

GİRİŞ

Ticarette mal veya hizmet sunan kişiler bu edimlerinin karşılığını peşin olarak alabilecekleri gibi belirli bir vadeye de bağlayabilirler. Böyle durumlarda alacaklı borçlunun ödeme gücü konusunda kapsamlı bir bilgiye sahip değilse, alacağına karşılık bir teminat talep eder. Bu teminat aynî olabileceği gibi şahsi teminatda olabilir. Ticarî ilişkilerde güven problemi milletlerarası ticarî ilişkilerde çok daha fazla önem kazanmaktadır. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrası gelişen teknolojiye paralel olarak milletlerarası alanda ticarî ve iktisadi ilişkiler artarak gelişmiştir. Bu kapsamda bankacılık sektörü de gelişmiş ve özellikle milletlerarası para transferleri artmıştır.

Gelişen milletlerarası ticaret ilişkileri ile beraber güven sorunları da artmıştır. Bu sorunların başında ülke içinde mevcut döviz kontrol kuralları, paranın konvertibil olup olmaması, para transferleri ile ilgili sınırlamalar, politik sebepler, dil sorunu, uyuşmazlıklarda uygulanacak hukukun bilinmemesi gelmektedir. Bu sorunlar milletlerarası ticarete, sorunların yarattığı endişeleri giderecek değişik müesseselerin ve tedbirlerin gelişmesine de katkıda bulunmuştur. Bu müesseselerden biri de teminat mektuplarıdır.

Özellikle milletlerarası ticarete borçlunun edimini hiç veya gereği gibi yerine getirmediğinde, şahsi ve ayni teminatın yetersiz görülmesi üzerine banka garantileri veya banka teminat mektupları uygulanmaya başlanmıştır. Banka teminat mektuplarında banka asıl sözleşmenin taraflarından birisinin (lehtar) talebi üzerine asıl sözleşmenin diğer tarafına (muhatap), lehtarın borcunu hiç yada gereği gibi ifa etmediği takdirde uğrayacağı zararları kendisinin karşılayacağı yolunda teminat vermektedir.

Karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda hukukçunun ilgisini her geçen gün daha fazla çeken ve önemi giderek artan teminat mektupları konusundaki çalışmamız üç bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümde kısaca banka teminat mektubunun tanımı, unsurları tarafları ve teminat mektubu ile oluşturulan hukuki ilişkinin niteliği ve bu kapsamda garanti sözleşmesi üzerinde durulacaktır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise kısaca yabancı unsurlu sözleşmelerden doğacak borç ilişkilerinde uygulanacak hukukun tespitine yönelik bilgi verildikten sonra milletlerarası unsura sahip teminat mektuplarına uygulanacak hukukun tespiti konusu işlenecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise teminat mektuplarına uygulanacak hukukun tespitinde karşılaşılan problemler ve bu kapsamda vasıflandırma, doğrudan uygulanan normlar, kamu düzeni konuları üzerinde durulduktan sonra, çalışmamız incelediğimiz konuların genel bir değerlendirmesini ve sonuçlarını içeren sonuç kısmı ile tamamlanacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

I. GENEL OLARAK

Uygulamada banka kredi işlemleri genel olarak nakdî ve gayri nakdî kredi işlemleri olmak üzere iki bölüme ayrılır. Nakdî krediler, faiz karşılığında ödünç para verilmesi şeklinde kullandırılan kredilerdir. Gayri nakdî kredilerde ise, ödünç para verilmesi söz konusu olmayıp, bankanın itibarını ortaya koyarak, bir şahıs lehine, bu şahsın borcunu ödememesi veya yüklendiği işi yapmaması durumunda, bankanın alacaklı tarafa belli bir miktar parayı tazmin etme garantisi vermesi söz konusudur. Bu garantiyi banka karşı taraf teminat mektubu vererek sağlar¹.

Teminat mektubu veren banka başlangıçta ödeme yapmamaktadır. Bu nedenle de mektubun verilmesi bankacılık işlemi şeklinde görünür. Fakat lehine teminat mektubu verilen şahıs yükümlülüğünü yerine getirmemezse, bankanın ödeme yapma riski olduğundan teminat mektubunun verilmesi bir kredi işlemidir. Teminat mektubunun verilmesiyle banka, bu mektubu elinde bulunduran resmi ve özel kuruluşlara karşı lehine teminat mektubu verilen kişinin taahhüdünü yerine getirmemesi halinde, mektupla belirlenen miktarı derhal ödemeyi kabul eder. Banka bu mektup ile ileride olması muhtemel bir risk üstlenmektedir. Fakat mektup verildiğinde herhangi bir ödemede bulunmamaktadır. Bu nedenle banka teminat mektupları, olası borçlanma kredileri olarak nitelendirilmektedir².

Banka teminat mektubunun konusu olan krediler, sağlam, güvenilir, masrafsız ve hızlı bir şekilde elde edilebilen kredilerdir. Teminat verenin banka olması mektup bedelinin ilk yazılı talepte derhal gecikmeksizin ödenmesi teminat alan için önemli bir güvencedir. Bu nedenle banka teminat mektupları milletlerarası ticarete sıkça kullanılmaktadır.

¹ ŞANLI, C./EKŞİ, N.: Milletlerarası Ticaret Hukuku, 1.B, İstanbul 2000, s.203-204.

² ŞANLI / EKŞİ, age, s. 203.

Bankanın teminat mektubu ile üstlendiği riskin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belli değildir. Banka tarafından üstlenilen riske karşı bankayı korumak için lehine teminat mektubu verilen taraf bankaya ayni ya da şahsi teminatlar verilebilir. Bu durumda bankanın karşı garanti alması söz konusudur. Karşı garanti veren teminat mektubu düzenleyen kişi olabileceği gibi bir başka banka da olabilir. Karşı garanti veren bir banka ise iki banka arasında kontrgaranti sözleşmesi yapılır³.

II. BANKA TEMİNAT MEKTUBU TANIMI

Türk hukukunda teminat mektupları kanunla düzenlenmiş değildir. Bu nedenle kanuni bir tanım da bulunmamaktadır. Banka teminat mektubu, teminat veren banka ile teminat alan muhatap arasında, kefalet veya garanti niteliğinde veya karma nitelikte bir teminat ilişkisi oluşturur. Teminat mektubu bankaların belirli bir işin gerçekleştirilmesini, bir malın teslimini veya bir borcun ödenmesini muhataba taahhüt eden müşterisinin, bu taahhüdünün evvelce muhatap tarafından saptanan koşullara uygun olarak yerine getirmemesi halinde, belirli bir paranın banka tarafından muhataba ödeneceğini garanti altına alan belgedir.⁴ Fakat unutulmamalıdır ki, banka teminat mektuplarının tam bir tanımını yapmak zordur. Çünkü banka teminat mektuplarının kefalet veya garanti sözleşmesi biçiminde düzenlenmesinin mümkün olması bu iki tür ilişkiyi de kapsayacak şekilde bir tanımlama yapılmasını zorlaştırmaktadır.

III- TEMİNAT İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

A) Genel olarak

Bir banka teminat mektubu düzenlenmesinde üç tarafın menfaati vardır. Bu taraflardan birisi lehine teminat verilen lehtardır. Teminat mektubu verilmesiyle lehtara işin verilmesi kolaylaşacağından lehtarın faaliyet sahası genişleyecektir. Teminat veren banka ise teminat mektubu karşılığında lehtardan bir komisyon elde etmektedir. Ayrıca teminat mektubu paraya çevrilse bile banka aldığı kontrgarantiden

³ ŞANLI / EKŞİ, age, s. 204.

⁴ TAŞPOLAT, A.:Döviz Teminat Mektupları,İstanbul 1985,s.11.

ödediği meblağı geri alabilecektir. Bir zararı söz konusu değildir. Alacaklı yani teminat verilen muhatap açısından bakıldığında teminat verenin banka olması muhatap için önemli bir güven unsuru teşkil etmektedir⁵.

B) Teminat alan (muhatap)

Lehtarın talimatını alan banka, temel ilişkinin alacaklısı durumunda olan muhataba karşı tek taraflı borç yüklenmektedir. Muhatabın garanti veren bankaya karşı hiçbir yükümlülüğü bulunmamaktadır. Konumuz milletlerarası uygulamada banka teminat mektupları ile alakalı olduğundan, teminat mektuplarının milletlerarası nitelik kazanabilmesi için teminat verenin veya lehtarın veya muhatabın yabancı olması gerekir. Teminat mektuplarına ilişkin uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk kapsamında, hakimin doğrudan uygulanan kurallar gereği dikkate alması gereken Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkında 32 Sayılı Karara⁶ göre paranın türü, paranın transferi ve sınırlamaları konusunda yabancı-Türk ayrımı bir kenara bırakılarak, Türkiye’de yerleşik veya dışarıda yerleşik gerçek veya tüzel kişiler ayrımı yapılmıştır. Bu kapsamda Türkiye’de ikametgah sahibi gerçek ve tüzel kişiler ile bir takvim yılı içerisinde devamlı olarak altı aydan fazla Türkiye’de oturanlar Türkiye’de yerleşik kişiler olarak tanımlanmıştır. Aynı karar gereği Türkiye’de yerleşik kişiler sayılmayan gerçek ve tüzel kişiler dışarıda yerleşik sayılacaktır.

C) Teminat veren (banka)

Teminat mektubunun verilmesi ile teminat veren (banka), muhatap karşısında borçlu tarafı oluşturmaktadır. Türk bankalarının hem Türkiye’de yerleşik kişilere hem de dışarıda yerleşik kişilere teminat mektubu vermeleri mümkündür. Yalnız lehtarın veya muhatabın dışarıda yerleşik kişi olması durumunda verilecek teminat mektuplarında belirtilen kredi toplamı bankanın öz kaynaklarının yirmi katını aşamayacaktır. Öz kaynakların yirmi katı nispetinde kredinin hesabında bankaca verilen teminat mektupları % 40 oranında hesaba katılacaktır. Yurt dışında bir yabancı banka bir teminat mektubu düzenlenmesiyle ilgili kontrgaranti gönderecek

⁵ ŞANLI / EKŞİ, age, s. 207.

⁶ RG 11.08.1989/20249.

olursa bu kontrgarantiye istinaden düzenlenecek teminat mektubu yukarıdaki sınırlamaların dışında kalacaktır.

Yabancı bankanın dışarıda yerleşik kişiler lehine Türkiye’de yerleşik kişilere teminat mektubu vermesi mümkündür. Fakat uygulamada daha çok kontrgaranti sistemi kullanılmaktadır.

Konsorsiyum oluşturularak birden fazla bankanın riski paylaşması yöntemiyle de teminat mektubu verilmesi mümkündür. Yurt dışına verilecek teminat mektuplarının tutarının fazla olması, riski bir bankanın yüklenmek istememesi konsorsiyum oluşturulmasının nedenleridir⁷.

D) Lehtar

Lehtar garanti ilişkisinin doğumuna sebep olan temel ilişkinin borçlusu kendi fiilini ifa edeceğinin teminat altına alınmasını yani lehine güvence verilmesini isteyen kişidir. Garanti sözleşmesinde lehtar sözleşmeye doğrudan taraf değildir⁸.

IV- BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ GARANTİ SÖZLEŞMESİ NİTELİĞİ

Yukarıda da ifade edildiği gibi banka teminat mektupları Türk hukukunda kanunla düzenlenmiş değildir. Teminat mektuplarının hukuki niteliği konusunda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, teminat mektupları kefalet sözleşmesi niteliğindedir. Diğer bir görüşe göre ise garanti sözleşmesi özelliklerini taşımaktadır. Yargıtay 1967 ve 1969 tarihli içtihadı birleştirme kararları ile banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul etmiştir⁹.

Banka teminat mektupları genellikle garanti sözleşmesi niteliğinde kabul ediliyorsa da kefalet niteliğinde veya hem kefalet hem de garanti sözleşmesi şeklinde de düzenlenebileceğinden bir teminat mektubunun hukuki niteliği tayin edilirken taşıdığı özellikleri dikkate alarak bir sonuca varmak gerekir.

⁷ ŞANLI / EKŞİ, age, s. 213.

⁸ DOĞAN, V.: Banka Teminat Mektupları, 2.B, Ankara 2002, s.43.

⁹ ŞANLI / EKŞİ, age, s. 216-217.

Teminat mektuplarının garanti ya da kefalet sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi iki sözleşme arasında bazı farklılıklar bulunması nedeniyle önem taşımaktadır. Kefalet sözleşmesi Borçlar Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen garanti sözleşmesi kanunda düzenlenmemiştir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği yazılı şekilde yapılmasına ve belli bir miktarın gösterilmesine bağlıdır. Garanti sözleşmesi şekle bağlı değildir. Kefalet asıl borca bağlı ferî bir borçken garanti sözleşmesinde garanti veren asıl borç altına girmektedir. Kefil asıl borçluya karşı ileri sürebileceği def'ileri alacaklıya karşı ileri sürebilir. Garanti sözleşmesi asıl borçtan bağımsız olduğundan garanti veren, lehine teminat verdiği kişiye ait itiraz ve defi ileri süremez.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMİNAT MEKTUPLARINA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİ

I- SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE YETKİLİ HUKUKUN TESPİTİ

A) Taraf iradelerine göre yetkili hukukun tespiti

1.Genel Olarak

Milletlerarası unsurlu sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukunda ilk derece bağlama kuralı olarak taraf iradelerine yer verildiği görülmektedir (MÖHUK m. 24). Günümüzde sözleşmeden doğan borç ilişkileri alanında hemen hemen bütün ülkelerce kabul edilen bu ilke evrensel bir nitelik kazanmıştır. Bu ilkenin milletlerarası ticarî ilişkilerde hukuki güvenlik ve hukuki açıklık ihtiyacını karşıladığından dolayı taraf menfaatlerine hizmet ettiği kabul edilmektedir. Milletlerarası ticarî ilişkilerde ilişkinin tabi olacağı hukukun kesinleştirilmiş olması ticarî ilişkinin akıbeti açısından büyük önem taşımaktadır¹⁰.

¹⁰ DOĞAN, age, s.264.

2. Hukuk seçiminin yapılış şekli

Günümüzde tarafların hukuk seçimi yaparlarken açık irade beyanında bulunabilecekleri gibi zımnen de hukuk seçimi yapabilecekleri kabul edilmektedir. Açık irade beyanı ile hukuk seçimi tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmak üzere belirli bir hukuku seçtiklerinin tereddüde mahal bırakmayacak şekilde açık olması halini ifade eder. Eğer sözleşmeden doğan borç ilişkileri taraflarının, ilişkilerine uygulanmak üzere hukuk seçimi yaptıkları açık olarak tespit edilemiyor ve bir yorum sonucu hukuk seçtikleri sonucuna ulaşılabiliyorsa, zımni irade beyanı ile hukuk seçiminden bahsedilir. Zımni irade beyanı ile hukuk seçiminde tarafların sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanmak üzere belirli bir hukuku seçtikleri sözleşmede yer alan bir kısım hükümlerden sözleşme dışı birtakım vakıaların değerlendirilmesinden anlaşılmaktadır. Zımni hukuk seçimini düzenleyen pozitif düzenlemelere bakıldığında, sözleşmenin hükümlerinden ve olayın durumundan tarafların hukuk seçimi yaptıkları yeterli güvende anlaşılmaması gerektiği kabul edilmiştir. Tarafların aralarındaki sözleşmeden doğan borç ilişkilerine uygulanacak hukuku kendi iradeleri ile açık veya zımni olarak tespit etmedikleri durumlarda sözleşmeye uygulanacak hukukun tarafların yetkili hukuk olarak seçtikleri varsayılan hukuk olması durumunda farazi hukuk seçiminden bahsedilir. Günümüzde farazi hukuk seçimi ilkesi artık kabul edilmemekte onun yerine objektif bağlama kurallarından hareketle yetkili hukuk tespit edilmektedir¹¹.

MÖHUK 24'üncü maddede yapılan düzenleme ile tarafların örtülü olarak hukuk seçimine imkan sağlanmıştır. Örtülü hukuk seçiminde tarafların iradeleri mevcuttur. Ancak bu irade mevcut olmayıp, olayın özelliklerinden ve hal ve şartlardan tereddüde yer vermeyecek şekilde anlaşılmaktadır.

3. Hukuk seçiminin sınırları

Günümüzde, eğer taraflar hukuk seçimi yapmamışlarsa, milletlerarası ticarî ilişkilerin milli hukuk düzenlerine değil, ülke dışı milletlerarası hukuka (lex marcatoria)

¹¹ TİRYAKİOĞLU, B.:Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996,s.27.

tabi olması gerektiği düşüncesi giderek yaygın bir şekilde savunulmaktadır. Hatta banka teminat mektuplarının milletlerarası ticarî ilişkilerin bir kurumu olduğu ve lex mercatoria'ya ait olduğu savunulmaktadır. Lex mercatoria içerik olarak milletlerarası ticaret hukuku alanında uygulanacak yeknesak kurallardan oluşmaktadır. Milletlerarası hukukun yeknesak, kendine özgü bağımsız hukuk düzenini ifade etmektedir. Bütün bu yaklaşımlara rağmen kabul etmek gerekir ki milletlerarası ticarî örf ve adetler milletlerarası anlaşmalar ticarî ilişkilerden doğabilecek bütün hukuki problemlere çözüm bulabilecek nitelikte kapsamlı bir hukuki yapıyı henüz haiz değildir.

Milletlerarası unsurlu sözleşmelerden doğan borç ilişkileri alanında taraflara tanınmış olan irade muhtariyeti çerçevesinde taraflar prensip olarak borç ilişkisinin esasına uygulanmak üzere diledikleri ülke hukukunu seçebilme serbestisine sahiptirler. Ancak bazı sözleşmeler bakımından kanun koyucu, tarafların arasında eşitsizliğin bulunduğu durumlarda hukuk seçimi imkânına kısıtlamalar getirmiştir. Pozitif düzenlemelerde sosyal içerikli sözleşmeler olarak düzenlenen tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri bu kapsamdadır. Milletlerarası banka teminat mektupları kapsamında sözleşmenin taraflarına tanınmış olan hukuk seçimi serbestisine bir kısıtlama ve yasaklama getirilmemiştir¹².

Milletlerarası unsurlu sözleşmelerden doğan borç ilişkilerinde taraflar, sözleşmenin birbirinden ayrılan farklı kısımları için kısmi hukuk seçimi yapabilmektedirler. Bunun tek sınırı tarafların karşılıklı borç ve yükümlülüklerinde karışıklık yaratacak bir durumun ortaya çıkmamasıdır¹³.

B) Objektif esaslara göre yetkili hukukun tespiti

Taraflar açık veya zımni, iradeleri ile aralarındaki borç ilişkisinin esasına uygulanacak hukuku tespit etmemişler ise, hakim kanunlar ihtilafı alanında kabul edilmiş olan objektif bağlanma kurallarından hareketle yetkili hukuku tespit edecektir. MÖHUK'un 24' üncü maddesi kapsamında hukuk seçimi konusunda tarafların açık

¹² DOĞAN, age, s.288-292.

¹³ TEKİNALP, G.: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları, 7.B, İstanbul 2002, s.118-126

veya zımni bir iradesi yoksa, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukukun uygulanacağı, bu hukukun, karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluşu sırasındaki mutad meskeni hukuku, ticarî veya meslekî faaliyetler gereği kurulan sözleşmelerde karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, karakteristik edim borçlusunun birden çok işyeri varsa söz konusu sözleşmeyle en sıkı ilişki içinde bulunan işyeri hukuku olacağı kabul edilmektedir. Ancak halin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olacaktır.

II) TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNDE YETKİLİ HUKUKUN TESPİTİ

A) Taraf iradelerine göre yetkili hukukun tespiti

Sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine uygulanacak ilk derece bağlama kuralı olarak kabul edilen ve 24' üncü maddede belirtilen irade muhtariyeti ilkesi banka teminat mektupları için de uygulanacak mıdır? Banka teminat mektupları bazı ülkelerde pozitif hukukta, özelliği olan borç ilişkileri kapsamında değerlendirilerek, bu kapsamda taraflara irade muhtariyeti tanınmadığı görülmektedir. Bizim hukukumuzda kanun koyucu banka teminat mektupları bakımından genel prensiplerden ayrılmayı uygun görmemiştir. Dolayısıyla banka teminat mektupları bakımından ilk derece bağlama kuralı olan taraf iradeleri nazara alınacaktır. Taraflar açıkça veya örtülü olarak hukuk seçimi yapabileceklerdir¹⁴.

Hukuk seçimi yapabilmek için önceleri geçerli olan, borç ilişkisinin kişi ve yer bakımından yabancı unsur ihtiva etmesi kuralı, son zamanlarda borç ilişkisi yabancı unsura sahip olmasa da tarafların borç ilişkisine uygulanacak hukuku tespit edebilecekleri kabul edilmektedir. Bu konu teminat mektupları bakımından özellik taşır. Milletlerarası unsurlu bir hukuki muameleden doğacak riskleri güvence altına alan banka teminat mektuplarının da yabancı unsur içerdiği kabul edilmektedir. Teminat mektubunun taraflarının vatandaşlığı veya ikametgahı gibi klasik manada

¹⁴ DOĞAN, age, s.300.

yabancılık unsurunun varlığı aranmamakta, milletlerarası borç ilişkisinden kaynaklanması yeterli olmaktadır¹⁵.

Banka teminat mektuplarında lehtar ile banka arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla taraflar aralarındaki vekalet sözleşmesine uygulanacak hukuku serbestçe tayin edebileceklerdir, tayin etmedikleri taktirde aşağıda açıklanacak olan objektif bağlama kuralları geçerli olacaktır¹⁶.

Yabancı ülkede bulunan muhataba teminat mektubunu ilk banka doğrudan vermeyip, bu teminatı muhatabın bulunduğu ülkede bulunan yabancı garantör banka aracılığı ile veriyorsa, bu durumda yabancı garantör banka kendi adına teminat mektubu vermiş olacaktır. Böyle durumlarda muhatap ile garantör banka arasındaki garanti sözleşmesinden doğacak uyuşmazlıklara, irade muhtariyeti gereği bankanın ikametgah hukuku uygulanacak hukuk olarak seçilmektedir. Bu durumda teminat mektubuna ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak hukuk seçilmez ise, objektif bağlama kuralları gereği karakteristik edim borçlusu olan garantör bankanın işyeri hukuku uygulanacaktır. Bankanın işyeri hukuku dışında bir hukukun uygulanması isteniyorsa hukuk seçimi yapılabilir¹⁷.

Uygulamada garantör bankanın ilk bankadan kontrgaranti almadan teminat mektubu vermediği görülmektedir. Bu kapsamda iki banka arasında mevcut kontrgarantinin hukuki mahiyeti de garanti sözleşmesidir. Milletlerarası kontrgaranti sözleşmesinin milletlerarası unsura sahip olduğu açıktır. Bu durumda da iki banka arasında uygulanacak hukukun tespitinde ilk basamak olan irade muhtariyeti esası geçerli olacaktır.

Uygulanacak hukuk kapsamında taraflar *lex mercatoria*'yı yetkili hukuk olarak seçebilirler mi meselesi önem kazanmaktadır. Milletlerarası Ticaret Odası (MTO)'nın banka garantilerine ilişkin olarak yeknesak kurallarla ilgili yaptığı çalışmalarda

¹⁵ ŞANLI, C.:Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul 1996. s.26.

¹⁶ REİSOĞLU, S.: Banka Teminat Mektupları, Kontrgarantiler, Ankara 1997, s.115

¹⁷ DOĞAN, age, s.307-309.

uygulamada karşılaşılan problemlere yeterince cevap vermediği gerekçesi ile lex mercatoria'nın hukuk seçimine konu olması kabul görmemektedir.

B) Objektif esaslara göre yetkili hukukun tespiti

Taraflar yabancılik unsuru taşıyan sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk konusunda açık ve örtülü bir hukuk seçimi yapmamışlarsa, sözleşmeye en sıkı ilişkili hukuk uygulanacaktır. MÖHUK m. 24'te sözleşmenin kurulduğu sırada karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni hukukunun, ticarî ve mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulan akitlerde ise karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukukunun sözleşmeyle en sıkı ilişkili hukuk olduğu kabul edilmiştir. Ancak hâlin bütün şartlarına göre sözleşmeyle daha sıkı ilişkili bir hukukun bulunması hâlinde sözleşme, bu hukuka tâbi olacaktır.

Yukarıda açıklandığı gibi objektif bağlanma kuralının ilk basamağını sözleşmenin sıkı irtibat halinde bulunduğu ülke hukuku oluşturmaktadır. Sıkı irtibatın tespitine yönelik olarak kanunda bazı karineler belirlenmiştir. Bu karineler karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni hukuku, ticarî ve mesleki faaliyetler çerçevesinde kurulan akitlerde ise karakteristik edim borçlusunun iş yeri bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukuku, aksi ispat edilebilir bir karine olarak tespit edilmiştir. Hal ve şartlara göre sözleşme karakteristik edim borçlusunun mutat meskeni hukukundan veya ticarî ve mesleki faaliyetler çerçevesinde yapılan sözleşmeler bakımından karakteristik edim borçlusunun işyeri, bulunmadığı takdirde yerleşim yeri hukukundan başka bir hukukla daha sıkı irtibatlı ise sözleşmeden doğan borç ilişkisine bu hukuk uygulanacaktır.

Lehtar ile banka arasındaki teminat mektubu temin etme sözleşmesine ki, bu sözleşme vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmektedir, uygulanacak hukuku taraflar kendi serbest iradeleri ile tespit etmemişlerse objektif bağlama kurallarına göre tespit edilecek hukuk borç statüsü olacaktır. Türk hukukunda vekalet sözleşmesi için özel bir bağlama kuralına yer verilmemiştir. Buradaki vekalet sözleşmesinde karakteristik edim bankanın edimidir. Bu kapsamda bankanın işyeri hukuku en sıkı irtibatlı hukuk olarak daha sıkı irtibatlı bir hukuk yoksa uygulanacaktır.

Kontrgarantilerde muhataba bu ülkede faaliyet gösteren başka bir banka aracılığı ile teminat mektubu verilmektedir. İlk banka ile ikinci banka arasında uygulamada hukuk seçimi yapılmamaktadır. Bu kapsamda uygulanacak hukukun tespiti için objektif bağlama kurallarından yararlanılacaktır¹⁸. İlk banka ile ikinci banka arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Bankalar arasındaki ilişkide karakteristik edim tevkil edilen bankanın edimidir. Bundan dolayı ikinci bankanın iş yeri hukuku en sıkı irtibatlı hukuk olarak daha sıkı irtibatlı bir hukuk yoksa uygulanacaktır.

Garantör banka ile muhatap arasındaki ilişkide taraflar yetkili hukuku tespit etmedikleri durumda banka ile muhatap arasındaki teminat mektubu ilişkisinde karakteristik edim bankanın edimi olacaktır. Burada bir garanti sözleşmesi mevcuttur. Banka teminat mektubu ve garantilerde banka kendi faaliyet alanında bir muamele yapmaktadır. Dolayısıyla, banka garantilerinde garanti veren bankanın muamele merkezinin bulunduğu ülke hukuku yani işyeri hukuku sözleşmenin en sıkı irtibatlı bulunduğu yer hukuku olarak nazara alınacaktır.

Kontrgaranti sözleşmelerinde milletlerarası unsurun bulunduğuna şüphe yoktur. Bu sözleşmeler kapsamında objektif bağlama kuralı olarak en sıkı irtibatlı yer hukuku uygulanacaktır. Burada en sıkı irtibatlı yer hukuku karakteristik edim borçlusunun işyeri hukuku olacaktır. Burada kontrgaranti vermek karakteristik edimdir bu kapsamda kontrgarantör bankanın iş yeri hukuku uygulanacaktır. Tabii yukarıda açıklanan sıkı irtibatlı yer hukukunun tespitine yönelik karinelerin daha sıkı irtibatlı başka bir hukukun mevcut olması durumunda bu karinenin geçersiz olacağı unutulmamalıdır.

¹⁸ TİRYAKİOĞLU, age, s.218-221.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEMİNAT MEKTUPLARINA UYGULANACAK HUKUKUN TESPİTİNDE KARŞILAŞILAN PROBLEMLER

I- .GENEL OLARAK

Milletlerarası banka teminat mektupları yani Türk bankası tarafından dışarıda yerleşik kişilere teminat mektubu verilmesi veya yabancı banka tarafından Türkiye’de yerleşik kişilere teminat mektubu verilmesi halinde bu teminat mektuplarının hukuki niteliği hakimın hukukuna (lex fori) göre tayin edilecektir. Yani davaya bakan mahkeme kendi hukukunu uygulayarak banka teminat mektubunun hukuki niteliğini tayin edecektir ¹⁹.

Hukuki işlemlerin şekli konusunda ana kural olan işlemin şekli geçerliliğinin yapıldığı yer hukukuna tabi olması kuralı geleneksel bir prensiptir. Ancak bu kurala bazı istisnalar getirildiği de görülmektedir. Yapılan bir hukuki işlem o işlemin esasına uygulanacak hukukun aradığı şekil şartlarını taşıyorsa bu işlemin şekil açısından geçerli bir hukuki işlem olduğu kabul edilmektedir (MÖHUK m. 7). Banka teminat mektupları konusunda da bu temel prensipler geçerlidir. Banka teminat mektupları yapıldıkları yer hukukuna veya esasa uygulanacak hukuka göre şekil açısından geçerli olarak kurulmuşlarsa bu garanti sözleşmeleri ve teminat mektupları her yerde geçerli olacaktır²⁰.

Şekil kavramından neyin anlaşılması gerektiği hususunda pozitif düzenlemelerde bir açıklık bulunmamaktadır. Doktrinde neyin şekil neyin esas olarak kabul edileceğinin bir vasıflandırma meselesi olduğu hususunda görüş birliği vardır. Vasıflandırma ise kural olarak lex fori (hakimin hukukuna)’ye göre yapılacaktır. Ancak hakimın yapacağı bu vasıflandırma taraf menfaatlerine uygun düşmüyorsa ise bu durumda borç statüsünün nazara alınmasında fayda olacaktır.

¹⁹ ŞANLI / EKŞİ, age, s. 226.

²⁰ TURHANÇ T.: İsviçre Devletler Özel hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk ve Türk Hukuku, AÜHFD. 41(1989-1990), s.119-149

Türk hukukunda hak ve fiil ehliyeti ilgilinin milli hukukuna tabi tutulmuştur. Türk hukukunda işlem güvenliği sebebiyle istisnalar mevcuttur. Kendi şahsi statülerine göre işlem ehliyetine sahip olamayan yabancı gerçek kişiler işlem yaptıkları ülke hukukuna göre fiil ehliyetine sahip iseler bir kısım işlemler bakımından işlemin yapıldığı ülke hukuku yetkili kılınmakta işlemin ehliyet açısından geçersiz kılınmasına engel olunmaktadır²¹.

Banka teminat mektuplarında ya da genel anlamda garanti sözleşmelerinde lehtar ve muhatap gerçek kişi olabilir. Lehtar ve muhatabın fiil ehliyeti kendi milli hukuklarına göre tespit edilecektir. Kendi milli hukuklarına göre sözleşme yapabilme ehliyetine sahip iseler garanti sözleşmesini yapabileceklerdir.

Tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ise statülerindeki idare merkezi hukukuna tabi tutulmaktadır (MÖHUK m.9). Ana statülerindeki idare merkezi ile fiili idare merkezi farklı ülkelerde bulunması halinde fiili idare merkezinin bulunduğu ülke hukuku nazara alınacaktır. MÖHUK 9'uncu maddede tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetleri ana statüdeki idare merkezi hukukuna tabi tutulmuş ancak fiili idare merkezinin Türkiye'de bulunması durumunda Türk hukukunun uygulanacağı kabul edilmiştir.

Banka garanti sözleşmeleri kapsamında bankanın garanti sözleşmesi yapabilme ehliyeti kural olarak fiil ehliyeti içinde mütalaa edilmeli ve idare merkezinin hukukuna tabii tutulmalıdır. Bankanın fiil ehliyetinin başlamasına ve sona ermesine temsile yetkili organların oluşmasına, temsil yetkilerinin sona ermesine ve bankanın faaliyet alanının tespitine idare merkezi hukuku uygulanacaktır. Dolayısıyla bir finans kurumunun teminat mektubu verme ehliyetine sahip olup olmadığı idare merkezinin bulunduğu ülke hukukuna göre tespit edilecektir.

Türkiye'de faaliyet gösteren bankaların teminat mektubu verebilme ehliyetlerinin varlığı için statülerindeki idare merkezi hukukuna göre teminat mektubu verebilme ehliyetini haiz olmaları ve Türkiye'de bankacılık faaliyeti yapabilmek için gerekli izni almış olmaları gerekmektedir.

²¹ DOĞAN, age, s.355-357.

Yabancı bankaların Türkiye'deki muhataplara doğrudan teminat mektubu vermeleri halinde statülerindeki idare merkezi hukukuna, statülerindeki idare merkezinden başka bir ülkede faaliyet gösteren şube aracılığı ile teminat mektubu veriliyorsa bu ülkenin hukukuna göre de teminat mektubu verebilme ehliyetine haiz olmaları gereklidir.

II-. MİLLETLERARASI UNSURLU SÖZLEŞMELERDEN DOĞAN BORÇ İLİŞKİLERİNDE ZAMANAŞIMININ TABİ OLDUĞU HUKUK

Zamanaşımına uygulanacak hukuku belirlerken zamanaşımının usuli bir kurum mu yoksa maddi hukuka ilişkin bir konu mu olduğu önemlidir. Durumun tespitine göre uygulanacak hukukta farklı olmaktadır. Usul kurumu ise lex fori uygulanacaktır. Eğer maddi hukuka ilişkin olarak kabul edilirse akit statüsüne uygulanacak bağlama kurallarına başvurmak gerekecektir. Türk hukukunda zamanaşımı maddi hukuk alanına dahil kabul edilmektedir. MÖHUK'un 8'inci maddesi zamanaşımına ilişkin bağlama kuralına göre zamanaşımı hukuki işlemin ve ilişkinin esasına uygulanan hukuka tabi olacaktır. Bu madde kapsamında banka teminat mektubunun esasına uygulanacak hukuk zamanaşımı bakımından da yetkili olacaktır²².

Zamanaşımının kesilmesi durumunda özellik arz eden bir durum vardır. Davanın yabancı mahkemelerde açılması durumunda zamanaşımı kesilecek midir? Bu konu ile ilgili üç farklı görüş mevcuttur. Bunlardan ilki uyarınca davanın milletlerarası yetkiye sahip bir mahkemede açılmış olması zamanaşımını kesecektir. İkinci görüş yabancı ülkede açılan davaların dava sonunda verilecek kararın tanıma ve tenfizi şartlarını taşıyacağının tahmin edilmesi durumunda zamanaşımının kesileceğini kabul eder. Üçüncü görüşe göre Türk hukukunda yabancı mahkeme kararı tanınıp tenfiz edilinceye kadar sadece takdiri delil olarak kabul edilecektir. Türk hukukunda iki halde yabancı mahkemelerde açılan davaların etkisi kabul görmektedir. Bunlar kişi halleri ile ilgili davalarda derdestlik ve yetki anlaşması ile mahkemenin yetkili kılınmış olması durumlarıdır. Teminat mektubu ilişkisi bakımından yetki

²² DOĞAN, age, s.416-417.

anlaşmasının varlığı halinde yabancı mahkemede dava açılması zamanaşımını keser. Bu iki hal dışında zamanaşımını yabancı mahkemelerde dava açılması kesmeyecektir.

III- VASIFLANDIRMA

Vasıflandırma ile, milletlerarası unsura sahip olay ve ilişkilere uygulanacak hukukun tespitine yönelik sistem kavramlarının hukuki niteliği belirlenmektedir.²³ Hakimin önüne gelen borç sözleşmesinin banka garanti sözleşmesi mi yoksa kefalet sözleşmesi mi olduğunu tespit sorunu vasıflandırma sorunudur. Her ne kadar kefalet veya garanti sözleşmesi olarak vasıflandırılması uygulanacak hukukun tespiti açısından bir farklılık yaratmayacak olsa da ön meseleler bakımından çok önemlidir. Örneğin sözleşmenin şekli açısından vasıflandırma önem arz edecektir. Kural olarak günümüzde milletlerarası olay ve ilişkilerle karşılaşan hakimin bu olay ve ilişkinin hukuksal niteliğini prensip olarak kendi hukukuna (lex fori) göre tespit edeceği kabul edilmektedir. Ancak hakimin kendi hukukunda bulunmayan olay ve ilişkilerle karşılaştığında lex causae'ye göre vasıflandırma yapacağı kabul edilmektedir. Hakim yapacağı vasıflandırma sonucunda taraflar arasındaki sözleşmeyi garanti sözleşmesi veya teminat mektubu olarak kabul ederse sözleşmenin şekli geçerliliği hususunda genel prensipler uygulanacaktır. Yani sözleşmenin yapıldığı yer hukukunun (LRA) veya esasa uygulanacak hukukun (lex causae) şekil kurallarına uygun olarak yapılmış ise bu sözleşme şekil açısından geçerli olacaktır. Oysa sözleşme kefalet olarak vasıflandırılırsa hüküm statüsünde taraflardan birini korumak için özel şekil kuralları kabul edilmişse bu hukuk uygulanacaktır.

IV-. DOĞRUDAN UYGULANAN NORMLAR OLARAK DÖVİZ KONTROL KURALLARININ UYGULANMASI

A) Genel olarak

Milletlerarası özel hukuk alanında ihtilaflı meselelerden birisi de doğrudan uygulanan normlardır. Doğrudan uygulanan normlar normu çıkartan devletin iktisadi

²³ NOMER, E.:Devletler Hususî Hukuku, 10.B, İstanbul 1990, s.105-108

sosyal ve siyasal menfaatlerine hizmet eden normlar olarak kabul edilmektedir. Doğrudan uygulanan normları hakimın hukukunun doğrudan uygulanan normları ve Yabancı hukukun doğrudan uygulanan normları olarak düşünmek mümkündür. Hakimın hukukunun doğrudan uygulanan normları lex forinin hüküm statüsünde olmadığı durumlarda da uygulanacaktır. Bu normların kamu hukuku, özel hukuk statüsünde olmasının önemi yoktur.

Doğrudan uygulanan kurallar kapsamında önemli olan bir mesele teminatın yabancı para üzerinden belirlenmesinde doğrudan uygulanan kuralların etkisi nin nasıl olacağıdır. Banka teminat mektuplarına ilişkin olarak tarafların aralarındaki akdi ilişkiden doğan borç miktarını yabancı para üzerinden kararlaştırıp kararlaştıramayacakları meselesini her devlet kendi iç hukuku kuralları ile düzenleme yetkisine sahiptir. Borcun milli para ile ifade edileceği kabul edilen haller dışında borcun yabancı para üzerinden tespiti genelde kabul edilmektedir. Borç belirli bir gündeki yabancı paranın rayiç değeri üzerinden de kararlaştırılabilir. Bu durumda yabancı para değeri borcu söz konusudur. Türk hukukunda BK.83'e göre mevzuu para olan borç memleket parasıyla ödenir. Bu konuda önemli olan husus teminat mektuplarında yer alan yabancı para kayıtlarının geçerliliğidir. Türk bankalarının yabancı ülkedeki muhataplara teminat mektubu veya kontrgaranti vermesi ya da yabancı lehtar lehine Türkiye'de bulunan muhataplara teminat mektubu verilmesi durumunda döviz kontrol kuralları uygulama alanı bulacaktır. Türk hukuku bakımından bankaların yabancı ülkedeki muhataplara yabancı para üzerinden teminat mektubu vermesi veya Türkiye'de bulunan muhataplara karşı yabancı para üzerinden teminat mektubu vermesi, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu, bu konuya ilişkin çıkarılan karar ve tebliğler çerçevesinde incelenmesi gereken bir konudur. Çünkü bir devlette yürürlükte bulunan döviz kontrol kurallarının doğrudan uygulanan kurallar niteliğinde olduğu genel olarak kabul edilmektedir.

B) Türkiye'de yerleşik bankaların yabancı para üzerinden teminat mektubu veya kontrgaranti vermeleri halinde döviz kontrol kuralları

Türkiye'de bulunan bankalar veya özel finans kurumları dışarıda yerleşik kişiler lehine, Türkiye'de yerleşik kişilere hitaben banka teminat mektupları verebilecekleri gibi, Türkiye'de yerleşik kişiler lehine dışarıdaki yerleşik kişilere hitaben de, Türk lirası

üzerinden banka teminat mektubu vermeleri mümkündür. Mevzuat yönünden bu konuda herhangi bir sınırlama mevcut değildir²⁴.

Bankaların yabancı para kayıtlı teminat mektubu vermeleri ise esas itibariyle iki şekilde olmaktadır. İlk olarak bankanın verdiği teminat mektubu yabancı parayı içermesine rağmen tazminat talep edildiğinde banka o günkü kur üzerinden Türk lirası karşılığının ödeneceğini taahhüt edebilirler. Bu tür teminat mektupları gerçek anlamda yabancı para kaydını ihtiva eden teminat mektupları değildir. Altın kaydı, eşya kaydı gibi paranın değer kaybını korumak için konulmuş kayıtlar olarak görülmektedir. Burada asıl incelenmesi gereken bankaların yabancı para üzerinden düzenleyecekleri (dövizli) teminat mektuplarıdır. Bu hususta 32 sayılı kararın “Gayri nakdî krediler, garanti ve kefaletler” başlığını taşıyan 18 . maddesinde yer alan hükme göre “Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışından gayri nakdî kredi ve kefalet sağlamaları ile Türkiye’de ve dışarıda yerleşik kişiler lehine dışarıda yerleşik kişilere muhatap teminat mektubu düzenlemeleri garanti ve kefalet vermeleri serbesttir. “ Bankalar ve özel finans kurumları yurtdışına ödenen teminat mektubu garanti ve kefalet bedelleri hakkında transfer tarihinden itibaren, bunların dışındaki Türkiye’de yerleşik kişiler ise dışarıda yerleşik kişilere hitaben verdikleri garanti ve kefaletlerle ilgili olarak düzenleme tarihinden itibaren 30 gün içinde Müsteşarlığa bilgi verirler.

Yurt dışında yerleşik kişiler lehine Türkiye’de yerleşik kişilere yabancı para kayıtlı teminat mektubu verilmesi konusunda 32 sayılı karar bir sınırlama getirmemiştir. Başka bir anlatımla Türkiye’de faaliyet gösteren bankaların yabancı bankaların kontrgarantisine dayanarak Türkiye’de yerleşik kişilere yabancı para kayıtlı teminat mektubu vermelerine bir sınırlama getirilmemiştir. Bu konuda 32 sayılı kararın yer alan hükme göre “ yurt içinde açılacak uluslararası ihalelerle ilgili olarak Türkiye’de yerleşik kişiler lehine Türkiye’de yerleşik kişilere muhatap döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri garanti ve kefalet vermeleri serbest bırakılmıştır. Türkiye’de yerleşik muhatapların Türkiye’de yerleşik kişilere karşı yabancı para kayıtlı teminat mektubu vermeleri yurt içinde açılan milletlerarası

²⁴ REİSOĞLU, age, s.374

ihalelerle sınırlanmıştır. Milletlerarası ihaleden maksat yabancı firmaların da katılabileceği ihalelerdir.

32 sayılı kararın 18 . maddesinde düzenlenenler haricinde yabancı para kayıtlı teminat mektubu düzenlenmesi Bakanlığın iznine tabi tutulmuştur. Türk hukukunda döviz kontrol kuralları esas itibariyle TPKKK ve bu kanuna göre çıkarılan karar ve tebliğlerde yer almaktadır. Dolayısıyla bu düzenlemelerde yer alan normlar doğrudan uygulanan hükümler olarak kabul edilmeli; uygulama alanına giren bütün olaylar bakımından da olayın milletlerarası unsur ihtiva edip etmediğine bakılmaksızın uygulanmalıdır. Çünkü bu düzenlemeler Türkiye Cumhuriyeti'nin menfaatlerini ön planda tutan düzenlemelerdir. Türkiye'de yerleşik bankaların düzenlemiş oldukları yabancı para kayıtlı banka teminat mektuplarında, banka, mevzuatta yer alan sınırlayıcı hükümlere aykırın davranır veya bakanlıktan izin alması gereken hallerde izin almaz ise yada bildirim sürelerine riayet etmez ise bankanın bu davranış biçiminin teminat mektubunun geçerliliğine etkisi ne olacaktır²⁵.

Yargıtayın eski bir içtihadına ve doktrinde savunulan görüşe göre Türk Parasını' nın Kıymetini Koruma mevzuatı emredici niteliktedir. İzin Alınmadan banka teminat mektubu verilmesi durumunda BK m.19-20 kapsamında hukuka aykırılık olacağından mutlak butlanla batıl olacaktır. Diğer bir görüşe göre ise döviz kontrol kuralları yabancı para borcunun geçerliliğini değil yabancı para ile yapılacak ödemeleri kontrol etmektedir. Dolayısıyla teminat mektubunun geçerliliğini etkilemeyecektir. Bankalar Kanununda izni kaldırılmış ve 30 gün içerisinde bilgi verme yükümlülüğü getirilmiş olduğundan bu tartışmanın önemi kalmamıştır²⁶.

C) Dışarıda yerleşik bankaların Türkiye'de yerleşik kişiler lehine teminat mektubu veya kontrgaranti vermeleri

Bu durum iki şekilde gerçekleşmektedir. Bankalar ya doğrudan kendileri Türkiye'de yerleşik muhataplara teminat mektubu verebilirler yada dışarıda yerleşik bankalar adına banka teminat mektubu vermektedirler. 32 sayılı kararda bu hususta

²⁵ TURHAN, age,s.202

²⁶ DOĞAN, age, s.333-351.

yer alan hükme göre Türkiye’de yerleşik kişilerin yurtdışından gayri nakdî kredi kefalet ve garanti almaları serbesttir. Türk lirası veya yabancı para bakımından herhangi bir ayırım yapılmamıştır. Ancak burada yurt dışındaki bankanın bulunduğu yerin döviz kontrol kurallarının dikkate alınması gerekir ²⁷.

Doğrudan uygulanan kurallara aykırılığın müeyyidesi normun içeriğinde yer alıyorsa ihtilafsız olarak bu müeyyidenin uygulanması gerekecektir. Ancak ilgili normda bir müeyyide yoksa aykırılık borç ilişkisinin akıbetini nasıl etkileyecektir. Bütün aykırılık hallerine tek bir müeyyide mi uygulanacak, yoksa aykırılığın derecesine göre farklı bir müeyyide mi uygulanacaktır. Doktrinde tek bir müeyyide uygulanması kabul edilmemektedir. Bu durumda normların iki ayrı etkisi söz konusu olacaktır. Bunların doğrudan etki ve dolaylı etki olduğu kabul edilmektedir. Doğrudan uygulanan normların doğrudan etkisi normun içinde müeyyide düzenlenmişse bu müeyyidedir; düzenlenmemişse normun içinde yer aldığı hukuka göre normun anlam ve amacından hareketle sorun çözümlenecek, yani müeyyide tespit edilecektir. Eğer norm emredici norm ise, işlem batıl sayılmayacak fakat BK m.96 ve m.117 uyarınca imkansızlık halleri uygulanacaktır ²⁸.

Yargıtayın eski görüşüne göre Türk Parasının kıymetini koruma mevzuatı emredici niteliktedir. Dolayısıyla Bakanlığın izninin alınması öngörülen hallerde izin almadan bankaların teminat mektubu vermeleri BK’ya aykırılık teşkil edeceğinden hukuki işlem mutlak butlanla batıldır. Fakat diğer bir görüşe göre ise, döviz kontrol kuralları yabancı para borcunun geçerliliğini değil, yabancı para ile yapılacak ödemeleri kontrol etmektedir. Yabancı para borcunun geçerliliği etkilenmeyecek fakat bildirim yükümü veya izin yükümü düşen taraf kusuru oranında zarardan sorumlu olacaktır²⁹.

D) Kamu düzeni

Milletlerarası unsurlu olay ve ilişkilerde kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre yabancı bir hukuku uygulamak zorunda kalan hakim maddi ilişkiye uyguladığı

²⁷ DOĞAN, age, s.333-351.

²⁸ AYBAY, R./DARDAĞAN, E.: Milletlerarası Düzeyde Yasaların Çatışması, 1.B, İstanbul 2005, s.128-131.

²⁹ REİSOĞLU, age, s.382

yabancı hukuk normlarının kendi hukukunun adalet anlayışı ile bağdaşmayacak bir sonuca varması durumunda bu yabancı hukukun uygulanmasından vazgeçecektir. Çünkü maddi hukuk adaletini sağlamakla görevli olan hakimin milletlerarası unsurlu ilişkilerde kendi hukuk düzeninin temel prensiplerine uygun adil karar verme zorunluluğu vardır³⁰.

Milletlerarası unsurlu banka teminat mektuplarında ekseriyetle haksız, hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki ödeme talepleri karşısında kamu düzeninin müdahalesinin söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Dolaylı banka garantilerinde, hukuk düzenleri arasındaki, uyumsuzluk sebebiyle kamu düzeni müdahalesi gündeme gelebilir. Şöyle ki kontrgaranti ilk bankanın bulunduğu ülke hukukunun haksız ödeme talepleri ile karşılaşan bankanın ödemeden kaçınma hakkının olmasına rağmen muhatabın haksız, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde ödeme talebine rağmen yabancı ikinci bankanın bulunduğu ülkedeki hukuk kurallarına göre ödemeden kaçınma hakkı bulunmuyorsa kamu düzeninin müdahalesi gerekir. Doktrinde bir kısım yazarlar bu gibi durumlarda kamu düzeninin müdahalesini uygun görmektedir. Böyle durumlar lehtar için tipik bir ülke rizikosu olarak görülmekte ve kamu düzeninin müdahalesi kabul edilmektedir.

Teminat mektubu ilişkisinde yetkili yabancı hukuk hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki ödeme talepleri karşısında ödemeden kaçınma hakkını kabul etmiyor ise, veya farklı içerikte kabul ediyor ise, Türk kamu düzeninin müdahalesi gerekecektir. Bu halde olaya yetkili yabancı hukuk uygulanmayacak, gerekli olan hallerde Türk hukuku uygulanacaktır³¹.

³⁰ NOMER, age, s.171-191.

³¹ DOĞAN, age, s.421.

SONUÇ

Bu çalışmada banka teminat mektupları ve bu mektuplardan doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukuk ve karşılaşılan problemler genel hatlarıyla incelenmiştir. Çalışmada genel hatlarıyla teminat mektuplarının garanti sözleşmesi kapsamında olduğu, akit statüsüne tabi olduğu, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK) kapsamında teminat mektupları için ayrı düzenlemeler mevcut olmadığı, özellikle doğrudan uygulanan normlar kapsamında kabul edilen döviz kontrol kurallarının önem taşıdığı, teminat mektuplarının lehtar, muhatap ve teminat veren garantör banka ile dolaylı teminatta kontrgarantör bankanın mevcut olduğu ve bahsi geçen tarafların aralarındaki hukuksal ilişkiler farklı olmasına rağmen uyuşmazlık halinde uygulanacak hukuku akit statüsünün belirlediği ortaya konmuş; ayrıca zamanaşımı, vasıflandırma, garanti sözleşmelerinde şekil, ehliyet, kamu düzeni vb. hususlar üzerinde durulmuştur.

Av. Yalçın TORUN