (zımnen de olsa) iddia ederek ödeme talebinde bulunmakla garanti bedelini kolayca tahsil edebilmektedir. Garanti veren banka da, edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel ilişkinin esasına girmeden, sadece şekli bakımdan inceleme yaparak garanti bedelini ödemekte ve ödeme yaptığı oranda da, daha önceden sağladığı güvenceler ile edimi garanti edilene başvurmaktadır. Böylece banka, temel ilişkinin tarafları arasında ortaya çıkabilecek ödeme talebinin haklı olup olmadığına ilişkin ihtilafların dışında kaldığı gibi, ödeme yapılmasının riski de kendi üzerinde olmadığı için, kolay kullanılabilir hale gelen garantileri vermekle aldığı komisyonlar sayesinde menfaatler elde etmektedir⁹⁰⁴. Zaten bankalar, ödeme yapılmasının riskini edimi garanti edilene yüklediklerinden, ödeme talebinin haksız olup olmadığı konusunda da araştırma yapma zorunluluğu altında olmaksızın ödeme yapmayı tercih etmektedirler. Kolayca ödeme yapılabilmesi, bankanın itibarı açısından da önem taşımaktadır⁹⁰⁵. Bankalar,

⁹⁰² Bkz. I. Bölüm, § 2, II, A.

⁹⁰³ **Arkan**, Teminat Mektubu, s.64; **Doğan**, s.65.

⁹⁰⁴ **Kahyaoglu**, s.19; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.64-65; **Doğan**, s.65. Bu nedenle bankalar, ne temel ilişkiden doğan def'i ve itirazları ileri sürmek isterler ne de ödeme yapmaktan kaçınmak amacıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunmayı isterler. Oysaki bankalar, mahkemedeki ihtiyati tedbir talebinde bulunmak suretiyle garanti bedelini ödemekten kaçınabilirler. Bkz. **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.191-192.

⁹⁰⁵ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.72-73; **Doğan**, s.164. Nitekim bu durum Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında, garantiden doğan borcun ödenmesinin bankanın itibarı açısından önemli olduğu açıkça ifade edilmiştir; “...banka teminat mektuplarının bunu veren bankanın itibarı ile çok sıkı biçimde bağlı bulunduğu da kuşkusuzdur. Bu mektupla taahhüt edilen bedelin muhatap tarafından talebi halinde ödenmemesi banka için onarılması güç ve itimadı sarsıcı sonuç doğuracağı hatta olayın tekrar edip duyulması halinde bankayı kaçınılmaz mali zorluklara düşüreceği aşikârdır. Bankalar Kanunu'na göre ülkede tüm bankacılık işlemlerini yapmakta yetkili bulunan bir bankanın kendi

itibarlarını korumak için, şartların yerine getirildiği bir ödeme talebini geri çevirmeksizin garanti alana ödemede bulunarak, verdiği garantinin kolayca ödenebilirliğini göstermektedirler. Bu şekilde davranan bir banka, kendisi tarafından verilen garantinin kullanılabilirlik değerini arttırmakta ve böylece garantisi tercih edilen bir kurum haline gelmektedir.

Garanti alanın, garanti konusu olayın gerçekleştiğini iddia ederek kolayca ödeme talebinde bulunması ve garanti verenin de temel ilişkinin esasına girmeden, sadece şekli bakımdan inceleme yaparak garanti bedelini ödemesi karşısında garanti sözleşmesinde en kötü durumda olan, edimi garanti edilendir⁹⁰⁶. Zira ödemenin, haksız bir talep karşısında yapılmış olmasının riskini, edimi garanti edilen taşımaktadır⁹⁰⁷. Bu nedenle haksız bir ödeme talebi karşısında edimi garanti edilen, garanti veren banka tarafından garanti bedelinin ödenmesine engel olmak istemektedir.

Ödeme yapılmasına engel olma noktasında edimi garanti edilenin başvurabileceği iki imkân vardır. Edimi garanti edilen, garanti alanın ödeme talebinin haksız olduğuna ilişkin iddiasını, gerekli ispat araçlarını da sunmak suretiyle garanti veren bankaya bildirerek, bankanın garanti alana ödeme yapmasına engel olabilir⁹⁰⁸. Kendisine sunulan ispat araçlarının, ödeme talebinden kaçınmak için yeterli olup olmadığını takdir yetkisi garanti veren bankadadır. Garanti veren banka, edimi garanti edilenin sunduğu ispat araçlarının ödeme yapmaktan kaçınmak için yeterli olduğu sonucuna varırsa, garanti alanın ödeme talebini geri çevirecektir. Aksi takdirde garanti alanın talebini yerine getirerek garanti bedelini ödeyecektir.

güvenirliliği ile doğrudan ilişkili bulunan ödememezlik durumuna düşmek istemeyeceği muhakkaktır. Bugün ülkedeki ekonomik düzen itibarıyla nakit yerine kıymetli evrak gibi banka teminat mektuplarının da geniş bir uygulama alanı bulunduğu gözlenmektedir.”. YHGK. 28.02.1990 tarih ve E.1990/6-1 K: 1990/141 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁹⁰⁶ **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.495; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.65; **Dohm**, s.42; **Doğan**, s.67; **Kahyaoglu**, s.19.

⁹⁰⁷ Bu riski en aza indirmek amacıyla edimi garanti edilenin, temel ilişkinin diğer tarafını oluşturan garanti alanı seçerken özenli davranması ve garanti metni, garanti veren tarafından hazırlanırken kendisini haksız taleplere karşı güvence altına alacak kayıtların metne konulmasını talep etmek suretiyle bazı önlemler alması mümkündür. Ancak garanti alanların talepleri karşısında, edimi garanti edilenin, söz konusu kayıtları banka garantisi metnine koydurması uygulama bakımından pek de mümkün olmamaktadır.

⁹⁰⁸ Bu şekilde garanti alanın ödeme talebine engel olunması imkânı, ikinci bölümde ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Bkz. II. Bölüm, § 4 vd.

Bankaların, garanti bedelini ödemekten kaçınması, itibarları bakımından da önem taşıdığından uygulama bakımından kolaylıkla mümkün olamamaktadır. Dolayısıyla edimi garanti edilenin, ödeme yapılamamasına ilişkin talebi her zaman bankalar tarafından olumlu karşılanmamaktadır. Bu nedenle edimi garanti edilenin başvurabileceği geriye kalan tek yol, ödemeye engel olunması amacıyla mahkmeden bir ihtiyati tedbir kararı almaktır⁹⁰⁹. Garanti alanın haksız bir ödeme talebinde bulunması ve garanti veren bankanın da bu haksız ödeme talebine karşılık def'i ve itirazları ileri sürmekten kaçınması halinde garanti bedelinin ödenmesine, ancak edimi garanti edilenin mahkmeden ihtiyati tedbir talebinde bulunması engel olabilir⁹¹⁰.

Garanti bedelinin, garanti alan tarafından haksız bir şekilde talep edilmesine rağmen bankanın ödeme yapması durumunda edimi garanti edilenin, garanti alana karşı dava hakkının bulunacağı ve haksız ödeme talebi nedeniyle oluşacak zararlarını garanti alandan talep edebileceği düşünülebilir. Ancak, davanın uzun sürmesi ve garanti alanın mali durumunun bu zararların karşılanması için yeterli olmaması gibi tehlikelerin varlığı bu yola başvurulmasının sakıncalarını oluşturmaktadır⁹¹¹.

Aynı şekilde, haksız bir ödeme talebi ile karşılaşan ve bu ödeme talebinin haksız olduğuna ilişkin gerekli ispat araçları kendisine iletilen garanti veren bankanın, buna rağmen ödeme yapması halinde ödediği bedel için, karşılık ilişkisinden doğan edimi garanti edilene rücu hakkını kaybedeceği düşünülebilir. Gerçekten de bu davranışı ile garanti veren banka, karşılık ilişkisinin temeli olan vekâlet sözleşmesinden doğan ve sözleşmenin diğer tarafını oluşturan edimi garanti edilene karşı vekâletin konusunu oluşturan işlemi, sadakat ve özen ile müvekkilinin menfaatine olacak şekilde yapma yükümlülüğünü ihlal etmiş olur⁹¹². Dolayısıyla bu yükümlülüğünü ihlal eden garanti veren banka, usulüne uygun bir ifade bulunmaması nedeniyle, edimi garanti edilenden avans ve masrafları talep etme hakkını

⁹⁰⁹ Bkz. **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.472.

⁹¹⁰ **Tekinalp**, s.395.

⁹¹¹ **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.473.

⁹¹² Bkz. **Dohm**, s.75 vd.; **Roesle**, s.14; **Von Westphalen**, Bankgarantie s.326 vd.; **Büsser**, s.73; **Nielsen**, Bankgarantien, s.68; **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.787; **Tekinalp**, s.383 vd.; **Kahyaoglu**, s.27 vd.

kaybedecektir⁹¹³. Ancak bankalar, garanti verirken, kendisini güvenceye almak için taşınmaz rehni şeklinde aynı bir teminat, kefalet veya garanti şeklinde şahsi bir teminat veya bunların dışında edimi garanti edilene açılan kredi miktarında nakit parayı bankadaki hesabına bloke etmesini istemektedirler. Böylece garanti bedelini ödeyen banka, edimi garanti edilene başvurmak yerine, edimi garanti edilen tarafından bloke edilen nakit parayı gelir kaydetmekte veya teminat türüne göre bu teminatın paraya çevrilmesi yoluna gitmektedir. Dolayısıyla edimi garanti edilenin, banka tarafından vekâlet sözleşmesinden doğan işlemi, sadakat ve özen ile müvekkilinin menfaatine yerine getirme yükümlülüğünün ihlal edildiğine ilişkin savunması, en azından bu aşamada, pratik önemini yitirmektedir.

Bu açıklamalar çerçevesinde haksız ödeme talebi karşısında bankanın ödeme yapmasına engel olabilecek tek yol olarak, edimi garanti edilen tarafından, mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunulması kalmaktadır. Bu nedenle banka garantiler bakımından ihtiyati tedbirler büyük önem taşımaktadır.

B-Banka Garantisinde İhtiyati Tedbirin Geçerliliği

Banka garantisi, taraflarını, garanti veren olarak banka ve garanti alanın oluşturduğu asli ve bağımsız nitelikte bir teminat sözleşmedir. Sözleşme ilişkisi bakımından edimi garanti edilen, banka garanti sözleşmesinin tarafı değildir⁹¹⁴. Bu yüzden sözleşmenin tamamen dışında olan bir kişinin, sözleşmenin ifasını ihtiyati tedbir kararı ile önleyip önleyemeyeceği, incelenmesi gereken bir hususu oluşturmaktadır.

Garanti bedelinin ödenmesinin haksız bir şekilde talep edildiği düşüncesinde olan edimi garanti edilenin, garanti alana ödeme yapılmasına ihtiyati tedbir yoluyla engel olmasının iki şekilde gerçekleştirebileceği doktrinde ifade edilmektedir⁹¹⁵.

⁹¹³ **Büsser**, s.75.

⁹¹⁴ **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.472.

⁹¹⁵ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.788; **Kleiner**, Bankgarantie, s.228-229; **Ebmeier/Schöne**, s.269 vd.; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.277 vd.; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.163; **Von Mettenheim**, s.587-588; **Mülbert**, Missbrauch von Bankgarantien, s.93 vd.; **Avancini /Koziol /Iro**, s.330 vd.;

Edimi garanti edilen, ya bankaya karşı ödeme yasağı(Zahlungsverbot) konulmasını içeren ihtiyati tedbir talebinde ya da garanti alana karşı talep yasağı(Abrufverbot) konulmasını içeren ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir.

Edimi garanti edilenin, ödeme yasağı veya talep yasağı şeklindeki bir ihtiyati tedbir ile garantinin ödenmesine engel olup olamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş⁹¹⁶, edimi garanti edilene böyle bir imkânın tanınmasını kabul etmemektedir. Bu görüşü savunan yazarlar, edimi garanti edilenin temel ilişkideki olaylara dayanarak yapacağı ihtiyati tedbir talebinin, garantinin bağımsızlığına ve özellikle de “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından, kayıtsız şartsız ödeme taahhüdüne aykırılık oluşturacağını kabul etmektedir. Ayrıca bu tür bir ihtiyati tedbir talebine izin verilmesi, garantinin amacına da aykırılık oluşturur. Zira garantinin, özellikle de “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından teminat amacının yanısıra likidite sağlama amacı da bulunmaktadır⁹¹⁷.

Doktrindeki diğer bir görüş ise⁹¹⁸, somut olay bakımından ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı bir durumda, hakkın kötüye

Egger, einstweilige Rechtsschutz, s.15; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.496; **Nielsen** Bankgarantien, s.121; **Auhagen**, s.66; **Liesecke**, s.27; **Pleyer**, s.25-26; **Steiner**, s.101; **Löw**, s.121 vd.; **Schütze**, Einstweilige Verfügungen, s.1438; **Edelmann**, s.2453 vd.; **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.142; **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.473; **Doğan**, s.164-165.

⁹¹⁶ **Auhagen**, s.66; **Heinsius**, s.242 vd.; **Coing**, s.135 vd.; **Von Caemmerer**, s.304.

⁹¹⁷ Bkz. **Zahn/Ehrlich/Neuman**, s.419; **Egger**, einstweilige Rechtsschutz, s.15; **Auhagen**, s.66; **Hein**, Bankgarantie ‘auf erstes Anfordern’, s.166. Köln Eyalet Mahkemesi de 15.03.1991 tarihli bir kararında, hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulan bir garantiden doğan bir borcunu, işlemle bağlı kalmak ve ekonomik durumunu tehlikeye düşürmek suretiyle, ödeyebileceği ve edimi garanti edileninin de ödeme yasağı koydurmayacağı sonucuna varmaktadır. OLG Köln 15.03.1991 tarihli kararı ve değerlendirmesi için bkz. **Schwericke/ Regel**, s.1753 vd.

⁹¹⁸ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.779-780; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.281-282; **Dohm**, s.157 vd.; **Nielsen** Bankgarantien, s.122-123; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.495-496; **Ebmeier/Schöne**, s.271-272; **Löw**, s.123; **Avancini /Koziol /Iro**, s.327; **Nielsen**, ZHR, s.152; **Pleyer**, s.25-26; **Liesecke**, s.27; **Horn**, Zahlung auf erstes Anfordern, s.2153 vd.; **Lohmann**, s.128-129; **Steiner**, s.101; **Stumpf**, s.306; **Zahn**, Bankgarantie, s.163 vd.; **Horn**, Missbrauch von Bankgarantien, s.149. Ayrıca Alman mahkeme kararlarında da hakkın kötüye kullanılması durumunda hem garanti veren bankaya hem de garanti alana karşı ihtiyati tedbir kararı almak suretiyle ödeme yapılmasının engel olunabileceği sonucuna varılmaktadır. LG Frankfurt/M., WM 1981, s.284; LG. Dortmund, WM 1981, s.280; LG. Stuttgart, WM 1981, s.633; LG. Düsseldorf, WM 1985, s.192. LG. Dortmund, WM 1988, s.1995 kararının değerlendirmesi için bkz. **Schütze**, rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme, s.415-416. Aynı şekilde OGH, 25.9.2001, IPRax 2002, s.530 ve kararın değerlendirmesi için bkz. **Schefold**, einstweilige Verfügung, s.535-536. Ayrıca diğer bazı mahkeme kararları için bkz. **Müssigbrodt**, s.499 vd. Frankfurt Eyalet Mahkemesi, garanti alanın açıkça hak sahibi olmadığı ve hakkını kötüye kullanmak suretiyle veya hileli bir şekilde ödeme

kullanıldığıının likit delillerle de ispat edilebilmesi halinde edimi garanti edilen lehine ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini ve bu durumun da garantinin bağımsızlığı prensibine zarar vermeyeceğini kabul etmektedir. Nitekim UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 20. maddesinde, banka garantisinde hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin olarak 19. maddede belirtilen örnek olayların gerçekleştiği durumlarda edimi garanti edilene ihtiyati tedbir talebinde bulunma imkânı tanınmıştır⁹¹⁹.

Farklı görüşlerin varlığına rağmen Türk hukuku bakımından da edimi garanti edilenin, ihtiyati tedbir ile bankaya karşı ödeme yasağı konulabileceği ve böylece garanti bedelinin ödenmesine engel olabileceği genel olarak kabul edilmektedir. Doktrinde bir görüş⁹²⁰, garanti sözleşmesinin banka ile garanti alan arasında olduğunu, bu sözleşme ilişkisinin dışında olan edimi garanti edilenin ödeme talebine ilişkin hakkın kullanılmasına engel olamayacağı ve bu nedenle de ihtiyati tedbir talebinde bulunamayacağını kabul etmektedir. Buna karşılık hâkim görüş⁹²¹, edimi garanti edilenin, garanti bedelinin ödenmesine ihtiyati tedbir talebinde bulunmak suretiyle engel olabileceği yönündedir. Konuyu değerlendiren *Kaya*⁹²², bankanın, istisnai durumlar dışında garanti konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda bilgi sahibi olmasının, bilgi sahibi olsa bile bu hususu takdir etmesinin mümkün olmadığına işaret etmekte, bu nedenle de yasal dayanağı olan bir ihtiyati tedbir kararına gerek olduğunu belirtmektedir.

Kanaatimizce hâkim görüş üstün tutulmalıdır. Zira edimi garanti edilen, garanti sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte, banka ile garanti alan arasındaki

talebinde bulunduğu durumlarda dürüstlük ilkesine aykırılığın söz konusu olacağını ve bu durumda da ihtiyati tedbir talebinde bulunulabileceği sonucuna varmaktadır. LGFrankfurt, 11.12.1979 tarihli kararı ve değerlendirmesi için bkz. **Hein**, rechtsmißbräuchliche Inanspruchnahme, s.56-57.

⁹¹⁹ UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 20. maddesinde getirilen ihtiyati tedbir imkanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Heidbüchel**, s.266 vd.; **Buch**, s.449 vd.; **Lienesch**, Bankgarantie, s.188 vd.; **Markus**, s.50 vd.; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.500-501; **Horn**, UN-Konvention, s.722-723; **Czerwenka**, s.826-827.

⁹²⁰ **Postacioğlu**, İhtiyati Tedbir, s.181; **Somuncuoğlu**, s.64 vd.

⁹²¹ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.870-871; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.57 ve özellikle s.304 vd.; **Tekinalp**, s.395-396; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.82; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.189 vd.; **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.145; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.73; **Doğan**, s.167 vd.; **Kahyaoğlu**, s.87-88; **Akyazan**, Banka Teminat Mektupları, s.573;

⁹²² **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.145.

ilişkinin kurulmasını başlatan ve sağlayan kişidir. Edimi garanti edilen, bankadan kendi edimini gereği gibi ifa edeceğine dair teminat vermesini ve garanti alan ile garanti ilişkisine girmesini istemekte ve böylece de garanti sözleşmesinin kurulmasını sağlamaktadır. Ayrıca garanti sözleşmesinin tarafı olmamakla birlikte edimi garanti edilen, teminatın konusunu oluşturan temel ilişkideki sözleşme konusu edimin borçlusu ve aynı zamanda banka ile olan karşılık ilişkisinin de tarafıdır. Bu nedenle garanti sözleşmesi, edimi garanti edileni doğrudan ilgilendirmektedir⁹²³. Bunun yanısıra banka garantisi, temel ilişkiden ve karşılık ilişkisinden bağımsız olmasına rağmen soyut borç taahhüdü niteliğinde değildir. Zira verdiği garanti ile banka, edimi garanti edilenin, garanti alana karşı yükümlendiği bir borcun, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunu teminat altına almaktadır. Bu yüzden de garanti, teminat sebebinden tamamen soyut bir işlem olmayıp, teminat amacı noktasında sebebe bağlı, yani başka bir işlemin garantisi niteliği taşımaktadır⁹²⁴. Dolayısıyla ödeme talebinin, temel ilişkideki olaylar nedeniyle hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya amaca aykırı hale geldiği sonucuna varılması ve edimi garanti edilenin, bu gerekçelerle ihtiyati tedbir talebinde bulunması, banka garantisinin bağımsızlığına aykırılık oluşturmaz. Yargıtay'da ihtiyati tedbir yoluna başvurulabileceğini açıkça kabul etmektedir. Bir kararında Yargıtay⁹²⁵, şu şekilde hüküm tesis etmiştir; "...muhatabın(garanti alan) tazmin talebi halinde lehtarın(edimi garanti edilen) yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğini inceleme durumunda olup olmamasına ve derhal istenilen tutarı ödemesi, diğer taraftan lehtarın(edimi garanti edilen) teminat mektubunun ödenmemesi için mahkemeden tedbir kararı alarak ödemeyi engellemesi mümkün iken bunu yapmayarak, bu ihmalkâr davranışlarının sonuçlarını, yükümlülüklerini yerine getirmekten başka bir işlemde bulunmamış olan bankaya yüklemenin yerinde olmamasına..". Görüldüğü üzere kararında Yargıtay, "ilk talepte" ödeme kaydını içerse bile edimi garanti edilenin ihtiyati tedbir yoluna başvurarak garanti bedelinin ödenmesine engel olabileceğini kabul etmektedir.

⁹²³ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.189; **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.145.

⁹²⁴ Bkz. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s. 763-764; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.53-54.

⁹²⁵ Yarg. 11 HD. 07.11.1983 T. ve E. 1983/4883, K.1983/4828 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.57.

II-İHTİYATI TEDBİR İLE BANKAYA KARŞI ÖDEME YASAĞI KONULMASI

A-Genel Olarak

Garanti alanın hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan veya amaca aykırılık oluşturan talebi ile karşılaşan bankanın, garanti bedelini ödemesine engel olabilmek için edimi garanti edilen, ihtiyati tedbir talebinde bulunmak suretiyle mahkemeden bankaya karşı ödeme yasağı konulmasını ister. İhtiyati tedbir talebinde bulunan edimi garanti edilenin temel dayanağı, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin, temel ilişkide yer alan sebeplerle hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya garantinin amacına aykırılık oluşturduğu şeklindedir. Garanti veren bankanın, temel ilişkinin tarafları arasındaki iç ilişkinin tamamen dışında olması ve garanti konusu olayın gerçekleşip gerçekleşmediğini bilmemesi nedeniyle, edimi garanti edilenin, banka ile kendisi arasındaki ilişkiden hareketle ödeme yasağı şeklinde bir ihtiyati tedbir kararı alıp alamayacağı doktrinde tartışmalıdır.

Doktrinde bir görüş⁹²⁶ edimi garanti edilene böyle bir imkânın tanınmasını kabul etmemektedir. Edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel ilişki bakımından garanti veren banka üçüncü kişi durumundadır. Banka, edimi garanti edilenin talebi ve onun talimatları doğrultusunda garanti alanla bir sözleşme ilişkisine girmiş bulunmakla birlikte, garantinin verilmesinden sonra edimi garanti edilenin, bankaya talimat vererek garanti sözleşmesini değiştirebilmesi mümkün olmadığı gibi ihtiyati tedbir talebi de yerinde olmayacaktır⁹²⁷. Bizim de katıldığımız

⁹²⁶ **Heinsius**, s.240 vd.; **Coing**, s.135 vd. Nitekim bazı Alman mahkeme kararları da bu yöndedir. Bkz. OLG Frankfurt, WM 1988, s.1480; OLG Stuttgart, WM 1981, s.631-632; OLG Frankfurt, NJW 1981, s.1914; LG Köln, WM 1991, s.1751-1752; LG Dortmund, WM 1988, s.1695; OLG Düsseldorf, ZIP 1999, s.1519-1520. Bu mahkeme kararlarındaki ortak nokta, ödeme talebi açıkça hakkın kötüye kullanılması niteliği taşısa da garanti veren bankanın, garanti alanın menfaatlerini dikkate almak suretiyle garanti bedelini ödemesi gerektiği şeklindedir. Ayrıca edimi garanti edilen, garanti sözleşmesinin tarafı değildir. Değerlendirmeler için bkz. **Von Westphalen**, Bankgarantie s.277-278.

⁹²⁷ **Coing**, s.138.

doktrindeki diğ er bir görü ş⁹²⁸ ise, edimi garanti edilenin, banka ile kendisi arasındaki iliş kiden hareketle ödeme yasağı şeklinde bir ihtiyati tedbir kararı alabileceğini kabul etmektedir. Zira banka garantisi, temelde ü ç köş eli bir iş lemdir. Ü ç köş eli bu iş lem çerçevesinde, edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel iliş ki bakımından garanti veren banka üç üncü kiři⁹²⁹ durumunda bulunmakla birlikte, banka ile edimi garanti edilen arasında da bir karş ılık iliş kisi bulunmaktadır. Bankanın bu karş ılık iliş kisinden doğ an asli yük ümlerinin yanısıra yan yük ümleri de bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi de koruma yük ümleridir. Buna göre, edimi garanti edilenle olan iliş kisinden dolayı bankanın, edimi garanti edileni koruma mükellefiyeti bulunmaktadır⁹³⁰. Bu koruma yük ümünün bir sonucu olarak, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşı dığını veya amaca aykırılık oluşturduğunu gösteren bir ihtiyati tedbir kararının bulunması durumunda banka, ödemed en kaç ınmalıdır⁹³¹.

Bankanın üç üncü kiş ilere verdiği zararları tazmin etmek zorunda olduğundan hareket eden *Doğan*⁹³², ihtiyati tedbir isteme imkânının edimi garanti edilene tanınması gerektiğini savunmaktadır. Banka, garanti sözleş mesinden doğ an

⁹²⁸ Bkz. **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.779-780; **Von Westphalen**, Bankgarantie, s.281-282; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.165-166; **Löw**, s.123; **Kellerhals**, s.155 vd.; **Dohm**, s.160; **Nielsen** Bankgarantien, s.122-123; **Mülbert**, Missbrauch von Bankgarantien, s.133; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.495-496; **Ebmeier/Schöne**, s.271-272; **Nielsen**, ZHR, s.152; **Pleyer**, s.25-26; **Liesecke**, s.27; **Horn**, Zahlung auf erstes Anfordern, s.2153 vd.; **Lohmann**, s.128-129; **Edelmann**, s.2454; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.870-871; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.304-305; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.82; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.189; **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.145; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.73; **Tekinalp**, s.395-396; **Doğan**, s.167 vd.; **Kahyaodlu**, s.87-88. Bu görü ş ü destekleyen bazı Alman mahkeme kararları da bulunmaktadır. Bkz. OLG Saarbrücken, WM 1981, s.275-276; OLG Frankfurt, NJW 1983, s.575; LG Dortmund, WM 1981, s.280; LG Frankfurt, WM 1981, s.284; LG Düsseldorf, WM 1985, s.192.

⁹²⁹ İhtiyati tedbir kararlarının kural olarak tarafları etkileyeceği; ancak bazı hallerde de üç üncü kiş ilere yönelik etkilerinin olabileceğini ifade eden Deren-Yıldırım, örnek olarak bir bankaya elindeki kıymetli evrakı, bir deponun sahibine depodaki malları vermesinin yasaklanmasının, mülkiyet hakkı üzerindeki çekiş me sonuçlanana kadar mümkün olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Deren-Yıldırım**, s.172-173.

⁹³⁰ **Zahn**, Missbrauch, s.1295. Bankanın bir diğ er yük ümlülüğü de garanti bedelini öderken, vekâlet sözleş mesinden doğ an özenli davranma yük ümlülüğüdür. Bkz. **Kellerhals**, s.151. Alman hukuku bakımından edimi garanti edilen ile garanti veren banka arasında istisna sözleş mesi niteliğ inde bir iş görme sözleş mesi bulunduğu kabul edildiğ inden bu iş görme sözleş mesinden dolayı garanti verenin, haksız ödeme talebi karş ısında sadece ödeme yapmaktan kaç ınma hakkının değ il, bir mükellefiyetinin de bulunduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Hahn**, Rechtsmissbrauch, s.2449; **Horn**, Missbrauch von Bankgarantien, s.150; **Edelmann**, s.2455; **Jedzig**, 1471.

⁹³¹ **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.779-780; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.165-166; **Nielsen**, ZHR, s.152; **Doğan**, s.168; **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.145.

⁹³² Bkz. **Doğan**, s.167vd.

taahhüdünü yerine getirirken, sözleşmenin tarafını oluşturmayan edimi garanti edileni zarara uğratabilmektedir. Bankanın, hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunan garanti alana, garanti bedelini ödemesi, garanti sözleşmesinin tarafı olmayan edimi garanti edilen açısından bir zarar oluşturmaktadır. Edimi garanti edilen, banka ile arasındaki sözleşmenin ihlali durumunda, bu sözleşmeye dayanarak; sözleşmeye dayanmayan bir zararın ortaya çıkması halinde ise, haksız fiil hükümleri çerçevesinde uğradığı bu zararları bankadan tazmin ettirebilecektir. Buna göre, hakkın kötüye kullanılması veya amaca aykırılık taşıyan talepler karşısında ödeme yapan banka, her halükarda edimi garanti edilenin zararlarını karşılamakla yükümlü olmaktadır. Bu nedenle, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan veya amaca aykırılık taşıyan ödeme taleplerine engel olabilmek için edimi garanti edilenin, bankaya karşı ihtiyati tedbir kararı alma imkânının bulunduğu kabul edilmelidir⁹³³.

B-Ödeme Yasağı Konulması İçin Gerekli Şartlar

1-Hakkın Kötüye Kullanılması Suretiyle veya Garantinin Amacına Aykırı Bir Şekilde Ödeme Talebinde Bulunulması

Bankaya karşı ödeme yasağı konulmak suretiyle ihtiyati tedbir yoluyla garanti bedelinin ödenmesine engel olunması için, garanti alanın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya garantinin amacına aykırı olacak şekilde yapılmış olması gerekir. Zira bu durumların varlığına rağmen banka tarafından garanti bedelinin ödenmesi hukuka aykırı olacağı gibi edimi garanti edilen açısından da bir zarara neden olabilecektir.

Edimi garanti edilenin, hangi durumlarda ihtiyati tedbir talebinde bulunmak suretiyle bankanın, garanti bedelini ödemesine engel olabileceği konusunda doktrinde farklı yaklaşımlar vardır. *Kaya*⁹³⁴, banka garantisi bakımından ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için zorunlu olarak bir kıstasa ihtiyaç duyulduğunu ve bu

⁹³³ **Doğan**, s.167-168.

⁹³⁴ **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.145.

kıstasında ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılması olduğunu belirtmektedir. *Doğan*⁹³⁵ da, hakkın kötüye kullanıldığının likit delillerle ispatlanmış olması durumunda ancak ihtiyati tedbir yoluyla bankanın ödeme yapmasına engel olabileceğini savunmaktadır. Buna karşılık *Reisoğlu*⁹³⁶ ise, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan ödeme taleplerinin yanısıra garanti konusu olayın gerçekleşmediği durumlarda da ihtiyati tedbir kararı verilebileceğini kabul etmektedir. *Tekinalp*⁹³⁷ de ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilecek durumlara ilişkin olarak; garanti alanın temel ilişkisinin kendisine yüklediği edimi yerine getirmediği veya yerine getirmeyeceğinin kesin olarak belli olduğu ya da tarafların arasında edimin yerine getirilip getirilmediği konusunda görüş farklılığının bulunduğu veya korkulan olayın gerçekleşmediği durumları zikretmektedir.

Kanaatimizce edimi garanti edilenin, garanti bedelinin ödenmesine engel olmak amacıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmesi, sadece ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılmasına hasredilmemelidir. Ödeme talebinin, garantinin amacına aykırılık teşkil ettiği durumlarda da edimi garanti edilen, ihtiyati tedbir yoluna başvurabilmelidir. Buna göre garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin, garantinin kapsamında bulunmayan bir duruma ilişkin olması, ödeme talebinde bulunulduğu sırada garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemiş olması veya garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmaması durumlarında da edimi garanti edilen, mahkmeden ihtiyati tedbir kararı almak suretiyle garanti bedelinin ödemesine engel olabilmelidir. Zira tüm bu durumlarda yapılacak ödeme talebi, henüz ödeme talebinde bulunmaya ilişkin bir hak oluşmadığı için, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımamakla birlikte, garantinin teminat amacına aykırılık oluşturmaktadır. Ödeme talebinde bulunmaya ilişkin hakkın oluşmasına rağmen, kötüye kullanılması nedeniyle ihtiyati tedbir yoluna başvurulabileceği kabul edilirken, ödeme talebinde bulunmaya ilişkin hakkın hiç oluşmadığı bir durumda ihtiyat tedbir talebinde bulunmaya izin verilmemesi

⁹³⁵ **Doğan**, s.168. Eserinin bir başka yerinde *Doğan*, garanti konusu olayın gerçekleşmediği veya ortadan kalktığı durumlarda, garanti alanın ödeme talebinde bulunmasının, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığına ilişkin likit delillerle sabit olduğu sonucuna varmaktadır. Bkz. **Doğan**, s.165.

⁹³⁶ Bkz. **Reisoğlu**, Kayıtsız Şartsız Ödeme Taahhüdü, (Tartışmalar) s.89; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.304.

⁹³⁷ **Tekinalp**, s.395.

çelişkili bir sonuç doğurur. Nitekim UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 19. maddesinde belirtilen olay guruplarının gerçekleşmesi durumunda edimi garanti edilene ihtiyati tedbir talebinde bulunma imkânı tanınmıştır(UNCITRAL Konvansiyonu m.19/3 ve m.20). Bu olay gurupları arasında ödeme talebinde veya sunulan belgede iddia edilen olayların ödeme yapılmasını muaccel kılmaması, yani garanti konusu olayın gerçekleşmemesi ile ödeme talebinin, yükümlülüğün türüne ve amacına göre değerlendirildiğinde düşünülebilecek olayları kapsamaması durumu, yani garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunulması durumları yer almaktadır⁹³⁸.

Garanti alan, garanti sözleşmesinden doğan ödeme talebine ilişkin hakkını açıkça kötüye kullanmak suretiyle ödeme talebinde bulunduğu takdirde edimi garanti edilen, mahkemedен ihtiyati tedbir talebinde bulunmak suretiyle bankaya ödeme yasağı koydurabilecektir⁹³⁹. Hakkın kötüye kullanılması ise, garanti alanın, garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte, dürüstlük kuralına göre temel borç ilişkisi bakımından herhangi bir talep hakkı bulunmamasına rağmen garantinin ödenmesini talep etmesi durumunda söz konusu olacaktır. Hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin daha önce yapmış olduğumuz açıklama ve değerlendirmeler, ihtiyati tedbir kararı verilmesi bakımından da geçerli olacaktır⁹⁴⁰.

Edimi garanti edilen ayrıca, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebi, garantinin amacına aykırılık teşkil ettiği durumlarda da ihtiyati tedbir yoluna başvurarak bankaya karşı ödeme yasağı koydurabilecektir. Garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin, garantinin kapsamında bulunmayan bir duruma ilişkin olması, ödeme talebinde bulunulduğu sırada garanti konusu olayın henüz gerçekleşmemiş olması veya garanti konusu olayın gerçekleşmesinin artık mümkün olmaması durumlarında garantinin amacına aykırı bir ödeme talebi söz konusu

⁹³⁸ UNCITRAL tarafından yayınlanan Konvansiyon'un 19. maddesinde yeralan olay gurupları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Heidbüchel**, s.196 vd.; **Buch**, s.402 vd.; **Lienesch**, Bankgarantie, s.165 vd.;

⁹³⁹ **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.495; **Dohm**, s.158; **Ebmeier/Schöne**, s.271-272; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.165-166; **Horn**, Garantien, s.155-156; **Doğan**, s.172; **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.146-147. Ayrıca hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda ihtiyati haciz yoluna gidilip gidilemeyeceği konusunda bkz. **Aden**, s.439 vd.; **Schütze**, Arrest, s.779 vd.; **Blau**, s.1474 vd.; **Yıldırım**, s.869 vd.

⁹⁴⁰ Bkz. II. Bölüm, § 6, I.

olacaktır. Garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin daha önce yapmış olduğumuz açıklama ve değerlendirmeler, ihtiyati tedbir kararı verilmesi bakımından da geçerli olacaktır⁹⁴¹.

2-Edimi Garanti Edilenin Hukuken Korunmaya Değer Menfaatinin Bulunması

Mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilmesi için, talepte bulunan kişinin, ihtiyati tedbir kararının verilmesinde hukuki yararının bulunması gerekir. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması durumunda bankanın, garanti bedelini ödemesinin engellenmesi, sadece edimi garanti edilen tarafından mahkemeden alınacak bir ihtiyati tedbir kararı ile mümkün olabilmektedir. Bu nedenle de edimi garanti edilenin, ihtiyati tedbir kararı verilmesinde hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunduğu kabul edilmelidir⁹⁴².

İhtiyati tedbirin talebinin nedeni(Verfügungsgrund), hukuki uyuşmazlığın hızlı bir şekilde çözülmesi değil, olası zararların önlenmesidir⁹⁴³. Nitekim HUMK. m.103'de "...tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hâkim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir" denilmek suretiyle gecikmesinde zarar ve tehlike olan hallerde hâkimin, bu tehlike ve zararı önlemek için her türlü tedbirin alınmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. HUMK. m.103'e göre ihtiyati tedbire karar verilmesi için, mutlaka bir tehlike veya zararın doğması gerekmez, ihtiyati tedbir talep eden tarafın böyle bir zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya olması ve bu tehlikenin dava konusu ile irtibatlı olması yeterlidir⁹⁴⁴. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya garantinin amacına aykırı olacak şekilde ödeme talebinde bulunulmasına rağmen banka

⁹⁴¹ Bkz. II. Bölüm, § 7, II.

⁹⁴² Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.304; **Doğan**, s.173; **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.473; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.72-73; **Kahyaoğlu**, s.87.

⁹⁴³ **Deren-Yıldırım**, s.36.

⁹⁴⁴ **Deren-Yıldırım**, s.37.

tarafından garanti bedelinin ödenmesi ihtimali, edimi garanti edilen açısından bu tür bir zarar tehlikesini gündeme getirmektedir. Dolayısıyla bu tür bir zarar tehlikesinin bulunduğu bir durumda, edimi garanti edilen bakımından hukuken korunmaya değer bir menfaatin bulunduğu kabul edilecektir.

C-Ödeme Yasağı Konulmasında Teminat Gösterilmesi

Banka garantisinde, bankaya ödeme yasağı konulması şeklinde ihtiyati tedbir kararı verilirken, edimi garanti edilenin teminat göstermesi aranmalıdır. Zira banka garantisi bakımından ödeme talebinde bulunulması ile garanti bedelinin ödenmesi arasında çok kısa bir zaman dilimi bulunduğundan hâkim, çoğunlukla bankayı ve garanti alanı dinlemeksizin karar vermek zorundadır. Lehine ihtiyati tedbir kararı verilmiş olması, edimi garanti edilen açılacak davayı da mutlaka kazanacağı anlamına gelmez. Bu nedenle ihtiyati tedbir kararı nedeniyle banka ve garanti alan zarara uğrayabilir. Bu yüzden bankanın ve garanti alanın uğrayabileceği zararlara karşılık ihtiyati tedbir talebinde bulunan edimi garanti edilenin HUMK. m.110 hükmü çerçevesinde teminat göstermesi gerekir⁹⁴⁵.

İhtiyati tedbir talebini inceleyen hâkimin, HUMK. m.110/c.2’de kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde teminat gösterilmeden de ihtiyati tedbir kararı vermesi mümkündür. Kanaatimizce banka garantisi bakımından talep edilecek ihtiyati tedbirlerde banka garantisindeki meblağın yüksek olması ve buna bağlı olarak uğranılacak zararın miktarının da yüksek olmasından dolayı hâkimin, takdir yetkisini teminat gösterilmesi yönünde kullanması yerinde olur. Böylece haksız bir şekilde ihtiyati tedbir talebinde bulunulmak suretiyle garanti bedelinin ödenmesine engel olunmasının önüne de geçilmiş olur.

Edimi garanti edilenin göstereceği teminatın cins ve miktarını, diğer ihtiyati tedbirlerde olduğu gibi hâkim belirler⁹⁴⁶. Bu teminat, nakit para, hisse senedi, tahvil, taşınmaz rehni, banka garantisi veya kefaleti olabilir.

⁹⁴⁵ Bkz. **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.908.

⁹⁴⁶ **Deren-Yıldırım**, s.148.

D-Ödeme Yasağı Konulmasında Talep Sahibi

Hukuki menfaati bulunan herkes, ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. Banka garantisinde, garanti veren bankaya ödeme yasağı konulması şeklinde bir ihtiyati tedbir talebinde bulunulmasında hukuki menfaati bulunan kişi şüphesiz ki edimi garanti edilendir. Dolayısıyla talep sahibi de edimi garanti edilen olacaktır.

Bankacılık Kanunu'na göre banka, kredi müşterisinin talimatı ile üçüncü bir kişi lehine de garanti verebildiğinden, kontrgaranti veren, edimi garanti edilen olabileceği gibi üçüncü kişi lehine garanti verilmesini isteyen kişi de olabilmektedir⁹⁴⁷. Bankanın müşterisi durumundaki kontrgarantın başvurusu üzerine üçüncü kişiler lehine verilen garantiler bakımından talep sahibinin kim olacağı incelenmelidir. Garanti bedelini ödeyen banka, ödediği miktar oranında kontrgaranta rücu edecektir. Edimi garanti edilen durumda olmayan kontrgarant, hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması durumunda zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya bulunduğundan ihtiyati tedbir talebinde bulunmak ve böylece bankaya karşı ödeme yasağı koydurmakta hukuki menfaati vardır⁹⁴⁸. Böyle bir durumda garantiden doğan rücu alacağını ödeyen kontrgarantın, aralarındaki ilişki çerçevesinde edimi garanti edilene rücu imkânı söz konusu ise, edimi garanti edilenin de ihtiyati tedbir talebinde bulunma konusunda hukuki menfaati bulunduğu kabul edilmelidir⁹⁴⁹.

E-Ödeme Yasağı Konulmasında İspat

İhtiyati tedbir kararı verilebilmesi için hâkimin, tarafların iddia ve savunmaları hakkında tam bir kanaate sahip olmasının gerekmediğini, geçici hukuki

⁹⁴⁷ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.94.

⁹⁴⁸ Kontrgarant, banka ile garanti alan arasındaki ilişki bakımından üçüncü kişi durumundadır. Ancak edimi garanti edilenin ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilirliği hakkındaki değerlendirmelerimiz kontrgarantın ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilirliği bakımından da geçerli olacaktır. Bkz. III. Bölüm, § 9, I, B.

⁹⁴⁹ Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.94.

himayenin özüne uygun olarak “yaklaşık ispat”ın yeterli olacağını daha önce ifade etmişik⁹⁵⁰.

Banka garantisi bakımından ihtiyati tedbir talebinin değerlendirilmesinin, diğer ihtiyati tedbir taleplerine nazaran daha sıkı şartlara tabi tutulması ve ancak gerçekten ödeme yapılmasında sakınca bulunan istisnai hallerde tedbir kararı verilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir⁹⁵¹. Bu nedenle banka garantisi bakımından garanti verenin garanti bedelini ödemesini engellemek amacıyla yapılacak bir ihtiyati tedbir talebinde hâkimin, likit delillerle ispatı araması gerekir. Doktrinde, ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilecek haller, hakkın kötüye kullanılması durumlarına hasredildiğinden, likit delillerle ispatın da hakkın kötüye kullanılması durumlarında aranacağı ifade edilmektedir⁹⁵². Amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması durumlarında da ihtiyati tedbir talebinde bulunulabileceğini daha önce ifade etmişik⁹⁵³. Kanaatimizce amaca aykırı ödeme talebinde bulunulması nedeniyle bankanın ödeme yapmasına engel olmak için ihtiyati tedbir talebinde bulunulduğu durumlarda da likit delillerle ispatın aranması gerekir.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması durumunda, bankanın ödeme yapmasına engel olunabilmesi için, tedbir talebinde bulunan edimi garanti edilen tarafından sunulan delillerin, sadece inandırıcı olması yeterli olmayıp, ayrıca açık olması ve daha sıkı bir değerlendirme ile iddianın haklılığı sonucuna varılabilmesi gerekir⁹⁵⁴. Bu nedenle diğer ihtiyati tedbirler bakımından aranan “yaklaşık ispat” yeterli olmayacak, hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunun likit delillerle ispatlanması aranacaktır. Likit delille ispata ilişkin

⁹⁵⁰ Bkz. III. Bölüm, § 8, II, B, 2. Ayrıca bkz. **Deren-Yıldırım**, s.55; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.894-895; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.622.

⁹⁵¹ **Ebmeier/Schöne**, s.274; **Zahn/Ehrlich/Neuman**, s.420; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.305; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.189-190;

⁹⁵² **Canaris**, Bankvertragsrecht, s.779-780; **Von Westphalen**, Bankgarantie s.283-284; **Nielsen**, Bankgarantien, s.126-127; **Zahn/Ehrlich/Neuman**, s.420; **Steiner**, s.102; **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.498; **Schütze**, Einstweilige Verfügungen, s.1438; **Edelmann**, s.2455; **Ebmeier/Schöne**, s.274-275.

⁹⁵³ Bkz. III. Bölüm, § 9, II, B, 1.

⁹⁵⁴ Bkz. **Dohm**, s.161-162.

daha önce yapmış olduğumuz açıklama ve değerlendirmeler ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi bakımından da geçerli olacaktır⁹⁵⁵.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunu ispat yükü, ihtiyati tedbir talebinde bulunan edimi garanti edilen üzerindedir⁹⁵⁶.

F-Bankaya Karşı Ödeme Yasağına İlişkin İhtiyati Tedbir Kararı Verilmesi

Bankaya karşı ödeme yasağı konulmasını içeren ihtiyati tedbir talebini inceleyen hâkim, tedbir talebinde bulunmaya ilişkin şartların bulunduğuna kanaat getirirse, tedbir kararı verecek, aksi takdirde talebi ret edecektir. Buna göre hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunun likit delillerle ispat edildiğini tespit eden hâkimin, bankanın garanti bedelini ödemesini yasaklar mahiyette ihtiyati tedbir kararı vermesi gerekir. Bu karar, kesin hüküm niteliğinde olmayıp, geçici niteliktedir ve bu nedenle de temyizi mümkün değildir⁹⁵⁷.

Mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararı ile bankanın garanti bedelini ödemesi yasaklanmaktadır. Bu nedenle tedbir kararının devam ettiği süre içinde banka garantisinin ödenmemesinden dolayı garanti alanın malvarlığında meydana gelecek zararlardan banka sorumlu değildir⁹⁵⁸. Bununla birlikte doktrinde bir görüş⁹⁵⁹, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren garantiler bakımından garanti alanın, bankadan ödeme talebinde bulunduğu anda bankanın borcunun muaccel olacağını,

⁹⁵⁵ Likit delille ispat konusunda açıklama ve değerlendirmeler için bkz. II. Bölüm, § 6, II, C, 2.

⁹⁵⁶ **Dohm**, s.161.

⁹⁵⁷ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.925; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.708; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.622; **Postacıoğlu**, Usul Hukuku, s.488; **Deren-Yıldırım**, s.120.

⁹⁵⁸ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.316.

⁹⁵⁹ **Doğan**, s.171. *Tandoğan*'da garanti alanın ödeme talebini derhal yerine getirmeyerek onu oyalayan ve bu arada edimi garanti edilenin mahkemeye başvurarak ihtiyati tedbir almasını sağlayan bankanın garanti alanın zararlarını karşılayacağını ifade etmektedir. Bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.871.

bu nedenle bankanın derhal ödeme yapmakla yükümlü olduğunu, talebi kabul ettikten sonra, edimi garanti edilenin getireceği ihtiyati tedbir kararına dayanarak ödemedi kaçınan bankanın, temerrüde düşmüş olacağını, garanti alanın da BK. m.101 vd. hükümlerinden yararlanabileceğini, tedbirin devam ettiği sürede dâhil olmak üzere ortaya çıkan zarardan bankanın sorumlu olduğunu kabul etmektedir. Bazı mahkeme kararlarında da bu görüşü destekler mahiyettedir. Nitekim Yargıtay Hukuku Genel Kurulu kararına konu olan bir olayda garanti alan, bankadan ödeme talebinde bulunmuş, banka ise talebin yapıldığı gün ödeme yapmamış, talepten bir gün sonra edimi garanti edilen mahkemeden ihtiyati tedbir kararı almış ve banka, bu ihtiyati tedbir kararına dayanarak garanti bedelini ödemekten kaçınmıştır. Dava üzerine ilk derece mahkemesi, bankanın, edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar nedeniyle ödemedi kaçınmayacağı; garantinin ibraz edildiği gün itibari ile mahkemeden alınmış bir ihtiyati tedbir kararı da bulunmadığından yasal faiz ödeyeceğine hükmetmiştir.

Konuyu inceleyen Yargıtay⁹⁶⁰, şu gerekçelerle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur; “...Davaya konu teminat mektupları davalı bankaya 26.08.1999 tarihinde ibraz edilmiş, ancak bedeli 27.08.1999 tarihli ihtiyati tedbir kararı nedeniyle davacıya ödenmemiştir. Bankanın, tazmin talebini yerine getirmede gecikmesi ve bu arada ihtiyati tedbir kararı alınarak ödemenin durdurulması nedeniyle bankanın ihtiyati tedbir kararına kadar geçecek süre için gecikme faizi ödeyeceği kuşkusuzdur. Ancak tedbirin tebliği ile birlikte artık bankanın temerrüdünden söz etme imkânı bulunmamaktadır. Öte yandan muhatabın, bankanın bu gecikmesi nedeniyle tazminat talep edebilmesinin ortada derhal ödemeyi sakıncalı gören bir mahkeme kararı bulunması nedeniyle hukuki bir dayanağı da bulunmamaktadır. Esasen muhatabın bir tazmin hakkına sahip olup olmayacağı da ancak ihtiyati tedbir kararı veren mahkemenin uyuşmazlığı çözen kararı ile ortaya çıkacaktır. Buraya kadar anlatılanlar davalı bankanın ancak iyiniyetle hareket etmesi halinde söz konusu olup, eğer davalı banka dolaylı bir biçimde de olsa söz konusu ihtiyati tedbir kararının alınmasına neden olmuşsa artık hukuken himaye göremez ve hem teminat mektubu bedelinden hem de bunun tedbir süresince işleyen temerrüt

⁹⁶⁰ Yarg. 11 HD. 04.12.2000 T ve E. 2000/8242, K.2000/9559 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

faizinden sorumlu olur. Bu durumda mahkemece, davalı banka kayıtları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle davalı bankanın olayda kötü niyetli olup, olmadığına saptanması ve ancak kötü niyetli olduğunun anlaşılması halinde davanın kabulü gerekirken bu husus üzerinde durulmaksızın yazılı olduğu şekilde hüküm tesisi doğru olmamış...”.

İlk derece mahkemesinin kararında direnmesi üzerine dosya kendisine intikal eden Yargıtay Hukuku Genel Kurulu⁹⁶¹ değerlendirmelerde bulunduktan sonra şu şekilde karar vermiş ve ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır; “Somut olayda, kesin teminat mektubu mahkemenin tedbir kararının bulunmadığı 26.8.1999 tarihinde bankaya usulüne uygun olarak ibraz edilmiş, banka başvurunun yapıldığı tarihte derhal ödeme yapması gerekirken hiçbir neden ileri sürmeden ödemedi kaçınmış, daha sonra da bir gün sonra verilen mahkeme tedbir kararının bu ödememeye gerekçe göstermiştir. Oysa sonradan ibraz edilen tedbir kararının bankanın tazmin zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır. Bu durumda yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir...”.

Kanaatimizce, gerek doktrindeki görüşe gerekse Hukuk Genel Kurulunun kararına katılma olanağı yoktur. Zira bir garantide “ilk talepte” ödeme kaydının bulunması her şartta ve her halükarda garanti bedelinin ödeneceği anlamına gelmez. Garanti ancak, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine ve garanti alanın talebi ile ödenir. “İlk talepte” ödeme kaydının bulunması, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin açıkça iddia edilmesine ve ispat edilmesine gerek olmaksızın, talep üzerine derhal ödemenin yapılacağını ifade eder. Dolayısıyla ilk talepte” ödeme kaydı, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı, garanti kapsamında bulunmayan bir konuda ödeme talebinde bulunduğu, garanti konusu olayın henüz gerçekleşmediği veya gerçekleşmesinin artık mümkün olmadığı durumlarda dahi, garanti bedelinin ödeneceği anlamına gelmez. Bu tür bir ödeme vaadi, soyut bir borç vaadi anlamına gelir ki, garanti sözleşmesi ve banka garantisi,

⁹⁶¹ YHGK. 14.11.2001 T. ve E.2001/11-996 K.2001/1026 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr. Bir başka kararında da Yargıtay, garanti alanın ödeme için bankaya başvurduğunda henüz tedbir kararı bulunmadığı, bankanın, tedbir alınmasına dolaylı neden olduğu gerekçesiyle tedbir süresince banka tarafından gecikme faizi verilmesine karar vermiştir. Yarg. 11 HD. 24.04.1985 T ve E. 1985/1490, K.1985/2428 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.317.

temel ilişkiden bağımsız olmasına rağmen soyut borç taahhüdü niteliğinde değildir⁹⁶². “İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde kural olarak, “önce öde sonra dava et” prensibi geçerli olmakla birlikte ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunduğu durumlarda garanti veren banka, ödeme talebini geri çevirmek zorunda olduğu gibi edimi garanti edilen, mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir. İhtiyati tedbir kararının bulunduğu durumlarda, karara uygun hareket ederek bedeli ödememesinden dolayı garanti veren bankayı sorumlu tutmak doğru bir çözüm değildir. Buna göre banka, ödeme talebinde bulunulmasından sonra ödeme yapmayı geciktirerek, ihtiyati tedbir kararı alınmasına neden olsa bile sorumlu değildir. Zira banka, bir mahkeme kararına istinaden ödeme yapmaktan kaçınmaktadır. Ayrıca ihtiyati tedbir kararı alınmasının nedeni, bankanın ödemeyi geciktirmesi değil, mahkemenin, edimi garanti edilenin talebini ciddi bulmasıdır. Ancak burada, ödeme talebinde bulunulmasından belli bir süre sonra ihtiyati tedbir kararı alınmışsa, ödeme talebi ile tedbir kararı verilmesi arasında geçen süre için bankanın gecikme faizi ödemesi düşünülebilir⁹⁶³.

Nitekim Yargıtay kararına⁹⁶⁴ konu olan bir olayda, garanti alanın, ödeme talebinde bulunması üzerine banka, talebi bir gün sonra yerine getireceğini bildirmiş, ancak ertesi gün edimi garanti edilenin garantinin ödenmemesine ilişkin ihtiyati tedbir kararı aldırması ve bunu bankaya ibraz etmesi üzerine banka, bu karara istinaden ödeme yapmaktan kaçınmıştır. Dava açılması sonucunda ilk derece mahkemesi, şu gerekçeyle davanın reddine karar vermiştir; “...davacının teminat mektubunu paraya çevrilmek üzere 26.08.1999 saat 16.30’da davalı bankaya getirdiği işlemin o gün tamamlandığı, ertesi gün erken saatte ihtiyati tedbir kararının davalı bankaya ulaştığı, ihtiyati tedbir kararının kaldırıldığı 28.10.1999 tarihinde

⁹⁶² Banka garantisinin soyut borç vaadi niteliği taşımadığı Yargıtay kararlarında da açıkça vurgulanmaktadır. YHGK. 28.02.1990 tarih ve E.1990/6-1 K: 1990/141 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

⁹⁶³ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.317.

⁹⁶⁴ Yarg. 11 HD. 24.04.2001 T. ve E. 2001/1447, K.2001/3456 sayılı kararı için bkz. **Doğan**, s.170-171. Bir başka kararında da Yargıtay, garantinin paraya çevrilmemesi konusunda davalı bankanın kusuru bulunmadığı ve davacının, tedbir kararının kaldırıldığına dair yazı ile birlikte davalı bankaya müracaat edilmesi halinde garantinin ödenebileceğine ilişkin mahkeme kararını onamıştır. Yarg. 11 HD. 10.05.1988 T ve E. 1988/1507, K.1988/3165 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.317.

teminat mektubunun paraya çevrildiği, her ne kadar teminat mektuplarının niteliği itibariyle taraflar arasında itiraz ve def'ilerin teminat mektubu muhatabına ileri sürülmesi mümkün değil ise de, somut olayda yapılan işlemlerin çok kısa zaman içerisinde olup bitmesi ve davalı bankanın çalışma şartları nedeniyle, paraya çevirme işleminin bir gün sonraya bırakılmasının bankacılık teamülüne aykırı bulunmadığı..”. Kararın temyiz edilmesi üzerine konuyu inceleyen Yargıtay, şu gerekçelerle ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır; “...teminat mektubu bedelinin ödenmiş olmasına ve davacının zararları doğrultusunda eda davası(haksız bir şekilde ihtiyati tedbir talebinde bulunmak suretiyle garanti alanın zararına neden olan edimi garanti edilen aleyhine) açması mümkün iken teminat mektubunun geç ödenmesinden doğan zararların tespiti ile ödenmesinin istenmesine ilişkin bir davanın dinlenmesine olanak bulunmamasına...”.

Bankaya karşı ödeme yasağı konulmasını içeren ihtiyati tedbir kararı, süreli garantiler bakımından bazı özellikler gösterir. Zira tedbir kararının ardından davanın açılması durumunda, esas davanın sonuçlanmasına kadar ihtiyati tedbir kararı devam edeceğinden garanti süresinin dolma ihtimali vardır. İhtiyati tedbir kararı bankaya bildirildiği andan itibaren sürenin işlememesi, tedbir kararının kalkmasından sonra da sürenin, kaldığı yerden tekrar işlemeye başlaması kabul edilebilir⁹⁶⁵. *Reisoğlu*⁹⁶⁶, nun talep yasağı ve ödeme yasağı şeklindeki bir ayırıma dayanarak, talep yasağı konulmayan durumlarda, ödeme yasağının varlığına rağmen belirlenen süre içinde garanti alanın ödeme talebinde bulunmuş olması şartını öngören görüşüne katılma olanağı yoktur. Zira tedbir kararı verilmesi üzerine sürenin durduğunu kabul ediyorsak, durduğunu kabul ettiğimiz bu süre içinde garanti alandan ödeme talebinde bulunmasını beklemek mümkün değildir. Buna göre süreli garantiler bakımından tedbir kararı devam ettiği sürece, garanti süresi duracak ve tedbirin kalkması ile birlikte süre yeniden işlemeye başlayacaktır.

⁹⁶⁵ **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.475-476.

⁹⁶⁶ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.307.

III-İHTİYATİ TEDBİR İLE GARANTİ ALANA GARANTİ ALACAĞINI TALEP ETME YASAĞI KONULMASI

A-Genel Olarak

Bankanın, garanti alana ödeme yapmasına ihtiyati tedbir yoluyla engel olunması, bankaya karşı ödeme yasağı konulmasının yanısıra, garanti alana karşı talep yasağı konulması şeklinde de olabilir. Ödeme talebinin, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya amaca aykırılık oluşturduğu durumlarda edimi garanti edilen, bu durumların varlığını ileri sürerek garanti alana karşı bankadan ödeme talebinde bulunmaması gerektiği yönünde ihtiyati tedbir talep edebilecektir⁹⁶⁷.

Garanti alanın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıması veya amaca aykırılık oluşturması temel ilişkiden doğan olaylara dayanmaktadır. Edimi garanti edilen de temel ilişkideki bu olaylar nedeniyle ihtiyati tedbir talebinde bulunmaktadır. Burada verilen ihtiyati tedbir kararının muhatabı banka değil, garanti alanıdır⁹⁶⁸. Edimi garanti edilen ile garanti alan arasındaki temel ilişkiden hareketle garanti alana, garanti sözleşmesinden doğan garanti alacağını talep etme yasağı konulmasının, bankayı bağlamayacağı düşünülebilir⁹⁶⁹. Ancak mahkemenin vermiş olduğu garanti alacağını talep etme yasağı şeklindeki ihtiyati tedbir kararı, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığını veya amaca aykırılık oluşturduğunu açıkça göstermektedir. Dolayısıyla talep yasağına ilişkin hüküm doğrudan kendisi ile ilgili olmamasına rağmen banka, garanti alanın talepte bulunması halinde ödeme yapmaktan kaçınmalıdır. Banka açısından bu yükümlülük, edimi garanti edilen ile arasındaki karşılık ilişkisinden doğmaktadır. Zira garanti veren bankanın, karşılık ilişkisinden doğan yükümlülüklerinden bir tanesi de itirazları ileri sürme yükümlülüğüdür. Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığına veya amaca aykırılık oluşturduğuna dair bir ihtiyati tedbir kararının varlığına rağmen ödeme yapan banka, bu yükümlülüğünü ihlal

⁹⁶⁷ **Lienesch**, Rechtsmissbrauch, s.498; **Aden**, s.439-441; **Ebmeier/Schöne**, s.269; **Avancini/Koziol/Iro**, s.329-330; **Edelmann**, s.2453-2454.

⁹⁶⁸ **Doğan**, s.180.

⁹⁶⁹ **Kleiner**, Bankgarantie, s.228-229; **Mülbert**, Missbrauch von Bankgarantien, s.114; **Egger**, einstweilige Rechtsschutz, s.19; **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.472-473; **Doğan**, s.165; **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.142-143.

etmesinden dolayı edimi garanti edilene karşı sorumlu olacaktır⁹⁷⁰. Aynı şekilde bir talep yasağının bulunmasına rağmen garanti bedelinin ödenmesinin talep edilmesi halinde de, gerek mahkeme kararına muhalefetten gerekse temel ilişkiye aykırılıktan dolayı garanti alanın sorumluluğu gündeme gelecektir.

B-Garanti Alacağını Talep Etme Yasağı Konulması İçin Gerekli Şartlar

Garanti alana, garanti alacağını talep etme yasağı konulabilmesi için, garanti alanın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya garantinin amacına aykırı olacak şekilde yapılmış olması ve ihtiyati tedbir talebinde bulunan kişinin, ihtiyati tedbir kararının verilmesinde hukuki yararının bulunması gerekir⁹⁷¹. Bunun yanısıra teminat gösterilmesi, tedbir talebinde bulunacak kişi ve ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmek için gereken ispat şartı konusundaki bankaya karşı ödeme yasağı konulmasına ilişkin yaptığımız değerlendirmeler garanti alacağını talep etme yasağı konulabilmesi bakımından da geçerli olacaktır⁹⁷².

IV-DOĞRUDAN ve DOLAYLI GARANTİDE İHTİYATİ TEDBİR TALEPLERİ

Yukarıda belirttiğimiz gibi banka garantisi çeşitli ayırımlara tabi tutulmaktadır⁹⁷³. Bu ayırımlardan biri de doğrudan garanti dolaylı garanti ayırımıdır. Her iki garanti türünde de ortak özellik ikinci bir bankanın bulunmasıdır. Garanti alanla edimi garanti edilenin farklı ülkelerde bulunduğu durumlarda birinci banka, garanti talebinde bulunan ve edimi garanti edilen kişinin ülkesindeki bankadır. İkinci banka ise, garanti alanın ülkesinde bulunan bankadır.

⁹⁷⁰ Bankanın sorumluluğunun doğması için, ihtiyati tedbir kararı verildiği konusunda bilgisinin olması gerekir. Bilgisinin olmadığı durumlarda verilen tedbir kararına rağmen ödeme yapan bankanın sorumluluğu doğmayacaktır. Bunun için de edimi garanti edilen, garanti alana karşı talep yasağı şeklinde ihtiyati tedbir kararı verildiğini gecikmeksizin garanti veren bankaya bildirmelidir.

⁹⁷¹ Bkz. III. Bölüm, § 9, II, B. Ayrıca bkz. **Ebmeier/Schöne**, s.269; **Jedzig**, s.1469.

⁹⁷² Bkz. III. Bölüm, § 9, II, B-C-D.

⁹⁷³ Banka garantisi çeşitleri konusunda bkz. I. Bölüm, § 1, III.

İhtiyati tedbir taleplerinin uygulanması bakımından doğrudan garanti ve dolaylı garanti ayırımı farklı özellikler göstermektedir. Bu yüzden aşağıda, edimi garanti edilenin ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilirliği ve bunun hukuki sonuçlarını doğrudan garanti ve dolaylı garanti açısından inceleyeceğiz.

A-Doğrudan Garantide İhtiyati Tedbir Talepleri

Doğrudan garanti, ülke içinde olduğu kadar milletlerarası ticari ilişkiler bakımından da uygulama alanı bulmaktadır. Doğrudan garantide kendisinden garanti talebinde bulunulan banka, garanti alanın bulunduğu yerdeki bir bankayı garanti ilişkisine dâhil etmektedir. Muhabir banka durumundaki ikinci bankanın görevi sadece, garanti alanın kendisine yönelttiği ödeme talebini garanti veren durumundaki birinci bankaya iletmek ve onun tarafından verilecek talimatlara uygun olarak ödemeyi yapmaktır. Dolayısıyla garanti alana karşı mükellefiyetler ilk banka üzerindedir⁹⁷⁴.

Doğrudan garantinin, aynı ülke içerisinde bulunan taraflar arasında kurulması halinde herhangi bir özel durum ortaya çıkmayacaktır⁹⁷⁵. Buna karşılık doğrudan garanti ilişkisinin, muhabir banka aracılığıyla yabancı ülkedeki bir garanti alanla kurulduğu durumlarda ihtiyati tedbir talebinin hangi bankaya yönelik olacağı incelenmelidir. Bu durumda, garanti bedelini ödemekle yükümlü olan ilk banka olduğu için, ihtiyati tedbir talebi de bu bankaya yönelik olmalıdır. Çünkü ikinci banka, garanti alanın ödeme talebinde bulunması üzerine ilk bankanın talimatına göre hareket etmek zorunda olduğu için, muhabir banka durumunda olan ikinci bankaya karşı ihtiyati tedbir talebinde bulunulması pratik bakımdan sonuç doğurmayacaktır. Buna göre edimi garanti edilen, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya amaca aykırılık oluşturduğu düşüncesinde ise ve bu durumların varlığını likit delillerle

⁹⁷⁴ **Dohm**, s.46; **Guggenheim**, Bankpraxis, s.156; **Tekinalp**, s.389.

⁹⁷⁵ Edimi garanti edilen, genel hükümler çerçevesinde ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir.

ispatlayabiliyorsa, muhabir bankanın değil de, garantiyi veren bankanın bulunduğu ülkede ödeme yasağı konulmasına yönelik bir ihtiyati tedbir kararı almalıdır⁹⁷⁶.

Yabancı ülkede bulunan bir garanti alana, Türkiye'deki bir bankanın doğrudan garanti verdiği durumlarda edimi garanti edilen, garantiyi veren Türkiye'deki bankaya karşı yetkili Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir. Çünkü garanti alana karşı sorumlu olan banka, yabancı ülkedeki banka değil, Türkiye'deki bankadır. Yabancı ülkedeki banka, sadece muhabir banka durumundadır ve Türkiye'deki bankanın talimatları ile hareket etmektedir⁹⁷⁷.

Yabancı ülkedeki bir bankanın, Türkiye'de bulunan garanti alana doğrudan garanti verdiği durumlarda garanti veren bankaya ödeme yasağı konulabilmesi için, Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilip edilemeyeceği sorununun incelenmesi yararlı olacaktır. Bu tür bir durumda ihtiyati tedbir kararı verebilmesi için, tedbirin talep edildiği ülke mahkemesinin milletlerarası yetkiye haiz olması gerekir⁹⁷⁸. Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi ise, MÖHUK m.27 çerçevesinde iç hukukun yer itibarıyla yetki kuralları ile belirlenir. Bu nedenle, iç hukukun yer itibarıyla yetki kurallarına göre uyuşmazlık hakkında yetkili olduğu sonucuna varılan Türk mahkemesinin, milletlerarası yetkisinin de bulunduğu kabul edilecektir. İhtiyati tedbir talebinde bulunulabilecek yetkili mahkeme HUMK. m.104'de düzenlenmiştir⁹⁷⁹. Buna göre asıl dava bakımından Türk mahkemesinin yetkisi olmadığı gibi, kararın en az masrafla en çabuk icra edileceği yer de Türkiye değil ise, Türk mahkemesi yetkili değildir. Kanaatimizce bu tür durumlarda kararın en az masrafla en çabuk icra edileceği yer, Türkiye değil garanti veren bankanın bulunduğu ülkedir. Asıl dava bakımından Türk mahkemesinin yetkisinin olmadığı

⁹⁷⁶ Doğan, s.175-176.

⁹⁷⁷ Doğan, s.176 ve s.407.

⁹⁷⁸ Hadimoğlu, s.121 vd.; İsviçre hukukunda ihtiyati tedbir talepleri bakımından yetkili mahkeme konusunda, Art. 10 IPRG. ile açık bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre, İsviçre makamları veya mahkemeleri, uyuşmazlığın esası hakkında yetkili olamasa dahi ihtiyati tedbir kararı verebilir.

⁹⁷⁹ Bu maddede iki yetki kuralı öngörülmektedir. İlk yetkili mahkeme, ileride açılacak olan asıl dava bakımından yetkili olan mahkemedir. İkinci yetkili mahkeme ise, ihtiyati tedbirin ifasının daha ucuz ve daha çabuk olduğu yer mahkemesidir. Yetki konusundaki değerlendirmeler için bkz. III. Bölüm, § 8, II, A, 4.

sonucuna da varılırsa⁹⁸⁰ kural olarak, bankaya ödeme yasağı konulabilmesi bakımından Türk mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisi bulunmamaktadır⁹⁸¹. Bu kuralın önemli bir istisnasını, garanti veren bankanın Türkiye’de şubesinin bulunduğu durumlar oluşturur. Garanti veren bankanın Türkiye’de şubesi var ve edimi garanti edilen, garanti talebini bu şubeden sağlamışsa, Türk mahkemesinin vereceği ihtiyati tedbir kararı, en az masrafla en çabuk Türkiye’de icra edilebileceğinden Türk mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisinin bulunduğu sonucuna varılabilir⁹⁸². Aksi durumda Türkiye’de şubesi dahi bulunmayan bir bankanın ödeme yapmasına engel olmak için, Türk mahkemesinin vereceği ihtiyati tedbir kararı, hukuki bir etki ve sonuç doğurmayacaktır⁹⁸³.

B-Dolaylı Garantide İhtiyati Tedbir Talepleri

1-Genel Olarak

Dolaylı garanti, milletlerarası ticari ilişkilerde söz konusu olmaktadır. Dolaylı garantide kendisinden garanti talebinde bulunulan banka, garanti alana doğrudan kendisi garanti vermemekte, garanti alanın ülkesinde bulunan bir bankayı garanti ilişkisine dâhil etmektedir. Bu tür garantilerde edimi garanti edilen, kendi ülkesindeki bankaya (birinci banka) başvurmakta ve garanti alanın ülkesindeki bir bankanın(ikinci banka) garantisini sağlaması için talimat vermektedir. Birinci banka, bu talimata dayanarak ikinci bankaya başvurmakta ve böylece garanti sözleşmesi,

⁹⁸⁰ Asıl dava bakımından Türk mahkemesinin genel kurallara göre belirlenecek yetkisinin yanısıra yetki sözleşmesi ile Türk mahkemelerinin yetkili kılınması da mümkündür. Ayrıca yetkisizliğe ilişkin itirazlar da işin esasına girilmeden önce ileri sürülmesi gerektiğinden, davalı tarafından yetki itirazının ileri sürülmediği durumlarda da Türk mahkemesinin yetkili olduğu sonucuna varılacaktır. Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.335.

⁹⁸¹ Bkz. **Doğan**, s.407-408.

⁹⁸² HUMK. m.17, bu istisnai durumu destekler bir hüküm öngörmektedir. HUMK. m.17/c.1’de “Hakiki veya hükmi bir şahsın muhtelif mahallerde şubeleri bulunduğu takdirde o şubenin muamelesinden dolayı iflas davası müstesna olmak üzere o şubenin bulunduğu mahalde dahi dava ikame olunabilir” şeklinde bir düzenleme getirilmiştir. Böylece şubenin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilendirilmiş olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir H.**, s.757.

⁹⁸³ Bkz. **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.476.

ikinci banka ile garanti alan arasında kurulmuş olmaktadır⁹⁸⁴. İlk banka ile ikinci banka arasında bir kontrgaranti sözleşmesi bulunmaktadır. Buna karşılık, ilk banka ile garanti alan arasında doğrudan hiç bir hukuki ilişki bulunmadığı gibi ikinci bankanın da edimi garanti edilen ile doğrudan ilişkisi yoktur⁹⁸⁵.

Banka garantisi ilişkisine katılan taraflar arasında birbiriyle bağlantılı birden fazla borç ilişkisi ortaya çıktığından ve bu borç ilişkileri aynı zamanda milletlerarası unsurlu olduğundan, farklı ülke hukuklarına tabi olma ihtimali bulunduğu gibi, uyuşmazlık çıktığı takdirde bu uyuşmazlığın, farklı ülke mahkemeleri önünde çözümlenmesi de gerekebilir⁹⁸⁶. Böylesine karmaşık bir yapıya sahip banka garantisi ilişkisinde ihtiyati tedbir talebinin nasıl ve nerden alınabileceği incelenmesi gereken bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

2-Bankaya Karşı Ödeme Yasağı Konulması

Dolaylı garantide, garanti alanın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya amaca aykırılık oluşturduğu düşüncesinde olan edimi garanti edilenin ihtiyati tedbir talebinde bulunabilmesi, garanti veren bankanın Türkiye'deki bir banka olması veya yabancı ülkedeki bir banka olması açısından ikili bir ayırımla incelemek gerekir.

a-Garanti Verenin Türkiye'deki Bir Banka Olması Halinde

Dolaylı garantiler bakımından Türkiye'deki bir bankanın, garantiyi, yabancı bir ülkedeki bankanın kontrgarantisine dayanarak verdiği durumlarda ihtiyati tedbir talebi, Türk mahkemelerinden istenebilir. Zira garanti, Türkiye'de bulunan bir banka

⁹⁸⁴ **Guggenheim**, Bankpraxis, s.157; **Avancini /Koziol /Iro**, s.322-323; **Tekinalp**, s.389.

⁹⁸⁵ Bkz. I. Bölüm, § 1, III, F, 2. Ayrıca bkz. **Kleiner**, Bankgarantie, s.236 vd.

⁹⁸⁶ Alman hukuku açısından banka garantisinden doğan uyuşmazlıklar konusunda yetkili mahkemenin bankanın bulunduğu yer mahkemesi olduğu ve uyuşmazlığın bankanın bulunduğu yer hukukuna tabi olacağı hakkında Alman Federal Mahkemesinin kararı için bkz. BGH WM 1984, s.1563 ve ayrıca kararın değerlendirmesi için bkz. **Schütze**, Internatioale Zuständigkeit, s.95-96.

tarafından verilmiştir ve ihtiyati tedbir talebi de Türkiye’de bulunan bu bankaya karşı istenmektedir. Bu durumda garanti ilişkisinin yabancılık unsuru taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın, genel hükümler çerçevesinde edimi garanti edilen, yetkili mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunabilecektir⁹⁸⁷.

Türkiye’de bulunan bir banka tarafından, yabancı ülkedeki kişilere verilen garanti ve kontrgarantilerde yabancı mahkemelerin yetkili olacağına dair kayıtlar konulmaktadır. Bu kayıtların varlığına rağmen, yabancı mahkemenin vereceği ihtiyati tedbir kararı doğrudan Türkiye’de uygulanamayacağından, Türkiye’deki mahkemelerden de ihtiyati tedbir kararı alınması mümkün olmalıdır⁹⁸⁸.

b-Garanti Veren Yabancı Ülkedeki Bir Banka Olması Halinde

Dolaylı garantiler bakımından ihtiyati tedbir talepleri konusunda asıl problem, garanti veren yabancı ülkedeki bir banka olması halinde ortaya çıkmaktadır.

Yabancı bir ülkedeki bankanın, garantiyi, Türkiye’deki bir bankanın kontrgarantisine dayanarak verdiği durumlarda ihtiyati tedbir talebi, garanti veren bankanın bulunduğu yabancı ülke mahkemelerinden istenmelidir. Zira daha öncede

⁹⁸⁷ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.309; **Doğan**, s.413.

⁹⁸⁸ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.308; Konuyu ihtiyati haciz bakımından inceleyen Yargıtay, şu sonucuna varmaktadır; “Türk Mahkemelerinin yer itibariyle yetki kaidelerinin "Kamu Düzeni" veya "Münhasır"; "kesin" yetki esasına dayanılarak tayin edildiği hallerde, taraflar, yabancı bir ülke mahkemesini yetki anlaşması ile yetkili kılamazlar. Bu durumda yetki şartı Türk hukuku bakımından hukuki bir sonuç doğurmaz. ...Dava hukuksal nitelikte cebri icra hukukundan kaynaklanmaktadır. ...O nedenle, bu hukuki olgu sınırı içinde kalınarak uyumsuzluğun değerlendirilmesi hukuksal bir gerektir. İhtiyati haciz kararının infazının, hukuki sonuç ve hükümlerinin bir cebri icra olduğunda, duraksama olmamalıdır. Cebri icra her devletin kendi ülke ve sınırları içerisinde haiz olduğu mutlak güç ve yetkilerindedir. Yine cebri icra devletin egemenlik ve hükümlerlik haklarının kullanılmasının doğrudan bir sonucudur. O nedenle devletin nüfuz ve iktidarım simgeleyen bir hâkimiyet tasarrufudur, denilebilir. Şu durum karşısında; Türk mahkemesinde alınan ihtiyati haciz kararının cebri icra yoluyla uygulanmasına dair yetki devletin kendi ülkesi üzerinde hâkimiyet tasarruflarında bulunabilme iktidarının bir görünümü olduğundan, münhasır (kesin) yetkilerindedir. Hal böyle olunca; davanın sadece belirtilen hukuki nitelik ve kapsamı içinde ve "kamu düzeni"; "münhasır yetki" esaslarının etkisi altında değerlendirildiğinde; Türk mahkemesinin ülke içi yetkisinin ve ona bağlı olarak milletlerarası yetkisinin varlığının kabulü kaçınılmazdır..” Bu Yargıtay kararında belirtilen gerekçeler, Türk mahkemelerinin verdiği ihtiyati tedbir kararları bakımından da kabul edilmelidir. YHGK. 06.05.1998 T. ve E.1998/12-287 K.1998/325 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

ifade edildiği üzere⁹⁸⁹, yabancı bir banka aleyhinde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi, Türk mahkemesinin milletlerarası yetkiye haiz olmasını gerektirir(MÖHUK m.27'deki atfı nedeniyle HUMK. m.104). Yabancı ülkedeki bankanın garanti veren olduğu durumlarda ihtiyati tedbir kararının en az masrafla en çabuk icra edileceği yer, garanti veren bankanın bulunduğu ülkedir. Asıl dava bakımından da Türk mahkemesinin yetkisi bulunmadığı sonucuna varılırsa yabancı ülkedeki bankaya ödeme yasağı konulabilmesi bakımından Türk mahkemesinin ihtiyati tedbir kararı verme yetkisinin bulunmadığı ortaya çıkacaktır. Ayrıca bir ülke mahkemesinden verilen ihtiyati tedbir kararı, kesin hüküm etkisine sahip bulunmamasından dolayı diğer bir ülkede hüküm ve sonuç doğurmamaktadır⁹⁹⁰. Bu nedenle edimi garanti edilenin, Türkiye'deki mahkemelere başvurarak ihtiyati tedbir kararı alması durumunda, bu karar, garanti veren durumundaki yabancı banka ve yabancı garanti alan bakımından hüküm ve sonuç doğurmayacaktır⁹⁹¹. Sonuç olarak edimi garanti edilen, dolaylı garantiler bakımından yabancı ülkedeki bir bankanın garanti bedelini ödemesine engel olmak istiyorsa, bankanın bulunduğu ülke mahkemesinden ihtiyati tedbir talebinde bulunmalıdır⁹⁹².

⁹⁸⁹ Bkz. III. Bölüm, § 9, IV, A.

⁹⁹⁰ **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.476 vd.; **Doğan**, s.410. Gerçekten de bir ülkede verilen mahkeme kararının, diğer ülkede hüküm ve sonuç doğurabilmesi için yabancı ülke mahkemesi kararının tanınması veya tenfizi gerekir. Birçok ülke hukukunda olduğu gibi Türk hukuku bakımından da yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için, kararın verildiği ülke hukukuna göre kesinleşmiş olması gerekir(MÖHUK. m.34). İhtiyati tedbir kararları geçici nitelikte koruma sağlayan kararlar olduğu için, bu kararların tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Değerlendirmeler için bkz. **Nomer**, s.385; **Hadimoğlu**, s.189-190. İhtiyati tedbir kararlarının tanınması ve tenfizi bakımından Avrupa Topluluğuna üye ülkeler arasında 1968'de imzalanan ve 1973'de yürürlüğe giren kısa adı Brüksel Sözleşmesi şeklinde ifade edilen "Medeni ve Ticari Hukuk Davalarında Yargı Yetkisi ve Yargı Kararlarının Tenfizine Dair Antlaşma"da önemli bir istisna getirilmektedir. Brüksel Sözleşmesi m.24'de "Koruyucu tedbirlerde dahil olmak üzere, bir âkit devletin mahkemeleri tarafından, bu antlaşma uyarınca başka bir akit devlet mahkemesinin davada yetkili olması durumunda da alınabilir" denilmektedir. Böylece üye ülkeler bakımından, bir ülkede verilen bir ihtiyati tedbir kararının başka bir ülkede yerine getirilebilmesi mümkün olmaktadır. Bkz. **Ulutaş**, dn.74; **Hadimoğlu**, s.70 vd.

⁹⁹¹ Biz yabancı mahkeme kararı ile ihtiyati tedbir kararlarının, ülke içinde kesin hüküm etkisi bulunmadığı durumlarda, hakkın kötüye kullanıldığına ilişkin likit delil olarak kabul edilmesi gerektiğini savunuyoruz. (Bkz. II. Bölüm, § 6, II, C, 2.). Buna göre hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunu gösteren yabancı mahkemeden alınmış bir kararın veya ihtiyati tedbir kararının bulunması durumunda garanti veren banka, ödeme yapmaktan kaçınmalıdır. Ancak bu tür bir karar, kendi ülke hukuku bakımından kesin hüküm niteliğine haiz olmaması nedeniyle garanti veren bankayı kesin bir şekilde bağlamadığından, bankanın, bu kararların varlığına rağmen garanti bedelini ödeme riski vardır. Bundan dolayı, yabancı bankanın bulunduğu ülke mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilmesi daha yararlı olacaktır.

⁹⁹² **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.309; **Doğan**, s.410-411.

Bazı Türk mahkeme kararlarında, yabancı bir ülkedeki bankanın, garantiyi, Türkiye'deki bir bankanın kontrgarantisine dayanarak verdiği durumlarda, kontrgarant durumundaki Türkiye'de yerleşik bankaya karşı Türkiye'de alınacak bir ihtiyati tedbir kararının, garanti bedelinin ödenmesine engel olacağı ve bu şekilde de edimi garanti edilenin menfaatlerinin korunacağı sonucuna varılmaktadır⁹⁹³.

Uygulamada edimi garanti edilen, yabancı ülkedeki garanti veren bankanın, garanti alana ödeme yapmasına engel olmak amacıyla kontrgaranti veren Türkiye'deki banka aleyhine ödeme yapmaması amacıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunmaktadır. Garanti alanın talebi üzerine garanti bedelini ödeyen yabancı ülkedeki banka, ödediği bedel için kontrgarantiye dayanarak Türkiye'deki bankaya rücu etmek istemektedir. Türkiye'deki bankanın yurtdışında şubesinin, temsilciliğinin veya malvarlığının bulunduğu durumlarda, ihtiyati tedbir kararının varlığına rağmen yabancı ülkedeki banka, ödediği bedeli, kontrgaranti veren bankadan tahsil edebilmektedir. Böylece edimi garanti edilenin menfaatlerinin korunması amacıyla ihtiyati tedbir kararları verilirken, kontrgarant bankasının itibarı zedelenmekte ve zor durumda bırakılmaktadır. Bu tür mahkeme kararları doktrinde eleştirilmektedir⁹⁹⁴.

Reisoğlu⁹⁹⁵, garantiyi veren bankanın, yabancı bir ülkede bulunması durumunda ihtiyati tedbirin, o ülkenin mahkemesinden talep edilmesi gerektiğini; Türkiye'deki bir mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararının, yabancı ülkedeki garanti veren ve garanti alan bakımından hüküm ifade etmeyeceğini; oysa hukuka aykırı da olsa bir Türk mahkemesince verilen karara, kaldırılıncaya kadar Türkiye'deki bankanın uymak zorunda olduğunu, bu durumun da Türkiye'nin ve

⁹⁹³ Nitekim bir mahkeme kararında "...her halükarda son ödeme Türkiye'den kontrgaranti veren banka tarafından yapılacağı cihetle, Türk mahkemesi tarafından verilen tedbir kararı davalı bankayı(kontrgaranti veren banka) kesinlikle bağlar ve davalı bankanın bu tedbir kararından muhabiri haberdar etmesi ve tedbir kararı kalkmadan hiçbir surette ödeme yapmayacağını bildirmesi gerekir..." şeklinde değerlendirme yapılmak suretiyle kontrgarant durumundaki Türkiye'de bulunan bankaya ödeme yasağı konulmaktadır. İstanbul 5.Asliye Ticaret Mahkemesi 17.11.1993 T. 659/1185 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.310.

⁹⁹⁴ Bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.309 vd.; **Doğan**, s.412-413; **Kahyaoğlu**, s.89.

⁹⁹⁵ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.309-310.

Türk bankalarının yurtdışındaki itibarını zedelediğini ifade etmektedir. *Doğan*⁹⁹⁶ ise, bu şekilde verilen kararların, yabancı ülkedeki bankayı bağlamayacağından, Türkiye'deki bankayı zor durumda bırakmaktan başka bir anlam ifade etmeyeceği değerlendirilmesinde bulunmaktadır.

Kanaatimizce doktrindeki eleştiriler yerinde olup, yetkili olmamalarına rağmen ve kontrgaranti veren banka tarafından garanti bedelinin ödenmesine engel olunamayacağı bilinmesine rağmen Türk mahkemelerinin vereceği ihtiyati tedbir kararları, Türkiye'deki bankaları zor durumda bırakmaktan öteye gitmeyecektir. Bununla birlikte Türk mahkemeleri tarafından verilmiş bir ihtiyati tedbir kararının bulunması durumunda kontrgaranti veren banka, söz konusu kararı derhal yabancı ülkedeki garanti veren bankaya bildirmelidir. Savunduğumuz görüş⁹⁹⁷ doğrultusunda, yabancı ülkedeki garanti veren banka, bu tür doğrudan icra kabiliyeti bulunmayan ihtiyati tedbir kararını, hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunu gösteren likit bir delil olarak değerlendirmeli ve garanti bedelini ödemekten kaçınmalıdır. Aynı durum yabancı bir ülke mahkemesinden verilmiş ihtiyati tedbir kararları bakımından da geçerli kabul edilmeli ve Türkiye'deki banka da ödeme yapmaktan kaçınmalıdır. Burada bankanın ödemediğinden kaçınmasının dayanağı, doğrudan ihtiyati tedbir kararı olmayıp, hakkın kötüye kullanıldığı ve amaca aykırı ödeme talebinde bulunulduğunu gösteren likit delilin varlığıdır.

Garanti alanın yabancı bir ülkede bulunması durumundaki ihtiyati tedbirler bakımından yaşanan bir diğer sorunda, HUMK. m.109 gereğince yabancı ülkedeki bankaya veya garanti alanına karşı açılması gereken esas davanın Türk Mahkemesinde açılmasında ortaya çıkmaktadır. HUMK' a göre dava, kural olarak davalının ikametgâh mahkemesinde açılması gerektiğinden, yabancı banka veya garanti alanın Türkiye'de malvarlığı veya şubesi olmaması halinde kural olarak Türk Mahkemesinin yetkisi bulunmayacaktır. Ancak uygulamada Türkiye'de dava açabilmek için, davalılar arasına kontrgaranti veren Türkiye'deki banka da dâhil edilmektedir. Bu şekilde kontrgaranti veren Türkiye'deki bankaya dava açılmasının

⁹⁹⁶ **Doğan**, s.412-413.

⁹⁹⁷ Bkz. II. Bölüm, § 6, II, C, 2.

hukuki dayanağını HUMK. m.9/2 ikinci cümlesi oluşturmaktadır⁹⁹⁸. Oysa aynı maddenin devam eden cümlesinde de “ancak davanın, sırf davalılardan birini kendi mahkemesinden başka bir mahkemeye getirmek amacıyla açıldığı belirtiler veya başka delillerle anlaşılırsa mahkeme onun hakkındaki davayı ayırarak yetkisizlik kararı verir” şeklinde bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeler karşısında kontrgarantinin özelliği de dikkate alındığında mahkemenin, yetkisizlik kararı vermesi gerekecektir. Zira kontrgaranti sözleşmesi, ilk banka ile ikinci banka arasında düzenlenmekte ve ikinci bankanın ödeme yapması durumunu güvence altına almaktadır. Garanti sözleşmesi veya temel ilişkiden bağımsız olduğu gibi, kontrgaranti veren bankanın, temel ilişkiden veya garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazları garanti veren bankaya karşı ileri sürme imkânı da yoktur⁹⁹⁹.

3-Garanti Alana Karşı Garanti Alacağını Talep Etme Yasağı Konulması

Dolaylı garantilerde temel ilişkinin taraflarını oluşturan edimi garanti edilen ile garanti alan, farklı ülkelerde bulunmaktadır. Dolayısıyla temel ilişki milletlerarası nitelik taşımaktadır. Bu nedenle garanti alana karşı talep yasağı şeklinde ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için Türk mahkemesinin milletlerarası yetkiye haiz olması gerekir. Türk mahkemesinin milletlerarası yetkisi ise, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre belirlenir(MÖHUK m.27).

Garanti alan ve garanti veren bankanın Türkiye’de bulunması halinde, ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilecek yetkili mahkemeyi düzenleyen HUMK. m.104 hükmünden hareketle Türk mahkemesinin yetkisinin bulunduğu sonucuna varılacaktır Zira garanti alanın ve garanti veren bankanın Türkiye’de bulunmasından dolayı ihtiyati tedbir kararının en az masrafla en çabuk icra edileceği yer Türkiye’dir. Garanti alan ve garanti veren bankanın yabancı bir ülkede bulunması halinde, asıl dava bakımından Türk mahkemesinin yetkisi yoksa ihtiyati tedbir kararının en az masrafla en çabuk icra edileceği yer de Türkiye olmayacağından Türk mahkemesi

⁹⁹⁸ HUMK. m.9/2’de “Davalı birden fazla ise, dava bunlardan birinin ikametgâhı mahkemesinde açılır...” hükmü yer almaktadır.

⁹⁹⁹ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.335 vd.; **Kahyaoğlu**, s.90.

yetkili olmayacaktır. Ayrıca bir ülkede alınan ihtiyati tedbir kararının, diğer ülkede doğrudan sonuç doğurmayacağı da dikkate alındığında garanti alana karşı alınacak garanti alacağına talep etme yasağı şeklindeki ihtiyati tedbir kararının, garanti alanın bulunduğu ülke mahkemesinden alınması faydalı olacaktır¹⁰⁰⁰. Edimi garanti edilen ile yabancı ülkedeki garanti veren banka arasında hukuki bir ilişki bulunmadığından, yabancı ülkeden alınacak garanti alana talep yasağını içeren ihtiyati tedbir kararının garanti veren bankayı bağlayıp bağlamayacağı da belirsizdir.

Edimi garanti edilenin, kendi ülkesinden veya garanti alanın ülkesinden talep yasağı şeklinde bir ihtiyati tedbir kararı aldığı durumlarda, söz konusu kararı derhal kendi ülkesindeki kontrgaranti veren ve yabancı ülkedeki garanti veren bankaya bildirmesi faydalı olacaktır. Zira alınan ihtiyati tedbir kararının doğrudan icra kabiliyeti bulunmamakla birlikte hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunu gösteren likit bir delil olarak değerlendirmesi mümkündür¹⁰⁰¹.

V-BANKA GARANTİSİ BAKIMINDAN İHTİYATI TEDBİR KARARININ KALKMASI veya DEĞİŞTİRİLMESİ

Banka garantisinde ödeme veya talep yasağı şeklinde verilen ihtiyati tedbir kararının, diğer ihtiyati tedbir türlerinde olduğu gibi belirli şekillerde kalkması veya değiştirilmesi imkânı vardır. Aşağıda ihtiyati tedbirin kalkması veya kararın değiştirilmesi durumlarını inceleyeceğiz.

Öncelikle vurgulamak gerekir ki ihtiyati tedbir kararının temyizi mümkün değildir. Ancak aşağıda belirteceğimiz yollarla tedbir kararı kaldırılabilir veya değiştirilebilir. Mahkemenin talep üzerine vereceği kararların temyizi de mümkün değildir. Doktrinde ihtiyati tedbir kararına itiraz, teminat karşılığında ihtiyati tedbirin kaldırılması, durum ve şartların değişmesi nedeniyle ihtiyati tedbir kararının

¹⁰⁰⁰ **Doğan**, s.418-419. Bu tür bir ihtiyati tedbir kararının edimi garanti edilenin ülkesinden alınmasının faydasız olacağı konusundaki değerlendirmeler için bkz. **Ebmeier/Schöne**, s.270.

¹⁰⁰¹ Bkz. II. Bölüm, § 6, II, C, 2.

kaldırılması veya değiştirilmesi talebinde bulunma imkânlarından sadece aleyhine tedbir kararı verilen kişinin yararlanabileceği kabul edilmektedir¹⁰⁰². Bu durumda talep yasağı şeklinde bir ihtiyati tedbir kararının alınması, garanti alanın ihtiyati tedbir kararının kaldırılması veya değiştirilmesi talebinde bulunma imkânlarından yararlanmasında herhangi bir sorun doğmaz. Ancak ödeme yasağı şeklinde bir ihtiyati tedbir kararının alınması halinde, bu kararın muhatabı banka olduğundan bu imkânlardan garanti alan yararlanamayacaktır. Kanaatimizce ödeme yasağı, doğrudan bankaya karşı alınmış bir karar olsa da, gerçekte garanti alanın garanti bedelini tahsil etmesini engelleyici niteliktedir. Edimi garanti edilenin, ihtiyati tedbir kararı talep edebileceğini kabul edildiği bir durumda garanti alanın ihtiyati tedbir kararının kaldırılması veya değiştirilmesi talebinde bulunma imkânlarından yararlanmayacağını kabul etmek hakkaniyete uygun olmayacaktır. Bu tür imkânlardan yararlanmak isteyen kişi de bankadan ziyade garanti alandır. Ayrıca ihtiyati tedbir kararından sonra açılacak davanın muhatabı da garanti alan olmaktadır. Bu nedenlerle ödeme yasağı şeklinde bir ihtiyati tedbir kararının alınması halinde de garanti alan ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilmeli, teminat karşılığında ihtiyati tedbirin kaldırılması, durum ve şartların değişmesi nedeniyle ihtiyati tedbir kararının kaldırılması veya değiştirilmesi talebinde bulunabilmelidir.

Aşağıda sayılan nedenlerden biri ile ihtiyati tedbirin kalktığı durumlarda, tedbir kararının kalktığına kendisine tebliğinden itibaren bankanın garanti bedelini ödeme yükümlülüğü doğacaktır. Banka sadece garantide belirlenen miktarı ödemekle yükümlü olacak, ihtiyati tedbir kararının bulunduğu süre içindeki garanti alanın mahrum kaldığı faizlerden banka, sorumlu olmayacaktır. Mahrum kaldığı faiz ve uğradığı zararlar için garanti alan, haksız bir şekilde ihtiyati tedbir koyduran edimi garanti edilene başvuracaktır¹⁰⁰³.

¹⁰⁰² **Kuru**, s.4349; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.625; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.970.

¹⁰⁰³ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.312-313.; **Kahyaoğlu**, s.93-94. Mahrum kalınan faiz ve uğranılan zararlardan edimi garanti edilenin sorumluluğu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. III. Bölüm, § 9, VII.

A-İhtiyati Tedbir Kararına İtiraz

İhtiyati tedbir kararı, taraflar davet edilip dinlendikten sonra(HUMK. m.105/1), yani duruşma yapılarak verilmişse, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilmiş olan garanti alan veya garanti veren bu ihtiyati tedbir kararına itiraz edemez¹⁰⁰⁴. Zira aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın, mahkemede dinlendiği sırada bütün itiraz sebeplerini bildirmesi gerekirdi.

İhtiyati tedbir kararı duruşma yapılmaksızın(HUMK. m.105/2) verilmişse, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilmiş olan garanti alan veya garanti veren, HUMK. m.107 hükmüne dayanarak ihtiyati tedbir kararına itiraz edebilir¹⁰⁰⁵. İhtiyati tedbir kararına itiraz için herhangi bir süre öngörülmediğinden, yargılama tamamlanıncaya kadar her zaman itiraz mümkündür. İtiraz, dilekçe ile yapılır ve itiraz edenin, delillerini de bu dilekçeye eklemesi gerekir(HUMK. m.108).

İtiraz dilekçesinin verileceği mahkeme bakımından ikili bir ayırım yapmak gerekir. Esas hakkında henüz dava açılmamışsa itiraz, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye yapılır. Buna karşılık, itirazdan önce esas hakkında dava açılmışsa artık itiraz, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye değil, esas hakkındaki davaya bakan mahkemeye yapılır(HUMK. m.108/2 c.1). İtiraz dilekçesinin verilmiş olması, kural olarak kendiliğinden tedbirin uygulanmasına engel olmaz. Ancak itiraz dilekçesini alan mahkeme, itiraz dilekçesi üzerine yapacağı duruşmaya kadar, daha önce aldığı ihtiyati tedbir kararının uygulanmasının geçici olarak durdurulmasına karar verebilir (HUMK. m.107/ c.2).

Mahkeme, itiraz üzerine iki tarafı davet eder. Hâkim, her iki tarafı dinler ve tarafların delillerini göz önüne alarak, ihtiyati tedbir kararını kaldırabilir veya değiştirebilir. İtirazı yerinde görmeyecek olursa, itiraz talebini reddeder(HUMK. m.108/2 c.3). Burada hâkim tarafından verilecek ihtiyati tedbir kararının kaldırılması değiştirilmesi veya itirazın reddi kararı da birer ara karar olup, tek başlarına temyizi

¹⁰⁰⁴ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.709; **Kuru**, s.4349; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.969-970; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.625.

¹⁰⁰⁵ **Kahyaoglu**, s.93.

mümkün değildir¹⁰⁰⁶. İhtiyati tedbir kararına itiraz üzerine, her iki taraf da usulüne uygun davet edilmesine rağmen, taraflardan biri veya her ikisi duruşmaya gelmeyecek olurlarsa, hâkim, itiraz talebini dosya üzerinden inceleyerek karara bağlar(HUMK. m.108/2 c.4).

B-Kanuni Süre İçinde Davanın Açılmaması

İhtiyati tedbir kararı, davanın açılmasından önce verilmiş ise, uygulanmış olup olmamasına bakılmaksızın, kararın verildiği tarihten itibaren on gün içinde¹⁰⁰⁷(özel kanunlarda farklı bir düzenleme öngörülmüşse, bu süre içinde) esas hakkındaki davanın açılması gerekir(HUMK. m.109/c.1). Bu nedenle edimi garanti edilen, kanunda öngörülen bu on günlük süre içinde esas hakkındaki davasını açmalıdır¹⁰⁰⁸. Aksi durumda ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkar¹⁰⁰⁹. Zira ihtiyati tedbirler, geçici nitelikte kararlar olup, maddi hukuk anlamında talebi kesin bir şekilde çözüme kavuşturmamaktadır¹⁰¹⁰.

Edimi garanti edilenin açacağı davanın bir tespit davası olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹¹. Garanti alana karşı¹⁰¹² açacağı bu davada edimi garanti edilen,

¹⁰⁰⁶ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.710; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.974.

¹⁰⁰⁷ Sürenin başlangıcı bakımından ihtiyati tedbir kararının uygulanmaya başlanmasının herhangi bir önemi yoktur. Önemli olan kararın verildiği tarihtir. On günlük sürenin hesabında HUMK. m159 vd. hükümleri uygulanır. Ayrıca burada düzenlenen süre, hak düşürücü süre olup, uzatılması mümkün değildir.

¹⁰⁰⁸ İhtiyati tedbirler bakımından Alman hukukunda, esas hakkında dava açılması herhangi bir süreye bağlanmamıştır. Ayrıca hâkim, ihtiyati tedbir talebinde bulunan tarafa esas hakkındaki davayı açması için bir mehil vermek zorunda da değildir. Buna karşılık, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf, mahkmeden, tedbir talebinde bulunan tarafa esas hakkındaki davayı açması için bir süre verilmesini talep edebilir(ZPO § 926). Mahkeme, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın talebini kabul eder ve süreyi belirlerse, esas hakkındaki dava bu süre içinde açılmalıdır, aksi durumda ihtiyati tedbir kararı ortadan kalkar. İsviçre hukuku bakımından ise, Neuchatel ve Basel Kantonu Medeni Usul Kanunlarında HUMK.'a benzer süreler bulunmasına karşın, diğer birçok İsviçre Kanton kanununda, sürenin belirlenmesi hâkimin takdirine bırakılmaktadır. Bkz. **Deren-Yıldırım**, s.130-131.

¹⁰⁰⁹ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.191; **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.474; **Kahyaoğlu**, s.93.

¹⁰¹⁰ **Deren-Yıldırım**, s.130.

¹⁰¹¹ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.322-323; **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.870; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.73-74; **Kahyaoğlu**, s.88.

¹⁰¹² Davanın garanti alana açılması gerekir, zira edimi garanti edilenin açtığı davanın haksızlığı karşısında savunma yapabilecek kişi garanti alandır. Bankanın davanın konusunu oluşturan garanti

garanti alan tarafından bankaya yöneltilen ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunun tespitini isteyecektir¹⁰¹³. Buna karşılık banka garantileri kıymetli evrak niteliğinde olmadığı için, banka garantisinin iadesi veya iptaline yönelik dava açılmasına gerek yoktur¹⁰¹⁴.

Tahkim şartının bulunması durumunda esas hakkındaki davanın, mahkemenin yanısıra hakem mahkemesinde de açılması mümkündür¹⁰¹⁵. Dava hakem mahkemesinde devam ettiği sürece tedbir devam edecektir¹⁰¹⁶.

Lehine ihtiyati tedbir verilen edimi garanti edilenin, kanunda belirlenen on günlük süre içinde, mahkemeden aldığı davayı açtığını gösteren belgeyi, kararı yerine getiren memura vererek dosyaya koydurması ve bunun karşılığında bir belge alması gerekir(HUMK. m.109/c.2). Esas davanın açılması ve belgenin kararı yerine getiren memura teslimi, kanunda öngörülen süre içinde yapılırsa ihtiyati tedbir, kural olarak dava süresince devam eder. Aksi durumda, ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkar

konusu olay hakkında bilgisi olmayabileceği gibi, davayı kazanıp kazanmaması da kendisi açısından çok fazla önem taşımaz. Bkz. **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.473. Ayrıca ihtiyati tedbir kararı verildikten sonra, temel ilişkiden hareketle esas hakkındaki davanın garanti alana karşı açılmasının, bankanın alınan tedbir talebine uymasına engel olmadığı konusunda bkz. **Kaya**, İhtiyati Tedbir, s.145.

¹⁰¹³ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.323.

¹⁰¹⁴ Bkz. **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.870; **Reisoğlu**, İhtiyati Tedbir, s.474-475; **Barlas**, Banka Teminat Mektupları, s.75; **Kahyaoğlu**, s.88.

¹⁰¹⁵ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.311.

¹⁰¹⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun kararına konu olan olayda ilk derece mahkemesi, tahkim itirazını kabul ederek ihtilafın yabancı ülkede bulunan hakem mahkemesinde görülmesi gerektiğinden hareketle görev yönünden dava dilekçesinin reddine, ancak daha önce diğer bir mahkemece verilen tedbirin devam edeceğine karar vermiştir. Bunun üzerine Yarg. 11. HD., şu değerlendirmelerde bulunmak suretiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur; "...Mahkemece davalı tarafın mahkemenin görevine ilişkin tahkim itirazı kabul edilerek dava dilekçesinin bu nedenle reddine karar verilerek Londra hakem mahkemesinde çözümlenmesi gerektiği sonucuna vardığına göre, davadan bu kararlar nihai bir şekilde el çektiğinden bu kararlar birlikte daha önce verilmiş ihtiyati tedbir kararının devamına karar verilmesi doğru görülmemiştir...". Konu önüne gelen Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, şu değerlendirmelerde bulunmak suretiyle ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır; "...Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, mahkeme kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle mahkemece, taraflar arasında düzenlenen sözleşmedeki tahkim şartı uyarınca davanın hakemde görülmesi icab ettiği gerekçesiyle HUMK.nun 519. maddesi hükmü uyarınca mahkemenin görevsizliğine ve dava dilekçesinin reddine ilişkin verilen karar, mahiyeti itibarıyla davayı esastan halletmeyip usul yönünden ve belli prosedür gerçekleştirilerek hakem mahkemesinde davanın devamına imkan sağlayan niteliktedir. Bu itibarla belirtilen koşullar tamamlanıncaya kadar mahkemece daha önce alınmış bulunan ihtiyati tedbir kararının devamına karar verilmiş olmasında usule aykırı bir husus bulunmamaktadır..". YHGK. 29.11.1995 T. ve E.1995/11-870 K.1995/1053 sayılı karar için bkz. www.kazanci.com.tr.

ve bu süre içinde tedbir uygulanmışsa, tedbirin fiilen kaldırılması ve bu konuda gerekli işlemlerin yapılması, kararı uygulayan memurdan talep edilir(HUMK. m.109/c.3).

C-Hükmün Verilmesi İle İhtiyati Tedbirin Kalkması

Herhangi bir davada mahkeme, esas hakkında hükmünü verince, kural olarak, hükmün kesinleşmesine gerek olmaksızın, bu hükmün tefhim veya tebliğ edilmesiyle (HUMK. m.112) birlikte ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkar¹⁰¹⁷. Bu nedenle edimi garanti edilenin açacağı esas hakkındaki davaya ilişkin hükmün verilmesi ile birlikte banka garantisine yönelik tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır¹⁰¹⁸. Bu kuralın istisnasını, mahkemenin, ihtiyati tedbirin devamına ayrıca karar vermesi oluşturmaktadır. Esas hakkındaki hükmün, ihtiyati tedbir talep eden lehine olması durumunda mahkeme, hükmün icrasını sağlamak amacıyla tedbirin hüküm kesinleşinceye kadar devamına karar verebilir¹⁰¹⁹.

Hüküm verilirken ihtiyati tedbirin devamına ayrıca karar verilmesi gerekir Bu istisnai durumun uygulanabilmesi için, lehine ihtiyati tedbir konulmuş olan tarafın talebi ve mahkemenin de bu talebi uygun bulması gereklidir. Talepte bulunulmaması veya bu talebin mahkemece uygun bulunmaması nedeniyle talebin reddedilmesi halinde tedbir, kendiliğinden kalkar. Bu durumda ne aynı mahkemeden ne de üst derece mahkemesinden tedbir talebinde bulunulması mümkün olmadığı gibi, dava devam ettiği için başka bir mahkemeden tedbir talep etmek de mümkün olmayacaktır¹⁰²⁰. Bundan dolayı esas hakkındaki dava lehine sonuçlanmasına rağmen garanti bedelinin ödenmesi ihtimaliyle zor durumda kalmak istemiyorsa, edimi

¹⁰¹⁷ Benzer düzenleme 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu m.6/son'da bulunmaktadır. Buna göre tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin istemi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı, hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle ya da davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

¹⁰¹⁸ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.192; **Kahyaoglu**, s.93.

¹⁰¹⁹ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.711-712; **Önen**, s.104; **Postacıoğlu**, Usul Hukuku, s.496-497; **Deren-Yıldırım**, s.130-131.

¹⁰²⁰ **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s.624.

garanti edilenin, esas hakkındaki hükmün kesinleşmesine kadar tedbirin devam etmesi yönünde talepte bulunması gerekir. Mahkeme de bu talebi yerinde görürse, tedbirin devamına karar vermelidir¹⁰²¹.

D-Teminat Karşılığında İhtiyati Tedbirin Kalkması

Garanti alan, mahkemeye başvurup, HUMK. m.111 uyarınca teminat göstererek tedbirin tamamen kaldırılmasını veya değiştirilmesini isteyebilir¹⁰²².

Garanti alanın göstereceği teminatın, ihtiyati tedbir kararının kaldırılması veya değiştirilmesi halinde, edimi garanti edilenin menfaatlerini garanti altına alacak nitelikte bir teminat olması gerekir. Yaptığı inceleme sonucunda mahkeme teminatı yeterli görmesi halinde, tedbiri tamamen kaldırabilir veya değiştirebilir. Ancak teminat gösterilmesi durumunda mahkeme, ihtiyati tedbiri kaldırmaya veya değiştirmeye mecbur değildir. Bu nedenle garanti alanın göstermiş olduğu teminata rağmen mahkeme, ihtiyati tedbir kararında herhangi bir değişiklik yapmayabilir¹⁰²³.

İhtiyati tedbir kararının verilmiş olması, tedbir talep eden bakımından güvence oluşturmaktadır. Dolayısıyla teminat gösterilerek ihtiyati tedbir kararının değiştirilmesi veya kaldırılması, ihtiyati tedbir ile güdülen amaca aykırı düşebileceğinden, söz konusu teminatın çerçevesinin iyi çizilmesi gerektiği doktrinde ifade edilmektedir¹⁰²⁴. Nitekim Alman Medeni Usul Kanununda da sadece “özel durumların varlığı halinde” ihtiyati tedbirin teminat karşılığında kaldırılacağı ifade edilmektedir(ZPO § 939). İsviçre hukukunda da aleyhine ihtiyati tedbir kararı

¹⁰²¹ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.312. Alman hukuku bakımından, esas hakkında verilen hüküm, otomatik olarak ihtiyati tedbir kararının da kalkması sonucunu doğurmaz. Hükmün verilmesi, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen taraf bakımından ihtiyati tedbirin kaldırılmasına yönelik olarak talepte bulunma hakkı sağlamaktadır(ZPO § 927). Bu talebin dayanağını ise, durumun değişmesi oluşturmaktadır. Bkz. **Deren-Yıldırım**, s.137.

¹⁰²² **Kahyaoğlu**, s.93.

¹⁰²³ **Kuru**, s.4364; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.979-980; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.626.

¹⁰²⁴ **Deren-Yıldırım**, s.152-153.

verilen tarafın, teminat göstererek tedbir kararını önleme veya kaldırmaya yönelik bir talep hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁰²⁵.

E-Durum ve Şartların Değişmesi Nedeniyle İhtiyati Tedbir Kararının Kaldırılması veya Değiştirilmesi

Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen banka veya garanti alan, ister dinlensin isterse yokluğunda karar verilmiş olsun sonradan ortaya çıkan sebeplerle ihtiyati tedbir kararı verilirken ki mevcut şartların değiştiğini veya tamamen ortadan kalktığını ileri sürerek ihtiyati tedbir kararının kaldırılması veya değiştirilmesi talebinde bulunabilir. Daha önce açıklanan itirazdan farklı olarak burada, aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen banka veya garanti alanın sadece yokluğunda karar verilmiş olmasına gerek yoktur. Duruşmalı şekilde karar verilmiş olsa ve hatta daha önce itiraz etmiş ve itirazı reddedilmiş olsa dahi taraf, durum ve şartların değiştiğini ileri sürerek bu imkândan yararlanabilecektir¹⁰²⁶.

Burada ihtiyati tedbire itiraz eden taraf, ihtiyati tedbir kararı verilirken mevcut olan şartların değiştiğini veya tamamen ortadan kalktığını ileri sürerek tedbire itiraz etmektedir(HUMK. m.111). Hâkim, yapacağı inceleme sonucunda talep hakkında karar verir. Burada verilecek karar da, bir ara karar olduğundan yalnız başına temyizi mümkün değildir. Hâkim, ihtiyati tedbirin değiştirilmesi veya kaldırılmasına karar verirse, bu konuda teminat alınıp alınmayacağını da karara bağlar¹⁰²⁷.

¹⁰²⁵ Bkz. **Deren-Yıldırım**, s.153, dn.58.

¹⁰²⁶ Bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.626.

¹⁰²⁷ **Kuru**, s.4365;**Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.976.

VI-BANKA GARANTİSİ BAKIMINDAN İHTİYATİ TEDBİR KARARINA UYMAMANIN SONUÇLARI

Ödeme yasağı veya talep yasağı şeklinde bir ihtiyati tedbir kararının bulunması durumunda banka ve garanti alan bu ihtiyati tedbir kararına uymak zorundadır¹⁰²⁸. İhtiyati tedbir kararına uyulmamasının yaptırımı, HUMK. m.113/A hükmünde düzenlemiş bulunmaktadır. Buna göre ihtiyati tedbir kararına ilişkin emre uymayanlar ve alınan tedbire aykırı davranarak ihlal eden ilgililer, eylemleri Türk Ceza Kanuna göre daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde bir yıldan altı aya kadar hapisle cezalandırılır¹⁰²⁹.

Banka garantisine, “ihtiyati tedbir kararına rağmen garanti bedelini ödeyeceğiz...” veya “...temel borç ilişkisinden doğacak ihtilaf ve bunun kanuni sonuçları dikkate alınmaksızın ödeme yapılacaktır” şeklindeki kayıtların konulduğu görülmektedir. HUMK. m.113/A hükmü karşısında bu tür ibarelerin hukuki değeri yoktur¹⁰³⁰. İhtiyati tedbir kararının verilmesi durumunda banka, bu tür bir taahhüde rağmen, garanti bedelini ödemeye zorlanamayacaktır¹⁰³¹. Aynı şekilde kontrgarantide de benzer ifadeler yer verilmek suretiyle edimi garanti edilenin ihtiyati tedbir talebinde bulunmayacağına ilişkin kayıtlar konulmaktadır. Bu şekilde ki bir taahhüt kişilere tanınmış dava hakkından vazgeçmek anlamı taşıyacağından hükümsüzdür. Zira bu tür bir ibareler, kamu düzenine ve ahlaka aykırıdır. Bu tür hükümlerin varlığı halinde kısmi butlanın bulunduğu kabul edilmeli ve bu geçersiz hüküm yokmuş gibi karar verilmelidir¹⁰³². Bu noktada *Reisoğlu*¹⁰³³, edimi garanti edilenin, “ihtiyati tedbir kararı alınması halinde dahi bankanın garanti bedelini ödemeye yetkili olduğu...” şeklindeki bir taahhüdün hukuken geçerli olduğunu savunmaktadır. Ekonomik kaygılara dayanan bu görüşe katılma olanağı yoktur. Kanaatimizce ihtiyati tedbirin

¹⁰²⁸ Bkz. **Arkan**, Teminat Mektubu, s.82; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.190.

¹⁰²⁹ İhtiyati tedbir kararına muhalefet edenlerin cezalandırılması konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Ercan**, s.925 vd.

¹⁰³⁰ **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.190-191. Ayrıca kısmi butlanın hukuki sonuçları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Başpınar**, Kısmi Butlan, s.175 vd.

¹⁰³¹ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.870-871; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.315; **Arkan**, Teminat Mektubu, s.64.

¹⁰³² **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s.191; **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.315.

¹⁰³³ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.315.

varlığına rağmen, ödeme yetkisi veren taahhüt, garanti sözleşmesi bakımından geçerlilik ifade etmeyecektir. Ancak bankanın, ihtiyati tedbirin varlığına rağmen ödemede bulunması durumunda, bankanın yapmış olduğu bu ödeme, banka garantisi dışında, kendi bağımsız taahhüdünden kaynaklanan bir ödeme olarak değerlendirilmeli ve böyle bir durumda da banka, aralarındaki ilişkiye dayanarak edimi garanti edilene rücu edememelidir¹⁰³⁴.

VII-BANKA GARANTİSİ BAKIMINDAN HAKSIZ İHTİYATİ TEDBİRDEN DOLAYI SORUMLULUK

İhtiyati tedbir kararları, geçici nitelikte bir hukuki koruma sağlaması nedeniyle, tam bir inceleme yapılmaksızın ve çoğu zamanda karşı taraf dinlenmeksizin verilebilmektedir. Dolayısıyla lehine tedbir kararı verilen kişinin asıl dava sonucunda haksız çıkması da mümkündür. Bunun yanında ihtiyati tedbir kararının uygulanması sonucunda, karşı tarafın veya üçüncü kişilerin zarar görme ihtimali de vardır. İşte bu zarar görme ihtimaline karşı HUMK. m.110'da, ihtiyati tedbire karar verilirken, talepte bulunandan teminat alınması hükme bağlanmıştır. Edimi garanti edilenin talebi üzerine alınan ihtiyati tedbir kararının haksız olduğunun ortaya çıkması halinde, bu karardan dolayı zarara uğrayan banka veya garanti alan, edimi garanti edilenden tazminat talebinde bulunabilecektir¹⁰³⁵.

HUMK. m.110'da, teminat alınması hükme bağlanmakla birlikte bu hüküm dışında haksız ihtiyati tedbirden dolayı zarara uğrayanın açacağı dava ile ilgili olarak başka hüküm bulunmamaktadır¹⁰³⁶. Bu nedenle haksız ihtiyati tedbirden doğan tazminat davasına, haksız fiile ilişkin genel hükümler uygulanacaktır¹⁰³⁷.

¹⁰³⁴ Kahyaoğlu, s.93.

¹⁰³⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri II, s.871; Reisoğlu, Teminat Mektupları, s.314.

¹⁰³⁶ Buna karşılık ihtiyati haciz bakımından, ihtiyati haciz isteyen alacaklının haksız çıkması halinde, borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları zarardan sorumlu olacakları düzenlenmiştir(İİK. m.259/1).

¹⁰³⁷ Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s.712; Kuru, s.4377 vd.; Pekcanitez/ Atalay/ Özekes, s.627; Yılmaz, Geçici Hukuki Himaye, s.992.

Haksız ihtiyati tedbir nedeniyle tazminat talebinde bulunulabilmesi için, öncelikle ihtiyati tedbir kararı verilmiş ve bu kararın icra edilmiş olması gerekir. İkinci şart olarak ihtiyati tedbir kararının haksız olduğunun anlaşılması gerekir. Bunun için ihtiyati tedbir talep eden edimi garanti edilenin, uyuşmazlık konusunda açılan esas davada haksız çıkması, yani aleyhine hüküm verilmesi gerekir. Sadece yetkisizlik veya görevsizlik gibi nedenlerle verilecek kararlar, tazminat davası açılması için yeterli olmayacaktır¹⁰³⁸.

Haksız ihtiyati tedbir nedeniyle tazminat davası açılabilmesi için ayrıca, haksız ihtiyati tedbirden dolayı bir zararın ortaya çıkmış olması gerekir. Tedbir nedeniyle banka veya garanti alan, zarara uğramalıdır. İhtiyati tedbirde nedeniyle garanti bedeline geç kavuşacak garanti alanın zarara uğrayacağı kuşkusuzdur. Tazminat davası için ayrıca haksız ihtiyati tedbir ile ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır¹⁰³⁹.

Haksız ihtiyati tedbir kararından dolayı tazminatın söz konusu olabilmesi için, kusura ilişkin değerlendirmelerde doktrindeki ağırlıklı görüş, kusursuz sorumluluğun bulunduğunu kabul etmektedir¹⁰⁴⁰. Bu görüşü kabul edenlere göre, burada sorumluluk açısından kusursuz sorumluluğun bulunduğu kabul edildiğinden, kusur şartı aranmayacak, ihtiyati tedbir kararı alıp bunu uygulatan tarafın kastı, ihmali veya herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığı tazminat davası bakımından önem taşımayacaktır¹⁰⁴¹. Buna karşılık doktrindeki bir görüş¹⁰⁴² ise,

¹⁰³⁸ **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.999 ve s.1001; **Kuru**, s.4377-4378; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.627.

¹⁰³⁹ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.713; **Kuru**, s.4377 vd.; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.627; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.1002 ve s.1019.

¹⁰⁴⁰ **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.713; **Kuru**, s.4394; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.993; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.627; **Kahyaoglu**, s.93. Nitekim Yargıtay'da bir kararında, kusursuz sorumluluğun aranacağı sonucuna varmaktadır; "...davalı kusursuz sorumluluk esasını uyarınca, haksız ihtiyati tedbir kararı gereğince meydana gelen zarardan sorumludur. Öyleyse yerel mahkemece davacının teminat mektuplarını paraya çevirmesinin engellendiği tarih ile tedbir kararının sona erdiği tarih arasında geçen süre göz önünde tutulup, tedbir kararı konulmasa idi, teminat mektupları karşılığının davacının malvarlığına girerek ticari işletmesi itibarıyla bundan ne tutarda ticari kazanç kazanacağı konusunda uzman bilirkişi eliyle inceleme yaptırılmalı ve isteme bağı kalınarak davacının ticari kazançtan yoksunluğu tazminat olarak hüküm altına alınmalıdır..". Yarg. 15.HD. 02.07.1980 T ve E. 1980/1111, K.1980/1692 sayılı kararı için bkz. **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.314.

¹⁰⁴¹ **Önen**, s.105; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s.713; **Kuru**, s.4394; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.993; **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, s.627.

HUMK. m.110'dan objektif sorumluluğun düzenlendiği sonucunu çıkarmanın mümkün olmadığını kabul etmektedir. Kanaatimizce de HUMK. m.110'da kusursuz sorumluluğun düzenlendiğine ilişkin herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Kusursuz sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, kanunda açıkça bir düzenlemenin bulunması gerektiği dikkate alınır, edimi garanti edilenin tazminat sorumluluğunun doğması için kusurunun bulunması gerektiği sonucuna varılabilir.

Banka garantisi bakımından haksız ihtiyati tedbir nedeniyle açılacak tazminat davasının davacısı, garanti alan ve garanti veren bankadır. Davalı ise, lehine ihtiyati tedbir konulan edim garanti edilendir¹⁰⁴³. Tazminat talebinde bulunan kişinin lehine hüküm verilmesi durumunda, tazminat davası sonuçlanıncaya kadar alıkonulan teminattan hak kazanılan kısmı ödenir. Teminat aynı olarak verilmez, icra takibi üzerine usulüne uygun olarak paraya çevrilerek ödenir¹⁰⁴⁴.

VIII-BANKA GARANTİSİ BAKIMINDAN İHTİYATİ TEDBİR KARARI VERİLEMEYECEK DURUMLAR

2886 Sayılı Devlet İhale Kanunu m.26/3'de ve aynı şekilde 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu m.34/son'da "...her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminatlar... üzerine ihtiyati tedbir konulamaz" hükmü yer almaktadır. Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'ndaki bu açık ve genel nitelikteki düzenleme karşısında, resmi dairelere hitaben verilen her türlü garantiler bakımından ihtiyati tedbir kararı verilemeyeceği söylenebilir¹⁰⁴⁵.

İhtiyati tedbir kararı almak suretiyle garanti bedelinin banka tarafından ödenmesine engel olacak kişi, edimi garanti edilendir. Buna göre edimi garanti edilen, resmi dairelere hitaben verilen garantiler bakımından mahkemeye başvurmak

¹⁰⁴² **Deren-Yıldırım**, s.155-156 ve özellikle s.164.

¹⁰⁴³ Türk hukuku bakımından zarara uğrayan üçüncü kişilerin tazminat davası açma imkânı bulunmasına karşın Alman hukukunda dava açma imkânı bulunmamaktadır. Ancak doktrinde, başkası hakkında verilen ihtiyati tedbir kararlarından, kural olarak, etkilenmemeleri gereken üçüncü kişilere de dava açma hakkının tanınması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. **Deren-Yıldırım**, s.165

¹⁰⁴⁴ **Kuru**, s.4405; **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye, s.1027

¹⁰⁴⁵ **Tandoğan**, Özel Borç İlişkileri II, s.871.

suretiyle ödeme yapılmasına engel olamayacaktır. Ancak garanti alanın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya amaca aykırılık oluşturduğu düşüncesinde olan edimi garanti edilenin, likit ispat araçlarıyla garanti veren bankaya başvurarak garanti bedelini ödemekten kaçınmasını isteme hakkı vardır. Bu talep üzerine banka, gerekli inceleme ve değerlendirmeleri yaptıktan sonra, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya amaca aykırılık oluşturduğuna kanaat getirirse, ödeme talebinde bulunan resmi dairede olsa garanti bedelini ödemekten kaçınabilecektir¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁶ **Reisoğlu**, Teminat Mektupları, s.318.

SONUÇ

Banka garantisi, garanti sözleşmesinin bir türünü oluşturan ve garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine bankanın, belli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi taahhüt ettiği bağımsız ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Garanti konusu olay, önceden belli olmayan ve gerçekleşmesi garanti alan tarafından arzu edilmeyen bir durumun gerçekleşmesi, özellikle de bankanın müşterisi durumundaki edimi garanti edilenin, garanti alana borçlandığı edimi zamanında ve sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirmemesidir. Bankanın, garanti sözleşmesinden doğan borcu, bağımsız nitelikte bir borçtur. Bağımsızlık, garanti veren bankanın garanti alana karşı yükümlendiği borcun varlığının ve geçerliliğinin, diğer herhangi bir borç ilişkisine bağlı olmaması ve ondan etkilenmemesi anlamındadır. Banka garantisi, bağımsız bir sözleşme olmasına karşın, soyut bir borç taahhüdü niteliğinde değildir. Banka garantisi, edimi garanti edilenin, garanti alana karşı yükümlendiği bir borcun, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi durumunu teminat altına aldığından teminat sebebinden soyut bir işlem olmayıp, teminat amacı noktasında sebebe bağlı, yani başka bir işlemin garantisi niteliği taşımaktadır.

Banka garantisinde garanti veren banka, garanti alan ve edimi garanti edilen'den oluşan üçlü bir ilişki söz konusudur. Banka garantisi, bağımsız nitelikte bir sözleşme olmakla birlikte, “temel ilişki” ve “karşılık ilişkisi” şeklinde adlandırılan diğer iki hukuki ilişki ile bağlantı içerisinde bulunmaktadır. Temel ilişki, teminat altına alınan edimin alacaklısı (garanti alan) ile borçlusu (edimi garanti edilen) arasındaki ilişkidir. Banka garantisi ile bu temel ilişkiden doğan borç teminat altına alınmaktadır. Banka ile edimi garanti edilen kişi arasındaki ilişki ise karşılık ilişkisidir. Bu ilişkinin hukuki niteliği, vekâlet sözleşmesidir. Buna göre edimi garanti edilen vekâlet veren, banka ise vekil durumundadır.

Garanti, garanti edilen rizikonun niteliğine göre, yöneltmeyi amaçlayan veya teminatı amaçlayan; garantinin süresine göre, süreli veya süresiz garanti; ödeme talebinin şekli ve şartlarına göre, “ilk talepte” ödeme kaydını içeren veya şartlı garanti; ikinci bankanın devreye girmesine göre, doğrudan veya dolaylı garanti ve teminatın konusuna göre ise, ifa garantisi, geçici garanti, avans(ön ödeme) garantisi,

ödeme garantisi, eksik belgelere ilişkin garanti ve kontrgaranti şeklinde çeşitlere ayrılır. “İlk talepte” ödeme kaydını içeren garantilerde garanti veren, ödeme talebinin haklılığına ilişkin ispat araçlarını talep etmeksizin, def’i ve itirazları ileri sürme imkânına sahip olmaksızın, sadece ödeme talebinde bulunan kişinin garanti alan olup olmadığına yönelik şekli anlamda bir inceleme yapmak suretiyle garanti alanın ilk talebi üzerine ödeme yapmayı taahhüt etmektedir. Bununla birlikte bir garantide “ilk talepte” ödeme kaydının bulunması, her şartta ve her halükarda garanti bedelinin ödeneceği anlamına gelmez. Garanti ancak, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine ve garanti alanın talebi ile ödenir. “İlk talepte” ödeme kaydının bulunması, garanti konusu olayın gerçekleştiğinin açıkça iddia edilmesine ve ispat edilmesine gerek olmaksızın, talep üzerine derhal ve gecikmeksizin ödemenin yapılacağını ifade eder.

Garanti sözleşmesi ve dolayısıyla da banka garantisi, hukuki niteliği itibariyle kendine özgü (sui generis) bir sözleşmedir ve BK. m.110 hükmünde düzenlenen üçüncü kişinin fiilini taahhütten farklıdır. Zira garanti sözleşmesinde garanti veren, garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine belirli bir miktar parayı garanti alana ödemeyi vaat etmektedir. Garanti veren, başkasının bir fiilini değil, garanti sözleşmesinden doğan kendi edimini taahhüt etmektedir. Ayrıca garanti veren, üçüncü kişinin fiili neticesinde ortaya çıkan zararı karşılamak amacıyla tazminat ödeme yükümlülüğü altına girmemekte kendi ödeme taahhüdünden kaynaklanan belirli bir miktar parayı ödeme borcu altına girmektedir. Garanti sözleşmesinde garanti bedelinin talep edilebilmesinin şartı, bir zararın ortaya çıkması değil, garanti konusu olayın gerçekleşmesidir. Yani garanti konusu olayın gerçekleşmesi üzerine garanti alan, garanti bedelinin ödenmesi talebinde bulunabilecek ve bu talepte bulunabilme için garanti alanın aynı zamanda zarara da uğraması şartı aranmayacaktır.

Garanti sözleşmesi ve banka garanti sözleşmesi geçerlilik bakımından herhangi bir şekle bağlı değildir. Sözleşme, banka tarafından yapılan icabın, garanti alan tarafından açık veya zımni irade beyanıyla kabulü ile birlikte kurulur ve bankanın sorumluluğu da bu andan itibaren işlemeye başlar. Garanti metninde banka

tarafından sonradan değişiklik yapılabilmesi, ancak edimi garanti edilenin talimatı ve garanti alanın kabulü ile mümkündür.

Banka garantisinden doğan alacağın, garanti alan tarafından sözleşmede belirlenen zamana, şekle ve içeriğe ilişkin şartlara uygun olarak talep edilmesi halinde garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğar. Ödeme talebinde bulunulması için, garanti konusu olayın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunun yanısıra ödeme talebinde bulunulmasına ilişkin olarak garanti sözleşmesinde özel bazı şartlar kararlaştırılmışsa, bu şartların da gerçekleşmesi gerekir.

Ödeme talebinde bulunulması üzerine bankanın, karşılık ilişkisinden doğan edimi garanti edileni derhal bilgilendirme; ödeme talebinin sözleşmede kararlaştırılan şartlara ve süreye uygun olup olmadığını inceleme; ödeme talebine ilişkin şartların yerine getirilmemesi durumunda gerekli itiraz ve def'ileri ileri sürmek suretiyle ödeme talebini geri çevirme, şartların varlığı halinde de garanti bedelini ödeme yükümlülükleri bulunmaktadır.

Banka garantisi, karşılık ilişkisinden ve temel ilişkiden bağımsız bir sözleşme olduğundan garanti veren, kural olarak sadece garanti sözleşmesinden doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir. Buna karşılık garanti veren, temel ilişkiden edimi garanti edilen lehine doğabilecek veya karşılık ilişkisinden kendi lehine doğabilecek def'i ve itirazları ileri süremez. Buna göre garanti alanın ödeme talebinde bulunulması durumunda garanti veren banka, garanti sözleşmesinden doğan tüm def'i ve itirazları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir.

Garanti veren banka, garanti ilişkisinden doğan ve hakkın doğumuna engel olan itirazları, hakkı sona erdiren itirazları, garanti ilişkisinden doğan def'ileri ve ödeme talebinin geçersizliğine ilişkin itirazları ileri sürebilir. Hakkın doğumuna engel olan itirazlar arasında kararlaştırılan şekle uyulmaması, garanti sözleşmesinin konusunun başlangıçtan itibaren imkânsız olması, konunun hukuka ve ahlaka aykırı olması, irade beyanlarının sıhhatli olmaması ve tarafların temsil yetkisine sahip olmaması halleri sayılabilir. Hakkın sona erdiren itirazlar arasında ise; ifa, ibra, borcun sonraki imkânsızlık ve takas nedeniyle sona ermesi halleri sayılabilir.

Hakkı sona erdiren itirazlar arasında yer alan takas bakımından iki husus önem taşır. İlk olarak garanti veren bankanın, genel bir şekilde tüm def'i ve itirazları ileri sürmekten feragat etmesi, garanti sözleşmesindeki takas hakkından da feragati anlamına gelmez. İkinci olarak "ilk talepte" ödeme kaydını içeren garantilerde garanti ilişkisinden doğan takas hakkından önceden zımni bir şekilde feragat edildiği kabul edilmemelidir. Zira takastan feragat, olayların normal akışına uygun ve varsayılan bir durum olmadığından takastan feragatin, açık ve kesin bir şekilde yapılması gerekir.

Garanti veren banka, zamanaşımı def'isi ve erteleme def'isini de savunma olarak ileri sürebilir. BK. m.110'a eklenen ikinci fıkra hükmüne göre, garanti sözleşmesinde belirli bir süre içinde garanti verenden yazılı talepte bulunulması şartını taşıyan süreli garantilerde, garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi ve garanti alanın da belirlenen bu süre içinde yazılı şekilde ödeme talebinde bulunulması gerekir. Bu süre içinde garanti konusu olayın gerçekleşmemesi veya ödeme talebinin bu süre içinde yapılmaması durumunda garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü sona erer. Buna karşılık belirlenen süre içinde ödeme talebinde bulunulması gerektiğine yönelik bir hüküm sözleşmeye eklenmemişse, garanti konusu olayın belirlenen süre içinde gerçekleşmesi şartıyla, garanti verenin sorumluluğu genel zamanaşımı süresine tabi olur. Süresiz garantiler bakımından ise, garanti verenin sorumluluğu, garanti konusu olayın gerçekleşmesinden itibaren genel zamanaşımı süresinin sonuna kadar devam eder.

Garanti verenin garanti sözleşmesinden dolayı ödeme yükümlülüğünün doğması için, garanti alan tarafından geçerli bir şekilde ödeme talebinde bulunulması gerekir. Ödeme talebinde bulunmaya ilişkin şartlar yerine getirilmeden talepte bulunulması durumunda garanti veren banka, ilgili itirazları ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir.

Garanti verenin, garanti ilişkisindeki fer'i nitelikte olmayan ödeme yükümlülüğü nedeniyle temel borç ilişkisinden doğan def'i ve itirazların ileri süremeyeceğine ilişkin kuralın önemli bir sınırlandırmasını, hakkın kötüye kullanılması suretiyle yapılan ödeme talebi oluşturmaktadır. Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulduğu savunması, temel ilişkiden

doğan ve ileri sürülemeyecek def'i ve itirazların bir istisnasını oluşturmakla birlikte gerçekte bizzat garanti sözleşmesinden doğan bir savunma imkânıdır. Hakkın kötüye kullanıldığının, temel ilişkiden doğan olaylara dayanmak suretiyle belirlenmesi halinde de bu savunma vasıtası, garanti sözleşmesinden doğan bir itiraz olarak varlığını sürdürür.

Garanti alan, garanti bedelini talep etmeye yönelik görünürde bir hakka sahip olmakla birlikte, dürüstlük kuralına göre temel borç ilişkisi bakımından herhangi bir talep hakkı bulunmamasına rağmen garantinin ödenmesini talep ederse, bu ödeme talebi açıkça hakkın kötüye kullanılmasını oluşturur. Bu durumda garanti veren banka, hakkın kötüye kullanıldığı savunmasında bulunarak garanti bedelini ödemekten kaçınabilir.

Garanti sözleşmesi ve banka garantileri bakımından, hakkın kötüye kullanıldığının ileri sürülmesinde aranacak ispat şekli, likit delillerle ispattır. Likit delil, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırı olduğunu gösteren, hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açık olan ve herkes tarafından kolayca anlaşılabilen delildir. Burada delil gösterme ve delillerin takdir edilmesi konusunda bir derecelendirme yapılmalı ve likit delil, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyan durumlarda ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için aranan bir hakkın varlığının, muhtemel ve gerçeğe yakın gösterilmesi ile asıl davada geçerli olan ispat prosedürü arasında bir yere konulmalıdır. Buna göre hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürenin, sunduğu delillerin sadece inandırıcı olması yeterli olmayıp, ayrıca açık olması ve daha sıkı bir değerlendirme ile iddianın haklılığı sonucuna varılabilmesi gerekir. Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığını ispatlama yükümlülüğu, edimi garanti edilen üzerindedir. Diğer likit delillerin yanısıra şartları gerçekleşmediği için tenfiz edilememiş yabancı mahkemededen veya hakem heyetinden verilmiş bir karar veya yabancı mahkemede verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı, ülke içinde kesin hüküm etkisi bulunmadığı durumlarda, hakkın kötüye kullanıldığına ilişkin likit delil olarak kabul edilmelidir.

Hakkın kötüye kullanılması suretiyle ödeme talebinde bulunulması durumunda garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğu doğmaz. Ayrıca karşılık ilişkisi bakımından itirazları ileri sürme yükümlülüğu ortaya çıkar. İtirazları ileri

sürmeden ödeme yapan banka, vekâlet sözleşmesine aykırı hareket etmiş olur. Böylece banka, vekâlet sözleşmesine dayanarak ödediği garanti bedelini, edimi garanti edilene rücu etmek suretiyle talep etme imkânını kaybeder. Ayrıca banka, özen borcuna aykırı davrandığından edimi garanti edilene tazminat ödemekle yükümlü olur. Ödeme yükümlülüğü doğmayan bankanın, garanti bedelini ödemesi, borç olmayan şeyin ifası (condictio indebiti) anlamına gelir(BK. m.62). Banka, şartları gerçekleşmişse, sebepsiz zenginleşmeye dayanarak yapmış olduğu ödemenin iadesini isteyebilir.

Garanti sözleşmesi ve banka garantisinin amacı, garanti metninde belirlenen garanti konusu olayın gerçekleşmesi rizikosuna karşı güvence sağlamaktır. Bu nedenle garantiye dayanarak ödeme talebinde bulunulabilmesi, ancak garanti konusu olayın gerçekleşmesi ve talebin, garantinin teminat amacı kapsamında yer alması halinde mümkündür. Buna göre garantinin kapsamında yer almayan bir riziko olayına dayanan ödeme talebi, garantinin amacına aykırılık oluşturur. Benzer şekilde garanti konusu olay gerçekleşmemiş ise veya garanti ile teminat altına alınan edim sözleşmeye uygun bir şekilde yerine getirildiği için garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün değilse ve buna rağmen garanti alan ödeme talebinde bulunuyorsa, yapılan bu ödeme talebi, garantinin teminat amacının dışındadır ve bu yüzden de garantinin amacına aykırılık oluşturur. Bu durumda garanti veren banka, amaca aykırılık itirazını ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Garanti veren, ödeme talebinin amaca aykırı olduğu itirazı ile temel ilişkiden doğan bir itirazı ileri sürmüş olmamakta, aksine bu şekilde davranmakla garanti veren, temel ilişkideki olaylara dayanan ve garanti sözleşmesinden doğan itirazları ileri sürmektedir.

Amaca aykırı bir şekilde yapılan ödeme talebi ile garanti alan, ödeme talebinde bulunduğu garantinin amacının kapsamından yer almayan ve bu yüzden de hakkın kullanıldığı zamanda, görünürde bir hak olarak dahi oluşmayan ödemeye ilişkin bir talep hakkını kullanmaktadır. Buna karşılık hakkın kötüye kullanılması yasağı anlamındaki amaca aykırı bir şekilde hak kullanımında, şekli bakımından da olsa görünürde var olan bir hakkın kullanılması söz konusudur. Bu görünürdeki hakkın kullanımı, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğundan MK. m.2/2 uyarınca hukuken korunmamaktadır.

Garanti veren bankanın def'i ve itirazları ileri sürmekten kaçınması halinde edimi garanti edilen, garanti bedelinin ödenmesine, sadece mahkemeden ihtiyati tedbir talebinde bulunmak suretiyle engel olabilir. Edimi garanti edilenin ihtiyati tedbir talebi, bankaya karşı ödeme yasağı konulması veya garanti alana karşı talep yasağı konulması şeklinde gerçekleşebilir. İhtiyati tedbir yoluyla ödeme yasağı veya talep yasağı konulabilmesi için, hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya garantinin amacına aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulmuş olmalıdır. İhtiyati tedbir talebinde bulunan edimi garanti edilenin temel dayanağı, garanti alanın yapmış olduğu ödeme talebinin, temel ilişkide yer alan sebeplerle hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya garantinin amacına aykırılık oluşturduğu şeklindedir.

Banka garantisi bakımından garanti bedelinin ödemesini engellemek amacıyla yapılacak bir ihtiyati tedbir talebinde hâkim, diğer ihtiyati tedbir taleplerinden farklı olarak yaklaşık ispatla yetinmemeli, likit delillerle ispatı aramalıdır. Buna göre edimi garanti edilen, hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunu likit delillerle ispatlamalıdır.

Doğrudan garantilerde garanti ilişkisinin, muhabir banka aracılığıyla yabancı ülkedeki bir garanti alanla kurulduğu durumlarda edimi garanti edilen, muhabir bankanın değil de, garantiyi veren bankanın bulunduğu ülkede ödeme yasağı konulmasına yönelik bir ihtiyati tedbir kararı almalıdır. Yabancı ülkede bulunan bir garanti alana, Türkiye'deki bir bankanın doğrudan garanti verdiği durumlarda edimi garanti edilen, garantiyi veren Türkiye'deki bankaya karşı yetkili Türk mahkemesinden ihtiyati tedbir talebinde bulunmalıdır. Yabancı ülkedeki bir bankanın, Türkiye'de bulunan garanti alana doğrudan garanti verdiği durumlarda ise, garanti veren bankaya ödeme yasağı konulabilmesi bakımından bankanın bulunduğu ülke mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilmelidir. Fakat garanti veren bankanın Türkiye'de şubesi var ve edimi garanti edilen, garanti talebini bu şubeden sağlamışsa, Türk mahkemesinden de ihtiyati tedbir talebinde bulunulabilir.

Dolaylı garantiler bakımından Türkiye'deki bir bankanın, garantiyi, yabancı bir ülkedeki bankanın kontrgarantisine dayanarak verdiği durumlarda ihtiyati tedbir talebi, Türk mahkemelerinden istenebilir. Buna karşılık yabancı bir ülkedeki bankanın, garantiyi, Türkiye'deki bir bankanın kontrgarantisine dayanarak verdiği

durumlarda, ihtiyati tedbir talebi, garanti veren bankanın bulunduğu yabancı ülke mahkemelerinden istenmelidir. Yetkili olmamalarına ve kontrgaranti veren banka tarafından garanti bedelinin ödenmesine engel olunamayacağı bilinmesine rağmen Türk mahkemelerinin vereceği ihtiyati tedbir kararı, Türkiye'deki bankaları zor durumda bırakır. Bu nedenle yetkili olmadıkları durumlarda Türk mahkemeleri ihtiyati tedbir kararı vermekten kaçınmalıdır. Bu noktada çözüm olarak yabancı ülkedeki mahkemeler veya Türk mahkemeleri tarafından verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı, kesin hüküm etkisine sahip olmaması nedeniyle diğer bir ülkede hüküm ve sonuç doğurmadığı durumlarda derhal yabancı ülkedeki garanti veren bankaya bildirmelidir. Yabancı ülkedeki garanti veren banka, bu tür doğrudan icra kabiliyeti bulunmayan ihtiyati tedbir kararını, hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulduğunu gösteren likit bir delil olarak değerlendirmeli ve garanti bedelini ödemekten kaçınmalıdır. Burada bankanın ödemediğinden kaçınmasının dayanağı, doğrudan ihtiyati tedbir kararı olmayıp, hakkın kötüye kullanıldığı veya amaca aykırı ödeme talebinde bulunulduğunu gösteren likit delilin varlığıdır.

Banka garantisinde ödeme veya talep yasağı şeklinde verilen ihtiyati tedbir kararının, ihtiyati tedbir kararına itiraz, teminat karşılığında ihtiyati tedbirin kaldırılması, durum ve şartların değişmesi nedeniyle ihtiyati tedbir kararının kaldırılması veya değiştirilmesi imkânı vardır. Ayrıca on günlük kanuni süre içinde dava açılmadığı ve esas hakkındaki davaya ilişkin kesin hükmün verilmesi ile birlikte ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden kalkar.

Ödeme yasağı veya talep yasağı şeklinde bir ihtiyati tedbir kararının bulunması durumunda banka ve garanti alan bu ihtiyati tedbir kararına uymak zorundadır. Aksi durumda ihtiyati tedbir kararına ilişkin emre uymayanlar ve alınan tedbire aykırı davranarak ihlal eden ilgililer, HUMK. m.113/A hükmü uyarınca cezalandırılır.

İhtiyati tedbir kararının devam ettiği süre içinde banka garantisinin ödenmemesinden dolayı garanti alanın malvarlığında meydana gelecek zararlardan banka sorumlu değildir. Sorumluluk edimi garanti edilen üzerindedir. Bu zarar görme ihtimaline karşı HUMK. m.110'da, ihtiyati tedbire karar verilirken, talepte

bulunandan teminat alınması hükme bağlanmıştır. Burada haksız fiil sorumluluğu söz konusu olup, kusursuz sorumluluğun bulunduğuna ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, edimi garanti edilenin sorumluluğu bakımından kusur sorumluluğu kabul edilmelidir. Garanti alanın yanısıra zarara uğraması durumunda banka da edimi garanti edilenden tazminat talebinde bulunabilir.

Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'ndaki düzenlemeler uyarınca, resmi dairelere hitaben verilen her türlü garantiler bakımından ihtiyati tedbir kararı verilemez. Bununla birlikte garanti alanın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıdığı veya amaca aykırılık oluşturduğu düşüncesinde olan edimi garanti edilen, likit ispat araçlarıyla başvurarak bankadan garanti bedelini ödemekten kaçınmasını istemeyebilir.

TEZ ÖZETİ

Banka garantisi, önceden belli olmayan ve garanti alan tarafından arzu edilmeyen bir olayın gerçekleşmesi, özellikle de üçüncü kişinin garanti alana borçlandığı edimi yerine getirmemesi halinde, bankanın belirli bir miktardaki parayı sözleşmenin diğer tarafı olan garanti alana ödemeyi borç olarak yükümlendiği bir sözleşmedir. Banka garantisi fer'i olmayan bir niteliğe sahiptir. Böylece garanti veren durumundaki banka, garanti alanın temel ilişkideki teminat altına alınan edimden doğan talep hakkına engel olabilecek def'i ve itirazları ileri sürmekten vazgeçmektedir.

Çalışmamızda garanti alanın garanti sözleşmesinden doğan ödeme talebine ilişkin hakkını kullanmasına engel olan önemli def'i ve itirazları inceledik. Borç ilişkilerinin nisbiliği nedeniyle garanti alanın ödeme talebine karşı garanti veren, karşılık ilişkisinden ve temel ilişkiden doğan hiçbir def'i ve itirazı ileri süremeyeceği kural olarak kabul edilmektedir. Garanti alanın ödeme talebine karşı temel ilişkideki teminat altına alınan edime yönelik garanti alanın talepte bulunmasına engel olan def'i ve itirazların ileri sürülemeyeceğine ilişkin kuralın sınırlandırmasını hakkın kötüye kullanılması yasağı oluşturur. Hakkın kötüye kullanılması yasağı nedeniyle garanti alan, şeklen mevcut bulunan ödeme talebine ilişkin hakkını açıkça dürüstlük kuralını ihlal edecek bir şekilde kullandığı takdirde garanti veren, garanti bedelini ödemekten kaçınabilir.

Banka garantisinin amacı, belirli ve garanti alan tarafından beklenen bir edim sonucunun gerçekleşmemesi durumuna karşı teminat sağlamaktır. Garanti alan, garantinin bu amacını dikkate almaksızın, amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunursa, bu ödeme talebi, garantinin amacına aykırı olur ve bu yüzden garanti verenin ödeme yükümlülüğü doğmaz. Bu durumda garanti veren banka, garanti alanın ödeme talebine karşı uygun itirazları ileri sürebilir. Amaca aykırılık bakımından üç farklı durum söz konusudur. Garanti alan, teminat altına alınan edim sonucundan farklı bir durumun gerçekleşmediğine dayanarak ödeme talebinde bulunursa, bu ödeme talebi, garantinin amacına aykırıdır. Ödeme talebinde bulunduğu zamanda garanti ile teminat altına alınan edim sonucunun

gerçekleşmesi henüz beklenemiyor ve bu yüzden garanti konusu olay henüz gerçekleşmemişse, garanti alanın ödeme talebi, garantinin amacına aykırıdır. Garanti ile teminat altına alınan edim sonucu ödeme talebinde bulunulmadan önce gerçekleşmiş olmasına ve bu yüzden de garanti konusu olayın gerçekleşmesi artık mümkün olmamasına rağmen garanti alanın ödeme talebinde bulunması, garantinin amacına aykırıdır.

Edimi garanti edilen, hakkın kötüye kullanılması suretiyle veya amaca aykırı bir şekilde ödeme talebinde bulunulması tehlikesinin var olduğu durumlarda, garanti alanın ödeme talebinde bulunmasına engel olmak amacıyla ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir. Aynı şekilde edimi garanti edilen, garanti verenin ödeme yapmasını yasaklar mahiyette ihtiyati tedbir talep edebilir.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Bankgarantie ist ein Vertrag, der die Schuldpflicht einer Bank begründet, ihrem Vertragspartner einen bestimmten Geldbetrag auszuführen, wenn sich ein ungewisses, vom Begünstigten unerwünschtes Ereignis verwirklicht, insbesondere falls ein Dritter dem Begünstigten eine geschuldete Leistung nicht erbringt. Die Bankgarantie ist nichtakzessorisch. Deshalb verzichtet die Bank als Garantin darauf, gegen ihre Zahlungspflicht Einreden oder Einwendungen zu erheben, die dem Anspruch des Begünstigten auf die gesicherte Leistung im Valutaverhältnis entgegenstehen.

In These sind die wichtigsten Einreden und Einwendungen des Garanten gegen den Zahlungsanspruch des Begünstigten aus dem Garantieverhältnis zwischen dem Garanten und Begünstigten behandelt worden. Als Grundsatz gilt, dass der Garant gegen den Zahlungsanspruch des Begünstigten wegen der Relativität der Schuldverhältnisse keine Einreden oder Einwendungen aus dem Deckungsverhältnis und Valutaverhältnis erheben kann. Eine Einschränkung des Grundsatzes, dass der Garant gegen den Zahlungsanspruch des Begünstigten keine Einreden und Einwendungen erhebt, die dessen Anspruch auf die gesicherte Leistung im Valutaverhältnis entgegenstehen, begründet das Rechtsmissbrauchsverbot. Aufgrund des Rechtsmissbrauchsverbots kann der Garant die Garantiezahlung verweigern, falls der Begünstigte sein formal bestehendes Abrufsrecht in einer offenbar wider Treu und Glauben verstoßenden Weise ausübt.

Die Bankgarantie bezweckt die Sicherung eines bestimmten, vom Begünstigten im Valutaverhältnis erwünschten Leistungserfolges, indem der Garant dem Begünstigten für den Fall des Ausbleibens dieses Erfolges eine Ersatzleistung verspricht. Wenn der Begünstigte die Garantie abrufen, ohne diesen Zweck zu respektieren, ist sein Garantieabruf zweckwidrig und deshalb nicht geeignet, die unbedingte Zahlungspflicht des Garanten eine entsprechende Einwendung entgegenhalten. Ein Garantieabruf ist zweckwidrig, wenn der Begünstigte die Garantiesumme wegen des Ausbleibens eines anderen als des gesicherten Leistungserfolges beansprucht; wenn der Begünstigte den Eintritt des gesicherten

Leistungserfolges im Abrufszeitpunkt noch gar nicht erwarten konnte und der garantierte Sicherungsfall deshalb noch nicht eingetreten sein kann, oder wenn der Begünstigte die Garantie abrufen, obwohl der gesicherte Leistungserfolg vor dem Garantieabruf eingetreten ist, weshalb sich der garantierte Sicherungsfall nicht mehr ereignen kann.

Bei einer Gefahr rechtsmissbräuchlicher oder zweckwidriger Inanspruchnahme der Garantie kann der Garantierauftraggeber eine einstweilige Verfügung gegen den Begünstigten beantragen, die darauf gerichtet ist, es dem Begünstigten untersagen, die Garantie in Anspruch zu nehmen. Der Garantierauftraggeber kann ebenfalls gegen den Garant eine einstweilige Verfügung auf Untersagung der Zahlung beantragen.

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../200...)