

## FRANSIZ HUKUKUNDA BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

*Prof Dr. Michel VASSEUR\**

*Çev. Yrd. Doç. Dr. Murat YAVAŞ\*\**

### I- Genel Olarak

Bugün uluslararası sözleşmelerde bağımsız garanti önemli yer işgal etmektedir. Fakat özellikle garanti mukaveleleri iç hukukta bilinmektedir.

En fazla rastlanılan durum şudur; Avrupalı ihracatçı firma, yabancı bir kamu girişimcisi veya yabancı özel bir girişimci ile bir sözleşme imzalamaya hazırlanırken garanti alma eğiliminde olup, bu daha fazla inşaat sözleşmesinde ve mühendislik sözleşmesinde ortaya çıkmaktadır. Satıcı veya yabancı iş sahibi bu Avrupalı girişimciyi tanımamaktadır. Onlar, Avrupalı girişimcinin ciddiyetinden tam olarak güvence duymamaktadır. Eğer bu ciddiyetten emin olsalar belki teminat ihtiyacı hissetmeyecekler. Ancak günlük hayatta öngörülmeleyen birçok olay meydana gelebilmektedir. Bu nedenle, kendilerini güvence altına alma isteği mevcuttur. Her şeyden önce Avrupalı girişimci sözleşmeyi imzalamayabilir ve yükümlülüklerini yerine getirmekten imtina edebilir. Bunlar önemli tehlikelerdir. Ayrıca şayet bu tehlikeler dikkate alınmazsa sözleşme ifa edilmez ya da kötü ifa edilebilir. Ayrıca, iş sahibi tarafından paranın avans olarak verilmesi durumu ya da Avrupalı girişimci tarafından malın tam olarak tesliminden önce paranın

---

\* Professeur de droit Commercial et de droit bancaire à l'Université droit de Paris, Dalloz Répertoire de droit Commercial, Tome IV, Nisan 2000.

\*\* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı.

tümden verilmiş olması (garanti almaksızın) iş sahibi için büyük tehlikeler oluşturmaktadır.

Tüm bu durumlarda kuşkusuz iş sahibi veya yabancı satıcı karşı tarafın yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesini sağlamaya yönelik ya da uğranılan zararların tazmini için dava açabilecektir. Fakat tüm bu çabaların boş olduğu daha sonra ortaya çıkabilir. İş sahipleri veya satıcılar mahkemelerde dava açmaktansa Avrupalı müteşebbislerden kendi yararlarına olmak üzere belli bir paranın teslimini istemektedirler. Bu hareket tarzı uzun bir periyod boyunca paranın blokajını sağlamakta ve bu bir nebze olsun iş sahiplerini ve satıcıları korumaktaydı. Ancak bu durum Avrupalı girişimciler için ağır ve masraflı idi.

Sonuç olarak, Avrupalı girişimcilerin uyarıları neticesinde yabancı satıcılar ve iş sahipleri banka garantileri ile yetinmek durumunda kalmışlardır. Bunun yanında uluslararası alanda geçerliliği olan sigorta teminatları garanti yerine geçmekteydi.

Uygulama, daha farklı garanti türlerini tanımaktadır. Bu garanti türlerine uluslararası ticari alanda rastlanıldığı gibi ulusal ticari işlerde de rastlanmaktadır. Bu tip garantilerin başında da basit ifadeyle banka garantisi veya daha geniş ifadeyle sözleşmeli garanti gelir. Özellikle sigorta şirketleri tarafından daha az biçimde sözleşmeli garanti verilmektedir.

Garantinin üç önemli aktörü bulunmaktadır. Bu üç aktör bir taraftan satıcı veya iş sahibi, diğer taraftan müteşebbis ve nihayet garanti yükümlülüğünü üzerine alan bankadır. Bu üçlü ilişkide keşideci müteşebbis veya müteahhittir. Muhatap, satıcı veya iş sahibidir. Banka ise bu üçlü ilişkide garanti veren konumundadır.

Genellikle iş sahibi veya satıcı keşidecinin ülkesindeki bankadan garanti istememektedir. Kendi ülkesindeki bankadan alınacak olan garantiye daha önem vermektedirler. Hiç olmazsa bu durumda keşideci kendi ülkesindeki bankanın kontrgarant olmasını ister. Keşideci özel bankasını (devamlı iş yaptığı banka olabilir) kontrgaranti vermeye davet etmektedir. Kontrgaranti,

iş sahibi veya satıcının ülkesindeki yani edimi taahhüt eden bankaya (keşideci lehine) verilir.

Özelliği olan önemli miktarlardaki garantiler için keşidecinin bankası etrafında bir pool garanti meydana getirilir<sup>1</sup>.

Garantilerin aynı türde olması da zorunlu değildir. Bir kısmı ilk talepte ödemeli bazıları da belgeli garantiler biçiminde olabilir.

İlk ödeme talepli garanti durumunda garantiden yararlananın basit bir talebi üzerine garant konumunda olan banka itiraz etmeksizin ödeme yapmak durumundadır. Hemen bu bağlamda ortaya çıkan temel sorun, bu tip bir garantinin lehine garanti verilen (muhatap) kişiye hakkın kötüye kullanmasının zeminini hazırlayabilecek olmasıdır. Bu ise kuşkusuz sonunda keşidecinin aleyhinedir.

## A. Bağımsız Garantinin İncelenmesi

### 1. Diğer Kurumlar İle Olan Benzerlikleri

Çok basit bir anlatımla ilk talepte ödemeli banka teminat mektuplarında, teminat mektubu veren banka (garant) iş sahibi veya satıcının (teminat mektubundan yararlanacak olanlar) ilk talebiyle ödeme yapma yükümlülüğü altındadır. Banka teminat mektuplarında üçlü bir ilişkinin varlığına yukarıda değinilmişti. Bu tip üçlü ilişkiler vekaleti, teminatı, bir kimsenin iştirak etmediği hukuki bir muamelede başka bir kimsenin yükümünü ifa etmesi demek olan “promesse de port-fort ilişkisi, geri dönülemez senet ve kefalet ilişkisini hatırlatmaktadır.

Fransa’da hiç kimse özellikle vekalet, promesse de port-fort ve teminatı ileri sürmedi (ilk talepte ödemeli banka teminat mektupları açısından) Buna karşılık ilk talepte ödemeli banka teminat mektupları daha ziyade geri

<sup>1</sup> Pool: Bazı malların fiyatını tespit etmek için dağıtımını sağlamak üzere oluşturulan ortak pazar  
(DAYINLARLI, Kemal, Fransızca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü, Ankara 1981, s.409).

dönülemez senetli kredi açılması durumuna benzemektedir. Çünkü teminat mektubu veren banka tüm geri dönülemez senetli kredi açan bankalar gibi ödeme yapmak mecburiyetindedir. Dikkat edilmesi gereken nokta burada keşideci ile teminat mektubundan yararlanan arasındaki ilişkiyi etkileyen olay ne olursa olsun bankanın yükümlülüğünü yerine getirmek zorunda olmasıdır. Bu, garanti ilişkisinin bağımsız bir (asıl ilişkiden) ilişki olduğunu bize gösterir.

İlk talepte ödemeli garanti genellikle belgeli garanti şeklinde değildir.

## 2. Kefalet ile Farkı

İlk ödeme talepli garantiye en çok benzeyen kurum kuşkusuz kefalettir. Fakat Yüksek Mahkeme iki kararında, ilk talepte ödemeli teminat mektubunun bir kefalet olmadığını ifade etmiştir. Aynı kararlarda Yüksek Mahkeme, ilk talepte ödemeli garantinin, garanti mektupları ile ilgili hükümler tarafından idare edilen ve temel sözleşmeye nazaran bağımsız bir ilişki olduğunu ifade etmiştir. Bu da kefaletten ayrılan en önemli yönüdür.

Kefalet CC. (Fransız Medeni Kanunu) art. 2011 vd maddeleri tarafından düzenlenmiştir. Kefalette başkasının borcunu ödeme yükümlülüğü vardır. Yükümlülük talidir. Asıl ilişkiye (sözleşmesel ilişkiye) sıkı sıkıya bağlılık vardır. Oysa garantide bağımsız (asıl sözleşmeden ya da asıl ilişkiden) bir ilişki karşımıza çıkar.

Garanti durumunda, garanti veren banka hiç bir şekilde başkasının borcunu ödemeyi üstlenmiş olmamaktadır. Almış olduğu yükümlülük şahsi-dir. Garanti veren bankanın borcu temel borçlunun borcunun konusundan farklıdır. Bu yön ile de kefaletten ayrılır. Bankanın yükümlülüğü bağımsızdır ve tali değildir.

Garanti ilişkisi daha önce belirtmiş olduğumuz bir para blokajı sisteminin yerini almaktadır. İlk talepte ödeme yükümlülüğü bir para ödeme yükümlülüğünden ibarettir. Sonuç olarak; kefalette iki kişi mevcuttur; temel borçlu ve kefil aynı borç için yükümlülük altındadır. Buna karşılık garanti borcunda edimi taahhüt edilenin iş sahibi veya satıcıya karşı olan borçları

tamamen farklıdır. İşte bundan dolayıdır ki, tali nitelikli kefalete nazaran ilk talepte ödemeli garanti verilerek garanti karşısında korunan kişiler kefaletle korunan kişilere göre daha güçlü durumda olmaktadır.

Kefil, asıl borçlunun alacaklıya karşı olan def'ilerini ileri sürebilirken, garantide bu imkan yoktur. Banka, edimi taahhüt edilenin iş sahibi veya satıcıya karşı olan def'ilerini ileri sürememektedir ki, bu da kurumun yapısına uygun sonuçtur.

Bağımsız garantinin niteliği kefaletten farklı olarak bazen tereddütler meydana getirir. Özellikle banka ve ihracatçı diğer tarafa karşı birlikte sorumlu olduklarını bildirdikleri zaman bu sorun ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda bağımsız bir borç değil, birlikte sorumluluk kavramı ortaya çıkar. Bu halde, 26 Ocak 1983 tarihli bir kararında Yüksek Mahkeme, garanti ilişkisini kefaletin niteliğine benzetmiş ve fakat sonuçlarının uygulanması bakımından kefaletle bir paralellik kurmamıştır.

Birden çok kimsenin bir alacaklıya karşı aynı borcun tamamını yükümlenmelerini veya birden çok alacaklının aynı borcu istemeye haklı olduklarını gösteren bir durum olan *solidarite* (teselsül), garanti verenin borcunun bağımsızlık niteliğini ortadan kaldırmaz. Yani, bankanın ve edimi taahhüt edilenin birlikte sorumlu olduklarını belirtmeleri bankanın borcunun niteliğini değiştirmez.

## B. Bağımsız Garantinin Temeli

Kanun hükmünün bulunmaması halinde bağımsız garantinin kaynağını tarafların iradesi oluşturur. Bunun da temelinde sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisi yatmaktadır.

## C. Bağımsız Garantiden Doğan Yükümlülüğün Hukuki Niteliği

Bu nitelikler 4 tanedir. Bunları şu şekilde sıralayabiliriz;

### 1. Bağımsız Yükümlülük ve Yükümlülüğün Tali Olmaması

Bu ilk niteliğe yukarıda değinilmişti. Garanti verenin yükümlülüğü tali bir yükümlülük olmayıp asıl ve bağımsızdır. Bankanın tali olmayan ve bağımsız borcu temel ilişkiye nazaran özerk bir yapı arzemesi, edimi taahhüt edilenin sahip olduğu def'ilerin de banka tarafından ileri sürülmemesi sonucunu doğurmaktadır.

### 2. Banka Yükümlülüğü

İlk talepte ödemeli garanti Fransa'da banka niteliklidir. Sigorta şirketleri bu türlü garantileri verebilirler.

### 3. Bir Para Ödeme Yükümlülüğü

Garanti verenin yükümlülüğü münhasıran bir para borcudur. Garanti veren edimini taahhüt ettiği asıl borçlunun borcunu ifa etmek zorunda değildir. Yani garanti verenin borcu bağımsızdır.

### 4. Bankanın Yükümlülüğünün Mücerretliği

Garanti verenin yükümlülüğünün dördüncü niteliği, yabancı hukukta olduğu gibi Fransa'da da çok tartışılmış bulunan garanti verenin borcunun soyut mu yoksa sebebe bağlı mı olduğu noktasındadır. Sebebe bağlı ise sebebi nedir?

Fransa'da bir mahkeme 13 Mayıs 1980 tarihli kararında bu borcun (garanti verenin yükümlülüğünün) soyut olduğunu ifade etmiştir. Buna karşılık 14 Mayıs 1980'de Riom ve 9 Ocak 1981'de Montluçon mahkemeleri garantinin sebebe bağlı bir borç olduğunu ifade etmişlerdir. Yani garantinin bir sebebinin bulunduğuna karar vermiştir. Bu kararlarda ilk talepte ödemeli garantinin sebepsiz kurulamayacağını altı çizilerek ortaya konmuştur. Doktrinde aynı zamanda, şayet garantinin sebebi varsa (sebebe bağlı bir borç ise) bu sebebin kaynağı asıl sözleşme midir? yoksa garantinin bizzat kendisi

midir? sorusu tartışılmaktadır. Bazıları için sorun önemlidir. Eğer yükümlülük sebebe bağlı ise ve sebep mevcut değilse ya da sebep geçersizse bu takdirde garanti mukavelesi bozulabilir ya da yok hükmündedir şeklinde nitelendiriliyor.

Başka bir çözüm tarzı olarak sebebe bağlı olması gereken garanti sözleşmesi sebepten yoksunsa 8 Kasım 1972 tarihli Yüksek Mahkeme kararı ile artık kefalet alanındaki çözümlerin uygulanması gerekir. Yüksek Mahkeme bu noktada tahvili uygulamıştır. Yüksek Mahkemenin bu kararı kesinlikte tartışmaya açıktır.

Banka yükümlülüğünün sebebi, banka ile imzalanan garanti verilmesine yönelik yapılmış olan sözleşmede kendini ortaya çıkarmaktadır.

## **II- Taraflar Arasındaki Hukuki İlişki**

### **A- Garantide Özellik Arzeden Durumlar**

#### **1. Garanti Veren Bankaya Keşideci Tarafından Verilen Emrin Hukuki Niteliği**

Banka, ihracatçının (keşideci) talebi ile garanti yükümlülüğünü almaktadır. Keşideci ile banka arasında kurulan ilişki genellikle vekalet gibi incelenmektedir.

Bunun sonucu olarak eğer bir vekalet ilişkisi varsa müvekkilin vekilin masraflarını karşılaması gerekecektir. Fakat burada esas olan vekil müvekkil ilişkisi değildir. Zira banka kendi adına ve hesabına olarak ve bağımsız bir borcu üstlenmektedir.

Bu noktada karşılaşılan problem, belgeli kredi açıldığı zaman keşideci ile banka arasındaki ilişkilerin belirlenmesi noktasındadır. Doktrin bu konuda vekalet gibi hareket edileceğinde ısrarlıdır.

Kontrat, keşideci ile banka arasındadır. Bu sözleşme ile banka garanti yükümlülüğünü üzerine almayı yükümlenmekte ve keşideciye karşı bir kredi açmış olmaktadır. Sorun, uygulamadan çok teori bazındadır. Bankaya

keşidecinin emir mektupları yöneltmesi, garanti veren bankaya keşidecinin hesabından (geri dönülemez bir izin ile) ödemede bulunması konusunda bir izni de ihtiva etmektedir.

## 2. Kontrgaranti Durumu

Esas olarak sorun, keşidecinin ülkesindeki bankadan kontrgaranti verilmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Banka teminat mektubu ile muhtemel zararları güvence altına alınmış olan muhatabın ülkesince bu teminat mektubu kabul edilmemektedir.

Keşidecinin bankası muhatabın bankasına tüm açıklayıcı bilgileri nakletmeyi yükümlenmektedir. Mesela keşidecinin bankası bu bağlamda muhatabın bankasına ülkedeki pazarın özellik arzeden tüm koşullarını tam ve doğru olarak nakletmelidir. Böylece muhatabın bankası bilgilendirilmiş olacak ve garanti yükümlülüğü altına girecektir.

## B- Garantiye Başvurmadan Önceki Hukuki İlişkiler

Garanti sözleşmesinin imzalanmasından sonra temel sözleşmedeki değişiklik ve garantinin süresi problemi vardır. Yani garanti sözleşmesi imzalanıp sonuçlandıktan sonra temel sözleşmedeki değişikliklerin garanti sözleşmesine etkisi ne olacaktır?

### 1. Garantinin Süresi

Garantinin süresi problemi uygulamada en fazla sorun çıkaran husustur. Keşidecinin ve bankanın menfaatine olarak garanti sözleşmesinin geçerlilik süresi sınırlıdır.

Belirli bir tarihin saptandığını varsayalım. Yani vadeli garanti sözleşmesi yapılmış varsayalım. Bu tür bir düzenlemenin mantıki sonucu mutlaka garanti ile temin edilmiş olan riskin bu belirlenmiş olan tarihten

önce meydana gelmiş olmasıdır. Sürenin daha elastik olarak saptanabilmesi mümkündür.

Örneğin, Suriye yasasına göre garanti sözleşmesinin son tarihi sadece bildirici niteliktedir. Özellikle bu ülkede garantinin etkisinin yok olması bir garanti sözleşmesinin klozuna bağlanmaktadır. Aslında bu, temel sözleşme ilişkisinin garanti sözleşmesinden bağımsız olmasının bir neticesi olup, asıl sözleşme ifa edilse dahi garanti akdi yürürlükte kalmaya devam eder.

Muhatabın çoğu defa bankaya karşı talepte bulunarak garanti yükümlülüğünden doğan borcunu ifa etmesini istemesi ve bankayı zorlaması olayına rastlanmaktadır. Muhataplar bankaya verilen basit bir bilgi karşılığında garanti süresinin uzatılmasını istemektedirler. Fakat bunun temel sözleşmedeki sürenin uzatılmadan yapıldığına dikkat etmek gerekir. Garanti sözleşmesi süresinin uzatılmasını bankaya kabul ettirmek için muhatap genellikle bankaya ödeme yönünde talepte bulunacağını belirterek onu tehdit etme yoluna gitmektedir.

## 2. Temel Sözleşmenin Değişmesi

Temel sözleşmenin değişmesi sözkonusu olabilir. Bir fabrika kurmak için anlaşma imzalayan müteşebbis ve iş sahibi sözleşmede değişiklik yapabilir. Mesela bunlar sonradan yapılacak bir değişiklikle fabrikada kurulacak ünite sayısını beşten üçe indirebilirler ya da tam tersi olabilir.

Katı uygulanan hukukta temel sözleşme değişikliğine muhataba karşı yükümlülük altına girmiş olan banka tarafından muhalefet edilmesine imkan yoktur. Fakat belirtmek gerekir ki, eğer temel sözleşmede bir değişiklik yapılacak olursa bunun banka tarafından da kabulü gerecektir. Zira, banka daha önce yapılan temel sözleşmeye göre garanti vermiştir. Sözleşmedeki durumu baz alarak yükümlülük altına girmiştir. Garantinin de sözleşmeye uygun olarak değiştirilmesi için bankanın temel sözleşmedeki değişikliğe rıza göstermesi gereği kaçınılmazdır. O halde asıl sözleşme ile ga-

ranti sözleşmesinin bağımsızlığını hiç olmazsa bu nokta itibariyle çok katı şekilde uygulamamak gerekir.

İlk talepte ödemeli garantilerde muhatap, garanti süresinin uzatılmasını sağlamak, temel sözleşme değişikliklerinin banka tarafından kabulünü temin etmek için garantiye başvuru talep kozunu kullanabilir.

### **C- Garantiye Başvurunun Kapsamı ve Şekli**

Genellikle garanti sözleşmesinde talepte bulunmanın şekli öngörülmektedir. Bu şekil sözleşmede yazılı bir ödeme talebinde bulunulması şeklinde ifade edilmiş olabilir. Fakat özel olarak bankalar arasında kontrgarantiler durumunda ödeme talebi her tür teknik iletişim vasıtaları ile olabilir.

#### **1- Garantiye Başvurulmasından Doğan Taraflar Arasındaki Hukuki İlişkiler**

Banka, garanti işleminin merkezindedir. Bu nedenle banka tüm dikkatini muhatap ve keşideciyle kendisi arasındaki ilişkiye verir. Fakat keşidecinin ve muhatabın ilişkileri kuşkusuz aynı zamanda incelenmelidir.

#### **2- Garanti Veren Banka İle Muhatap Arasındaki İlişkiler**

İlk talepte ödeme yükümlülüğünü üstlenen bankanın temel işlevi ödemede bulunmaktır. Bu ödeme yükümlülüğü konusunda garanti veren bankalar açısından keşideciyi ve muhatabı bir kenara bırakırsak farklılıklar vardır.

Bankalar yükümlülüklerine son derece bağlıdırlar ve onlar keşideci ile muhatap arasında meydana gelebilecek hiç bir uyuşmazlığa karışmak istemezler. Hatta o kadar ki keşideci, ödemeyi engelleyici bir tutum içine girirse banka bu ödemeyi engelleyici mahkeme kararına karşı müracaat et-

mekte tereddüt göstermez. Bunun da temelinde yatan düşünce, aşağıda değinileceği gibi bankanın ulusal ve uluslararası itibarının korunması kaygısıdır.

#### **D- Banka Yükümlülüğünün Kapsamı ve Müeyyidesi**

Banka, ilk talepte ödemeli garantide talebin şekle uygun olarak muhatapça gerçekleştirilmesinden sonra bu talebin haklı bir nedene dayalı olup olmadığını araştıramaz. Bankanın ödeme yükümlülüğü esastır. Bankanın ödeme yükümlülüğüne esas sözleşmeden kaynaklanabilecek bir def'i imkanı engel olamaz. Temel sözleşmeden kaynaklanan def'iyi sadece keşideci muhataba karşı ileri sürebilir. Bu, garanti sözleşmesinin bağımsız bir borç ilişkisi (temel akde nazaran) meydana getirdiğinin bir göstergesidir. Bankanın temel sözleşmenin yoklukla malul olduğunu ileri sürerek ödemede bulunmaktan imtina etmesi mümkün değildir. Ayrıca, muhatabın sözleşmeden doğan borcunu uygun bir şekilde ifa etmemesi halinde de banka ödemede bulunma yükümlülüğü altındadır. Bankanın ödeme yükümlülüğü asıl sözleşmenin ifasının mümkün olmadığı hallerde de devam etmektedir.

Hukukun çok katı uygulanması halinde bankanın, keşidecinin müsaadesinden sonra ödeme yapma mecburiyeti yoktur. Yani garanti veren banka ödeme için keşidecinin müsaadesini beklemek durumunda değildir. Oysa, garanti veren bankanın keşideciye bildirimde bulunması gibi (ödeme yapmadan evvel) bir alışkanlığı vardır. Yapılan bu bildirim çok önemli olup, keşidecinin, muhatap tarafından yapılabilecek haksız ödeme taleplerinin önüne geçmesini sağlayabilecek girişimlerde bulunma imkanı elde etmesini sağlar.

Banka kural olarak talep üzerine ertelemeksizin hemen ödemede bulunmalıdır. Ancak garanti sözleşmesinde talepte bulunulmasından sonra belli süre içinde ödemede bulunacağı kararlaştırılmışsa banka bu kadar süre bekleyebilir. Bu süre keşideci için muhatap ile görüşme ve hata varsa (talep haklı nedene dayanmıyorsa gibi) bunların düzeltilebilmesi için fırsat sağlar.

Bankanın tüm bu katı ödeme yükümlülükleri, kaynağını yapmış olduğu garanti sözleşmesi ve bu sözleşmenin niteliğinde bulmaktadır.

Banka, garanti sözleşmesi imzalamakla geri dönülemez (cayılamaz) belgeli kredi mektubu imzalayan bir bankanın durumu ile çok benzeyen bir konuma girmektedir.

Eğer garanti sözleşmesinde ifade edilmiş ise banka ödemeyi döviz cinsinden yapmalıdır.

### **1- Bankanın Ödeme Yükümlülüğünün Sınırı**

Bankanın ödeme yükümlülüğü ile ilgili kurallar, hiç bir şekilde ilk talepte ödemeli garanti sözleşmesini imzalayan bankanın yükümlülüğünün sınırı ile ilgili bir düzenleme ihtiva etmemektedirler. Bankaya yüklenen ödeme yükümlülüğü bazı sınırlar tarafından çerçevelemektedir. Doktrinde çoğunluğun fikrine göre, temel sözleşme kamu düzenine aykırı ya da ahlaka mugayir ise bankanın ödeme yapmayı reddetme yükümlülüğü vardır. Örneğin, temel sözleşmenin konusu uyuşturucunun görünümünün değiştirilmesi ve haşhaş kültürü ise yukarıda belirtilen temel görüş devreye girebilir. Tüm bu hallerde banka ödeme yapmayı reddetmelidir. Fakat doğal olarak, kamu düzenine aykırılık bulunmadıkça bankanın ödeme yükümlülüğü esastır.

### **2- Muhatabın Hakkını Kötüye Kullanması ve Hilesi**

İlk talepte ödemeli garanti ilişkisinde muhatabın talebi açık bir şekilde hakkın kötüye kullanılması ya da bir hile teşkil ediyorsa banka ödemede bulunmayacaktır. Bu durum özellikle şu örneklerde karşımıza çıkar;

Muhatabın, teslimatın yapılacağı ülkedeki gümrükten mal çekilmiş olmasına karşın malın teslim edilmediğini ileri sürerek garantinin ifa edilmesini talep ettiği durumlarda ya da mahkeme tarafından ihracatçının tüm yükümlülüklerini yerine getirdiğini saptayan kararına rağmen muhatabın yine de garantinin ifası için bankaya talepte bulunması halinde onun açıkça hilesinden ve hakkını kötüye kullanmasından bahsedilir. Fakat hile ya da hakkın kötüye kullanılması çok açık olmalıdır. Nitekim Lüksemburg İstinaf Mah-

kemesi 27 Kasım 1980 ve 16 Mart 1983 tarihli kararlarında tahkikat önlemi ile banka ödemesinin durdurulması isteminde hile ya da hakkın kötüye kullanılmasının açık (bariz) olmadığına karar vermiştir. Dolayısıyla talep reddedilmiştir.

Eğer sözleşmenin yokluğu konusunda mahkemenin kesin bir kararı var ise banka ödeme talebini reddedebilmektedir. Ayrıca, bankanın ödemedede bulunmamasını şikayet eden muhatabın davranışını, malın teslim edildiğini ispatlayan ya da malın teslim edileceği ülkedeki gümrükten çekildiğine dair belge karşısında açık bir hakkın kötüye kullanılması ya da hile olarak nitelendirmek gerekir.

Her ne olursa olsun genel olarak hile ya da hakkın kötüye kullanılması banka için ödemeyi reddetme bakımından istisnai durum oluşturmaktadır. Hile ya da hakkın kötüye kullanılması sadece garanti sözleşmesinin icrası çerçevesinde incelenmesi gereken bir kavramdır.

### **E- Bankanın Ödemede Bulunmasını Engellemek İçin Keşideci Tarafından Kullanılan İmkanlar**

Bankanın ödemede bulunmaktan imtinaya haklı olduğu durumların varlığı esnasında keşidecinin garanti veren bankanın ödemede bulunmasını hangi tedbirler ile önleyeceğini bilmek çok önemlidir. Keşideci birçok enstrümanı devreye sokabilir. El koyma, ödemeyi yasaklama ve üçüncü kişiye tevdi.

İlk imkan el koymadır. Keşideci muhataptan alacaklı olduğunu ileri sürerek borç miktarını karşılayacak kadar menkul malları üzerine el koyma kararı aldırıp kendi güvenliğini sağlayabilir. Bu girişim sistematik olmayabilir. Çünkü, yararlı bir biçimde el koymayı gerçekleştirmek için el koyan kişi alacağını ispat etmelidir. Keşideci böyle bir el koyma kararı alarak bankanın ödeme yapmasına engel olabilir.

Keşidecinin baş vurabileceği bir başka yol garantinin ödenmesini engellemektir. Bu da ödemeyi yasaklama şeklinde olabilir. Yasaklama keşi-

deciden gelen basit bir yazıdan kaynaklanabilir. Ancak bu tür yazılar genellikle bankayı ödeme yapmaktan alıkoyamaz.

Bankanın ödemede bulunmaktan imtina etmesini sağlamak için en güvenilir yol keşidecinin mahkemeye başvurmasıdır. Mahkemeden elde edilen ödemenin yapılmasını yasaklayıcı kararlar bazen ilan edilir. Bu yasaklama yeni mahkeme kararına kadar ya da esas hakkındaki karara kadar geçerliğini korur.

Hakimin yabancı bir banka hakkında ödemeyi yasaklama kararı vermesi mümkün olmaz. Çünkü hakimin buna yetkisi yoktur. Fakat bu tür ödemeyi yasaklayıcı kararların daha önce de ifade edildiği gibi açıkça hakkın kötüye kullanılması ya da hile teşkil eden durumlar karşısında verilebileceği kabul edilmektedir. Bu bakımdan, eğer muhatabın talebi açık şekilde hakkın kötüye kullanılması veya hile sayılmıyorsa, mahkeme tedbir niteliğinde ödemeyi engelleyici bir karar veremez. Keşidecinin böyle bir talebini mahkeme reddetmelidir. Aynı şekilde muhatabın hilesi veya hakkını kötüye kullanması durumu mevcut değilse garanti miktarını karşılayacak kadar bir paranın hakim kararıyla depo edilmesine de imkan yoktur. Çünkü ödemenin yasaklanması ya da teminat amaçlı depo kararları aynıdır. Belgeli kredi alanında Yüksek Mahkeme 14 Ekim 1981 tarihinde aldığı bir kararla ne el koymaya ne de tedbir olarak üçüncü kişiye tevdiine mahal olmadığına karar vermiştir. Garanti sözleşmesi için de aynı durum benimsenmiştir. Böyle olmakla birlikte yukarıda belirtilen esaslara aykırı yargısal içtihatlar ortaya çıkmıştır. Fakat bu aykırı içtihatlar da temelini NCPC art. 872 ve 873'ten almaktadır. Bu maddelere göre, hakim, yakın bir tehlikeden doğabilecek zararları önlemek için acil durumlarda tedbir kararı verebilmektedir.

Banka ödemesinin mahkeme kararı ile yasaklanması sadece garantiye başvurmanın yani, ödeme talebinde bulunmanın açık bir şekilde hakkın kötüye kullanılması ya da hile ile haklı gösterilebilir. Sadece bu ihtimallerin varlığı halinde tedbire karar verilebilir. Böylesine bir karar, ödeme talebinde bulunulmasından evvel bir önlem oluşturmaktadır.

Ödemenin mahkemece yasaklanması tedbiri, sadece keşideciyi ilgilendirmemekte aynı zamanda böyle bir karar bankanın yersiz bir öde-

mede bulunmasına da engel olmaktadır. Fakat bu durum, bankanın özellikle uluslararası saygınlığına ve güvenilirliğine zarar getirmektedir. Bu nedenle, banka özellikle uluslararası saygınlığını da düşünerek mahkemeden ödemenin yasaklanmasına ilişkin kararını geri alması için dilekçe ile söz konusu mahkemeye müracaat etmektedir.

### **F. Kontrgarantin Kendine Özgülüğü**

Kontrgarantinin hukuki rejimi sorunu onların icralarından dolayı ayrı bir incelemeyi gerektirmektedir. Kontrgarantinin kendine özgü bir yapısı bulunmaktadır. Garantiyi veren bankaya verilmek üzere ilişki içerisinde yer alan ikinci banka tarafından kontrgaranti verilmektedir. Bu ise bir tür garanti veren bankanın garantisini oluşturmaktadır. Garanti ilişkisinde olduğu gibi, kontrgaranti de asıl ilişkiden bağımsızdır. Ancak kontrgaranti ayrıca ilk garanti sözleşmesinden de bağımsız bir hukuki ilişkiyi ifade etmektedir.

Kontrgarantinin bağımsızlığı, kendini ilk garanti hakkının kötüye kullanılması şeklinde tezahür eden talep ile yerine getirilmesinin istenmesinde gösterir. Kontrgarantinin yerine getirilmesi istenirken hakkın kötüye kullanılması ya da hileden bahsedebilmek için ilk garantiyi veren banka ile muhatap arasında hileli gizli bir anlaşmanın ispatı gerekir.

### **G. Keşideci İçin Ödemede Bulunan Garanti Veren Bankanın Müracaat İmkânı**

Keşideci için yükümlülük altına giren banka ödemede bulunduktan sonra bunu geri almayı arzulayacaktır. Bu nedenle de banka, keşideciye müracaat edebilecektir. Bankanın söz konusu hakkı ödemede bulunduktan sonra ortaya çıkacaktır. Eğer para döviz cinsinden ödenmişse, Fransız bankası o dövize denk gelen miktarda frank'ın kendisine verilmesini keşideciden isteyebilecektir. Çevirme, keşideci tarafından fiili ödeme günündeki değere göre yapılmalıdır. Fakat, bir mahkeme kararında, bankanın ödemede bulunduğu andaki döviz kurunun dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir ki, bu son derece tartışılabilir bir karardır.

## H. Garantinin Ödenmesinden Sonra Keşidecinin Sahip Olduğu Haklar

Banka tarafından garanti bedeli ödendikten sonra keşideci eğer haksız surette bu bedelin ödenmiş olduğunu düşünmekteyse kendisinin sahip olduğu iki imkandan söz edilebilir.

Öncelikle, keşideci muhataba karşı dava açıp kendisine ödenmiş olan paranın iadesini talep edebilir. Bu noktada ispat külfeti keşideciye ait olup, muhataba haksız surette ödemenin yapılmış olduğunu ispat etmesi gerekecektir. İspat külfetinin yer değiştirmiş olması deliller açısından uygundur.

İkinci olarak, sigorta hukukunu yakından ilgilendirmektedir. Keşidecinin dış ticaret ile ilgili olarak ticari risklerini sigortalayan sigortacıya müracaat olanağı bulunmaktadır. Ayrıca böyle bir poliçenin garanti veren banka tarafından teminat olarak alınması da mümkündür.