

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ
ÖDEME İSTEMİYLE İBRAZİ

Yüksek Lisans Tezi

Bora Durmaz

İstanbul 2015

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Şükrü Yıldız

İstanbul, 2015

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ONAY SAYFASI

Yüksek lisans öğrenci Bora DURMAZ'ın "Banka Teminat Mektuplarının Ödeme İstemiyle İbrazı" konulu tez çalışması jürimiz tarafından Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans tezi olarak (oybirliği / oyçokluğu) ile başarılı bulunmuştur.

Adı- Soyadı

İmza

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Şükrü YILDIZ

Jüri Üyesi : Prof. Dr. Hüseyin HATEMİ

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Ömer ÇINAR



Hazırlamış olduğum tez özgün bir çalışma olup YÖK ve İTİCÜ Lisansüstü Yönetmeliklerine uygun olarak hazırlanmıştır. Ayrıca, bu çalışmayı yaparken bilimsel etik kurallarına tamamıyla uyduğumu; yararlandığım tüm kaynakları gösterdiğimi ve hiçbir kaynaktan yaptığım ayrıntılı alıntı olmadığını beyan ederim. Bu tezin ihtiva ettiği tüm hususlar şahsi görüşüm olup İstanbul Ticaret Üniversitesinin resmi görüşünü yansıtmamaktadır.

ÖZET

Banka teminat mektupları, ticari hayatta büyük önem arz etmektedir ve bankacılık sektörüne ilişkin sayısal verilerin incelenmesi neticesinde görüleceği üzere, kullanım sıklığı ve teminat mektubu ile garanti altına alınan meblağ da giderek artmaktadır.

Hukukumuzda münferit bir kanunla düzenlenmeyen banka teminat mektuplarının, Bankacılık Kanunu, Borçlar Kanunu ve Ticaret Kanunu gibi ilgili kanunlarda da tanımı, unsurları, hukuksal niteliği ile ilgili bir düzenleme mevcut değildir. Bu yasal düzenleme eksikliğinin, ülkemize has bir durum olmadığı, karşılaştırmalı hukuk alanında da banka teminat mektuplarının münferit bir kanunla düzenlenmemiş olduğu, konu ile ilgili olarak yapılan bilimsel çalışmalarla tespit edilmiştir.

Yasal bir düzenlemeye tabi olmadığı ve üzerinde mutabık kalınan bir tanımı da bulunmadığı halde, 1967 ve 1969 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları neticesinde, hukuki niteliğinin “*üçüncü kişinin fiilini taahhüt mahiyetinde garanti sözleşmesi*” olduğu tespit edilen banka teminat mektupları ile ilgili olarak, uygulamada en ciddi ve sıklıkla karşılaşılan sorunların, ibraz ve ödeme istemi aşamasında ortaya çıktığı görülmektedir.

Çalışmada, banka teminat mektuplarına ilişkin genel kavramlar ele alındıktan sonra, banka teminat mektuplarının ödeme istemiyle ibrazı ve bu aşamada ortaya çıkan hukuksal ihtilaflar incelenmiş, banka tarafından muhataba ödeme yapılmasını müteakip, banka ile lehtar arasındaki kontrgaranti ilişkisi çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

BORA DURMAZ

İstanbul-2015

ABSTRACT

Letters of guarantee have a crucial role in the commercial life and as a result of the investigation on statistical data regarding banking sector, it can be seen that the frequency and the amount of them are increasing.

Just as letters of guarantee are not regulated by a single code in our law system, there is no specific regulation on its definition, components or legal characteristics in laws such as The Banking Law, The Law of Obligations and Commercial Law. The fact that this lack of legal regulation is not endemic to our country but letters of guarantee are not also regulated by a single code in the field of comparative law is found in scientific studies regarding the phenomena.

Though it is not bound by a legal regulation and it does not have a conformable definition, as a result of decisions on the unification of conflicting judgments by the supreme court dated 1967 and 1969, concerning letters of guarantee the legal characteristic of which is determined as “a contract of guarantee as an obligation to a third person/party’s action”, the most serious and frequent problems in practice seem to emerge in presentation and claim phases.

In this study, after general terminology on letters of guarantee are dealt with, the presentation and claim phases and the problems that emerge in these phases are investigated, and depending on the counter-guarantee relationship between the bank and the beneficiary, following the payment by the bank to the acceptor, the conflicts that might appear after the recourse and the payment by the bank to the beneficiary and are excluded.

BORA DURMAZ

İstanbul-2015

İÇİNDEKİLER

Sayfa no

Özet	II
Abstract	III
Kısaltmalar Cetveli	XIV
Giriş	1

BİRİNCİ KISIM

GARANTİ SÖZLEŞMESİ VE BANKA TEMİNAT MEKTUBU KAVRAMLARI BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI İLE İLGİLİ MEVCUT DURUM VE TBK 603. MADDE İLE GETİRİLEN YENİ DÜZENLEME

I. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI İLE İLGİLİ MEVCUT DURUM.....	8
II.YARGITAY’IN 1967 VE 1969 TARİHLİ İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI.....	9
III. TBK m.603 İLE GETİRİLEN DÜZENLEME	13

BİRİNCİ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİ

I. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI	16
II.GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI	18
A-) Garanti Alanı Belli Bir Hareket Tarzına Yönelme	18
B-) Rizikonun Üstlenilmesi	18
C-).Bağımsız Yükümlülük (Asli Mükellefiyet) Altına Girme	22
D-) İvaz Konusu	23
III. GARANTİ EDİLEN RİZİKONUN NİTELİĞİNE GÖRE GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ	24
A.Kefalet Benzeri (Teminatı Amaçlayan) Garanti Sözleşmeleri.....	24
B.Yöneltmeyi Amaçlayan (Saf) Garanti Sözleşmeleri.....	26
IV. GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KEFALETTEN FARKI.....	27

İKİNCİ BÖLÜM
BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

I. GENEL OLARAK-----	30
II. BANKA TEMİNAT MEKTUBUNUN TANIMI-----	31
III. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN FARKLI GÖRÜŞLER -----	33
A.Genel Olarak -----	33
B.Banka Teminat Mektuplarının Kefalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü -----	33
C. Banka Teminat Mektuplarının Garanti Sözleşmesi Olduğu Görüşü -----	34
D.Banka Teminat Mektuplarının Karma Nitelikli Sözleşme Olduğu Görüşü ---	35
E. Banka Teminat Mektuplarının Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşme Olduğu Görüşü-----	35
F.Banka Teminat Mektubunun Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirmemiz --	36
IV. BANKA TEMİNAT MEKTUBUNUN GARANTİ SÖZLEŞMESİ SAYILMASININ BAZI ÖNEMLİ SONUÇLARI-----	37
A.Yasadan Kaynaklanan Bir Rücu İmkanının Olmaması -----	37
B. Haklarını Kullanmasına Yarayacak Senetlerin Teslimi ve Gerekli Bilgilerin Verilmesinin Zorunlu Olmaması -----	38
C.Zamanaşımı Bakımından Sonuçları-----	38

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ MUHTELİF TÜRLERİ

I. ÖDEME TALEBİNİN ŞEKİL VE ŞARTLARINA GÖRE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI -----	40
A. İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Banka Teminat Mektupları -----	40
B.Şartlı Banka Teminat Mektupları -----	49
II. KONUSUNA GÖRE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI -----	52
A.Avans Teminat Mektupları-----	52
B.Geçici Teminat Mektupları-----	52
C.Kesin Teminat Mektupları -----	53
III.ETKİ SÜRESİNE GÖRE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI -----	54
A. Süresiz (Vadesiz) Teminat Mektupları -----	54
B. Süreli (Vadeli) Teminat Mektupları-----	55

IV. VERİLDİKLERİ MAKAMA GÖRE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI-----	56
A.Mahkeme ve İcra Dairelerine Verilen Mektuplar-----	56
B. Gümrük İdaresine Hitaben Verilen Banka Teminat Mektupları -----	57
C. Vergi Dairelerine Hitaben Verilen Banka Teminat Mektupları-----	58
D. Petrol Dairesine Hitaben Verilen Banka Teminat Mektupları -----	58
E. Türk Turing ve Otomobil Kurumuna Hitaben Verilen Banka Teminat Mektupları -----	58
F. Diğer (Serbest Konulu) Banka Teminat Mektupları -----	59
V.İKİNCİ BANKANIN DEVREYE GİRMESİNE GÖRE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI-----	59
A.Doğrudan Banka Teminat Mektupları-----	59
B.Dolaylı Banka Teminat Mektupları-----	60

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI İLE İLGİLİ SIK KARŞILAŞILAN SORULAR

I. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI KIYMETLİ EVRAK NİTELİĞİNİ HAİZ MİDİR? -----	62
A.Kıymetli Evrak Tanımı -----	62
B.Kıymetli Evrakın Unsurları -----	63
1. Evrak kavramı.-----	63
2.Evrakın bir hak barındırıyor olması -----	63
3.Barındırdığı hak ile evrakın bütünleşmiş olması -----	64
C. Teşhis ve İbraz Senetleri Kavramları İle Banka Teminat Mektupları -----	65
D.Ulaşılan Sonuç -----	67
II. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI HACZEDİLEBİLİR Mİ? -----	68
A. Lehtarın Muhataptan Olan Alacakları İçin Haciz Talebi -----	69
B. Lehtarın Borçlarından Dolayı Haciz Talebi-----	70
C. Muhatabın Alacaklıları Tarafından Haciz Talebi -----	71
1.Muhatabın Ödeme İsteminden Önce Haciz Talebi -----	71
2.Ödeme İsteminden Sonra Haciz Talebi -----	73
III.MUHATABIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNMAMASI DURUMUNUN İNCELENMESİ-----	73

İKİNCİ KISIM
BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNİN TARAFLARI TARAFLAR
ARASINDAKİ İLİŞKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM
BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

I. LEHTAR VE MUHATAP KAVRAMLARININ FARKLI KULLANIMINA İLİŞKİN NOT	75
II.GENEL OLARAK TARAF KAVRAMI	76
III. BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNİN TARAFLARI	76
A.Banka	76
1.Banka Tanımının Kapsamı	77
2.Yasal Şartları Haiz Olmadan “Banka” Ünvanıyla İşlem Yapan Bir İşletme Tarafından Verilen Teminat Mektuplarının Durumu	78
3.Bankanın Teminat Mektubu Verme Ehliyeti Meselesi	80
4.TMSF’na Devredilen Bankalarca Verilen Teminat Mektuplarının İbrazı Meselesi	81
5.Bank. K. m.141’de Belirtilen Zamanaşımı Süresinin Banka Teminat Mektuplarının İbrazı Açısından Değerlendirilmesi	83
a.Fon Açısından Öngörülen 20 Yıllık Zamanaşımı Süresinin Eşit Olarak Uygulanması Sorunu	83
6.Teminat Mektubu Veremeyecek Banka Türü Var mıdır?	85
7.Banka Teminat Mektuplarında İmza Meselesi.	86
8.Banka Teminat Mektupları İle İlgili Üst Sınır	87
9.Kredi Sınırlarının Aşılması Suretiyle Teminat Mektubu Düzenlenmesi	88
B. Muhatap	90
1. Birden Fazla Muhatap Olması Durumu	91
2. Muhatabı Belli Olmayan Teminat Mektubu Düzenlenmesi	92
3. Muhatabın Ehliyeti	93
C. Lehtar	97

IV.TARAFLARLA İLGİLİ ÖZEL DURUMLAR -----	98
A. Muhatabın Değişmesi -----	98
B. Banka Teminat Mektubundan Kaynaklanan Alacağın Devri-----	99
1.Alacağın Sözleşme İle Devri -----	99
2. Alacağın Yargı Kararı İle Devri-----	101

İKİNCİ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUBU TARAFLARI ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I. LEHTAR İLE MUHATAP ARASINDAKİ İLİŞKİ : TEMEL İLİŞKİ-----	103
II. LEHTAR İL BANKA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ :KARŞILIK İLİŞKİSİ -	104
A. Karşılık İlişkisinden Banka Açısından Doğan Yükümlülükler -----	105
1.Teminat Mektubu Verme -----	105
2.Lehtarın Talimatlarına Uyma-----	105
3.Görüş Bildirme -----	106
4.Paraya Çevirme Talebini Lehtara Bildirme -----	106
5.Muhatabın Ödeme Talebini İnceleme ve Gerekirse Reddetme -----	107
B. Karşılık İlişkisinden Lehtar Açısından Doğan Yükümlülükler -----	107
1.Komisyon Ödeme -----	108
2.Bankanın Yaptığı Masrafları Ödeme-----	108
3.Teminat Verme -----	108
III. BANKA İLE MUHATAP ARASINDAKİ İLİŞKİ: GARATİ İLİŞKİSİ-----	108
IV.GENEL OLARAK SÖZLEŞME KAVRAMI VE SÖZLEŞMENİN	
KURULDUĞU AN -----	110
A. Sözleşmenin Tanımı-----	110
B. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı -----	110
C. Sözleşmenin Kurulması-----	110
D. Garanti Sözleşmesinin Kurulduğu ve Bankanın Sorumluluğunun	
Başladığı An-----	111

ÜÇÜNCÜ KISIM
BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ ÖDEME İSTEMİYLE İBRAZİ

BİRİNCİ BÖLÜM
TEMEL KAVRAMLAR

I. İBRAZ KAVRAMI-----	116
II. ÖDEME TALEBİ-----	122
A.Kısmî Ödeme Talebi -----	124
B.Çoklu Ödeme Talebi -----	125
III.BANKA TEMİNAT MEKTUBUNUN TEYİT İÇİN İBRAZİ VE TEYİT VEREN BANKANIN SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ -----	125
IV.GÜMRÜK VE TİCARET BAKANLIĞI İLE KREDİ KAYIT BÜROSU A.Ş. ARASINDA İMZALANAN 18.03.2015 TARİHLİ PROTOKOL -----	131

İKİNCİ BÖLÜM
**MUHATABIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNABİLMESİ İÇİN GEREKLİ
TEMEL ŞARTLAR**

I.ÖDEME TALEBİNİN MUHATAP TARAFINDAN YAPI -----	132
II.ÖDEME TALEBİNİN SÜRESİNDE YAPILMIŞ OLMASI -----	132
III.TEMİNAT MEKTUBUNDA BELİRTİLEN RİZİKONUN GERÇEKLEŞMİŞ OLMASI -----	133
IV.USULÜNE UYGUN TALEPTE BULUNMA -----	136
A.Genel Olarak -----	136
B.Noter Aracılığıyla Talepte Bulunma -----	138
V.ÖDEME TALEBİNDE BULUNULMASININ BANKA AÇISINDAN SONUÇLARI -----	139
A. Genel Olarak -----	139
B.Faiz Yükümlülüğü Açısından Değerlendirme -----	141
1.Faiz Kavramı -----	141
2.Bankanın Faiz Ödeme Yükümlülüğü Hangi Tarihten İtibaren Başlar? -----	141

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
ÖDEME TALEBİNİN MUHTELİF AÇILARDAN İNCELENMESİ

I.İLK TALEPTE ÖDEME KAYITLI TEMİNAT MEKTUPLARINA İLİŞKİN ÖDEME TALEPLERİNİN İNCELENMESİ -----	143
II.İLK TALEPTE ÖDEME KAYDINI İÇERMEYEN VE ÖDEMENİN ŞARTA BAĞLANDIĞI TEMİNAT MEKTUPLARINA İLİŞKİN ÖDEME TALEPLERİNİN İNCELENMESİ -----	145
III.BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA MUACCELİYET MESELESİ -----	145

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
**ÖDEME TALEBİNİ ALAN BANKANIN İNCELEYECEĞİ DİĞER
HUSUSLARIN MUHTELİF KRİTERLERE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ**

I. ÖDEME TALEBİNİN ŞEKLİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ-----	147
A.Ödeme Talebinin Yazılı Olması-----	148
1.Adi Yazılı Belge İle Talep-----	149
2.Ödeme Talebinin Sözlü Olarak Yapılması -----	150
B.Yazılı Ödeme Talebinin İçeriği -----	153
1.Rizikonun Gerçekleşmiş Olduğunu Bildirme-----	154
2.Paraya Çevrilmesi Talep Edilen Teminat Mektubu ve Talep Edilen Rakamın Bildirilmesi-----	157
a.Paraya Çevrilmesi Talep Edilen Teminat Mektubunun Bildirilmesi -----	157
b.Ödenmesi Talep Edilen Rakamın Bildirilmesi -----	158
c.Ödenmesi Talep Edilen Para Biriminin Belirtilmesi-----	159
3.Ödeme Talebine Eklenmesi Gereken Belgeler -----	160
a.Şarta Bağlı Teminat Mektuplarında Ek Belge Sunulması----	160
b.Banka Teminat Mektubunun Aslının Eklenmesi-----	160
II.ÖDEME TALEBİNİ YAPACAK KİŞİ BAKIMINDAN İNCELEME -----	162
A.Muhatabın Gerçek Kişi Olması Halinde Ödeme Talebi -----	162
1.Bizzat Ödeme Talebinde Bulunma -----	162
2.Vekil Aracılığıyla Ödeme Talebinde Bulunma-----	163

a) Vekalet Sözleşmesi -----	163
b) Vekalet Sözleşmesinin Kurulması-----	164
c) Vekaletname -----	165
aa.Genel Vekaletname-Özel Vekaletname Ayrımı-----	165
bb.Özel Vekaletname ve Özel Yetki Kavramları-----	166
B.Muhatabın Tüzel Kişi Olması Halinde Ödeme Talebi -----	167
C.Banka Teminat Mektubunun Devri Halinde Ödeme Talebi-----	167
1.Teminat Mektubu Sözleşmesinin Bir Bütün Olarak Devri Halinde Ödeme Talebi -----	174
2.Banka Teminat Mektubundan Kaynaklanan Alacağın Devredilmesi Halinde Ödeme Talebi-----	169
III.ÖDEME TALEBİNİN SÜRE BAKIMINDAN İNCELENMESİ-----	170
A.Vadeli Teminat Mektuplarında Ödeme Talebinde Bulunma Süresi -----	171
1.İbraz ve Ödeme Talebinin Vade İçinde Yapılması-----	172
2. İbrazın ve Ödeme Talebinin Vadeden Sonra Yapılması-----	173
3.Riskin Vadeden Sonra Gerçekleştiği Durumlarda Ödeme Talebi ---	175
4.Süre Uzatımı Yapılmış Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebi -----	175
B.Vadesiz Teminat Mektuplarında Ödeme Talebinde Bulunma Süresi-----	178
C.Mücbir Sebep Nedeniyle Süresinde Ödeme Talebinde Bulunulamaması ---	178
1.Bankayı Etkileyen Mücbir Sebepler-----	178
2.Muhatabı Etkileyen Mücbir Sebepler -----	179
D.Banka Teminat Mektuplarında Zamanaşımı -----	179
1.Zamanaşımı Kavramı-----	180
a.Vadeli Teminat Mektuplarında Zaman Aşımı Sorunu-----	180
b.Vadesiz Teminat Mektuplarında Zaman Aşımı -----	181
IV. ÖDEME TALEBİNİN YER BAKIMINDAN İNCELENMESİ-----	152
A.İbrazın Yapılacağı Yer-----	182
1.Şube Kavramı -----	183
2.Teminat Mektubunu Veren Şubeye İbraz -----	183
3. Teminat Mektubunu Veren Şubeden Başka Bir Şubeye İbraz-----	185
V.ÖDEME TALEP EDİLEN TEMİNAT MEKTUBU TİPİNE GÖRE İNCELEME	186
A.Avans Teminat Mektuplarının Ödenmesi Talebi -----	186

B.Geçici Teminat Mektuplarının Ödenmesi Talebi -----	187
C.Kesin Teminat Mektuplarının Ödenmesi Talebi -----	188

BEŞİNCİ BÖLÜM

MUHATABIN ÖDEME TALEBİNİ İNCELEYEN BANKANIN VEREBİLECEĞİ KARARLAR

I.BANKANIN ÖDEME KARARI VERMESİ-----	191
A.Ödemenin Kapsamı -----	192
1.Ana Para-----	192
2. Faiz -----	193
3.Temerrüt Faizi -----	193
B.Ödeme Yeri-----	194
C.Ödeme Talebinin Haksız Olduğunu Düşünen Lehtarın Başvurabileceği Yol :İhtiyati Tedbir-----	195
1.İhtiyati Tedbirin Tanımı-----	196
2.İhtiyati Tedbir Talebi ve Talepte Bulunabilecek Kişi -----	197
D.İhtiyati Tedbir Kararının Ödeme Talebinden Evvel Bankaya Tebliğ Edilmesi-----	199
E.İbraz ve Ödeme Talebinden Sonra Ancak Ödeme Talebinden Önce İhtiyati Tedbir Kararının Tebliği -----	203
II. BANKANIN ÖDEME TALEBİNİ REDDETMESİ-----	207
A.Muhatabın Banka Aleyhine İcra Takibi-----	207
B. Muhatabın Banka Aleyhine İcra Takibi -----	209
C.Ödeme Talebinin Reddine Dayanak Olan Hususlar:Defi ve İtirazlar-----	209
1.Banka Tarafından İleri Sürülemeyecek Defi ve İtirazlar-----	210
2.Banka Tarafından İleri Sürülebilecek Defi ve İtirazlar-----	210
a.Banka Teminat Mektubunun Metninden Anlaşılan Defi ve İtirazlar-----	211
b.Bankanın Kişisel Defileri-----	212
aa.Yanılma -----	212
bb.Aldatma -----	213
cc.Korkutma -----	214
dd.Takas -----	214

c.Kişisel Defilerde Dikkat Edilmesi Gereken Süre ve Beyan Zorunluluğu -----	215
d.Muhatabın Ödeme Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Halini Oluşturması -----	216
SONUÇ-----	218
KAYNAKÇA -----	223

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
age	: Adı geçen eser
agm	: Adı geçen makale
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BankK	: Bankalar Kanunu
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu (818 sayılı, eski)
Bkz.	: Bakınız
C	: Cilt
DİK	: Devlet İhale Kanunu
Dpn.	: Dip not
E.	: Esas
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK	: İcra İflas Kanunu
İÜHFD	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
KİK	: Kamu İhale Kanunu
md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
MTO	: Milletler arası Ticaret Odası
Örn.	:örneğin
s.	: sayfa
SSK	: Sosyal Sigortalar Kurumu
S.	: Sayı
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCMB	: Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası

TGBK : Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar
TMSF : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TTK : Türk Ticaret Kanunu
vd. : ve devamı

GİRİŞ

“Banka teminat mektubu” ibaresinde yer alan ve ekonomik hayatta son derece büyük bir rol oynayan “banka” ve “teminat mektubu” kavramlarının, mevzuatımızda herhangi bir tanımları bulunmamaktadır. Bahse konu bu iki kavramdan, “banka” ile ilgili hususlar münferit bir yasa ve buna bağlı olarak yardımcı mevzuat ile düzenlenmiş iken, “teminat mektubu” ile ilgili münferit bir yasa olmadığı gibi teminat mektubunun hukuki niteliği üzerindeki tartışmalar, en azından yargı kararları açısından, 1969 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile son bulmuş ise de, teminat mektubu kavramına ilişkin olarak üzerinde mutabık kalınmış bir tanım bulunmamaktadır.

Banka teminat mektupları, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu açısından “*gayri nakdi kredi*” olarak kabul edilmektedir. Çalışmanın ileriki safhalarında yakından bakacağımız 1967 ve 1969 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ile de, banka teminat mektubunun hukuki niteliğinin üçüncü kişinin fiilini taahhüt mahiyetinde garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmiştir.

Banka teminat mektupları, ekonomik hayatta son derece önemli bir rol oynamakta ve bu rolün ağırlığı yıldan yıla artmaktadır. Bu rolün ne kadar hızlı bir şekilde ağırlığını arttırmakta olduğu, banka teminat mektupları ile ilgili olarak BDDK verileri içerisinde yer alan 2002-2015 periyoduna ilişkin rakamların mukayese edilmesi ile kolaylıkla anlaşılabilir.

Yukarıda arz edildiği üzere, ekonomik hayatta bu derece önemli bir rol oynayan ve her türlü faaliyetleri ayrıntılı bir mevzuat ile düzenlenmiş bulunan “Banka”nın, 5411 sayılı Bankalar Kanunu da dahil olmak üzere, bu ayrıntılı mevzuat içerisinde bir tanımı bulunmamaktadır¹. Benzer şekilde, ekonomik ilişkilerde ortaya çıkan “teminat” gereksinimini karşılamakta çok kritik bir rol oynayan “*teminat mektubu*” muhtelif yasalarda ismen zikredilmekle birlikte, teminat mektuplarına ilişkin olarak da münferit

¹ 5411 sayılı BankK'nun “Tanımlar ve Kısaltmalar” başlığını taşıyan 3. Maddesinde; “*Bu kanun uygulamasında Banka; mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade eder.*” demek suretiyle sektörde mevcut olabilecek banka türlerini saymış ancak banka tanımına yer vermemiştir. Yine, Türk Ticaret Kanunu'nun “Bankanın Tanımı” başlığını taşıyan 815. Maddesinde de “bu kısımda geçen “banka”dan amaç, Bankacılık Kanununa tabi olan kuruluşlardır. Ancak, ödeme yeri Türkiye dışında olan çekler hakkında “banka” teriminden hangi kuruluşların anlaşılacağı ödeme yeri hukukuna göre belirlenir.” düzenlemesi mevcut olup, madde başlığı “Bankanın Tanımı” olmakla birlikte, herhangi bir tanıma yer verilmediği ve 5411 Sayılı yasaya atıf yapıldığı görülmektedir.

bir kanun, ilgili mevzuat içerisinde bir tanım ya da düzenleme mevcut değildir². Bunun sonucu olarak, özellikle teminat mektubunun hukuki niteliği konusundaki farklı görüşler nedeniyle, üzerinde mutabık kalınabilmiş bir teminat mektubu tanımı da bulunmamaktadır. Ancak teminat mektuplarına ilişkin münferit bir kanunun mevcut olmamasının ülkemize has bir durum olmadığı, teminat mektuplarının karşılaştırmalı hukukta da pozitif bir düzenlemeye tabi tutulmadığı ve teminat mektubuna ilişkin alanın doktrine ve yargı kararlarına bırakıldığı tespiti yapılmıştır³.

Banka teminat mektuplarının, Yargıtay'ın 1969 tarihli içtihadı birleştirme kararı neticesinde, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olarak kabul edildiğini ifade etmiştik. Bu noktada ilginç olan, bizzat içtihadı birleştirme kararının metninde “*kefalet olarak kabul edilebilecek teminat mektuplarının da olabileceği*” değerlendirilmesine yer verilmiş iken, verilen bu kararın tüm banka teminat mektuplarına teşmil edilmiş olmasıdır. Özellikle, resmi kurumlara hitaben verilen ve bir örnek metne istinaden hazırlanan teminat mektuplarında değil de serbest metinli teminat mektuplarında yer alabilecek ve banka teminat mektubunun kefalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesini gerektirebilecek ifadelerin mevcudiyetini ve garanti verenin iradesini de göz ardı edecek şekilde, banka teminat mektuplarının tümünün garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi, doktrinde kimi yazarlar tarafından da, kanaatimizce haklı olarak, eleştirilmiştir⁴. Bununla birlikte, banka teminat mektuplarının hukuki niteliği ile ilgili olarak, 1969 tarihli YİBK öncesi yaşanan ve farklı yöndeki yargı kararlarından kaynaklanan çelişkili durumun ortadan kalkmış olduğunu ve yargısal açıdan konu ile ilgili bir istikrarın sağlanmış olduğunu belirtmek gerekir.

Banka teminat mektuplarının hukuksal niteliğinin “*garanti sözleşmesi*” olarak tespit edilmesi üzerine, “*garanti sözleşmesi*”nin hukukumuzdaki yeri, tanımı, tâbi olduğu yasal düzenleme ve unsurlarının neler olduğu sorusu akla gelebilir. Banka teminat mektubunun kapsamına dahil kabul edildiği garanti sözleşmesi ile ilgili olarak da, bu sözleşme tipini doğrudan düzenleyen bir yasa mevcut değildir. Ancak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 128'deki “*Üçüncü Kişinin Fiilini Üstlenme*” başlıklı

² Barlas, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986, s:7

³ Kaya, Arslan, İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1995, s.211; Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, 4. Bası, Ankara 2011, s.29

⁴ Barlas, a.g.e., s.46; Somuncuoğlu, Ünal, Bir Yargıtay Kararı İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları, BATİDER, 1975, S.1, s.169

maddedeki düzenleme ve TBK m.603 ile hukukumuzda yeni getirilen düzenleme ile garanti sözleşmesine, ismen olmasa da, dolaylı olarak değinilmektedir. Belirtilen maddeler dışında, garanti sözleşmesi hukukumuzda herhangi bir pozitif bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır⁵. TBK m.603'deki düzenleme ile, gerçek kişiler tarafından güvence verilmesine ilişkin olarak yapılan sözleşmelerin de, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlere tâbi tutulması zorunluluğu getirilmiş bulunmaktadır. Çalışmamızda daha ayrıntılı incelenecek olmakla birlikte, bu yeni düzenleme ile, gerçek kişilerce kefalet dışındaki adlar altında yapılan ve kişisel güvence verilmesine ilişkin olan diğer sözleşmelerin ve bu kapsamda garanti sözleşmelerinin de, kefalete ilişkin şekil şartlarına tâbi tutulması, ayrıca garanti sözleşmesine taraf olacak gerçek kişinin, kefil olma ehliyetini haiz olması ve eşinin de rızasının bulunması gerekliliği hüküm altına alınmıştır.

TBK m.603'de ve tüzel kişilerin garanti veren taraf olarak dahil oldukları garanti sözleşmeleri ile ilgili bir yasal düzenleme hala mevcut olmadığından, bu alanda günümüze kadar yapılmış olan bilimsel çalışmalardaki izahatın, tüzel kişiler açısından, halen geçerli olduğunun göz önünde bulundurulması gerecektir.

Doktrinde, “*garanti sözleşmesi*” ile ilgili geniş araştırmalar ve incelemeler yapılmış⁶, pek çok yargı kararında da⁷ “*garanti sözleşmesi*” kavramına değinilmiştir.

Bu itibarla, “*garanti sözleşmeleri ile ilgili pozitif bir düzenleme bulunmadığı*” yönündeki tespitin, tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmeleri bakımından ifade

⁵ Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, Ankara, 2011,4. Yenilenmiş Baskı, s.37, vd. (ayrıca dip not 34 : Türk, İsviçre, Avusturya ve Alman hukuklarında garanti sözleşmeleri pozitif düzenlemeye konu olmamıştır.); Reisoğlu, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara, 2003, 4. Baskı, s.35; Reisoğlu, Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara Hukuk Fakültesi, Ellinci Yıl Armağanı, C:I, s:335, Ankara, 1977; Coşkun, Hilal Yener, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul,2012, s.25

⁶ “Garanti Sözleşmesi” ile ilgili bilimsel çalışmalara örnek olarak; bkz, Reisoğlu, Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara, 1963; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:2, İstisna (Eser) ve Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve Garanti Sözleşmeleri; Çelik, Esra Ulutaş, Garanti Sözleşmeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara, 2014; ayrıca garanti sözleşmesi kapsamında “Banka Garantileri” özelinde, Kahyaoğlu, Emin Cem, Banka Garantileri, doktora tezi, İstanbul, 1995; Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler

⁷ Garanti sözleşmesi kavramına değinilen kararlara örnek olarak; Yarg. 11.HD, 2013/15551 E., 2014/12028 K. Sayılı kararı : ...anılan sözleşmenin garanti sözleşmesi ve üçüncü kişinin edimini taahhüt niteliğinde bulunmadığı...”; Yarg.19.HD, 2002/6753 E., 2002/6993 K. : “Somut olayda garanti taahhütname ile garanti sözleşmesinin amaçlandığı anlaşıldığından mahkemece uyuşmazlığın garanti sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilmesinde isabetsizlik yok ise de.” ; Yarg.19.HD, 2001/8250 E., 2002/6398 K. : “... Şöyle ki; kefaletten farklı olarak asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinde şekil serbestisi hakim olup...”

edilmekte olduğunu belirtmek isteriz. Yasal düzenleme konusundaki eksikliğe rağmen, doktrin ve yargı kararları ile garanti sözleşmelerinin mevcudiyeti kabul edilmiş ve garanti sözleşmelerinin hukuki niteliği, unsurları, benzer diğer hukuki kavramlardan ayırt edici özellikleri ile ilgili ayrıntılı çalışmalar yapılmıştır.

ÇALIŞMA KONUSUNUN TESPİTİ VE SINIRLANDIRILMASI

Çalışma Konusunun Tespiti

Çalışmanın ana konusu banka teminat mektuplarının ödeme istemi ile ibrazı ve bu aşamada ortaya çıkan hukuki ihtilaflardır. Yukarıda belirtildiği üzere, ne “*banka teminat mektupları*” ne de bünyesine dahil kabul edildikleri “*garanti sözleşmeleri*” hukukumuzda pozitif bir düzenlemeye tabi tutulmuşlardır. Bununla birlikte, “*garanti sözleşmesi*” kavramına değinilmeden “*banka teminat mektubu*” bahsine girilmesi, aynı şekilde “*banka teminat mektubu*” kavramı incelenmeden “*teminat mektubunun ibrazı ve ödeme istemi*” konusunun irdelenmesi, çalışmanın bütünlüğü açısından sorun yaratacak nitelikte değerlendirilmiştir. Bu nedenle, garanti sözleşmesi ve banka teminat mektubu kavramları, çalışmanın ilk kısmında incelenmiştir.

Genel anlamda banka teminat mektubu ilişkisi, üç köşeli bir ilişkidir⁸. Bu üç köşeli ilişki içerisine dahil olan taraflar arasında, kural olarak birbirinden bağımsız, alt hukuki ilişkiler mevcuttur. Taraflar arasındaki bu hukuki ilişkilerden kaynaklanan ve genel anlamda banka teminat mektubu ilişkisine dahil tüm tarafların çıkarlarının kesiştiği nokta, “*muhatap tarafından, bankaya müracaat edilerek rizikonun gerçekleştiğinin ve banka teminat mektubu ile garanti edilen meblağın ödenmesinin talep edildiği*” andır. Zira bu aşamada;

Muhatap, teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleştiğini usulüne uygun şekilde bankaya bildirerek ödeme talep edecek,

Banka, kendisine yapılan ibraz ve neticesinde ödeme talebi ile ilgili olarak, basiretli bir tacirin özen yükümü çerçevesinde gerekli incelemeyi yaparak muhatabın ödeme talebine olumlu ya da olumsuz bir yanıt verecek,

⁸ Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.61;

Lehtar ise, ödeme talebinin geldiğini öğrendiği anda, eğer ödeme talebinin haksız olduğu kanaatinde ise, yargıya müracaat edecek ve bankanın muhataba ödeme yapmasını engellemeye çalışacaktır.

İşte bu nedenle, ilk etapta birbirinden bağımsız akitlerden oluşan banka teminat mektubu ilişkisinde tüm tarafların çıkarlarının kesiştiği an, muhatap tarafından banka teminat mektubunun garanti veren bankaya ibraz edildiği ve ödeme isteminde bulunduğu andır denilebilir ve bu an, banka teminat mektubu ilişkisinde taraflar arasında ortaya çıkması muhtemel ihtilafların başlangıç noktası olarak kabul edilebilir. Bu nedenle de, çalışma konusu olarak, banka teminat mektubunun ödeme istemiyle ibrazı ve bu aşamada ortaya çıkan sorunlar seçilmiş bulunmaktadır.

Konunun Sınırlandırılması

Teminat mektubu kavramı, banka teminat mektubu kavramından daha geniş bir kavramdır. Gerçekten de, teminat mektubu asıl itibariyle şahsî bir teminattır⁹ ve teminat mektubu ile garanti veren taraf, teminat mektubu metninde belirtilen riskin gerçekleşmesi halinde, teminat mektubu metninde belirtilen meblağı, muhataba ödemeyi garanti etmektedir. Hukuki açıdan bakıldığında, kural olarak teminat mektubu verilmesi işlemi, tüm gerçek ve tüzel kişiler tarafından yapılabilir bir işlemdir¹⁰, muhatabın kabulüne bağlı olarak ve yasal düzenlemelerde “*teminat mektubu veremeyeceği*” açıkça düzenlenmiş olmadığı sürece, gerçek kişilerin veya tüzel kişilerin teminat mektubu vermesi hususunda bir yasal sınır bulunmamaktadır¹¹. Ancak, teminat mektubu verilmesi uygulaması, bankaların sahip oldukları büyük iktisadi güç ve bu güce istinaden teminat mektubunda belirtilen tutarın ödeneceğine duyulan itimat nedeniyle, büyük bir çoğunlukla “*bankalar tarafından verilen teminat mektuplarının kabulü*” şeklinde gelişmiş bulunmaktadır. Biz de, çalışma konumuz banka teminat mektuplarına ilişkin olduğundan, bankalar dışındaki gerçek ya da tüzel kişiler tarafından verilen teminat mektuplarına özel olarak değinmeyeceğiz.

⁹ Barlas, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986, s.12

¹⁰ Barlas, a.g.e., s.51, dph 177

¹¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.23

Çalışma Planı

Çalışmamız, giriş ve sonuç kısımları hariç olmak üzere, 3 kısımdan oluşmaktadır.

Birinci Kısımda, Banka teminat mektubu kavramını doğru şekilde anlayabilmek için gerekli olan temel kavramlar incelenmiştir. Bu kapsamda;

- 1- Önce TBK m.603 ile hukukumuzda getirilen yeni düzenleme ile, banka teminat mektuplarının hukuki niteliklerine ilişkin olarak mevcut yargı kararlarının temelini teşkil eden Yargıtay’ın 1967 ve 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararları’na değinilmiş, daha sonra birinci bölümde genel olarak “*garanti sözleşmesi*” kavramı, hukukumuzdaki yeri ve garanti sözleşmesi ile ilgili doktrindeki görüşler incelenmiş ve garanti sözleşmesinin tanımı, şekli, unsurları, garanti sözleşmesinin kurulmasına engel olan haller, garanti sözleşmelerinin türleri ve benzer hukuki kavramlardan farkları ile bu farkların tespitinde kullanılan kriterler ve nihayetinde genel olarak borçların sona erme sebeplerine, garanti sözleşmeleri bağlamında, değinilmiştir.
- 2- İkinci bölümde, banka teminat mektubunun tanımı, banka teminat mektuplarının hukuki niteliklerine ilişkin farklı görüşler ile banka teminat mektuplarının hukuki nitelik itibariyle garanti sözleşmesi sayılmasına bağlanan bazı önemli sonuçlar incelenmiştir.
- 3- Üçüncü bölümde, ödeme talebi ile karşılaşan bankanın incelemesinde büyük önem arz edecek olan, banka teminat mektuplarının muhtelif türleri konusu ele alınmıştır.
- 4- Dördüncü bölümde ise banka teminat mektupları ile ilgili olarak en sık karşılaşılan sorulardan, “*banka teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğinin olup olmadığı*” ve “*banka teminat mektuplarının haczinin mümkün olup olmadığı*” ve muhatabın, rizikonun gerçekleşmesine rağmen ödeme talebinde bulunmaması konuları ele alınmıştır.

İkinci Kısımda,

1-Birinci bölümde banka teminat mektubu ilişkisinin tarafları ve taraflara ilişkin özel durumlar başlığı altında, muhatabın değişmesi ve banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın devri hususları incelenmiştir.

2-İkinci Bölümde banka teminat mektubu tarafları arasındaki hukuki ilişkiler ve bu hukuki ilişkiler nedeniyle ortaya çıkan yükümlülükler konularına değinilmiştir.

Üçüncü Kısım; Çalışmanın ana konusu olan “ödeme istemiyle ibraz” hususuna ayrılmıştır.

1-Birinci bölümde, konu ile ilgili temel kavramlar başlığı altında ibraz, ödeme talebi ve teminat mektubunun teyit için ibrazının ne anlama geldiği hususları üzerinde durulmuştur.

2-İkinci bölümde, muhatabın ödeme talebinde bulunabilmesi için gerekli temel şartlar ve ödeme talebinde bulunulmasının banka açısından sonuçları değerlendirilmiştir.

3-Üçüncü bölüm, ilk talepte ödeme kaydını taşıyan teminat mektupları ile, şartlı teminat mektuplarına ilişkin ödeme taleplerinin banka tarafından incelenmesi ve banka teminat mektuplarında muacceliyet meselesine ayrılmıştır.

4-Dördüncü bölümde, muhatabın ödeme talebinin, banka tarafından değişik kriterlere göre incelenmesi konusu işlenmiş, ödeme talebinin şekli, ödeme talebini yapacak olan kişi, ödeme talebinin yapılabileceği süre konuları incelenmiştir.

5-Beşinci ve son bölüm, muhatapça yapılan ödeme talebini inceleyen bankanın verebileceği kararlar ve bu kararlar üzerine lehtar ve muhatap tarafından başvurulabilecek hukuki imkanlar konularına ayrılmıştır.

Sonuç; kısmında ise, yapılan inceleme neticesinde ulaşılan sonuçlar ve uygulamadaki sorunlar ile ilgili çözüm önerilerimiz paylaşılmıştır.

BİRİNCİ KISIM

GARANTİ SÖZLEŞMESİ VE BANKA TEMİNAT MEKTUBU KAVRAMLARI

GENEL OLARAK BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI İLE İLGİLİ MEVCUT DURUM VE TÜRK BORÇLAR KANUNU 603. MADDESİ İLE GETİRİLEN DÜZENLEME

I. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI İLE İLGİLİ MEVCUT DURUM

Hukukumuzda banka teminat mektubu uygulamasının yasal temellerinin, Hükümetle Efrad Arasında Teati Olunacak Mukavelename ve Şartnameler Hakkında Kanun'un 1. Maddesi ile verilen yetkiye istinaden, Bakanlar Kurulu'nca yürürlüğe sokulan 6048 sayılı kararnameye dayandığı ifade edilmiştir¹². Kararname ile getirilen tip formüller, devlet ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarının yapacakları arttırma, eksiltme ve ihalelerde kabul edecekleri kesin, geçici ve avans teminat mektuplarının taşımaları gereken içeriği tespit etmektedir¹³. Bu içeriğe ilişkin yasal dayanaklar, yıllar içerisinde yürürlükten kaldırılmasına rağmen, örnek metinlerin bazı ilaveler ve kimi değişikliklerle bugün de kullanılmasına devam edildiği, resmi dairelerin bu metinlerdeki herhangi bir değişikliği kabul etmedikleri belirtilmiştir¹⁴.

Banka teminat mektupları, günümüzde ekonomik hayatın vazgeçilmez bir parçası haline gelmiş olup, banka teminat mektuplarına olan talep yıllar içerisinde büyük bir süratle artmıştır ve bu hızlı artış halen de devam etmektedir.

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği ülkemizde uzun süre tartışılmış, bu tartışma banka teminat mektubunu kefalet sözleşmesi ve garanti sözleşmesi olarak niteleyen farklı yönde yargı kararlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Sonuç olarak Yargıtay, banka teminat mektuplarının hukuksal niteliğini “*üçüncü kişinin fiilini*

¹² Bahse konu kanunun tarihi, <https://www.tbmm.gov.tr/tutanaklar> adresinde yapılan inceleme neticesinde, **12.05.1927** olarak tespit edilmiş ve Resmi Gazete'nin 28.05.1927 tarih, 596 sayılı nüshasında yayınlanmış olduğu görülmüştür.

¹³ Barlas, a.g.e. s.10 (naklen)

¹⁴ Reisoğlu, a.g.e. s.21; Barlas, a.g.e. s.11

taahhüt mahiyetinde garanti sözleşmesi” olarak kabul eden, ve aşağıda ayrıntılı olarak incelenen, 2 adet içtihadı birleştirme kararı vermiştir.

Yargıtay Kanunu'nun 45. maddesine göre, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları, benzer hukuki konularda Yargıtay Genel Kurullarını, dairelerini ve adliye mahkemelerini bağlar. Bu itibarla, Yüksek Mahkeme tarafından farklı bir değerlendirme yapılması gereği ortaya çıkıncaya ve bu gereksinim neticesinde mevcuttan farklı bir içtihadı birleştirme kararı verilinceye kadar, banka teminat mektuplarının hukuki niteliği ile ilgili olarak, yargısal açıdan herhangi bir tereddüt kalmamış, özellikle 1969 tarihli karar ile¹⁵ banka teminat mektuplarının hukuksal niteliğine ilişkin çelişkili yargı kararları da ortadan kalkmıştır.

II.YARGITAY'IN 1967 VE 1969 TARİHLİ İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

Ülkemizde, yukarıda bahsi geçen 1928 tarihli kararnameye istinaden tespit edilen teminat mektubu metinlerinde bankanın “kefil olduğu” ibaresinin mevcut olması sebebiyle, önceleri banka teminat mektuplarının hukuki niteliği tartışmasız şekilde kefalet olarak kabul edilmiştir¹⁶. Ancak daha sonraları, teminat mektubu metinlerinde yer alan “*protesto keşidesine ve hüküm ihtisaline gerek kalmaksızın ve borçlunun rızasını almaksızın, ilk yazılı talepte derhal ve gecikmeksizin*” şeklindeki ifadeler sebebiyle, “*akdin garanti mukavelesi olarak tavsifi*” gerekeceği yönünde Yargıtay kararları verilmiş fakat Yüksek Mahkeme tarafından banka teminat mektubunun garanti sözleşmesi, üçüncü kişinin fiilini taahhüt ve kefalet olduğu yönünde farklı kararlar verilmesi nedeniyle, yargısal kararlarda istikrar sağlanamadığı ifade edilmiştir¹⁷.

Nihayetinde Yargıtay, 1967 tarihinde, taşıma sözleşmesinin teminatı olarak verilen bir teminat mektubunun iadesi ile ilgili olarak açılan bir dava dolayısıyla meseleyi görüşüp tartışmış ve verdiği İçtihadı Birleştirme Kararı'nın¹⁸ “*gerekeçe*” kısmında;

¹⁵ YİBK, 11.06.1969 tarih, 1969/4 E., 1969/6 K.

¹⁶ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara, 2007, s.29

¹⁷ Reisoğlu, a.g.e. s.29; Kayak, Sevgi, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s.243

¹⁸ YİBK, 13.12.1967, 1966/16 E., 1967/ 7 K

“... Banka teminat mektupları bir bakımdan üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde olup daima yazılı şekilde düzenlenmektedir. Bu mektupta genellikle bankanın sorumlu olacağı en yüksek miktar rakamla gösterilmektedir. Bankanın sıfatı, teminatı veren olduğundan, taahhüdü, esas sözleşmeyi yapan taraflardan ve esas akiddeden ayrı ve tamamıyla müstakildir. Bankanın taahhüdü, lehdarın borcunun geçerliliğine ve varlığına bağlı olmaksızın garanti taahhüdü olarak tecessüm eder. Banka bu teminat mektubu ile bir sözleşmeye bağlanmış şahsi vecibesini yerine getirmesini ve yerine getirmediği takdirde teminatı alan şahıs için doğacak tehlikeleri kısmen ve tamamen üzerine alır.

Bir kimse, asıl borçlunun ileri sürebileceği itirazlara bakılmaksızın borcun yerine getirilmemesinden doğan zararın tazminini kabul etmesi halinde, o kimse garanti veren durumundadır. Üçüncü şahsın fiilini taahhüt eden, yani bu şahsın bir şey yapacağını başkasına vaad eden şahıs müstakil bir taahhüt altına girmiş olup, o şeyin yerine getirilmemesi halinde müspet ve karşılık mahiyette zarar ve ziyan tediyesine mecburdur. Garanti akdinin kefaletten farkı, kefilin borcu fer'i mahiyeti haiz, yani asıl borca munzam ikinci derecede bir taahhüt olduğu, kefil borcun tediye edilmemesi halinde tazminat vermeyi değil, asıl borçluca icrası lazım olan taahhüdün ifasını, yani borcu ödemeyi üzerine aldığı halde; garanti veren kimsenin borcu, fer'i değil müstakil niteliği taşıdığıdır. Garanti veren, asıl taahhüdün icrasıyla değil, zarar ve ziyan tediyesiyle yükümlüdür.”

şeklinde bir değerlendirmede bulunmuştur.

1967 tarihli, banka teminat mektuplarının hukuki niteliğini “garanti sözleşmesi” olarak tespit eden bir içtihadı birleştirme kararı var iken, aynı konu ile ilgili olarak hemen iki yıl sonra ne sebeple yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilmiş olduğu haklı olarak sorulacaktır. Yargıtay Kanunu'nun yukarıda bahsi geçen 45. Maddesi uyarınca bağlayıcı nitelikte olan bir içtihadı birleştirme kararının varlığına rağmen yeni bir içtihadı birleştirme kararı verilmesinin sebebinin, 1967 tarihli İBK'da, banka teminat mektuplarının hukuksal niteliğinin garanti sözleşmesi olduğu hususuna gerekçe kısmında yer verilmesine rağmen bu nitelemeye “sonuç” kısmında yer verilmemesi olduğu belirtilmiş¹⁹, 1967 tarihli içtihadı birleştirme kararının mevcudiyetine rağmen,

¹⁹ Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.41 :“Öncelerin kefalet lehine de karar veren Yargıtay, 1967 tarihli İBK ile nitelendirmeyi garanti sözleşmesi olarak yapmıştır. Fakat bu nitelendirme kararın sonuç kısmında yer almayıp sadece gerekçesinde belirtildiğinden, ...”; aynı

banka teminat mektupları hakkında mahkemeler tarafından farklı yönde kararlar verilmesi üzerine, konu tekrar bir içtihadı birleştirme kararına konu olmuştur.

Yargıtay'ın 1969 tarihinde vermiş olduğu içtihadı birleştirme kararına konu olay, geçici olarak ithal edilen mallar için, gümrük idaresinin, bu malların tekrar ihraç edilebilmesi hususunu teminat altına almak maksadı ile verilen bir teminat mektubuna ilişkindir. Kararın sonuç kısmında, herhalde 1967 tarihli içtihadı birleştirme kararının uğradığı akıbetin tekrarına engel olmak maksadı ile, banka teminat mektubunun mahiyetinin garanti sözleşmesi olduğu açıkça yazılmıştır;

“...gümrük idaresinin her zaman yapabileceği yazılı istek üzerine, derhal ve herhangi bir itiraz veya hüküm istihsaline mahal kalmaksızın ödemekte bankanın borçlu ile birlikte müşterek ve müteselsil kefil sıfatıyla zâmin olduğuna dair bankalar tarafından gümrük vergisi borçlusu lehine ve fakat borçlu ile değil de diğer şahıslarla yapılan bir akde dayanarak gümrük idaresine verilen teminat mektuplarının mahiyet itibarıyla Borçlar Kanunu'nun 110. Maddesinde sözü edilen üçüncü şahsın fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi olduğu...”

Kararın gerekçe kısmının incelenmesinde, “garanti sözleşmesi” nitelemesinin;

“- Garanti verenin taahhüdünün, kefalet borcundan daha ağır sonuç doğurur nitelikte olmasına,

- Doktrinde garanti ve kefalet akitlerinin ayırt edilmesinde başvurulacak ilk kıstasın “asllilik-fer'ilik kıstası” olmasının gerektiği, bu açıdan meseleye bakıldığında, bankanın, gümrük idaresine verdiği teminat mektubunda, kefilin Borçlar Kanunu'nun 497. Maddesine göre ileri sürmekle mükellef olduğu defileri dermeyeran etmekten feragat ederek, asıl borçtan müstakil olarak bir taahhüt altına girmiş durumda olduğu,

- asıl borçlu, BK.497. maddesinde belirtilen, defileri ileri sürmek hakkını haiz ve kefil de kanunen buna mecbur olduğu halde, bankanın bunları ileri sürmekten feragat etmek suretiyle “asıl borçludan da daha ağır bir külfet altına girmiş olduğu, kefilin asıl borçludan fazla mükellefiyet altına giremeyeceği”

gerekçelerine dayandırılmakta olduğu görülmüştür. Kararın gerekçe kısmında çok önemli bir hususun daha varlığına işaret etmek gerekir. Karar, bankalar tarafından

görüşte; Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s.30:“*ıçtihadı birleştirme kararlarının mahkemeler için bağlayıcı olmasına rağmen, içtihadı birleştirme kararına aykırı bu tür mahkeme kararları ancak, 1967 tarihli içtihadı birleştirme kararının sonuç kısmında banka teminat mektuplarının garanti mukavelesi niteliğine değinilmemesi, ... ile açıklanabilir.*”; Kayak, Sevgi, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, s.244

verilen teminatların, farklı durumlarda kefalet olarak değerlendirilebileceğini de ifade etmektedir²⁰;

“Bankalar, kefil olabilecekleri gibi garanti de verebilirler. Bu sebeple, işlemlerin mahiyeti tespit edilirken bu gibi şahsi teminat muamelelerinin tümünü kapsayacak şekilde bir sonuca varılması doğru olmaz. Bu yönden, konunun bilimum banka teminat mektuplarına göre değil, yalnız içtihadı birleştirmeye konu teşkil eden ... teminat mektuplarına göre halli gerekir.”

Yargıtay’ın yerleşik hale gelen içtihatlarında banka teminat mektuplarının hukuki niteliği garanti sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Ancak, yukarıda belirtilen içtihadı birleştirme kararının metninde de yer almasına rağmen, banka teminat mektubunun metnine ve garanti veren tarafın iradesine bakılmaksızın, salt banka tarafından verilmiş olduğundan bahisle her bir teminat mektubunun hukuki niteliğinin “garanti sözleşmesi” olarak kabulü, kefalet olarak nitelenebilecek olan banka teminat mektuplarında, kefalete ilişkin şekil ve ehliyet koşullarına uyulmadan işlem yapılabilme ihtimali sebebi ile sakıncalıdır. Mahkemeler, önlerine gelen hukuki ihtilaf ile ilgili yargılama sırasında, teminat mektubu metnini incelemeli ve eğer banka tarafından hazırlanan teminat mektubunun metninden, bankanın kefil olma iradesinin mevcut olduğu sonucuna ulaşabiliyorlarsa, değerlendirmelerini kefalet sözleşmesi ile ilgili yasal düzenlemelere göre yapmaları yasal bir zorunluluktur kanaatindeyiz.

Netice itibariyle, 1967 ve 1969 tarihli içtihadı birleştirme kararları birlikte değerlendirildiğinde, şu neticelere ulaşmak mümkündür;

1-) Her iki içtihadı birleştirme kararı da, banka teminat mektuplarını (818 sayılı eski) Borçlar Kanunu’nun 110. maddesinde (6098 sayılı TBK m.128) sözü edilen “*üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti sözleşmesi*” olarak değerlendirmektedir.

2-) 1969 tarihli içtihadı birleştirme kararında, “*kefalet*” niteliğinde banka teminat mektuplarının da söz konusu olabileceği belirtilmektedir.

3-) Her iki içtihadı birleştirme kararında da, garanti sözleşmesini kefaletten ayırmakta “*aslilik-fer’ilik*” kriteri kullanılmıştır²¹.

²⁰ Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, dpn.170; (aynı görüşteki bir başka yazar ile ilgili dpn 171 : Somuncuoğlu, Ünal, Bir Yargıtay Kararı İncelemesi ve Banka Teminat Mektupları, Batider, 1975, S.1, s.165)

Banka teminat mektuplarının hukuksal niteliklerinin, 1969 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'nda mevcut olan ve yukarıda da değinilen “*kefalet niteliğinde banka teminat mektuplarının da söz konusu olabileceği*” yönündeki saptamasına rağmen, istisnasız olarak garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesinin doğru olmadığı, kefalet olarak nitelendirilmesi gereken banka teminat mektupları ile ilgili olarak, Borçlar Kanunu'nda kefalet ile ilgili öngörülmuş olan şekil şartlarının yerine getirilmemiş olması halinde, banka ile muhatap arasında imzalanan dar ve teknik anlamdaki garanti sözleşmesinin geçersizliğinin ileri sürülebileceği yönündeki kanaatimizi tekraren belirtmek isteriz.

III. TÜRK BORÇLAR KANUNU M.603 İLE GETİRİLEN DÜZENLEME

Garanti sözleşmeleri, bankalar tarafından verilen teminat mektupları özelinde, ne batı ülkelerinde ne de Türkiye'de yasal düzenlemeye tabi olmuştur²². Bununla birlikte, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesi ile getirilen yeni düzenleme ile²³, kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişiler tarafından kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanmak durumundadır. TBK m.603 düzenlemesi kapsamına teminat amaçlı garanti sözleşmelerinin de dahil olduğu kuşkusuz olup, teminat amaçlı garantiyi verenin bir gerçek kişi olması halinde, kefalet sözleşmesi ile ilgili şekil ve ehliyet sınırlamalarına uyulması gerekecektir²⁴. Bu nedenle artık hukukumuzda garanti sözleşmelerinin de, gerçek kişiler tarafından akdedilen garanti sözleşmelerinin şekli, garanti sözleşmesini akdeden kişinin ehliyeti ve garanti

²¹ İçtihadı Birleştirme Kararları'nda, banka teminat mektubunun hukuki niteliğini “*garanti sözleşmesi*” olarak tespitite istifade edilen aslilik-ferilik kıstasının tek başına yeterli olmadığına ilişkin ayrıntılı eleştiriler için bkz. Kocaman, Arif B., Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, Batider, 1990, C:XV, S:3, s.52, vd.; Barlas, Nami Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.37:“*Şu duruma göre, kefalet ve garanti sözleşmelerinin ayırımında kullanılan aslilik-ferilik ölçüsünü banka teminat mektuplarına mektubun taşıdığı unsurlar açısından uyguladığımızda vardığımız sonuç, bankanın taahhüdünün aslı (bağımsız) nitelik taşıdığı kabulü için yeterli olmadığı yönünde ağırlık kazanmaktadır.*”

²² Reisoğlu, Seza Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4. Bası, Ankara 2003, s.34; Coşkun, Hilal Yener, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, s.5

²³ TBK .603 : “*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.*”

²⁴ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.301; Özen, Burak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, Genişletilip Güncelleştirilmiş 3. Bası, s.48

sözleşmesini akdeden kişinin eşinin rızası konuları ile sınırlı da olsa, bir yasal düzenlemeye tabi olduğu söylenebilir.

Ancak TBK m.603'deki düzenlemenin, yasa metnindeki açık ifade sebebiyle tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmelerinde uygulanmasının mümkün olmadığı açıktır. Yasa metnindeki, “*gerçek kişilerce*” vurgusu nedeniyle, yasa koyucu tarafından bu düzenlemenin sadece gerçek kişiler açısından geçerli olmasının amaçlandığı, tüzel kişilerin ise kasıtlı olarak maddedeki düzenlemeye alınmadığı değerlendirilmiştir. Bu itibarla, bahse konu düzenlemenin salt gerçek kişiler tarafından verilen kişisel güvencelere uygulanabileceği, bu nedenle de bir özel hukuk tüzel kişisi olan bankalarca verilen teminat mektupları açısından halen bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığını tespit etmek gerekecektir. TBK m.603'deki düzenlemenin, banka teminat mektuplarına uygulanamayacağı doktrinde de açıkça ifade edilmiştir²⁵.

TBK m.603'ün gerekçesine bakıldığında da²⁶, getirilen düzenlemenin, daha ziyade alacaklılar tarafından kefaletle ilişkin şekil şartlarından kurtulmak için başka adlar altında sözleşme yapılması suretiyle mağdur olan gerçek kişileri korumaya yönelik olduğunun ifade edildiği görülmektedir. Kanun koyucu tarafından bu mağduriyetin daha ziyade gerçek kişiler açısından söz konusu olabileceğinin düşünüldüğü, zira tüzel kişilerin “*iş ve işlemlerinde basiretli bir tacir gibi hareket edeceklerinin*” öngörüldüğü, bu nedenle de yasal düzenlemenin salt gerçek kişiler açısından getirilmek istendiği anlaşılmaktadır.

Ancak, gerçek kişiler açısından getirilen bu düzenlemenin, tüzel kişileri de kapsayacak şekilde genişletilmesinin ya da teminat mektuplarına ilişkin olarak münferit bir yasal düzenleme yapılmasının önemli ve gerekli olduğunu düşünüyoruz. Zira, çalışmalarımızın ilerleyen aşamalarında görüleceği üzere, banka teminat mektuplarının muhataba tesliminden ve dolayısıyla sözleşmenin kurulmasından, teminat mektubunun

²⁵ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C:II, s.370

²⁶ TBK m. 603 – (Gerekçe) :“818 sayılı Borçlar Kanunu ile kaynak İsviçre Borçlar Kanununda yer verilmeyen, “E. Uygulama alanı” kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarımın tek fıkradan oluşan 603 üncü maddesinde, kefalet hükümlerinin uygulama alanının genişletilmesi düzenlenmektedir.

Madde kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağı belirtmektedir. Böylece, meselâ kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.”

teyidine, ödeme talebinin incelenmesinden ödemenin yapılmasına kadar pek çok safhada hukuki ihtilafların ortaya çıkabildiği görülmüştür.

Diğer taraftan, TBK m.603 ile getirilen düzenleme, gerçek kişiler tarafından “*verilen*” kişisel güvenceler ile ilgilidir, o nedenle de gerçek kişiye hitaben verilen bir banka teminat mektubu söz konusu olduğunda, gerçek kişinin güvence veren tarafta değil de güvence alan tarafta olması sebebiyle, TBK m.603 düzenlemesinin burada uygulanamayacağına ve muhatabı gerçek kişi olan banka teminat mektuplarının herhangi bir şekilde tabi olmayacağına dikkat edilmelidir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GARANTİ SÖZLEŞMESİ

I.GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

“Garanti sözleşmesi” ibaresindeki temel kavramlardan birisi olan garanti, “kişinin(garanti verenin) bir başkasına (garantiyi alana), bu sonuncusunun parasal çıkarlarıyla ilgili bir rizikoya karşı parasal güvence vermesi” olarak tanımlanmıştır²⁷.

Garanti sözleşmesi denildiğinde homojen bir kavramdan bahsedilmediği, aksine çeşitli görünüm biçimleri olan bir sözleşme kategorisinden bahsedildiği tespiti yapılmıştır²⁸. Garanti sözleşmelerinin, genel olarak “*teminat amaçlı garanti sözleşmeleri*” (ya da kefalet benzeri garanti sözleşmeleri) ve “*yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmeleri*” (ya da saf garanti sözleşmeleri) olarak sınıflandırıldığı kabul edilmiştir²⁹. Bu sınıflandırmaya, garanti edilen rizikonun türlerine göre yapılan ayırım itibarıyla ve yukarıda belirtilen türdeki garanti sözleşmeleri ile sınırlı olarak değineceğiz.

Tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmeleri ile ilgili olarak hukukumuzda pozitif bir düzenleme mevcut değildir³⁰. Garanti sözleşmesi, BK m.110 ve TBK m.128’de düzenlenen “*üçüncü kişinin fiilini taahhüt*” dışında yasalarda düzenlenmemiş, doktrin ve mahkeme kararları ile özellikleri tespit edilmiştir³¹. Eski BK 110. maddesi ve TBK m.128’de yer alan “*üçüncü kişinin fiilini taahhüt*” düzenlemesinde bir çeşit garanti sözleşmesine işaret edildiği ancak bu düzenlemenin garanti sözleşmesinin zorunlu unsurlarını taşıdığı tartışmalı olduğu belirtilmektedir³².

²⁷ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s.51

²⁸ Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, s.23

²⁹ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.804

³⁰ Reisoğlu, Seza, Garanti Mukavelesi, Ankara, 1963, s.1 (Üçüncü kişinin fiilini taahhüt ile ilgili olarak 818 sayılı Borçlar Kanunu ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’ndaki düzenlemeler arasında, kullanılan dil dışında bir fark olmadığından, yazarın görüşünü her iki yasadaki düzenleme açısından da kullandık.); Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.34; Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.37; Kahyaoğlu, Emin Cem, Banka Garantileri, s.8; Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, Ankara, 2009, s.52

³¹ Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, s.170

³² Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, s.1

Garanti sözleşmesi ile ilgili yasal bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte³³, garanti sözleşmesinin mevcudiyeti gerek doktrin ve gerekse yargı kararları ile kabul edilmektedir³⁴.

Garanti sözleşmesi ile ilgili olarak muhtelif tanımlamalar yapılmıştır.

Tekinalp'e göre garanti sözleşmesi, *"tek tarafa borç yükleyen, şekle bağlı olmayan, bağımsız bir metin halinde veya başka bir sözleşmenin içinde yer alarak şekillenen, sözleşme veya mektup sözleşme şeklinde düzenlenen bir sözleşmedir."* şeklinde tanımlanmıştır³⁵.

Tandoğan'a göre ise 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 sözleşme"* olarak tanımlanmaktadır³⁶.

Reisoğlu ise garanti sözleşmesini *"garanti mukavelesi ile garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu bir teşebbüse sevk etmek gayesi ile, müstakil olarak teşebbüsün gayesini üzerine alır"*³⁷. şeklinde tanımlamaktadır.

Gümüş'e göre garanti sözleşmesi *"garanti verenin, garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik rizikoyu, bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği sözleşmedir"*³⁸.

Yargıtay'a göre garanti sözleşmesi; *"fer'i nitelikte olmayan öyle bir sözleşmedir ki garanti veren, garanti alandan bir ivaz elde etmek için değil, fakat onu teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya iş yapmaya yöneltmek amacıyla bağımsız olarak söz konusu teşebbüs veya işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır"*³⁹.

³³ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.299

³⁴ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.34; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.37; Barlas, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, s.944: *"...detaylı yasal düzenlemesi bulunmadığı için koruma hükümleri içermeyen, geçerliliği başlangıçta bir limit belirlenmesine ve hatta belirli şekilde yapılmasına bağlı olmayan, buna karşılık Tandoğan ve Reisoğlu'nun değerli katkılarıyla ve BK m.110'daki "üçüncü kişinin fiilini taahhüt" müessesesinin de desteğiyle yargı organlarınca yeterince tanınan garanti taahhüdü..."*

³⁵ Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 2009, s.512

³⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C:II, s.809

³⁷ Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, Ankara, 1963, s.9

³⁸ Gümüş, Mustafa Alper, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 3. Bası, C:II, s.501

³⁹ Yargıtay 11.HD, 15.10.1985, 4169 E., 5613 K.; Reisoğlu, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.37 (naklen)

Yukarıdaki tanımlamalar göz önünde bulundurularak, önce bir sözleşmenin garanti sözleşmesi olarak kabul edilebilmesi için mevcudiyeti gereken unsurların neler olduğu incelenecek ve daha sonra, garanti sözleşmesinin kuruluşu ve kuruluşuna engel olan haller ile sözleşmenin şekli hususlarına değinilecektir. Garanti sözleşmesinin ne olduğu bu şekilde incelendikten sonra, garanti sözleşmesinin benzer hukuki kavramlardan farkı üzerinde durulacaktır.

II.GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN UNSURLARI

A-) Garanti Alanı Belli Bir Hareket Tarzına Yönelme

Garanti veren, garanti alanı belli bir hareket tarzına yöneltmek amacı ile onun bu hareketinin neticesinde doğabilecek zararlı sonuçları karşılamayı taahhüt etmektedir⁴⁰.

Garanti alanın yöneltildiği hareket tarzı, bir ticari işletme kurmak ya da üçüncü bir kişi ile sözleşme yapmak gibi olumlu bir eylem olabileceği gibi, kaçınma ya da “yapmama” şeklinde, olumsuz da olabileceği belirtilmiştir⁴¹, örneğin bir annenin vesayet altındaki oğlunun taşınmazının satılmasını önlemek amacıyla vasiye karşı satış yapmamasından dolayı ileride sorumlu tutulursa ödeyeceği tazminatı üzerine almayı vaat etmesi halinde, garanti alan vasiyin satıştan kaçınma biçiminde olumsuz bir eylemi söz konusu olacaktır⁴².

B-) Rizikonun Üstlenilmesi

Riziko, “*arzu edilmeyen, gerçekleşmesinden korkulan, vuku bulursa bir zararın oluşacağı veya beklenen ekonomik anlamdaki bir yararın elde edilemeyeceği bir olaydır.*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴³.

Reisoğlu’na göre; “*Garanti kavramı daima bir tehlikenin mevcudiyetini zaruri kılar, tahakkuku muhakkak olan ve taraflarca da bilinen bir husus için garanti*

⁴⁰ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.17

⁴¹ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.39

⁴² Doğan, a.g.e., s.39; Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.810’dan naklen

⁴³ Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009, s.513

verilemez. Tehlike tâbirinden, iktisâden zararlı bir vakianın vukuu veya faydalı bir hadisenin vuku bulmaması anlaşılır⁴⁴.”

Garanti sözleşmelerinde, garanti edilen risk daima müstakbel bir risk olmalıdır. Ayrıca, garanti edilen riskin muhtemel bir olayı ifade etmesi gerekir, eğer bir olayın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği kesin ise riskten söz edilemeyecektir. Ancak tarafların objektif kesinlikten haberdar olmamaları durumunda da sözleşmenin geçerli olacağı zira taraflarca gerçek durumun bilinmemesinin de risk kavramına gireceği belirtilmiştir⁴⁵.

Garanti sözleşmesinde garanti veren taraf, garanti alan tarafı belirli bir hareket tarzına yöneltmek için bu hareket tarzından doğabilecek riskleri karşılamayı taahhüt etmektedir⁴⁶.

Riziko kavramının, banka teminat mektubunun ibrazı ve ödeme talebinde bulunulması aşamasındaki önemi, muhatap tarafından yapılacak olan “*rizikonun gerçekleşmiş olduğu*” bildirimünün, ibraz ve ödeme talebi açısından bir şart oluşturmasından kaynaklanmaktadır. Rizikonun gerçekleştiği belirtilmeden yapılacak bir ödeme talebinin banka tarafından reddedilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan muhatap, yapacağı ödeme talebinde ancak garanti sözleşmesine konu olan riskin gerçekleştiğini beyan etmek suretiyle ödeme talebinde bulunabilecek ve farklı bir garanti sözleşmesine konu riskin gerçekleştiği iddiası ile yapacağı ödeme talebi, garanti veren tarafından reddedilecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda da bu yönde bir tespitte bulunulmuş ve direnme kararı veren yerel Mahkeme kararı bozulmuştur.,⁴⁷;

⁴⁴ Reisoğlu, Seza, Garanti Mukavelesi, AÜHF Yayınları, No:178, Ankara, 1963, s.9

⁴⁵ Reisoğlu, a.g.e., s.38;

⁴⁶ Doğan, a.g.e., s.40

⁴⁷ Yarg.HGK, 28.11.2007 T, 2007/11-852 E., 2008/892 K. :” “.....ve özellikle; teminat mektubunda yazılı riskin yorum yoluyla değiştirilemeyeceği ve genişletilemeyeceği hususunun açık bulunmasına, teminat mektubunda daha önce lehdar ile muhatap arasında düzenlenen sözleşmeye açık ya da örtülü bir atıf bulunmamasına, uyumsuzluk konusu teminat mektubunda garanti altına alınan riskin belirli bir konu ile sınırlı bulunmasına, teminat mektubunda belirtilen tarihlerin bu mektupla garanti edilen K. A.Ş.'nin idaresi ve organizasyonunda M. Holding'in yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesi için tarafların takdirine göre konulmuş bir süre olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmasına, davacı tarafın gerek ihtiyati tedbirin kaldırılması talepli dosyada, gerekse görülmekte olan dosyanın değişik aşamalarında teminat mektubunun amacının ve dolayısıyla ödeme taleplerinin dayanağının umulan kâr garantisinin yerine getirilmemesi ile ilgili olduğunun açıklanması ve dolayısıyla bu hususun likit (kesin) delillerle ispatlanmış sayılmasına, bu durumda davacının teminat mektubunda ve ödeme talebinde amaçladığı riski garanti etmeyen davalı bankanın ödeme talebini reddetmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre...”

Demek ki, garanti sözleşmesine (ve dolayısıyla banka teminat mektubuna) konu risk;

- Müstakbel ve muhtemel bir olayı konu almalı,
- Temel ilişkinin borçlusu ile alacaklısı arasındaki bütün hukuki ilişkilerden doğacak risklerin tek bir garanti sözleşmesi ile güvence altına alınmak istenmesi, nitelik itibarıyla garanti sözleşmesinin sınırını aşacağından, her bir hukuki ilişki için ayrı bir garanti sözleşmesi kurulmalı ya da tek bir garanti sözleşmesi akdedilecek ise, sözleşmenin içerisinde garanti edilen her bir risk belirlenmiş olmalı,
- Yukarıdaki cümleden olmak üzere, garanti altına alınan risk, teminat mektubunun düzenlendiği anda, belirli ya da en azından belirlenebilir olmalı⁴⁸,

tespitlerinde bulunulabilir. Ayrıca, yukarıda değinilen Hukuk Genel Kurulu kararında da belirtildiği üzere, garanti alan taraf, garanti sözleşmesinin metninde yer alan riski yorum yolu ile genişletemeyecek ve değiştiremeyecektir.

Risk, dar ve teknik anlamda garanti sözleşmesinin tarafı olmayan ancak temel ilişkide muhataba belli bir edimi garanti edilen taraf (lehtar) ile ilgilidir. Garanti sözleşmesi ile edimi garanti edilmeyen bir kişinin fiilinden dolayı, garanti sözleşmesinin gereğinin ifasını, örneğin banka teminat mektubunun ödenmesinin istenmesini, talep etmek mümkün değildir.

Garanti veren taraf, tüm riski üstlenebileceği gibi, sadece belli bir zararın gerçekleşmeyeceği ya da belli bir olayın gerçekleşeceğini garanti edebilir. Kısmen tehlike yüklenilmesinin açık bir irade beyanına dayanmasına gerek bulunmamaktadır, halin gereklerinden de anlaşılabilir. Ancak, burada önemli olan husus, garantinin tam mı

⁴⁸ Yargıtay pek çok kararında, "belirsizliğin garantisinin olmayacağını" ifade etmiştir. Örnek kararlar için bkz. Yarg. HGK, 04.07.2001 tarih, 2001/19-534 E., 2001/583 K. : " bir sözleşmenin geçerli olması 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 olmaz. 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 olmayan (belirsiz) bir edimin garantisi anlamına gelir ki, bu da garanti sözleşmesiyle bağdaşmaz." ; Yarg.HGK, 10.04.2002 tarih, 2002/19-182 E., 2001/217 K.:" Kefaletten farklı olarak asıl borç ilişkisinden tamamen bağımsız nitelikteki garanti sözleşmesinde şekil serbestisi hakim olup garantinin sınırının önceden belirlenmesi zorunluluğu bulunmamaktadır.Ancak, sözleşme serbestisi sınırsız değildir. BK.nun 19. ve 20. maddelerinde sözleşme serbestisine bir takım sınırlamalar getirilmiştir. Gerçekten bir sözleşmenin geçerli olması 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 olmaz."

yoksa kısmî mi olduğu hususunda şüphe ortaya çıkması halinde, garanti verenin bütün tehlikeyi üstlendiğinin kabul edilmesi gerektirir⁴⁹.

Bankanın, garanti sözleşmesinde (teminat mektubunda), ancak belli şartların gerçekleşmesi halinde sorumlu olacağını belirtmesinin de geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵⁰.

Risk kavramı ile ilgili olarak göz önünde bulundurulması gereken diğer önemli bir husus da, banka teminat mektubu ilişkisinde, muhatap ile lehtar arasındaki temel ilişkinin şartlarında değişiklik olması ve lehtarın yeni yükümlülükler yüklenmesi halinde, banka teminat mektubunun bu yeni ortaya çıkan riskleri kapsamayacağı, ortaya çıkan yeni risklerin yeni banka teminat mektubu/mektupları ile garanti altına alınmasının gerekliliğidir⁵¹. Yargıtay da muhtelif kararlarında, teminat mektubunda belirtilen riskin değiştirilemeyeceği ve genişletilemeyeceğine hükmetmiştir⁵².

Muhatabın, teminat mektubunun ödenmesi istemi ile karşılaşan bankanın, riskin henüz doğmadığını ya da sona erdiğini kesin olarak bilmesi halinde, ödeme yapmaktan kaçınıp kaçınamayacağı tartışılmıştır⁵³. Lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiye tamamen yabancı olan bankanın, rizikonun gerçekleşmediği ya da lehtarın edimini ifa etmiş olduğu, dolayısı ile muhatabın ödeme talebinin açıkça hakkın kötüye kullanılması anlamına geldiğini iddia ederek ödemedi kaçınabilmesi hususunun istisnâ bir durum olmasından dolayı çok dar yorumlanması gerektiği kuşkusuzdur, bu tür bir iddiada bulunacak olan bankanın elinde durumu ortaya koyacak açık ve kesin kanıtların bulunması şarttır⁵⁴. Kesin kanıtı örnek olarak, teminat mektubu ile güvence altına alınan borcun ödendiğini gösteren ve muhatap tarafından imzalanmış bir belge gösterilebilir⁵⁵. Netice itibarıyla banka, riskin gerçekleşmediğini ya da garanti edilen

⁴⁹ Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, s.10; Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, s.809, 810

⁵⁰ Arkan, Teminat Mektubu, s.66; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.139

⁵¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.43:"belirtmek gerekir ki, milletlerarası uygulama dahil, banka uygulamasında, teminat mektubu riskinin genişletilmesi, açıkça bankanın ek bir teminat mektubu (kontrgaranti) vermesi veya bu anlama gelecek bir yazılı beyanda ile sağlanmakta, zımnen garanti kapsamının genişletilmesi söz konusu olmamaktadır."

⁵² Yar.11.HD., 04.06.2007 tarih, 2006/5679 E., 2007/8483 K.:" Lehtar ile muhatap arasında bulunan sözleşmede teminat mektubunun verilmesine dair yazılı riskin, teminat mektubunda gösterilmemesi halinde banka, teminat mektubunda yazılı olmayan riskin gerçekleştiğinin ileri sürülmesi halinde ödemedi kaçınmak durumundadır. Başka bir ifade ile, teminat mektubunda yazılı risk, değiştirilemez ve genişletilemez."

⁵³ Arkan, Hukuki Durum, s.75;

⁵⁴ Arkan, a.g.m., s.77

⁵⁵ Arkan, a.g.m., s.83

riskin lehtar tarafından vaki ifa ile sona erdiğini bildiği ve bu konuda kesin kanıtlara sahip bulunduğu takdirde, muhatabın banka teminat mektubunun ödenmesi talebine istinaden ödeme yapmaktan imtina edebilecektir⁵⁶.

C-) Bağımsız Yükümlülük (Asli Mükellefiyet) Altına Girme

Garanti sözleşmesi ile garanti veren, asli ve bağımsız bir borç yükümlüğü altına girmektedir ve bu özellik, garanti sözleşmelerini, fer'i nitelikteki kefaletten ayırır⁵⁷. Zira garanti verenin aksine kefil, fer'i bir borç altına girmektedir⁵⁸.

Banka teminat mektupları açısından bağımsızlık, bankanın garanti alana karşı yüklendiği borcun, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiye bağlı olmaması, bu ilişkiden etkilenmemesi demektir⁵⁹. Yani garanti verenin yükümlüğü, başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, dava edilebilir olup olmasına bağlı olmayıp, ondan tamamen bağımsızdır⁶⁰.

Garanti sözleşmesi olarak kabul edilen banka teminat mektuplarının metinlerinde yer alan ve muhatap ile lehtar arasındaki temel ilişkiye atıf yapan kısmın, garanti sözleşmesinin bağımsızlık özelliğine aksi bir tesiri olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Banka teminat mektuplarının metinlerinde yer alan bu tür atıfların, garanti sözleşmesinin bağımsızlık özelliğini etkilemeyeceği, aksine garantinin ferdileştirilmesini sağladığı ve hangi ilişkiden doğan rizikonun güvence altına alındığını gösterdiği, ayrıca garanti veren bankanın mücerret bir borç altına girmediğinin kanıtı olduğu belirtilmiştir⁶¹.

Garanti sözleşmesinin bağımsızlığı ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken bir diğer husus da, temel ilişki ile garanti ilişkisi arasındaki bağımsızlığın hukuki bir bağımsızlık olduğu, bu bağımsızlıktan ekonomik bir bağımsızlık anlaşılması

⁵⁶ Teoman, Ömer, Yaşayan Ticaret Hukuku, C:I, Hukuki Mütalaalar, Kitap:7, s.220

⁵⁷ Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.812; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.54

⁵⁸ Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, s.19

⁵⁹ Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, s.514

⁶⁰ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.300; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.42; Tandoğan, a.g.e., s.812

⁶¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.54; Arkan, Sabih, Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, BATİDER, Aralık 1992, C:XVI, S.4, s.64:"...bunlar, bankanın taahhüdünün, lehtar-muhatap arasındaki temel ilişkiye bağlı olduğunu göstermez."; Garanti sözleşmelerinde "bağımsızlık"(soyutluk) unsurunun anlamı ile ilgili olarak daha geniş bilgi için bkz. Kaya, İlk Yazılı Talepte, s.235, vd.

gerektiğidir. Banka teminat mektubunun muhatabı ile lehtar arasındaki temel ilişkiye dair sözleşme ile garanti sözleşmesi arasında ekonomik bakımdan bir bağlantı mevcut ise de, hukuki açıdan temel ilişkiye dair sözleşmeden ayrı ve ondan tamamen bağımsız bir yükümlülük altına girilmesi söz konusudur⁶². Netice itibariyle, garanti sözleşmesi, ekonomik olarak da olsa başka bir sözleşmeye bağlı ise de, garanti verenin temin ettiği olay temel ilişkiye dair bu sözleşmenin dışında kalmaktadır ve kural olarak temel ilişkiye ilişkin geçerli bir borç bulunmasa dahi, garanti veren sorumlu olacaktır⁶³.

D-) İvaz Konusu

Garanti sözleşmesinin unsurları arasında “ivaz” bulunup bulunmadığı hususu tartışmalıdır⁶⁴. Doktrinde bir kısım yazarlar tarafından, garanti sözleşmesinin ivazsız olduğu belirtilmiştir⁶⁵. Bazı yazarlar ise, garanti sözleşmesinin çoğu zaman ivazsız olarak akdedildiğini ancak ivazlı olarak akdedilmesine de teorik olarak bir engel bulunmadığını savunmaktadırlar⁶⁶.

Yargıtay da, 1969 tarihli içtihadı birleştirme kararında, garanti sözleşmesi ile ilgili olarak Stammler’in garanti sözleşmesine ilişkin;

“garanti mukavelesi ile bir kimse başkasının kazanç kasti güden teşebbüsüne, bu teşebbüse bağlı olan tehlikelerin tamamını veya belli bir kısmını akti ve ivazsız olarak yüklenmek suretiyle yardım ve teşvik etmek gayesini güder.”

şeklindeki tanımına atıfta bulunmuş, ancak bu tanımın türlü şekillerde tenkit edilmiş olduğu da belirtilmiştir.

Tandoğan, garanti sözleşmesinin ivazlı olup olmayacağı hususunu incelerken, banka teminat mektuplarını da kapsayan şu örnek üzerinden hareket etmektedir;

⁶² Doğan, a.g.e.43

⁶³ Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.812

⁶⁴ Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, s.514; Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.44, ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi’nin bu konu ile ilgili eski tarihli bir kararında, sözleşmenin “ivazlı” olabileceğini kabul ederken, yeni tarihli kararlarında garanti sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen “ivazsız” bir sözleşme olduğuna karar verdiği hususunda bkz.dipn 59, 60

⁶⁵ Reisoğlu, Garanti Mukavelesi, s.22 : “Garanti mukavelesi, kaideten tek tarafa borç yükleyen bir akit olup ivazsızdır.”; Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:2, s.610; Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.44

⁶⁶ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.303; Gümüş, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, C:II, s.504

İvazlı garanti sözleşmesinin uygulamadaki örneklerinden başka biri olarak, bir bankanın, bir üçüncü kişiyi belli bir teşebbüste bulunmaya sevk etmek isteyen kişinin talimatı üzerine, ondan aldığı bir komisyon karşılığında üçüncü kişinin teşebbüsünü garanti etmesi hali zikredilmektedir. Gerçi bu gibi hallerde bankanın garanti vermesi bir ivaz karşılığıdır; fakat banka bu ivazı, garanti sözleşmesine dayanarak garanti alandan değil, kendisine garanti vermesi için talimat veren müvekkilinden almaktadır, bu nedenle ivaz, garanti sözleşmesinde değil, ondan önce yapılan vekalet sözleşmesinde kararlaştırılmıştır⁶⁷.

Garanti veren tarafın, garanti sözleşmesi karşılığında, lehine garanti verilen taraftan aldığı komisyon adı altındaki ivazın, garanti sözleşmesini ivazlı hale getirmediği, doktrinde genel olarak kabul görmektedir⁶⁸.

III.GARANTİ EDİLEN RİZİKONUN NİTELİĞİNE GÖRE GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN TÜRLERİ

A-) Kefalet Benzeri (Teminatı Amaçlayan) Garanti Sözleşmesi

Kefaletle ayırımında güçlük yaşanan garanti sözleşmesi tipinin “kefalet benzeri garanti sözleşmesi” olduğu ifade edilmektedir⁶⁹.Kefalet benzeri garanti sözleşmesi ile ilgili olarak doktrinde muhtelif tanımlamaların yapıldığı görülmüştür.

Develioğlu'na göre kefalet benzeri garanti sözleşmesi, “*garanti verenin, muhataba, üçüncü bir şahsın muhataba olan borcunu ifa etmemesi veya gereği gibi ifa etmemesi halinde bir miktar para ödemeyi gayri kabili rücu taahhüt ettiği sözleşmedir.*” şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁰.

Gümüş ise, kefalet benzeri garanti sözleşmesini, “*garanti verenin, garanti alanın tarafı olduğu bir borç ilişkisinde asıl borçlunun (lehtarın) borcunu hiç veya gereği gibi veya zamanında ifa etmemesinden dolayı sorumlu olmayı, garanti alan ve asıl borçlu arasındaki temel borç ilişkisinin varlığı, geçerliliği ve takip*

⁶⁷ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri., s.817

⁶⁸ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.44; Tekinalp, a.g.e., s.515 :”*Bankanın, garanti sözleşmesini aktetmesi için müşterisinden aldığı komisyon ise garanti sözleşmesinin dışındadır.*”

⁶⁹ Barlas, Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, s.948

⁷⁰ Develioğlu, Hüseyin Murat, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.35

edilebilirliğinden bağımsız olarak taahhüt ettiği garanti sözleşmesi türüdür.” şeklinde tanımlamaktadır⁷¹.

Tandoğan ise kefalet benzeri garanti sözleşmesini “*garanti verenin teminat sağlama amacıyla temel ilişkideki alacaklıya karşı, temel ilişkideki borçtan bağımsız olarak, borçlunun edimi için sorumlu olmayı yüklediği sözleşme*” olarak tanımlamıştır⁷².

Bu tür garanti sözleşmelerinin, kefalet sözleşmesine büyük benzerlik gösterdiklerinden ötürü “*kefalet benzeri garanti*” olarak adlandırıldıkları ifade edilmiştir⁷³.

Kefalet benzeri garanti sözleşmelerinde, garanti veren taraf, garanti alanın (muhatap) girdiği bir hukuki ilişkide esas borçlunun (lehtar) borcunu ifa etmemesinden doğan zararı tazmin etmeyi taahhüt ederek garanti alanı koruyacaktır⁷⁴. Bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, bu tür garanti sözleşmelerinde garanti veren tarafın, lehine garanti verilen tarafın borçlu olup olmadığına, borcun icra edilebilir olup olmadığına bakmadan edimin yerine getirilmesinden sorumlu olmayı taahhüt etmesidir⁷⁵. Bu kapsamda, banka teminat mektupları da, asıl borçlunun (lehtarın) defilerden feragatı kaydını taşıdıkları taktirde genellikle teminatı amaçlayan garanti sözleşmesi niteliğini haiz olacaktırlar⁷⁶.

Teminatı amaçlayan garanti sözleşmelerine, banka teminat mektuplarını da kapsayacak şekilde şöyle bir örnek verilebilir; muhatap ile lehtar arasındaki temel ilişki bir satım işlemine ilişkin ise ve bu satım işlemi neticesinde ödenecek olan satım bedelinin belli taksitler halinde ödenmesi sözleşme ile kararlaştırılmış, muhatap da satım bedelinin ödeneceğine ilişkin olarak banka teminat mektubu talep etmiş ise, burada banka tarafından verilen teminat mektubunun teminat amaçlı bir garanti olduğunu söylemek mümkündür.

Bu tür garanti sözleşmelerinde garanti alan (muhatap) ile edimi garanti edilen (lehtar) arasında bir borç ilişkisi mevcuttur (temel ilişki), ancak garanti verenin

⁷¹ Gümüş, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 3. Bası, C:II, s.508

⁷² Tandoğan, a.g.e., s.804

⁷³ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.73

⁷⁴ Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.32

⁷⁵ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.804

⁷⁶ Tandoğan, a.g.e., s.805

taahhüdü, garanti alan taraf ile edimi garanti edilen taraf arasındaki bu borcun geçerliliğine ve varlığına bağlı değildir⁷⁷.

Yukarıda verilen örnekte lehtar, satım sözleşmesine ilişkin edimini ifa etmeyecek olursa, muhatap bankaya başvurarak teminat mektubunda belirtilen rakamın ödenmesini talep edecektir, satım sözleşmesinde satılacağı vaat edilen malın sözleşmede belirtilen nitelikleri haiz olmaması, vb. lehtar tarafından ileri sürülebilecek olan defiler banka tarafından ileri sürülemeyecektir zira banka, muhataba karşı temel ilişkiden bağımsız bir borç yüklenmiş durumdadır ve bu nedenle de temel ilişkiye dayanarak herhangi bir defî ileri sürmesi mümkün değildir⁷⁸.

B-)Yönelmeyi Amaçlayan (Saf) Garanti Sözleşmeleri

Yönelmeyi amaçlayan garanti sözleşmeleri :”bir kimsenin (garanti verenin) başkasını (garanti alanı) belli bir davranışa yönelmek amacıyla bu davranıştan o kişi için doğacak tehlikeleri kısmen veya tamamen üzerine alması borcunu doğuran bağımsız nitelikte bir sözleşmedir.”

şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁹.

Bu tür garantilerde, “garanti veren garanti alana belirli bir borç ilişkisinden bağımsız olarak bir sonucu taahhüt eder⁸⁰.” taahhüt edilen, bir üçüncü kişinin edimi değildir⁸¹.

Saf garanti sözleşmelerinde amaç, bir kişi ya da kurumu belli bir işe yönelmektir⁸². Garanti veren taraf, garanti alan kişi ya da kurumu belli bir işe yönelmek için, onun bu işten uğrayabileceği kayıpları telafi etmeyi ya da belli bir oranda kar edeceğini taahhüt etmektedir⁸³.

Saf garanti sözleşmelerine örnek olarak da, bir belediyenin belli bir kişiye, belirli bir bölgede bir mağaza açması halinde, aylık belli bir kârı garanti etmesi örnek olarak gösterilebilir.

⁷⁷ Tandoğan, a.g.e., s.806

⁷⁸ Garanti verenin, temel ilişkideki defileri ileri süremeyeceği hususunda, üçüncü kişinin filini taahhüt özelinde bkz. Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.304

⁷⁹ Tandoğan, a.g.e., s.806

⁸⁰ Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s.299

⁸¹ Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.33

⁸² Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.72

⁸³ Canbolat, a.g.e., s.72

IV.GARANTİ SÖZLEŞMESİNİN KEFALETTEN FARKI

Yasal bir düzenlemesi olmayan, tüzel kişilerin taraf olduğu garanti sözleşmesinin benzer hukuki kavramlardan ayrılması önem arz etmektedir. Bu kapsamda, garanti sözleşmesi; aval, vekalet, itibar emri gibi benzeri hukuki kavramlardan farklılık teşkil etmektedir. Ancak garanti sözleşmesinin benzer tüm hukuki kavramlardan farkını ayrıntılı şekilde değerlendirmenin çalışmanın kapsamı dışında kalacağından, garanti sözleşmesinin kefaletten farkı konusuna değineceğiz.

Kefalet sözleşmesi, TBK m.581, vd. maddelerinde düzenlenmiştir. TBK m. 581'deki tanıma göre kefalet;

“kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.”

Kefalet sözleşmesi ile kefil, bir başka şahsın (asıl borçlunun) alacaklısına karşı asıl borcun ifasından sorumlu olmayı taahhüt etmektedir⁸⁴.

Garanti sözleşmesi ile kefalet arasındaki en önemli fark, kefalet sözleşmesinin asıl borç ile ilişkide fer'i, garanti sözleşmesinin ise asli (bağımsız) nitelik taşıması⁸⁵, diğer taraftan kefaletin borçlanılmış ve icra edilebilir bir edimi teminat altına almasına karşılık, garanti sözleşmesinin temin ettiği edimin bu nitelikleri taşımasının zorunlu olmamasıdır⁸⁶. Garanti sözleşmesinde garanti veren bağımsız bir borç yüklenmektedir, dolayısıyla da garanti verenin sorumluluğu bir başka borcun varlığına, geçerliliğine ve dava edilebilirliğine bağlı değildir⁸⁷.

Kefalet sözleşmesi de, garanti sözleşmesi gibi, asıl borçlu, alacaklı ve kefilden oluşan üç köşeli bir hukuki ilişkidir⁸⁸.

Kefalet sözleşmesi ile ilgili olarak, TBK'nun 583. Maddesinde, sözleşmenin geçerli olabilmesi için mevcudiyeti gereken şekil şartları yer almaktadır. Buna göre, kefalet sözleşmesi;

-Yazılı şekilde yapılmalıdır.

⁸⁴ Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:II, s.693

⁸⁵ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.300; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1155 (üçüncü kişinin filini üstlenme ile kefalet arasındaki fark izahı ile ilgili olarak)

⁸⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.818; Reisoğlu, Garanti Mukavelesi ve Kefalet Münasebeti, II. Ticaret Hukuku Haftası, Ankara, 1962), s.149, vd; Kahyaoğlu, Banka Garantileri, 43; Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.28;

⁸⁷ Gümüş, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 3. Bası, C:II, s.503; Özen, Burak, Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, İstanbul 2014, s.24

⁸⁸ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.49

- Kefilin sorumlu olacağı azami miktar gösterilmelidir.
- Kefalet tarihi belirtilmelidir.
- Kefilin müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefil el yazısı ile belirtmelidir.

Yukarıdaki hususların yokluğu halinde, geçerli bir kefalet sözleşmesinin varlığından bahsedilemez.

Garanti sözleşmesi ile ilgili olarak ise, 6098 sayılı TBK öncesinde herhangi bir yasal bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte, TBK m.603 ile getirilen düzenleme neticesinde, gerçek kişilerin taraf olduğu garanti sözleşmelerinin de kefalete ilişkin şekil şartlarına tabi olduğu ve aynı zamanda kefil olma ehliyetine ilişkin olarak da kefalete ilişkin hükümlere tabi kılındığı görülmektedir. Yasa koyucu tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmelerini bilinçli olarak düzenleme dışı bıraktığından, TBK m.603'ün, tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmelerine uygulanma imkanı bulunmamaktadır⁸⁹.

Kefalet sözleşmesinin koşulları, TBK m.582'de belirtilmiştir. Kefalet sözleşmesinin geçerliliği, asıl borcun varlığına ve geçerliliğine bağlıdır, asıl borcun herhangi bir nedenle sona ermesi, kefalet borcunu ortadan kaldırır. Diğer taraftan, garanti sözleşmesinin varlığı ve geçerliliği, başka bir borcun varlığına, geçerliliğine, devamına ve takip edilebilir olmasına bağlı değildir. Asıl borcun sona ermesi, garanti verenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacak, garanti verenin yükümlülüğü ancak asıl borcu sona erdiren sebep, rizikonun da ortadan kalkmasına sebebiyet veriyorsa sona erecek, asıl borcun ortadan kalkmasına rağmen riziko devam ediyorsa, garanti verenin yükümlülüğü de devam edecektir⁹⁰.

Kefalet ve garanti arasındaki en önemli farklardan bir tanesi de, kefalet sözleşmesinde kefilin, kural olarak, asıl borçlu tarafından ileri sürülebilecek tüm defileri ve itirazları ileri sürebilme hakkına sahip olmasına rağmen, garanti sözleşmesinde garanti verenin, muhataba karşı lehtar tarafından ileri sürülebilecek defileri ileri sürme hakkına sahip olmamasıdır⁹¹.

Kefilin, asıl borçlunun ileri sürme hakkına sahip olduğu defileri ileri sürmesi, onun açısından bir hak olduğu kadar, ödemenin yapılmasından sonra asıl borçluya karşı

⁸⁹ Yener, Hilal Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.59

⁹⁰ Barlas, a.g.e., s.28, 29

⁹¹ Reisoğlu, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.77

rücu edebilmesini sağlayan bir yükümlülüktür⁹². Kefil, ileri sürülmesi halinde borcun ifasından tamamen kurtulma imkanını verecek bu defileri kullanmaması halinde, asıl borçluya rücu imkanından mahrum kalacaktır. Diğer taraftan, garanti veren ise, lehtar tarafından ileri sürülebilecek defileri garanti alana (muhataba) karşı ileri sürebilme imkanına sahip değildir. Garanti veren taraf (banka) muhatap tarafından yapılacak ilk yazılı talepte ödeme yapma yetkisini, lehtar ile aralarında imzaladıkları kontrgaranti sözleşmesi ile lehtardan almaktadır⁹³. Bu nedenle de, banka tarafından verilen teminat mektubu garanti sözleşmesi değil de kefalet sayılsa dahi, bu durumda da banka, sözleşme ile almış olduğu yetki nedeniyle, muhataba karşı lehtarın ileri sürebileceği defileri ileri sürmemesi nedeniyle, ödeme yaptıktan sonra lehtara karşı rücu hakkını kaybetmeyecektir⁹⁴.

Adi kefalette kefilin sorumlu olması ancak asıl borçlunun takip edilip takibin semeresiz kalmasına bağlı iken, garanti sözleşmesinde alacaklı, fiili taahhüt edilen üçüncü kişinin edimini ifa etmemesi halinde derhal garanti verene başvurabilir⁹⁵.

Gerçek kişilerin taraf olduğu kefalet sözleşmesi ile garanti sözleşmesi arasında, TBK m.603 ile getirilen düzenleme neticesinde, şekil ve ehliyet açısından bir fark kalmamıştır. Yargıtay'ın, TBK m.603'ün uygulanması ile ilgili, aval ile ilgili vermiş olduğu karar dışında, yeni tarihli bir kararı tespit edilememiştir, bu nedenle de maddenin uygulanmasına ilişkin olarak Yargıtay'ın görüşünün ne olduğu bilinmemektedir. Ancak, TBK m.603 metninde bulunan "...ve eşin rızası" ibaresinin Anayasa'nın 12, 13 ve 48. Maddelerine aykırılığı iddiası ve iptal istemiyle, Ankara 4. İcra Hukuk Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi'ne bir başvuruda bulunulmuş, fakat bahse konu başvuru Anayasa Mahkemesi tarafından, TBK m.603 metninde bulunan "...ve eşin rızasına" ibaresinin Anayasa'ya aykırı olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir⁹⁶.

⁹² Canbolat, Ferhat/Topuz, Seçkin, Kefalet İle Garanti Ayrımının Önemi ve Ayrımda Uygulanacak Kistaslar, TBB Dergisi, 2008, S.78, s.61

⁹³ Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.30 :” Uygulamada çoğunlukla teminat mektubu veren bankalar, defî ileri sürmeksizin ilk talepte muhataba ödemede bulunma konusunda, kontrgarantiye konulan hükümle lehtardan yetki aldıklarından,....”

⁹⁴ Barlas, a.g.e., s.30

⁹⁵ Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, s.819

⁹⁶ AYM, 26.12.2013 T., 2013/57 E., 2013/162 K. Sayılı kararı, (www.legalbank.net)

İKİNCİ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

I.GENEL OLARAK

Garanti alan (muhatap) ile garanti veren (banka) arasında akdedilen garanti sözleşmesinin metnini teşkil eden, rizikonun gerçekleşmesi halinde muhatap tarafından bankaya ibraz edilerek yapılacak ödeme talebine mesnet teşkil edecek olan belge, banka teminat mektubu olarak adlandırılmaktadır. Peki, banka tarafından verilen bu belge nasıl bir belgedir, kıymetli evrak niteliğini haiz midir, haczedilebilir mi, ödeme talebinde bulunan tarafın bu talebi ile birlikte banka teminat mektubunu da ibraz etmesi gerekli midir, banka teminat mektubu kaybedilirse ne olur, kaybedilmesi halinde ziya ve iptali için dava açılabilir mi? Çalışmamızın bundan sonraki bölümünde, bu hususları inceleyeceğiz.

Bankacılık Kanunu açısından gayrı nakdi kredi olarak kabul edilen, aslen bir kişisel teminat olan banka teminat mektubunu vermek sureti ile bankanın;

- Birinci olarak muhatap ile akdettiği garanti sözleşmesinden kaynaklanan, teminat mektubu ile garanti altına alınan riski, ve dolayısıyla bu riskin gerçekleşmesi durumunda muhataba teminat mektubunda yazan meblağı ödemek riskini⁹⁷,
- ikinci olarak da, teminat mektubunun tazmin edilmesiyle nakde dönüşen gayrı nakdi kredinin, teminat mektubu lehtar tarafından geri ödenip ödenmeyeceğinden kaynaklanan riski⁹⁸,

üstlenmekte olduğu savunulmuştur.

Banka ile muhatap arasında akdedilen garanti sözleşmesinin metnini banka teminat mektubu oluşturmaktadır, bu sözleşme ile garanti altına alınan riskin gerçekleşmesi, aynı zamanda muhatap tarafından yapılacak olan ödeme talebinin asgari şartını da oluşturmaktadır, zira teminat mektubu ile garanti altına alınan riskin

⁹⁷ Şit, Başak, Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, s.141

⁹⁸ Şit, a.g.e., s.142

gerçekleşmemesine rağmen, muhatap tarafından yapılacak bir ödeme talebi, elinde likit kanıtlar olan banka tarafından reddedebilecek, ya da riskin gerçekleşmemesine rağmen ödeme talebinde bulunulduğunu öğrenen lehtar, bankanın ödeme yapmasını engellemek için ihtiyati tedbir kararı almak amacıyla mahkemeye başvurabilecektir.

Usulüne uygun şekilde yapılan bir ödeme talebine istinaden bankanın, muhataba ödeme yapması gerekir. Banka, garanti ilişkisinden kaynaklanan yükümlüğünü yerine getirdikten sonra, lehtara müracaat ederek, aralarındaki karşılık ilişkisinden kaynaklanan hakka dayanarak, muhataba yapmış olduğu ödemenin kendisine iadesini lehtardan talep edecektir. Banka tarafından yapılacak olan bu rücu işlemi neticesinde, herhangi bir hukuki ihtilaf çıkmadan bankanın alacağına kavuşması da, muhatabın ödeme talebinin usulüne uygun şekilde yapılmasına ve ödeme talebine istinaden de banka tarafından gerekli incelemenin yapılarak şartların tamam olduğunun tespitinden sonra ödeme yapılmasına bağlıdır.

Çalışmanın bundan sonraki kısmı, banka teminat mektubunun tanımından başlayarak, usulüne uygun bir ödeme talebi ve bunun sonuçlarına giden adımların tespiti ve incelenmesine ilişkindir.

II.BANKA TEMİNAT MEKTUBUNUN TANIMI

Banka teminat mektupları, hukukumuzda münferit bir yasa ile düzenlenmemiştir. Banka teminat mektupları ile ilgili hususların mevzuatta muhtelif yerlerde bahis geçmekte ise de⁹⁹, banka teminat mektuplarının tanımı ve unsurlarına herhangi bir yasal düzenlemede yer verilmiş değildir. Devlet İhale Kanunu m.27'de;

“Bankaların bu Kanun kapsamındaki işler için verecekleri geçici, kesin ve avans teminat mektuplarının sermaye ve yedek akçelerinin durumlarına göre miktar ve kapsamlarını ve şeklini tespiti Maliye Bakanlığı yetkilidir. Kanun, kararname, tüzük ve yönetmeliklere aykırı olarak düzenlenmiş banka teminat mektupları kabul edilmez.

düzenlemesine yer verilmiş ve DİK kapsamındaki işler için verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şekillerini tespiti Maliye Bakanlığı'nın yetkili olduğu belirtilmiş ise de, burada da banka teminat mektupları ile ilgili bir tanımın bulunduğu

⁹⁹ Mevzuatta “banka teminat mektubu” teriminin geçtiği yerlere örnek olarak bkz.; Bankacılık Kanunu m.48; Devlet ihale Kanunu m.26, m.27; Kamu İhale Kanunu, m.34

söylenemez. Yasal bir düzenlemeye tabi olmayan banka teminat mektuplarının, üzerinde mutabık kalınan bir tanımı da mevcut değildir¹⁰⁰.

Bununla birlikte doktrinde, banka teminat mektupları ile ilgili olarak muhtelif tanımlar yapılmıştır.

Akyazan'a göre banka teminat mektubu ; *“borçlunun alacaklıya karşı üzerine aldığı bir edimin yerine getirilmesini garanti için bir banka tarafından alacaklıya verilen bir mektuptur. Bu mektupta banka, borçlunun üzerine aldığı edimi mukavele hükümleri dairesinde yerine getirmediği takdirde mektup muhatabı olan alacaklının ilk talebinde hiç bir itiraz ve hükme hacet kalmadan teminat mektubunda yazılı meblağı alacaklıya ödemeyi taahhüt eder*¹⁰¹. ”

Barlas'a göre banka teminat mektubu; *“banka sıfatına sahip bir tüzel kişi tarafından, üçüncü bir kişinin (lehtarın) muhataba karşı olan belirli bir edimde bulunma yükümünü hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi halinde, durumun yazılı olarak bildirilip talepte bulunulması üzerine, borçlunun rızasına, protesto çekilmesine, mahkeme kararına gerek kalmaksızın mektupta yazılı meblağın ve ferilerinin muhataba derhal ödeneceğinin genellikle “müteselsil kefil ve müşterek müteselsil borçlu” sıfatıyla taahhüt edildiği, kıymetli evrak niteliği taşımayan belgedir*¹⁰². ”

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğine ilişkin süren tartışmalar, 1967 ve 1969 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları ile ortadan kalkmış ve banka teminat mektupları, üçüncü kişinin fiilini taahhüt mahiyetinde garanti sözleşmesi olarak kabul edilmişlerdir.

Banka teminat mektupları, hukuki nitelik itibariyle *“garanti sözleşmesi”* olarak kabul edildiklerinden, giriş kısmında da arz edildiği üzere, öncelikle garanti sözleşmesi, garanti sözleşmesinin unsurları ve benzer hukuki kavramlardan farklılıkları incelenmiştir. Bundan sonraki safhada, banka teminat mektuplarına has özellikler ayrıca inceleme konusu yapılacak ve banka teminat mektupları özelinde ayrıca değinilmesi gerekmeyeceği düşünülen hususlarla ilgili olarak garanti sözleşmesi ile ilgili kısma göndermede bulunulacaktır.

¹⁰⁰ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.7

¹⁰¹ Akyazan, Sıtkı, Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı Çeşitli Sorunlar, Batider, 1974, C:VII, S.3, s.567

¹⁰² Barlas, Nami, Banka Teminat Mektupları, Makalelerim, C:I, İstanbul, 2008, s.31

III.BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ HUKUKİ NİTELİĞİNE İLİŞKİN FARKLI GÖRÜŞLER

A.Genel Olarak

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olduğuna ve bu hususun 1969 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına dayanmakta olduğuna yukarıda değinilmiş ve bahse konu İBK’da ayrıntılı olarak incelenmiş idi. Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğine ilişkin olarak, bugün itibariyle, bir tartışma olmamakla birlikte, banka teminat mektuplarını garanti sözleşmesi olarak kabul etmeyen görüşler de mevcut olduğundan, banka teminat mektuplarının hukuki niteliğine ilişkin diğer görüşlere de kısaca değinmeyi uygun bulduk.

B. Banka Teminat Mektuplarının Kefalet Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Banka teminat mektuplarının metinlerinde bankanın "kefil olduğu" ibaresinin açıkça mevcut olması sebebiyle, teminat mektubu uygulamasının ilk zamanlarında, banka teminat mektuplarının tartışmasız şekilde kefalet olarak kabul edildikleri belirtilmiştir¹⁰³.

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin kefalet sözleşmesi olduğunu savunan yazarlara göre “*teminat mektubu verirken banka, muhatabın hiçbir zaman zarara uğramayacağını değil, lehtarın taahhüdünü ifa etmemesi halinde, mektupta yazılı bedeli ödeyeceğini taahhüt etmekte, ayrıca mektupta açıkça belirterek kefil sıfatı ile taahhüt altına girmektedir*”¹⁰⁴.” Banka teminat mektubunun metninde yer alan “ilk talepte ödeme” kaydı da bankanın ödeme anının tespitine yönelik bir kayıt olarak kabul edilmekte olup, bu kayda istinaden de bankanın herhangi bir defî ve itiraz ileri sürmeyeceğinin anlaşılması gerektiği, diğer taraftan bankanın ödemede bulunması, rizikonun gerçekleşmesi şartına bağlı tutulmakta olduğundan, belirtilen tüm bu sebepler neticesinde banka teminat mektubunun hukuki niteliğinin kefalet olarak kabul edilmekte olduğu tespit edilmiştir¹⁰⁵.

¹⁰³ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.29

¹⁰⁴ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.40’dan naklen

¹⁰⁵ Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.30;

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin kefalet sözleşmesi olduğunu savunan yazarlar da kendi aralarında, tüm banka teminat mektuplarını mutlak surette kefalet sözleşmesi olarak görenler ve banka teminat mektuplarının garanti niteliğinde de verilebileceğini savunanlar olarak ikiye ayrılmaktadırlar¹⁰⁶.

Yargıtay da 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, kefalet niteliğinde banka teminat mektuplarının da mevcut olabileceğine hükmetmiş bulunmaktadır.¹⁰⁷

Kefalet niteliğinde de banka teminat mektubu verilebileceği tespiti üzerinde özellikle durulması gereklidir. Zira, tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmeleri herhangi bir şekle tabi değildir, o nedenle de teorik olarak garanti sözleşmesi niteliğindeki banka teminat mektuplarının da herhangi bir şekil şartına tabi olmayacağı söylenebilir ise de, uygulama ile teorinin ayrıştığı noktalardan bir tanesinin burası olduğunu söylemek gerekir. Ancak, banka teminat mektubunun “*kefalet*” niteliğini haiz olduğu durumlarda sözleşmenin, TBK’da kefalet ile ilgili olarak tespit edilen şekil koşullarına uygun olarak yapılması gerekecek, aksi takdirde sözleşmenin geçersizliği ileri sürülebilecektir.

C. Banka Teminat Mektuplarının Garanti Sözleşmesi Olduğu Görüşü

Banka teminat mektuplarının, üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁸ Yargıtay da artık yerleşik hale gelmiş içtihatlarında, banka teminat mektuplarının üçüncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde garanti sözleşmesi olduğuna hükmetmiş bulunmaktadır.

Yargıtay’ın 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı’nda sadece aslilik-ferilik kriterini kullanarak banka teminat mektuplarının hukuki niteliğini tespit etmesi ve bu kriterin uygulanış biçimi de doktrinde eleştirilmiştir¹⁰⁹.

Banka teminat mektuplarının tümünün, metinlerindeki ifade ve garanti verenin iradesinden bağımsız şekilde, garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi doğru değildir

¹⁰⁶ Barlas, a.g.e., s.40

¹⁰⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 11.06.1969 tarih, 1969/4 E., 1969/6 K.: “Bankalar, kefil olabilecekleri gibi garanti de verebilirler. Bu sebeple, işlemlerin mahiyeti tespit edilirken bu gibi şahsi teminat muamelelerinin tümünü kapsayacak şekilde bir sonuca varılması doğru olmaz. Bu yönden, konunun bilimum banka teminat mektuplarına göre değil, yalnız içtihadı birleştirmeye konu teşkil eden ... teminat mektuplarına göre halli gerekir.”

¹⁰⁸ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.31

¹⁰⁹ Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.46; Reisoğlu, Armağan, s.345

ve olası bir hukuki bir ihtilaf halinde hukuki ihtilafa konu banka teminat mektubunun niteliğinin Mahkeme tarafından kefalet sözleşmesi olarak tespit edilmesi halinde, kefaletle ilişkin şekil koşullarına uyulmadan verilen bir banka teminat mektubunun geçersizliği söz konusu olabilecek ve bu da taraflar arasında daha büyük hukuki ihtilaflara sebebiyet verebilecektir. Bu itibarla, banka teminat mektuplarının tamamının garanti sözleşmesi olduğu yönündeki görüşe, akit serbestisi içinde garanti veren tarafın iradesinin kefil olmak yönünde de olabileceği¹¹⁰, bu iradeyi göz ardı ederek bir genelleme yapmanın doğru olmadığı gerekçeleri ile katılmıyoruz.

D.Banka Teminat Mektuplarının Karma Nitelikli Sözleşme Olduğu Görüşü

Banka teminat mektuplarının tamamının kefalet ya da garanti olarak nitelendirilmesine karşı çıkan bu görüş taraftarlarına göre, her somut vakada bir tasnif yapılmalı, bankanın aslı bir borç yükümlüğü altına girip girmediği incelenmeli, eğer bankanın yükümlülüğü üçüncü şahsın borcunun varlığına ve geçerliliğine bağlı ise kefalet olarak kabul edilmelidir¹¹¹.

E.Banka Teminat Mektuplarının Kendine Özgü (Sui Generis) Sözleşme Olduğu Görüşü

Bu görüşü savunanlara göre, banka teminat mektupları, teminat hukuku alanına dahil, kendine özgü bir sözleşme türüdür¹¹².

Bu görüşün, doktrinde sadece bir yazar tarafından savunulmakta olduğu ve görüşü savunan başka bir yazarın da olmadığı belirtilmiş ve dayandığı gerekçelerin de yanlış olduğu iddiası ile eleştirilmiştir¹¹³.

¹¹⁰ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.79

¹¹¹ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.34

¹¹² Akyazan, Sıtkı, Banka Teminat Mektupları, Batider, 1969, C:V, S:1, s.27 : " ...banka teminat mektupları bir kefalet akdi niteliğinde olmadığı gibi, tam anlamıyla başkasının fiilini taahhüt ya da garanti akdi de sayılamaz. Bizce banka teminat mektupları, kefalet ve garanti akitlerinin karması, nevi şahsına münhasır bir teminat müessesesi olarak telakki edilebilir."

¹¹³ Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.47

F.Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliğine İlişkin Değerlendirmemiz

Banka teminat mektuplarının tümünün, teminat mektubunun metninden ve garanti veren tarafın iradesinden tamamen bağımsız olarak garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesinin doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz. Bu görüşümüz, öncelikle hukukumuzda banka teminat mektuplarının hukuki niteliği ile ilgili yargısal tereddüte son veren 1969 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'na dayanmaktadır. Yukarıda da arz edildiği üzere, bahse konu kararda “*kefalet niteliğinde banka teminat mektubu verilmesinin de mümkün olduğu*” açıkça belirtilmiş iken, bu karardan hareketle tüm banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi sayılmasını doğru bulmuyoruz.

İkinci olarak, banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesinden başka bir sözleşme tipi, örneğin kefalet, olarak nitelenmesi halinde garanti veren taraf açısından bir çok hukuksal farklılık söz konusu olabilecektir. Öncelikle garanti veren, kefile sağlanan hukuki imkanlardan, mesela muhatabın ödeme talebi üzerine banka teminat mektubundaki bedelin ödenmesinden sonra bankanın lehtara rücu edebilmesi, ödeme yaptıktan sonra muhataptan temel borca ilişkin sözleşme ile muhatabın lehtardan almış olduğu, borcun tahsiline yardımcı senet, vb. belgeleri talep edebilmesi gibi imkanlarından istifade edebilecektir. Gerçi banka teminat mektuplarında banka ile lehtar arasında imzalanan genel kredi sözleşmelerinde, bankanın ödeme yapması halinde lehtara müracaat imkanları ayrıntılı olarak düzenlenmektedir ama kefalet olarak nitelendirilmesi halinde belli şekil şartlarına tabi olması gerekecek bir sözleşmenin, garanti sözleşmesi olduğundan bahisle herhangi bir şekil şartına tabi olmadan yapılmasını da, taraflar arasında hukuki ihtilaf çıkarabilecek bir durum olarak değerlendiriyoruz.

Üçüncü olarak, banka teminat mektuplarının istisnasız şekilde garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesi, sözleşmeye taraf olanların iradelerini göz ardı etmek anlamına gelmektedir. Özellikle serbest metinli banka teminat mektuplarında, garanti sözleşmesinin metnini oluşturan banka teminat mektubu içeriğinde yer alacak ifadeler taraflarca kararlaştırılmaktadır. Bu itibarla da, garanti veren taraf, kefil olma iradesini açıkça banka teminat mektubuna yansıtması ve garanti alan tarafın da böyle bir teminat mektubunu kabul etmesi halinde, bu teminat mektubunun hukuki niteliğinin kefalet sözleşmesi olduğu kabul edilmeli ve kefalet sözleşmesi olarak tanımlanmanın doğal sonucu olarak da banka tarafından, muhatabın ödeme talebi ile kendisine başvurması

halinde, lehtarın sahip olduğu defî ve itirazları ileri sürme hakkının ve yükümlülüğünün varlığı kabul edilmelidir. Kefalet olarak kabul edilecek bir teminat mektubunda banka, lehtarın sahip olduğu defî ve itirazları ileri sürmeyecek olursa, muhataba yapmış olduğu ödeme için lehtara rücu aşamasında da hukuki ihtilafla karşılaşabilecektir.

Yukarıda belirtilen sebeplerle, banka teminat mektuplarının tümünün garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesinin hukuken doğru bir yaklaşım olmadığı kanaatindeyiz.

IV. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ GARANTİ SÖZLEŞMESİ SAYILMASININ BAZI ÖNEMLİ SONUÇLARI

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesinin ortaya çıkardığı ve uygulamada önem arz eden farklılıklar şunlardır;

A.Yasadan Kaynaklanan Bir Rücu İmkanının Olmaması

Banka teminat mektuplarının hukuki niteliği garanti sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, garanti veren tarafın, ödeme yaptıktan sonra yasadan kaynaklanan bir “lehtara rücu imkanı” yoktur¹¹⁴. Kefalet sözleşmesinde ise, TBK m.596’da yer alan düzenleme gereği kefil, alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olur ve buna dayanarak borçluya rücu edebilir, ancak garanti sözleşmesinde garanti veren taraf (banka) için böyle bir kanuni halefiyet söz konusu değildir¹¹⁵. Uygulamada, banka teminat mektupları ile ilgili olarak ödeme yapan ve yasal olarak lehtara rücu imkanından mahrum olan banka, rücuyu lehtarla arasında imzalanan kontrgaranti sözleşmesi ile sağlamakta, ödemeyi müteakip lehtara rücu imkanına yasal olarak değil sözleşmesel olarak kavuşmaktadırlar.

¹¹⁴ Şit, Banka Kredisi Kavramı, s.144

¹¹⁵ Barlas, a.g.e., s.32

B. Haklarını Kullanmasına Yarayacak Senetlerin Teslimi ve Gerekli Bilgilerin Verilmesinin Zorunlu Olmaması

TBK md.592/f.3; kefalet sözleşmesinde alacaklının, borcu ödeyen kefile, haklarını kullanmasına yarayacak borç senetlerini teslim etmekle ve gerekli bilgileri vermekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir. Alacaklı, ayrıca kefalet sırasında var olan veya asıl borçlu tarafından alacak için sonradan sağlanan rehinleri ve diğer güvenceleri de kefile teslim etmek bunların devri için gerekli işlemleri yapmakla yükümlüdür. Garanti sözleşmesinde ise, garanti veren açısından böyle bir imkan bulunmamaktadır, muhatabın kendisine ödeme yapan bankaya, ödeme mukabilinde bir senet teslim etmesi veya rehin hakkını devretmesi söz konusu değildir. Banka, ancak lehtar ile aralarındaki karşılık ilişkisine istinaden ve bu ilişkide mevcut teminatlara dayanarak lehtardan olan alacağının tahsili yoluna gidebilecek, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkide, lehtar tarafından muhataba verilmiş olan senet, vb. tahsilata yarayacak belgeler ve tahsilat safhasında kullanılacak olan bilgilerin kendisine devrini muhataptan talep edemeyecektir.

C. Zaman aşımı Bakımından Sonuçları

Banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi mi yoksa kefalet sözleşmesi mi olduğu, zaman aşımının kesilmesi bakımından da büyük önem arz etmektedir.

Kural olarak zamanaşımı süresi, alacak muaccel olduğu zaman işlemeye başlar. Ancak alacağın muacceliyeti bir bildirim koşuluna bağlı ise, bu durumda zamanaşımı bu bildirim yapılabileceği günden itibaren işlemeye başlar¹¹⁶.

TBK md.155/f.2'ye göre, asıl borçluya karşı zaman aşımı kesilince, kefile karşı da kesilmiş olur. Ancak garanti sözleşmesinde garanti veren, kefileden farklı olarak, bağımsız bir borç altına girdiğinden, lehtar açısından zaman aşımının kesilmesi, garanti veren tarafı etkilemeyecektir¹¹⁷. Uygulamada Banka teminat mektupları, istisnasız olarak garanti sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, lehtar açısından zaman aşımının

¹¹⁶ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1285

¹¹⁷ Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.33

kesildiği hallerde banka açısından zaman aşımı kesilmeyecek ve zaman aşımı suresi banka açısından işlemeye devam edecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ MUHTELİF TÜRLERİ

I. ÖDEME TALEBİNİN ŞEKİL VE ŞARTLARINA GÖRE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

A. İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Banka Teminat Mektupları

Uygulamada, tüm banka teminat mektubu metinlerinde “ilk yazılı talepte ödeme” ibaresinin mevcut olduğu tespiti yapılmıştır¹¹⁸. Garanti sözleşmesi türleri açısından da en sık karşılaşılan garanti türleri olup, “şartsız” garanti ya da “otomatik” garanti olarak da adlandırıldıkları belirtilmiştir¹¹⁹.

İlk yazılı talepte ödeme kaydı, ödemenin yazılı şekle bağlanması nedeniyle bankanın¹²⁰, teminat mektubunda yazan meblağa herhangi bir yasal girişimde bulunmasına gerek kalmadan ve kısa süre içerisinde kavuşabilmesini sağladığı için de muhatabın lehine olduğu kabul edilmiştir¹²¹.

Bu tür garantilerde bankanın, sadece şekli anlamda bir inceleme yapabileceği kabul edilmektedir¹²². Banka, bu tür teminat mektuplarında muhataptan “riskin gerçekleştiğini ispatlamasını” isteyemeyeceği gibi, bunu kendisi de araştıramaz¹²³.

İlk yazılı talepte ödeme garantili teminat mektuplarında, en kötü durumda olan taraf lehtardır. Zira, banka kendisine yazılı olarak müracaat edilip riskin gerçekleştiğinin bildirilmesi üzerine, herhangi bir inceleme yapma yükümlüğü olmadan

¹¹⁸ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.137; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, 2002, Bankacılar Dergisi, S.43, s.94; “Türkiye’deki tüm teminat mektuplarının ilk talepte ödeme garantisini -first demand guarantee - içerdiğini söylemek mümkündür . Barlas, a.g.e., s.63 (yazar, tüm banka teminat mektuplarında değil ancak büyük çoğunluğunda bu ibarenin mevcut olduğu belirtmektedir.); Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.77 : “...son dönemlerde ülke içi ticari ilişkilerde de ilk talepte ödeme kaydını taşıyan banka teminat mektuplarının yoğun olarak kullanılmaya başladığı görülmektedir.”; Aral, Armağan, s.187

¹¹⁹ Kahyaoglu, Emin Cem, Banka Garantileri, s.27

¹²⁰ Barlas, a.g.e., s.63

¹²¹ Doğan, a.g.e., s.78

¹²² Doğan, a.g.e., s.78

¹²³ Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, s.516

ödeme yapabilecek, muhatap da aynı şekilde riskin gerçekleştiğini bildiren yazılı bir talebi bankaya ibraz ederek teminat mektubunda belirtilen meblağda ödemeyi alabilecektir. Lehtarın, ilk talepte ödeme kayıtlı garantilerde muhatapı seçerken özenli davranması ya da garanti metni düzenlenirken kendisini güvence altına alacak kayıtları da metne koydurmak suretiyle riskini azaltabileceği belirtilmiştir¹²⁴.

İlk talepte ödeme klotunu içeren garantileri iki temel prensibin belirlediği ve bu prensiplerin,

- “önce öde, sonra dava et” ve
- bağımsızlık

olduğu kabul edilmektedir¹²⁵.

İlk yazılı talepte ödeme klotunu ihtiva eden banka teminat mektuplarında, bankanın herhangi bir araştırma yapmadan ödeme yapması gerektiği genel olarak kabul edilmekle¹²⁶ birlikte, bu durumun, bankanın her ne olursa olsun ödeme yapması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekir. Bu kapsamda bankanın örneğin, bizatihi garanti sözleşmesinin kendisinden doğan defî ve itirazları ileri sürerek de ödemedi kaçınılabileceği kabul edilmektedir¹²⁷. Bu hususa biraz daha ayrıntılı olarak bakacağız.

1. İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Teminat Mektuplarında Bankanın Ödeme Yükümlülüğünü Sınırlayan Hususlar

a. Bankanın İleri Sürebileceği Kendisine Ait Defiler

Banka garanti sözleşmesinin tarafı sıfatıyla, kendisine ait defileri ileri sürerek ödemedi kaçınılabilecektir¹²⁸, bu husus Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda da açıkça ifade edilmiş bulunmaktadır¹²⁹. Burada dikkat edilmesi

¹²⁴ Arkan, Teminat Mektubu, s.65

¹²⁵ Kaya, İlk Yazılı Talepte, s.244

¹²⁶ Kaya, Arslan, a.g.e., s.244; Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, s.516; Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, s.858

¹²⁷ Kaya, Arslan, a.g.e., s.246; Aral, Armağan, s.199

¹²⁸ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.79; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.67, Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.61

¹²⁹ Yarg.HGK, 21.07.1981 T., 11-1941/560:”Banka teminat mektubu muhteviyatı meblağı alacaklıya ilk talebinde ödemek zorundadır. Bununla beraber banka sırf kendisine ait defilerle mektubun

gereken husus, lehtara ait defilerin, aynı zamanda bankanın da defilerini oluşturmadığıdır, meğer ki lehtara ait defiler, aynı zamanda bankanın muhataba karşı kendi defilerini de oluşturursun. Bu husus muhtelif Yargıtay kararlarında da belirtilmiş bulunmaktadır¹³⁰ Peki, “defi” kavramı ne demektir ve usulüne uygun şekilde bir ödeme talebini alan bir bankanın, kendisine ait defiler neler olabilir?

Defi hakkı, borçlanılan edimden veya bir borcun ifasından kaçınma hakkı olarak tanımlanmaktadır¹³¹. Defi hakkı ile ilgili olarak doktrinde muhtelif tanımlar bulunmakla birlikte, “başkasına ait bir hakka karşı kullanılan ve bu hakkı sürekli veya geçici olarak engelleyen ya da sınırlayan hak” şeklinde yapılan tanımlamayı esas olarak alacağız¹³².

Banka, garanti sözleşmesinden kaynaklanan kişisel defilerini muhataba karşı ileri sürmek hakkına sahiptir¹³³. Banka teminat mektupları, hukuki nitelikleri itibariyle garanti sözleşmesi olduğundan, her sözleşmenin kuruluşunda olduğu gibi, banka teminat mektuplarına ilişkin sözleşmenin kuruluşunda da, tarafların iradesini sakatlayan hallerin mevcut olmaması gereklidir. Bu tür bir neden söz konusu ise, banka muhataba ödeme yapmaktan kaçınabilecektir¹³⁴.

Garanti sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, bankanın iradesinin hata, hile, ikrah gibi sebeplerle sakatlanmasının önem taşıdığı, muhatap, garanti sözleşmesi ile herhangi bir yükümlülük altına girmediğinden, iradesinin sakatlanmasının pratikte bir önem taşımadığı savunulmuştur¹³⁵.

İrade sakatlanması kapsamında değerlendirilemeye de, banka tarafından ileri sürülebilecek defilerden bir tanesi olan “takas” da bu başlık altında incelenecektir.

bedelini ödemekten imtina edebilir. Teminat mektubunun zamanaşımına uğraması, sahte olması gibi defileri ileri sürebilir.”

¹³⁰ Örnek kararlar için bkz. Yarg.11.HD, 23.10.2000 T, 2000/6977 E., 2000/8115 K.: “Mahkemece, davalı bankanın dava dışı teminat mektubu lehtarı ile mektup hamili davacı arasındaki uyumsuzluğu ileri sürerek mektup bedelini ödemedi kaçınmayacağı, ibraz tarihinde herhangi bir tedbir kararı da olmadığı, buna rağmen ödeme yapmayan muhatap bankanın sorumluluğu bulunduğu gerekçesiyleTL'ye tarihinden itibaren yasal faiz uygulanmak suretiyle davanın kabulüne karar verilmiştir. ...usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına...”

¹³¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s.17

¹³²Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.71

¹³³ Akyazan, Sıtkı, Sorunlar, s.569:”Bununla beraber, banka sırf kendisine ait defilerle mektup bedelini ödemekten imtina edebilir.”; Aral, Fahrettin, Hukuki İlişki, s.198;

¹³⁴ Arkan, Teminat Mektubu, s.71

¹³⁵ Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, s.168

aa.Yanılma

Yanılma, ya irade beyanının istenmeyerek arzuya uygun olmaması (açıklamada yanılma) veya iradenin oluşmasına etken olan bir hususta düşüncenin gerçek duruma uygun olmaması (saikte yanılma) şeklinde tanımlanmaktadır¹³⁶.

“Yanılma” başlığını taşıyan TBK m.30’a göre, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşmeyle bağlı olmaz, yani ancak esaslı bir yanılma sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilir¹³⁷. Yanılma halleri, TBK m.31 ve TBK m.32 ve TBK m.33’de düzenlenmiştir.

Banka, garanti sözleşmesinin kurulması aşamasında, yasada sayılan hallere uyacak şekilde esaslı bir hataya düştüğü inancında ise, “hata” sebebine dayanarak ödeme yapmaktan imtina edebilir. Ancak, TTK m.18/f.II’deki düzenleme gereği, her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir¹³⁸. Tacirler için öngörülen bu “*basiretli hareket etme*” ölçütü, bankalar açısından daha da ağırlaştırılmış şekilde söz konusudur¹³⁹. Bu nedenle, banka tarafından “hata” sebebiyle sözleşmenin geçersizliğinin talep edilmesi, tacir olmayan kişilere ve hatta tacirlere göre daha güç hale gelmektedir.

Banka, yanılma sebebiyle ödeme talebini reddetmesi durumunda, yanılma kendi kusurundan ileri gelmiş ise, sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle karşı tarafın uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür¹⁴⁰.

Banka, yanıldığını öğrendiği andan itibaren 1 yıl içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirmek zorundadır, aksi taktirde sözleşmeye onay vermiş sayılır¹⁴¹.

bb.Aldatma

Aldatma (hile), “bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda kasten yanlış bir kanaat uyandırma veya esasen mevcut

¹³⁶ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, s.94

¹³⁷ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, s.94

¹³⁸ Yarg.11.HD, 12.01.2015 T., 2014/15412 E., 2015/50 K.

¹³⁹ Trabzon As.Huk.Mah. 20.05.2014 T., 2011/34 E., 2014/178 K. (Yerel Mahkeme’nin kararı, Yargıtay aşamasında eksik inceleme sebebiyle bozulmuştur.)

¹⁴⁰ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.394; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.109

¹⁴¹ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.258

olan yanlış kanaati koruma ya da sürdürme fiili” olarak tanımlanmaktadır¹⁴². Aldatma fiilini oluşturan davranış, aktif bir davranış olabileceği gibi, pasif bir davranış da olabilir¹⁴³.

Hile, TBK m.36’da düzenlenmektedir. Maddedeki düzenlemeye göre, taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. f.II’deki düzenlemeye göre ise, üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi ya da bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir. Bu durumda, aldatma nedeniyle sözleşmenin bağlayıcı sayılmaması için gerçekleşmesi gereken şartlar şu şekilde sayılabilir¹⁴⁴;

-bir taraf (Banka), garanti sözleşmesini yapma hususunda karşı taraf (ya da bir 3. kişi) tarafından aldatılmış olmalıdır,

-karşı tarafı yanıltan davranış kasten yapılmalıdır,

-aldatma, sözleşmenin yapılmasına sebep olmalıdır,

-aldatma teşkil eden davranış, sözleşmenin tarafı ya da sözleşmenin yapılmasında yardımından yararlandığı bir kimse tarafından yapılmış olmalıdır.

TBK m.36’daki düzenlemeye istinaden, banka hileli bir işlem neticesinde teminat mektubu vermiş ise, yanılması esaslı olarak kabul edilmese dahi, vermiş olduğu teminat mektubu ile bağlı olmayacaktır¹⁴⁵.

Kural olarak, mevcut ve geçerli bir sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi, bu sözleşmenin akıbeti ya da sözleşmeden doğan borçların zamanında ve gereği gibi ifası ile ilgilenmez¹⁴⁶, bu kapsamda da, üçüncü kişinin hilesi, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez ve hileye uğrayan taraf sözleşme ile bağlı kalmaya devam eder¹⁴⁷. Ancak muhatap, lehtar ya da bir başka üçüncü kişi tarafından yapılan hileyi, sözleşmenin yapıldığı sırada biliyor ya da bilecek durumda ise, bu durumda da bankanın garanti sözleşmesi ile bağlı olduğu düşünülemez ve banka, teminat mektubu ile ilgili ödeme talebini reddedecektir.

¹⁴² Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.397; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.111; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.446, vd.

¹⁴³ Yıldırım, M.Fazıl, Borçlar Hukuku’na Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s.99; Oğuzman/Öz, a.g.e., s.112; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.446, vd.

¹⁴⁴ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, s.113, vd.

¹⁴⁵ Arkan, Teminat Mektubu, s.71; Canbolat, a.g.e., s.173; Aral, Armağan, s.196

¹⁴⁶ Barlas, Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk, s.429

¹⁴⁷ Canbolat, a.g.e., s.174

Ancak burada da dikkat edilmesi gereken husus, aldatmaya maruz kalan tarafın, aldatmayı öğrenmesinden itibaren bir yıl içinde sözleşmeyi hükümsüz kılmak üzere beyanda bulunmaması durumunda, sözleşme (banka teminat mektubu) geçerli hale gelecektir¹⁴⁸.

cc. Korkutma

Korkutma, hukuka aykırı şekilde yapılan tehditle, istenilen irade beyanında bulunmadığı durumda, bir kimsede bir kötülüğe maruz kalacağı kanaati uyandırılması, o kimsenin korkutulmasıdır¹⁴⁹.

Korkutmada bulunan, sözleşmenin diğer tarafına, bir hukuki işlemi yapmaması durumunda kendisinin veya yakınlarından birisinin bir zarara uğrayacağı bildirilmektedir¹⁵⁰.

Bir özel hukuk tüzel kişisi olan bankanın korkutulması, bankanın değil yetkili organının korkutulması anlamına gelmektedir. Örneğin, teminat mektubu banka şube müdürünün korkutulması neticesinde alınmış ise, banka bu teminat mektubundan dolayı sorumlu olmadığını ileri sürebilecektir¹⁵¹.

Peki, bu noktada bir aşırı yararlanma (gabin) halinin mevcudiyetinden bahsedilebilecek midir? Aşırı yararlanma, TBK m.28’de düzenlenmektedir¹⁵². “*Bu madde ile kanun koyucunun, sözleşmede zayıf olan tarafa, edimler arasındaki değer ilişkisini gözden geçirme ve şartları gerçekleşmişse, aşırı yararlanmaya dayanarak sözleşmeyi iptal etme ya da edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini istemek imkanı vermiştir*”¹⁵³.

¹⁴⁸ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, s.115; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.412

¹⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, s.116; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.402

¹⁵⁰ Canbolat, s.174

¹⁵¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.291

¹⁵² TBK m.28 : “*Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek edimin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir.*”

¹⁵³ Eren, a.g.e., s.417

Aşırı yararlanmanın, ancak iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde söz konusu olabileceği, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı yararlanma hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağı konusunun ise doktrinde tartışmalı olduğu tespiti yapılmıştır¹⁵⁴. Banka, bir tüzel kişi olduğundan, aşırı yararlanma fiilinin muhatabı olabilir mi sorusu akla gelebilir. Bu hususta, “aşırı yararlanmaya maruz kalan kişinin bir gerçek kişi olabileceği gibi, bir tüzel kişi de olabileceği” tespiti yapılmıştır¹⁵⁵.

Aşırı yararlanma halinde zarar gören, sözleşmeyi iptal ya da edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi hakkını, düşüncesizliğini ya da deneyimsizliğini öğrendiği tarihten, zor durumda kalmada ise bu durumun ortadan kalktığı tarihten başlayarak bir yıl ve her halükarda sözleşmenin kurulduğu tarihten beş yıl içinde kullanmalıdır.

Aşırı yararlanmaya maruz kalan tarafın tüzel kişi olabileceği belirtilmekle birlikte, garanti sözleşmelerinde gabin hükümlerinin uygulama alanı bulamayacağı zira “kişisel teminat ilişkilerinin yarattığı 3 taraflı kurgunun buna engel olduğu” savunulmuştur¹⁵⁶.

Banka teminat mektubu ilişkisinde, taraflardan bir tanesinin ekonomik olarak son derece güçlü olan bir kurum (banka) olması ve kanun koyucunun aşırı yararlanma hükümlerinde “zayıf olan tarafı koruma” amacı göz önünde bulundurulduğunda, aşırı yararlanma hükümlerinin banka teminat mektubu ilişkisinde uygulanması imkanının bulunmadığı kanaatindeyiz.

dd.Takas

Takas, “iki kişi arasında aynı cinsten, karşılıklı ve muaccel borçların, taraflardan birisinin tek taraflı beyanı ile sona erdirilmesidir.” şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵⁷.

Takas, TBK m.139-145 arasında düzenlenmiş bulunmaktadır.

¹⁵⁴ Eren, a.g.e, s.418 : “Garanti sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, gabin ile ilgili düzenlemelerin tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de uygulanıp uygulanamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.”

¹⁵⁵ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.1, s.139

¹⁵⁶ Develioğlu, Hüseyin Murat, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.220, vd.

¹⁵⁷ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.327; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.182; Bir başka takas tanımı için bkz. Oğuzman/Öz, a.g.e., s.584: “birbirine karşı aynı cins alacağa sahip kişilerden birinin tek taraflı beyanı ile bu alacakları az olanı tutarında sona erdirmesidir.”

Hukuki niteliği itibariyle takas, bozucu yenilik doğuran bir haktır, karşı tarafın takas beyanını kabul etmesine gerek yoktur ve takas beyanının sonuç doğurması için dava açılması da gerekli değildir¹⁵⁸, takas beyanının borçları sona erdirici etkisi, ancak borçlunun alacaklıya karşı bu yöndeki iradesini takas beyanında bulunmak suretiyle bildirmesi ile ortaya çıkar¹⁵⁹.

Banka, muhataba karşı sahip olduğu kişisel defiler kapsamında, başka bir ilişkiden dolayı muhataba karşı sahip olduğu alacağı, teminat mektubundan doğan borcu ile takas edebilecektir¹⁶⁰.

Bankanın, teminat mektubuna ilişkin ödeme talebine karşı takas defini ileri sürebilmesi için, takas edilecek karşılıklı, aynı nitelikte, muaccel ve dava edilebilir bir alacağın bulunması gereklidir. Ayrıca, takas definin ileri sürülebilmesi, yasayla ya da tarafların yapmış olduğu sözleşmeyle ortadan kaldırılmamış olmalıdır¹⁶¹.

Takas ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken husus, bankanın, lehtarın muhataba karşı olan borçları dolayısıyla ve bu borçlardan dolayı, muhataba karşı takas beyanını ileri süremeyeceğidir. Sözleşmenin nisbîliği ilkesi gereği, tarafların yapmış oldukları bir sözleşme kural olarak sadece sözleşmenin tarafları arasında etkili olur ve üçüncü kişilere sirayet etmez. Bu nedenle de *“alacaklı, borç ilişkisinden doğan nisbî hakkını sadece borçluya karşı ileri sürebilir, edimin ifasını sadece borçludan talep edebilir ve bu nisbî hakkın ihlalden dolayı da yalnızca borçluyu sorumlu tutabilir”*¹⁶².

Lehtarın muhataptan olan alacağını bankaya temlik etmesi halinde de banka, lehtardan temlik almış olduğu alacak ile ilgili olarak muhataba karşı takas beyanında bulunamaz¹⁶³.

Bankanın teminat mektubu düzenlemekle muhataba karşı olan alacakları takas definden vazgeçmiş sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Banka, teminat mektubu düzenlemekle, muhataba karşı karşılıklı alacaklarını takas definden vazgeçmiş sayılmaz¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s.30; Develioğlu, Takas, s.12

¹⁵⁹ Develioğlu, a.g.e., s.12

¹⁶⁰ Arkan, Teminat Mektubu, s.75

¹⁶¹ Topuz, Gökçen/Topuz,Seçkin, Takasın Davada İleri Sürülmesi, AÜHFD, C.57, S.3, s.719

¹⁶² Başalp, Sözleşmenin Nisbîliği, s.442

¹⁶³ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.66; Coşkun, Hilal Yener, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, s.261; Canbolat, s.183

¹⁶⁴ Reisoğlu, a.g.e., s.66; Coşkun, Hilal Yener, a.g.e., s.261; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.186

b. Ödeme Talebinin Bankaya Ulaşmasından Evvel Banka Teminat Mektubuna İstinaden Ödeme Yapılmasına Mani Olacak Bir İhtiyati Tedbir Kararının Tebliğ Edilmesi

İkinci olarak banka, muhatabın elinde bulunan teminat mektubu ile ilgili olarak, ödeme yapmasına mani olacak içerikte bir ihtiyati tedbir kararının kendisine ibraz edilmesi halinde ödeme yapamaz¹⁶⁵, aksi taktirde ödeme yapan banka yetkilileri, HMK.md.398'de düzenlendiği üzere, ihtiyati tedbire muhalefet etmekten dolayı cezalandırılır.

Ancak, yargı kararlarının taranması sırasında karşılaşılan bir Yargıtay kararı vesilesi ile, bu noktada bir hususa daha değinmekte fayda vardır; banka, yasa hükmüne açıkça aykırı bir Mahkeme kararının mevcudiyeti halinde, kararın gereğini ifa etmeyip muhataba ödemedede bulunabilir mi? Örneğin, her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar üzerine ihtiyati tedbir konulması mümkün değildir¹⁶⁶. Lehtar tarafından, idarenin elinde bulunan bir teminat mektubu ile ilgili olarak alınan bir ihtiyati tedbir kararının bankaya ibrazı durumunda, banka ihtiyati tedbir kararına istinaden ödeme yapmaktan kaçınacak mıdır yoksa yasanın açık hükmünü ileri sürmek suretiyle böyle bir ihtiyati tedbirin hukuka aykırı olduğundan bahisle ibraz halinde muhatabın talebini karşılayarak ödeme yapacak mıdır?

Konuya somut örnek olarak, Yargıtay 15.HD'nin bozma kararına konu bir kararı incelenecektir¹⁶⁷. Bahse konu kararda, yerel Mahkeme tarafından, idareye verilen geçici teminat mektubunun paraya çevrilmesi işlemlerinin başlatıldığı iddia edilerek, telafisi güç zararların önlenmesi için, geçici teminat mektubunun paraya çevrilmesinin durdurulması için ihtiyati tedbir kararı talep edilmiş, yerel Mahkeme tarafından da talebe uygun şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. İdare tarafından karar aleyhine yapılan itiraz da yerel Mahkeme tarafından reddedilmiş ve bunun üzerine idare, kararı temyiz ederek konuyu Yargıtay'a taşımış ve yapılan inceleme neticesinde, Yargıtay 15.HD'nce yerel Mahkeme kararı bozulmuştur.

¹⁶⁵ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.79

¹⁶⁶ 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu. Md.34/son fıkra

¹⁶⁷ Yarg. 15.HD, 02.04.2013 tarih, 2014/1874 E., 2013/2284 K. Sayılı kararı : "4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34/son maddesi uyarınca her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminatlar üzerine tedbir konulamaz. Anılan yasa hükmü emredici nitelikte olduğundan mahkemece dikkate alınarak, itirazın kabulü ile ihtiyati tedbirin kaldırılması gerekirken, itirazın reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.

Benzer bir olayın vukuu halinde bankanın, yasanın açık hükmüne aykırılık da teşkil etse, Mahkeme tarafından verilmiş bir karara muhalefet ederek ve kararın hukuka aykırılığından bahsederek ödeme yapmasının, HMK m.398’de düzenlenen “tedbire muhalefet” suçunu oluşturacağı gerekçesiyle, bankanın ihtiyati tedbir kararına uygun davranarak ödemedenden imtina etmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Son olarak, ödeme talebinin açıkça hakkın kötüye kullanılması halini oluşturuyor ise banka ödeme yapmaktan kaçınmak durumundadır¹⁶⁸. Bu durumda, bankanın Medeni Kanun’un 2. Maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi ve kendisine yapılan ödeme talebinin kesinlikle haksız olduğunu likit kanıtlarla tespit edebilecek durumda ise, bu durumda ödeme talebine olumsuz yanıt vermesi gerektiği belirtilmiştir.

B.Şartlı Banka Teminat Mektupları

TBK’nun “Geciktirici Koşul” başlığını taşıyan 170.maddesi;

“Bir sözleşmenin hüküm ifade etmesi, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılmışsa, sözleşme geciktirici koşula bağlanmış olur.

Aksi kararlaştırılmamışsa, geciktirici koşula bağlı sözleşme, ancak koşulun gerçekleştiği andan başlayarak hüküm ifade eder.”

düzenlemesini içermektedir.

Garanti sözleşmelerinin de, diğer tüm akitler gibi, şartlı olarak düzenlenebileceği kabul edilmektedir¹⁶⁹. Bu tür teminat mektuplarında bankanın, teminat mektubu metninde belirtilen şartın gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemesi gerektiği savunulmuştur¹⁷⁰. İlk talepte ödeme kaydı, şartın gerçekleştiğinin muhatap tarafından ispatlanmasından sonra geçerli olacaktır¹⁷¹. Örneğin, belli bir süre içerisinde akreditifin açılması şartına bağlı bir teminat mektubunda, belirlenen süre içerisinde akreditifin açılmaması halinde bankanın teminat yükümlülüğü son bulacaktır¹⁷².

¹⁶⁸ Kaya, İlk Yazılı Talepte, s.244

¹⁶⁹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.139; Arkan, Teminat Mektubu, s.66

¹⁷⁰ Arkan, a.g.e, dpn.22

¹⁷¹ Reisoğlu, a.g.e., s.139; Arkan, a.g.e., s.66; Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, s.81

¹⁷² Reisoğlu, a.g.e, s.139

Ödeme talebinde bulunulmasının belli şartlara bağlanmasının, ilk talepte ödeme kaydını içeren garantilerde hakkın kötüye kullanılmasına engel olunmasını amaçladığı belirtilmiştir¹⁷³.

Şarta bağlı teminat kavramının ikiye ayrılarak incelenmesi gerekir; bazı banka teminat mektuplarının ödenmesi belli belgelerin ibrazı şartına bağlanmış olabilir. Bu tür teminat mektuplarında banka, daha önce kararlaştırılmış olan ve hukuki ilişki ile bir ilgisi bulunmayan üçüncü kişi tarafından verilecek ve lehtarın muhataba karşı yükümlülüğünü temel ilişkide öngörülen şartlara uygun olarak yerine getirmediğini ve teminat mektubunda belirlenen riskin gerçekleşmiş olduğunu tespit eden belgelerin şekli anlamdaki geçerliliklerini inceleyecektir¹⁷⁴. Muhatap tarafından garanti metninde yer alan şartların yerine getirildiğine dair belgelerin sunulması halinde, belgelerin usulüne uygun olduğunu tespit ettikten sonra ödeme yapmak zorundadır. Garanti metninde belirtilen şartların yerine getirildiğine dair muhatap tarafından ibraz edilen belgelerin eksik ya da usulüne uygun olmamasına rağmen ödeme yapan banka, bu tür bir ödemeden dolayı lehtara rücu imkanını kaybedecektir. Şartın gerçekleşmediğini tespit eden bankanın, teminat mektubundan kaynaklanan sorumluluğu sona erecektir. Örneğin, teminat mektubunun geçerliliğinin, belli bir süre içerisinde akreditif açılmasına bağlı olduğu durumda, belirli süre içerisinde akreditifin açılmadığının tespiti halinde bankanın yükümlülüğü son bulacaktır¹⁷⁵.

Bankanın, muhatabın ödeme talebi üzerine yapacağı incelemede birinci başvuru kaynağı teminat mektubu metnidir. Ancak kimi hallerde, banka teminat mektubu metninde farklı kaynaklara da atıfta bulunulabilir, bu durumda banka salt teminat mektubu metnini incelemeyecek, teminat mektubu metninde atıf yapılan diğer kaynakları da incelemesinde göz önünde bulundurmaya zorunda kalacaktır. Yargıtay incelemesine konu bir kararda, yerel mahkeme tarafından “*sözleşmenin bir ihaleye dayalı olarak yapılmamış olması*” nedeniyle kesin teminat mektuplarının paraya çevrilmesi talebiyle açılan davanın reddi üzerine, yapılan temyiz incelemesi neticesinde yerel mahkeme kararı, paraya çevrilmesi talep edilen teminat mektuplarının davacı ile dava dışı firma arasında yapılan hizmet alımı sözleşmesine dayalı olarak verildiği ve bu nedenle sözleşme hükümlerinin kesin teminat mektubunu düzenleyen bankayı da

¹⁷³ Canbolat, s.81

¹⁷⁴ Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.83

¹⁷⁵ Reisoğlu, a.g.e., s.139

bağlayacağı gerekçesi ile bozulmuştur. ¹⁷⁶

Yargıtay kararından da anlaşılacağı üzere, taraflar arasındaki teminat mektubu metni ilk başvuru kaynağı ise de, incelemenin, bu metindeki atıflar da göz önünde bulundurulması önemlidir. Banka ancak teminat mektubu metninde yazılan, ve mevcut olması halinde yapılan atıflarda belirtilen, kayıtlar çerçevesinde ve bunlara uygun olarak ödeme yapabilecek¹⁷⁷ ve ancak bu şekilde yapmış olduğu bir ödeme ile ilgili olarak lehtara rücu edebilecektir. Bu itibarla, bankanın inceleme yükümlülüğü, lehtar açısından olduğu kadar kendisi açısından da büyük önem arz etmektedir.

¹⁷⁶ Yarg.11.HD, 10.07.2014 T., 2013/16915 E., 2014/13017 K. :” Davacı SGK ile dava dışı E... Doğa Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti. arasında yapılan 17.6.2006 tarihli "Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi" nin 4.27. maddesinin son cümlesi "Teminatla ilgili diğer hususlarda SSK Alım-Satım İşlemleri Yönetmeliği hükümleri uygulanır." hükmünü taşımaktadır. Sözleşmedeki bu hüküm nedeniyle, anılan Yönetmelik hükümleri sözleşmenin eki haline gelmiştir. Sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan ve sözleşmenin eki niteliğine bürünen SSK Alım-Satım İşlemleri Yönetmeliğinin kapsam başlıklı 1. maddesi "Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığınca yapılacak gayrimenkul dışında her türlü satınalma, satış, imal ve finansal kiralama, sigorta hizmet ve hakların alımı veya satımı, inşaat işleri dışında kalan revizyon, yenileme, bakım, tamir ve nakliye gibi işlerle satın alınacak veya tamir edilecek her türlü malın muayenesi, satın alma, muayene ve tesellüm komisyonlarının kuruluşu, işleyişi, üyelerin görev ve sorumlulukları bu Yönetmelikte yazılı hükümlere göre yürütülür." hükmünü taşımakta olup, aynı yönetmeliğin kesin teminatın geri verilmesi başlıklı 62. maddesi "Taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği anlaşıldıktan sonra, müteahhidin bu işten dolayı Kuruma borçlu olmadığına tespiti ve 506 Sayılı Kanun'un 83. maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelikteki şartların gerçekleşmesi halinde, kesin teminat müteahhide geri verilir." hükmüne amirdir. Bu düzenlemelere göre, dava dışı şirketle davacı SGK arasında yapılan sözleşmeye bağlı olarak gösterilen teminatlar, anılan yönetmelik hükümlerinin artık sözleşmenin eki olduğu hususu nazara alındığında, dava dışı şirketin davacı SGK 'ya olan sigorta prim borçlarını da kapsar. Dosya içerisinde bulunan 25.11.2009 tarihli bilirkişi raporunda da dava dışı şirketin SGK'ya 62.216.16 TL prim borcunun olduğu tespit edilmiştir. Sözleşme hükümlerinin kesin teminat mektuplarını veren davalı bankayı bağlayıp bağlamayacağı hususuna gelince; dosya içerisinde bulunan 19.6.2006 tarihli, muhtelif tutarlı kesin teminat mektuplarında, bu mektupların İdare (davacı SGK) ile dava dışı Ereğli Doğa Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti. arasında yapılan hizmet alımı sözleşmesine dayalı olarak verildiği görülmekte olup, bu sebeple sözleşme hükümleri kesin teminat mektubunu düzenleyen davalı bankayı da bağlar. Açıklanan nedenlerle, davalı bankaca düzenlenen kesin teminat mektuplarının dava dışı şirketçe SGK'ya ödenmeyen prim borçlarını da kapsadığı nazara alınarak, 25.11.2009 tarihli bilirkişi raporunda belirlenen miktar da göz önünde tutularak davanın kısmen kabulüne karar vermek gerekirken, salt dava dışı E... Doğa Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti ile davacı kurum arasındaki sözleşmenin bir ihaleye dayalı olarak yapılmış olması gerekçesine dayanılmak suretiyle eksik inceleme neticesinde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş,..."

¹⁷⁷ Kahyaoglu, Banka Garantileri, s.97

II. KONUSUNA GÖRE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

A. Avans Teminat Mektupları

Muhatap, temel ilişkide lehtarın üstlendiği edimin ifası için lehtara ,“avans“ adı altında ve işin başlamasından evvel bir miktar ödemede bulunabilir. Muhatap tarafından, lehtara yapılan bu tür ödemeleri teminen banka tarafından verilen teminat mektuplarına “avans teminat mektupları”denir.

Avans teminat mektupları ile ilgili en önemli hususlardan birisi, avans teminat mektubunun “sözleşmenin yerine getirilmesini değil, borç olarak verilen bir miktar paranın iadesini sağlamak” amacına yönelik olduğundan, avans teminat mektupları ile kesin teminat mektuplarının birbiri yerine ikamesi mümkün değildir¹⁷⁸.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında, muhatabın avans teminat mektubunu ibraz ederek, lehtarın yüklendiği edimin hiç ya da gereği gibi ifa edilmediğini belirtmek suretiyle avans teminat mektubunun tazminini isteyemeyeceğini belirtmek gerekir.

B.Geçici Teminat Mektupları

Geçici teminat mektupları, doktrinde farklı şekilde tanımlanmıştır.

Eryürek’e göre, “*ihaleye girenin isteği üzerine, ihaleye davet edene ihalenin yüklediği vecibeleri yerine getirmemesi halinde ve lehtarın talebi üzerine belli bir paranın banka tarafından ödeneceğini ifade eden mektuplardır*¹⁷⁹.”

Barlas’a göre ise, “*...bankanın, ihaleye katılma isteğinde olan lehtar lehine, idareye karşı, işin tahmin olunan bedelinin belirli bir oranıyla ifade edilen geçici teminat akçesi miktarında sorumluluk üstlendiğini beyan ve lehtarın şartname yükümlerine uymayarak, ihale üzerine kaldığında belirli süre içinde kesin teminatı yatırmaması veya sözleşmeyi gerekli usulde, aynı süre içinde yapmaması halinde belirli bir meblağı derhal ödeyeceğini taahhüt etmesi esasına dayanan banka teminat mektubuna “geçici teminat mektubu” denir.*¹⁸⁰”

¹⁷⁸ Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.18

¹⁷⁹ Eryürek, Şenay, Kambiyo Yönünden Banka Garanti Mektupları, Ankara, 1974, s.15;

¹⁸⁰ Barlas, s.13

Netice itibariyle, geçici teminat mektupları, bir ihaleye katılmak için ihale makamına hitaben verilmekte ve bu tür teminat mektupları ile,

- lehtarın, üzerinde kaldığı taktirde ihale ile ilgili sözleşmeyi imzalayacağı,
- kesin teminat mektubunu vereceği,

hususları garanti edilmektedir. Garanti edilen hususlar, geçici teminat mektubunun tazmini isteminin de şartlarını oluşturmaktadır. Yani, lehtar tarafından, üzerinde kalan ihale ile ilgili sözleşmenin imzalanmaması ya da sözleşmenin imzalanmasına rağmen kesin teminat mektubunun getirilmemesi halinde muhatap, geçici teminat mektubunu bankaya ibraz ederek ödeme talebinde bulunabilir¹⁸¹.

Avans teminat mektuplarında olduğu gibi, geçici teminat mektuplarının da kesin teminat mektuplarının yerini almasının mümkün olmadığı, lehtar tarafından işin sözleşmeye uygun yapılmaması durumunda, muhatap tarafından geçici teminat mektubunun paraya çevrilmesinin istenemeyeceği, taahhüdün gereği gibi yapılmaması riskinin ancak kesin teminat mektubu ile karşılanabileceği belirtilmiştir¹⁸².

C.Kesin Teminat Mektupları

Kesin teminat mektubu ile banka muhataba, lehtarın temel ilişkideki edimini süresi içerisinde veya gereği gibi ifa etmemesi rizikosuna karşı teminat sağlamaktadır, lehtarın mektupta belirlenen yükümlülüğünü yerine getireceğini garanti etmektedir¹⁸³.

Kesin teminat mektupları, “*mal veya hizmet taahhüdünde bulunan şahsın, tesis ve inşaat işleri müteahhidinin talebine istinaden sözleşmenin madde ve şartlarının layıkıyla yerine getirilmemesi halinde, sınırları belirtilmiş bir paranın alıcı veya işverene, banka tarafından ödenmesini ifade eden mektuplardır.*” şeklinde de tanımlanmıştır¹⁸⁴.

Lehtarın üstlenmiş olduğu edimin, sözleşme şartlarına uygun şekilde ifası ancak bir kesin teminat mektubunun konusunu teşkil edebileceği, böyle bir güvencenin geçici teminat mektubu ile sağlanamayacağı belirtilmiştir¹⁸⁵;

¹⁸¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.143

¹⁸² Reisoğlu, a.g.e., s.143

¹⁸³ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.118; Reisoğlu, a.g.e., s.144; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.82

¹⁸⁴ Eryürek, Şenay, Kambiyo Yönünden Banka Garanti Mektupları, s.15, 16

¹⁸⁵ Barlas, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, dpn.37

“Burada çözülmesi gerekli husus, ihale feshedilmediği, iş müteahhide yaptırıldığı halde, zamanında kat’i teminat mektubunun alınmaması nedeniyle muvakkat teminat mektuplarının paraya çevrilip çevrilemeyeceğidir. Kanımıza göre muvakkat teminat mektubunun paraya çevrilmesinin ön şartı, ihalenin feshedilmedir. Yoksa işin müteahhide yaptırılması halinde, artık işin gereği gibi yapılması ancak kat’i bir teminat mektubu ile garanti altına alınabilir; diğer bir deyişle müteahhidin taahhüdünün mukaveleye uygun olarak yapılıp yapılmaması hususu muvakkat teminat mektubu ile garanti edilemez¹⁸⁶.”

Bu durumda, kesin teminat mektubu almayı ihmal etmiş bir muhatabın, geçici teminat mektubunu ibraz edip, temel ilişkideki rizikonun gerçekleştiğinden bahsederek ödeme talebinde bulunması mümkün olmayacak, bankanın bu tür bir talebi reddetmesi gerekecektir. Geçici teminat mektubuna istinaden ödeme yapan bankanın lehtara rücu aşamasında hukuki ihtilafla karşılaşmasının muhtemel olduğu kanaatindeyiz.

Devlet İhale Kanunu m. 54/1 ve Kamu İhale Kanunu m.43’e göre, kesin teminat mektubu oranı ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle %6 olarak alınır.

III.ETKİ SÜRESİNE GÖRE BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI

A. Süresiz (Vadesiz) Teminat Mektupları

Üzerinde belli bir geçerlilik süresi bulunmayan teminat mektupları vadesiz teminat mektupları olarak tanımlanır¹⁸⁷.

Vadesiz teminat mektuplarında, bankanın taahhüdü belli bir süreye bağlanmamakta, bankanın muhataba karşı olan sorumluluğu, rizikonun gerçekleşmesinden zaman aşımı süresinin sonuna kadar devam etmektedir¹⁸⁸.

¹⁸⁶ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, s.5

¹⁸⁷ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.151;

¹⁸⁸ Akyazan, Sorunlar, s.568; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.24;

B. Süreli (Vadeli) Teminat Mektupları

Bankanın, teminat mektubunda gösterilen belirli bir süre için sorumluluk yüklendiği teminat mektuplarına “*süreli (vadeli) banka teminat mektubu*” adı verilir, bu tür mektuplarda bankanın teminat mektubundan ötürü sorumlu olabilmesi, rizikonun tespit edilen zaman dilimi içerisinde gerçekleşmesine bağlıdır¹⁸⁹.

TBK m.128/f.2’deki düzenlemeye dikkat edilmelidir, buna göre; Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.

Bu durumda, vadeli teminat mektuplarının tazmini istemiyle bankaya başvurulabilmesinin şartlarını şu şekilde tespit etmek gerekecektir;

- Riziko, teminat mektubunda belirtilen zaman dilimi içerisinde gerçekleşmiş olmalıdır,
- Muhatap, yine teminat mektubunda belirlenen zaman dilimi içerisinde, yazılı olarak ve teminat mektubunda yazan meblağın ödenmesi istemiyle bankaya başvurmalıdır.

Teminat mektubunda belirlenen zaman dilimi içerisinde rizikonun gerçekleşmemesi veya bu zaman dilimi içerisinde rizikonun gerçekleşmesine rağmen yazılı olarak talepte bulunulmaması halinde bankanın sorumluluğu sona erecektir¹⁹⁰.

Yargıtay da, vadeli teminat mektupları ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında¹⁹¹,

Davalı bankaca düzenlenen teminat mektuplarında, vade tarihine kadar tazmin talebinin ulaşmaması halinde teminat mektuplarının hükümsüz sayılacağına dair kaydın açıkça yer almış olmasına, bu durum karşısında davacı tarafından teminat mektuplarının vadesinden sonraki 25.07.2007 tarihli tazmin talebinin davalı bankaca yerine getirilmemesinde de bir usulsüzlüğün bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir.”

şeklinde bir gerekçe ile, yerel Mahkeme kararını onamıştır.

Vadeli teminat mektubu düzenleyen bir bankanın, vade sonunda sorumluluktan

¹⁸⁹ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.24

¹⁹⁰ Barlas, a.g.e., s.25

¹⁹¹ Yarg.11.HD.13.12.2011 T., 2010/130 E., 2011/16894 K.

tamamen kurtulmak istiyorsa, buna ilişkin ifadeyi (vade tarihine kadar tazmin talebinin ulaşmaması halinde teminat mektubunun hükümsüz kalacağı, vb.) mutlaka teminat mektubu metnine yazması gerekir. Aksi takdirde banka, rizikonun vade tarihi içerisinde gerçekleşmesi şartı ile, muhatap vade tarihi içerisinde yazılı beyanda bulunmasa dahi, riskin doğduğu tarihten itibaren 10 yıl daha sorumlu olmaya devam edecektir¹⁹². Yani muhatap, vadeli bir teminat mektubunda, riskin vade içinde doğduğunu ispat etmek suretiyle, genel zaman aşımı süresi içerisinde, bankaya müracaat ederek teminat mektubunda belirtilen meblağın ödenmesini talep edebilecektir¹⁹³.

IV. VERİLDİKLERİ MAKAMA GÖRE TEMİNAT MEKTUPLARI

A. Mahkeme ve İcra Dairelerine Verilen Teminat Mektupları

Mahkeme ve icra dairelerine yapılan kimi başvurularda, çeşitli sebeplerle teminat gösterilmesi gerekebilir¹⁹⁴. Yargı alanında, teminat alınmasını gerektiren başlıca hükümlerin;

Adli Yargıda teminat gösterilmesini gerektiren hükümler; bu başlık içerisinde yer alan başlıca hükümler Medeni Kanun ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu içerisinde mevcut bulunmaktadır¹⁹⁵.

İdari Yargıda teminat gösterilmesini gerektiren hükümler olarak ayrılabilceği belirtilmiştir.

Bu kapsamda;

İhtiyati haciz ve ihtiyati tedbir konulması taleplerinde,

İcraya taahhütte bulunulması,

İcranın geri bırakılması kararı getirilmesi,

vb. konularda Mahkeme ve icra dairelerine hitaben teminat mektupları verilebilmektedir.

¹⁹² Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.25

¹⁹³ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.75

¹⁹⁴ Barlas, a.g.e., s.18

¹⁹⁵ Barlas, a.g.e., s.19

B.Gümrük İdaresine Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Gümrük idaresine verilen teminat mektupları bahsinde en geniş uygulama alanı bulunan, banka tarafından lehtarın, geçici dışalım (muvakkat ithal) yolu ile yurda getirilen malların belli bir süre içerisinde yurt dışına çıkarılmasını temin ve bunun gerçekleşmemesi durumunda gümrük vergi, resim ve ilgili diğer borçlarını karşılamak hususunu garanti eden türde teminat mektupları olduğu tespit edilmiştir¹⁹⁶.

Resmi Gazete'nin 27369 sayılı mükerrer sayısında 07.10.2009 tarihinde yayınlanarak yürürlüğe giren Gümrük Yönetmeliği'nin, "*Kabul Olunabilecek Teminat Ve Değerlendirilmesi*" başlığını taşıyan 495. Maddesinde, gümrük işlemleri sırasında teminat alınmasına gerek görülen hallerde, bankalar tarafından verilen süresiz teminat mektuplarının teminat olarak idarece kabul olunacağı düzenlenmiştir.

Bahse konu maddenin 3. Fıkrasında, bu teminat mektuplarının 497 nci maddedeki kayıt ve şartlara uygun, alacak miktarını karşılayacak değer ve süresiz olması gerekeceği belirtilmiştir.

Gümrük işlemleri dolayısıyla, vergilerin teminatı olarak kabul edilebilecek teminat mektuplarının kabulü için incelenmesi gerekli olan hususlar ve kabul usulleri, Gümrük Yönetmeliği m.497'de düzenlenmiş bulunmaktadır.

Gümrük Yönetmeliği ekinde, teminat mektubu tipleri de düzenlenmiş olup, Ek-77, Ek-77-A ve Ek-77-B incelendiğinde, Gümrük Müdürlüğü tarafından bu teminat mektuplarının bankaya ibrazı ve ödeme talep edilebilmesi için "yazılı şekil" şartının öngörülmediği anlaşılmaktadır.

Yönetmelik ekinde yer alan tip teminat mektubu metinlerinin incelenmesinde, "*Gümrük İdaresince yapılacak ilk istek üzerine*" ibaresinin kullanıldığı görülmektedir. Banka tarafından hazırlanan metnin de yukarıda belirtilen örneğe uygun olması halinde, Gümrük İdaresi'nin riskin gerçekleştiğini beyan ederek bankaya sözlü olarak başvuruda bulunması ve teminat mektubunda yazan meblağın ödenmesini talep etmesinin, teorik olarak mümkün olma ihtimali değerlendirilebilecektir. Bu noktada, doktrinde de benzer görüş savunulmuştur¹⁹⁷. Bankanın, rücu aşamasında herhangi bir ihtilafla karşılaşmaması açısından, teminat mektubu metninde yer almamakla birlikte, teminat

¹⁹⁶ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.20

¹⁹⁷ Aral, Armağan, s.190

mektubunun aslını, rizikonun gerçekleştiğini beyan eden yazılı bir belge ekinde almasının uygun olacağını düşünürüz.

C.Vergi Dairelerine Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Vergi Daireleri'ne hitaben verilen teminat mektuplarında bankalar, muhatap Vergi Dairesi, lehtar ise mükellef olacak şekilde, verginin takside bağlanması¹⁹⁸ ya da mükellef adına tarh edilen vergiyi veya kesilen cezayı (veya her ikisini), mükellefin belli bir süre içerisinde ödeyeceğini temin ve ödememe halinde teminat mektubunda yazan miktarı idarenin ilk yazılı talebinde ödeyeceğini beyan etmektedirler¹⁹⁹.

D.Petrol Dairesine Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Türkiye'de petrol aramak isteyen bir kuruluş tarafından verilmesi gereken teminat mektuplarıdır²⁰⁰.

Bu teminat mektuplarının konusu, Türkiye'de petrol arayacak bir kuruluşun, meydana gelecek zararları tazmin edeceğini veya süresi içerisinde programını yerine getireceğini temindir²⁰¹.

Petrol Dairesi'ne hitaben verilecek teminat mektupları, Petrol Tüzüğü'nün "Teminatın Şekli ve Verilme Zamanı" başlıklı 70. Maddesinin 2 numaralı bendinde "*Hükümetçe kabul edilen bankalar tarafından verilecek teminat mektupları*" şeklinde düzenlenmiş bulunmaktadır.

E.Türk Turing ve Otomobil Kurumuna Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Dış ülkelere kendi otomobilleriyle yolculuk yapacak olan kişilerin, seyahat ettikleri otomobillerini süresi içerisinde yabancı ülke sınırlarından çıkaracakları ve buna

¹⁹⁸ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.148

¹⁹⁹ Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.20

²⁰⁰ Coşkun, Hilal Yener, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, s.128

²⁰¹ Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.22

bağlı borçların ödeneceği, aksi halde ilk talepte derhal ödeme taahhüdünde bulunmaktadır²⁰².

F.Diğer (Serbest Konulu) Teminat Mektupları

Banka teminat mektupları, TBK m.27’de düzenlenen kesin hükümsüzlük hallerine aykırı olmamak koşulu ile, “kişisel bir teminat gösterilmesinin gerekli ve yeterli olduğu”²⁰³ tüm hallerde, resmi dairelere, özel ve tüzel kişilere hitaben verilebilir.

Serbest konulu teminat mektuplarına, Tekel, Spor-Toto, çimento, lastik, akaryakıt bayiliği, vb. hususlarda verilen teminat mektupları örnek olarak gösterilebilir²⁰⁴.

V. İKİNCİ BANKANIN DEVREYE GİRMESİNE GÖRE

A.Doğrudan Banka Teminat Mektupları

Doğrudan banka teminat mektuplarında banka, kural olarak, muhataba doğrudan kendisi garanti vermektedir²⁰⁵.

Yabancı ülkede bulunan bir muhataba garanti verilmek istenmesi durumunda, kendisinden garanti istenilen bankanın, muhatabın bulunduğu ülkedeki bir bankayı “muhabir banka” olarak ilişkiye dahil etmesi ve muhataba teminat mektubunu bu banka aracılığıyla vermesi de mümkündür²⁰⁶.

Garantör bankanın, muhatabın bulunduğu ülkede bir şubesi varsa, TGBK m.3-a gereği, yabancı ülkede bulunan şube “diğer banka” olarak kabul edileceğinden, garantör bankanın kendi şubesi aracılığıyla teminat mektubu vermesi mümkün kabul edilmektedir²⁰⁷.

Doğrudan teminat mektuplarında, muhabir bankanın yegane yükümlülüğü, garanti veren bankanın talimatlarına uygun davranmaktır, muhabir banka muhataba

²⁰² Barlas,a.g.e.,s.22, 23

²⁰³ Barlas, a.g.e, s.23

²⁰⁴ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.148

²⁰⁵ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.93

²⁰⁶ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.123

²⁰⁷ Doğan, a.g.e., s.94

karşı ilk bankanın borcundan bağımsız bir yükümlülük üstlenmemektedir. Burada, muhabir banka, kendisine müracaat eden bankanın vekili konumundadır ve bu bankanın talimatlarına uygun davranmadığı takdirde, vekalet hükümleri çerçevesinde sorumlu olacağı kabul edilmektedir²⁰⁸.

B.Dolaylı Banka Teminat Mektupları

Dolaylı banka teminat mektupları, büyük bir çoğunlukla milletler arası ticari ilişkilerde kullanılmaktadır²⁰⁹. Burada lehtar, kendi ülkesindeki bir bankaya müracaat ederek, muhatabın bulunduğu ülkede yer alan bir başka bankadan teminat mektubu temin etmesini istemektedir²¹⁰.

Dolaylı teminat mektuplarında, ikinci bankanın rolü, doğrudan teminat mektuplarına göre farklılık arz etmektedir. Zira, dolaylı teminat mektuplarında muhatabın ülkesindeki banka;

- Ya garantör banka sıfatıyla, garanti alana karşı ilk banka gibi bağımsız bir borç altına girmekte²¹¹,
- Ya da, ilk bankanın garantisine teyit bankası olarak iştirak etmektedir²¹².

Dolaylı teminat mektuplarında, edimi garanti edilen, kendi ülkesindeki bir bankaya başvurarak, garanti alanın ülkesindeki bir bankanın garantisini sağlaması için talimat vermekte (bu şekilde lehtar ile birinci banka arasında bir garanti sağlama taahhüdü sözleşmesi kurulmakta ve bu sözleşme ilişkisine de vekalet hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir²¹³), birinci banka da lehtar ile aralarındaki bu vekalet ilişkisine istinaden, garanti alanın ülkesindeki bir bankayı ikna ederek garanti vermesini temin etmektedir ki bu durumda garanti sözleşmesi, ikinci banka ile garanti alan arasında kurulmuş olmakta, birinci banka ise ikinci bankanın ödeme yapmak zorunda kalması halinde, ikinci bankaya karşı güvence vermektedir. İkinci banka,

²⁰⁸ Doğan, a.g.e., s.94; Coşkun, a.g.e., s.122

²⁰⁹ Doğan, a.g.e., s.95

²¹⁰ Coşkun, s.124

²¹¹ Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, s.89

²¹² Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.94

²¹³ Canbolat, a.g.e., dpn.162

rizikonun gerçekleşmesi halinde yapmış olduğu ödemeyi, ilk bankadan talep etmek hakkını kazanmaktadır²¹⁴.

Dolaylı garantilerde çoğu kez, birinci bankanın ikinci bankaya “*ilk talepte*” ibareli ve garanti ilişkisi dışındaki bütün ilişkilere ait defii ve itirazların bertaraf edildiği bir garanti verdiği tespitinde bulunulmuřtur²¹⁵.

²¹⁴ Canbolat, a.g.e., s.89

²¹⁵ Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, s.531

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI İLE İLGİLİ SIK KARŞILAŞILAN SORULAR

Banka teminat mektuplarının kıymetli evrak olup olmadıkları ve bu soru ile bağlantılı olarak, banka teminat mektuplarının haczinin mümkün olup olmadığı, uygulamada sıklıkla karşılaşılan sorulardandır. Bu nedenle, banka teminat mektupları ile ilgili genel bir ilgi duyulan bu iki başlığı, ayrıca değerlendirmenin faydalı olacağı kanaati ile her bir başlık ayrı ayrı incelenmiştir.

I.BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI KIYMETLİ EVRAK NİTELİĞİNİ HAİZ MİDİR?

A.Kıymetli Evrakın Tanımı

Kıymetli evrak, TTK'nun 645, vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre;
Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi, başkalarına da devredilemez.

Kıymetli evrak kavramının, unsurları ile birlikte özellikleri de ele alındığında, içerdiği kelimelerin anlamlarını aşan bir özellik arz ettiği, yani “kıymetli evrak”ın bir kavram olarak kendisini oluşturan kelimelerin ötesinde bir anlam taşıdığı tespiti yapılmıştır²¹⁶.

Kıymetli evrakın unsurları incelenirken görüleceği üzere, banka teminat mektuplarından farklı olarak, bir belgenin kıymetli evrak sayılabilmesi için, bir hakkın mevcudiyeti, bu hakkın ancak bir senet vasıtasıyla ileri sürülebilmesi ve hakkın başkalarına devri için de bu senedin devri gerekmektedir. Ayrıca, her senedin özel şekilde şartlarını da haiz olması gerekir. Oysa banka teminat mektuplarında sayılan bu hususların hiçbirisi zorunlu bir unsur olarak kabul edilemez.

²¹⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, 8. Bası, XII Levha, İstanbul, 2013, s.14

B.Kıymetli Evrakın Unsurları

Bir belgenin kıymetli evrak sayılabilmesi için gerekli unsurlar şu şekilde tanımlanmıştır²¹⁷;

1.Evrak Kavramı

Kıymetli evrakın birinci unsuru “evrak” olup, kağıtsız kıymetli evrak düşünülemezdir. Banka teminat mektupları, garanti sözleşmesi olarak kabul edildiklerinden ve garanti sözleşmesi de hukukumuzda herhangi bir şekil şartına tabi tutulmamış olduğundan, teorik olarak, garanti sözleşmesinin yazılı olarak yapılması zorunluluğu bulunmamaktadır²¹⁸. Bununla birlikte, ekonomik hayatta oynadıkları rolün büyüklüğü göz önünde bulundurulduğunda, niteliği garanti sözleşmesi de olsa banka teminat mektuplarının yazılı şekil şartına bağlı olarak düzenleniyor olması gerektiği kanaatindeyiz.

2.Evrakın Devredilebilir Nitelikte Bir Hak Barındırıyor Olması

Kıymetli evrakın ikinci unsuru; kağıdın bir hak içermekte olmasıdır. Bu hakkın, devredilebilir nitelikte bir hak olması gerektiği tespiti yapılmıştır²¹⁹. Hak ile, bir özel hukuk hakkının kastedilmekte olduğu, kıymetli evrak terimindeki “kıymetli” kelimesinin “hak”ka işaret etmekte olduğu, kağıdı kıymetli hale getirenin, onun içerdiği hak olduğu belirtilmiştir. Bu hakkın, mevcut bir hakkı işaret ediyor olduğu kabul edilmelidir. Oysa, hukuki niteliği itibariyle garanti sözleşmesi olarak kabul edilen banka teminat mektuplarında, ileride doğup doğmayacağı belli olmayan muhtemel bir risk garanti edilmektedir, burada hakkın senetle kaynaşmış olmasından bahsedilmesi mümkün olmamaktadır²²⁰.

²¹⁷ Poroy, Reha/ Tekinalp, Ünal, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.25, vd.; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, Sekizinci Bası, XII Levha, İstanbul 2013, s.14, vd.

²¹⁸ TTK md.645’de yer alan kıymetli evrak tanımında bahsedilen “senet” ibaresinden HMK md.199’da öngörülen “senet” mi yoksa yine HMK’da belirtilen “belge” kavramının mı anlaşılması gerektiği hususundaki teorik izahat için bkz. Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, a.g.e., s.14, vd.

²¹⁹ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, a.g.e., s.17 : “Niteliği itibariyle devredilemez nitelikte olan, örneğin kamu hukukundan kaynaklanan vatandaşlık hakları gibi haklar ile özel hukuktan kaynaklansalar bile nitelikleri itibariyle kişiye sıkı surette bağlı olan haklar (örn; aile hukukundan kaynaklanan haklar) kıymetli evraka konu olamaz.” ; Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s.28, vd

²²⁰ Reisoğlu, a.g.e, s.53; Barlas, a.g.e., s.9

3.Barındırdığı Hak İle Evrakın Bütünleşmiş Olması

Kıymetli evrakın üçüncü unsuru ise, “bağlanma”dır. Kıymetli evrakta hak ile kağıt birbirine kaynaşmış, hak ve kağıdın yazgılarının çoğu zaman aynı olacak şekilde birbirine bağlandığı, hak ile kağıdın bir bakıma özdeşleştiği kabul edilmektedir. Kıymetli evraktaki “bağlanma” unsuru dolayısıyla, üç sonuç ortaya çıkmaktadır;

1-) Senedin zilyetliğine sahip olunmalıdır,

2-) Hak ancak senetle ileri sürülebilir ve ifa da ancak ibraz edilen senede istinaden yapılabilir,

3-) İbraz halinde borçlunun borcundan kurtulabilmesi için;

a-) Senet borçlusunu ancak; senedin niteliğine göre alacaklı olarak görünen kişiye ifade bulunmalıdır,

b-) ifa, vadeden önce değil vadede yapılmalıdır,

c-) ifade borçlunun hilesi ve ağır kusuru bulunmamalıdır.

Borçtan kurtulma şartlarına uyma belgenin hamili hakkını ancak senetle ileri sürebilecek (TTK m.645)²²¹ ve borçlu da ifayı ancak senedin ibrazında yerine getirebilecektir(TTK m.646)²²². Banka teminat mektuplarında ise, garanti sözleşmesi olarak kabul edilmenin doğal sonucu olarak, hakkın ileri sürülebilmesi için bir senedin, belgenin mevcudiyetinin kural olarak gerekmemekte olduğu ve bu konuya ilişkin yasal bir düzenleme bulunmadığı düşünülebilecek ise de, Yargıtay kararları, basiretli bir tacir olarak davranması gereken bankanın, ödeme istemi ile ilgili incelemeleri sırasında teminat mektubu aslını alması ve gerçekliği ile imzaların doğruluğunu teyit etmek zorunda olduğuna hükmetmektedir²²³.

²²¹ Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s.30

²²² Poroy/Tekinalp, a.g.e., s.30

²²³ Yarg.11.HD, 18.01.2010 T., 2008/8999 E., 2010/451 K.:”...banka tazmin istemini yerine getirirken mektup aslını almak, gerçekliği ile imzaların doğruluğunu kontrol etmek zorundadır. Somut olayda davacı taraf tazmin talebinde teminat mektubunu ibraz etmemiş, bir gün sonra dava dışı lehtar teminat mektubu aslını Bankaya sunmuştur. O halde, davacı muhatabın teminat mektubunu ibraz edemediği, bu durumun haklı nedenini kanıtlayamadığı, davalının salt uzatma yazısı dolayısıyla tazmin sorumluluğunun bulunmadığı dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş,....”

C. Teşhis ve İbraz Senetleri Kavramları İle Banka Teminat Mektupları

Banka teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğini haiz olup olmadıkları hususunun incelenmesinde, teşhis ve ibraz senetleri kavramlarına da değinilmesinde fayda olduğu değerlendirilmiştir.

Teşhis senedi kavramı, “*bir hakkı içermeye biçimlerine göre, borçlunun, senedi ibraz edene borçtan kurtulacak biçimde edimde bulunabileceği, ancak edimde bulunmak zorunda olmadığı, tam aksine senedi ibraz edenden maddi hukuk bakımından hak sahibi/gerçek hak sahibi olduğunu kanıtlamasını talep edebileceği senetlerdir.*” şeklinde tanımlanmaktadır²²⁴.

Bir borcun en olağan sona erme biçimi, borcun ifasıdır. Borçlu, ancak gerçek hak sahibine edimde bulunmakla borcundan kurtulabilir, o nedenle de edimde bulunacağı kişinin kimliğini ve gerçek hak sahibi olup olmadığını kontrol etmek zorundadır. Teşhis senetlerinde ise borçlu, söz konusu denetim yükümlülüğünden ve senedi ibraz eden ancak gerçek hak sahibi olmayan bir kişiye iyi niyetle yaptığı ödeme ile borcundan kurtulmaktadır²²⁵. Bu senetlerde taraflar, senede, meşru hamili teşhiste görev vermişler ve borçluya, hamilin meşru olup olmadığını araştırmaya mecbur olmadan senede ibraz edene edimde bulunarak borcundan kurtulması imkanını tanımışlardır²²⁶.

Banka teminat mektuplarının, teşhis senetlerine benzeyen bir fonksiyonları olduğunu söylemek mümkündür. Zira muhtelif Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, banka, usulüne uygun bir ödeme talebi ile birlikte teminat mektubunun aslını da almalı, hem teminat mektubunun ve hem de üzerindeki imzaların gerçekliğini kontrol etmelidir. Bu zorunluluk, usulüne uygun bir ödeme talebine istinaden ödeme yapılmış olduğunun ispatı ile lehtara rücu aşamasında da bu husus önem arz etmektedir²²⁷. Ancak, banka teminat mektubunu ibraz eden kişinin gerçek hak sahibi olup olmadığını kontrol etmeden, teminat mektubunu ibraz eden kişiye ödeme yapmak suretiyle borcundan kurtulma imkanının bulunmadığını zira bankanın basiretli bir tacir gibi

²²⁴ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, s.47

²²⁵ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, s.47;

²²⁶ Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s.53

²²⁷ Yarg.11.HD, 18.01.2010 T., 2008/8999 E., 2010/451 K.:“...genel bankacılık uygulamasına göre, teminat mektubunun aslının iadesi, taraflar arasındaki borç ilişkisinin sona erdiği ve dolayısıyla teminatın sona erdirilebileceği anlamına gelmektedir. Bu bakımdan, banka tazmin istemini yerine getirirken mektup aslını almak, gerçekliği ile imzaların doğruluğunu kabul etmektedir.”

davranma yükümlülüğü kapsamında, teminat mektubunu ibraz eden kişinin, muhatabın kendisi ya da eğer muhatap bir tüzel kişi ise, yetkili temsilcisi olduğunu araştırmak mecburiyeti vardır. O nedenle, banka teminat mektuplarının, teşhis fonksiyonu açısından teşhis senetlerine yaklaşmakta olduğu ancak hamilin meşru olup olmadığını araştırmadan ödemede bulunarak borcundan kurtulma imkanını sağlama açısından ise teşhis senedi özelliklerinden uzaklaşmakta olduğu kanaatindeyiz.

İbraz senedi kavramı; “içerdikleri hak uyarınca borçlunun, edimini, sadece maddi hukuk açısından yetkili olan kişiye ve bu kişinin senedi ibraz etmesi koşuluyla yerine getirdiği, ancak maddi hukuk açısından yetkili olduğunu kanıtlayana, senet ibraz edilmeden de edimde bulunabilme hakkını elinde tuttuğu senetlerdir²²⁸” şeklinde tanımlanmaktadır.

İbraz senetleri ile ilgili, bir bankanın müşterisinden saklamak amacıyla aldığı menkul kıymetler için müşterisi adına düzenlediği makbuz örnek olarak verilmiştir²²⁹.

Teşhis senetleri mukayese edildiğinde, banka teminat mektuplarının, ibraz senetlerine daha yakın olduğu söylenebilir. Zira banka, ancak maddi hukuka göre yetkili olan kişiye (muhataba), banka teminat mektubunun aslının ibrazı mukabilinde ödeme yaparak borcundan kurtulabilecektir. Diğer taraftan, lehtara rücu aşamasında karşılaşılabileceği hukuki riskleri göze alan bankanın, usulüne uygun bir ödeme talebi ile karşılaştığında senedin (banka teminat mektubunun) aslının ibraz edilmemesine rağmen ödeme yapması da mümkündür. Ancak tekrar belirtmek gerekir ki, bu tür bir ödeme yapan bankanın, lehtara rücu aşamasında ciddi hukuksal risklerle karşılaşması ihtimali büyüktür, örneğin lehtar muhatapla aralarındaki temel ilişkiden kaynaklanan yükümlüğünü yerine getirdiğini ve hatta teminat mektubu aslını da muhataptan iade almış olduğunu iddia ve ispat ederek bankaya ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

Sonuç itibarıyla, banka teminat mektuplarının, yasal bir düzenlemesi olmayan teşhis senetleri ve ibraz senetleri ile benzer ve farklı yönlerinin olduğu ancak ne tam olarak teşhis senedi ve ne de tam olarak ibraz senedi şeklinde tanımlanabileceğini, bünyesinde her iki senet türünün de fonksiyonlarına ilişkin özellikler barındırmakta olduğu kanaatindeyiz.

²²⁸ Poroy/Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, s.52; Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya, Kıymetli Evrak Hukuku, s.45

²²⁹ Poroy/Tekinalp, a.g.e., s.52

D. Ulaşılan Sonuç

Banka teminat mektupları, garanti sözleşmesine benzese de sui generis bir sözleşme tipi olarak değerlendirilmelidir. Yazılı şekilde yapılması şart olduğu gibi, kimin fiilini kime karşı taahhüt ediyorsa, onlar açıkça gösterilmeli ve ayrıca banka yetkilisinin de imzasını taşıması zorunludur.

Kural olarak banka teminat mektubunun ödeme talebine eklenmesi yasal olarak zorunlu değil ise de, gerek Yargıtay'ın bu konudaki kararları ve gerekse uygulamada ödeme için banka teminat mektubunun aslının talep ediliyor olması nedeniyle, teori ve pratiğin bu noktada ayrıştığını söylemek gerekecektir. Biz de, muhatap tarafından yapılan ödeme talebine banka teminat mektubu aslının eklenmesinin, suiistimali de önleyecek bir önlem olarak değerlendirilebileceğinden dolayı, gerekli olduğu kanaatindeyiz.

Yukarıda belirtilen hususların birlikte değerlendirilmesi neticesinde, banka teminat mektuplarının “kıymetli evrak” niteliğini taşımadıkları kolaylıkla söylenebilir, banka teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğini haiz olmadıkları, doktrinde de genel olarak kabul görmüş bulunmaktadır²³⁰.

Banka teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğini haiz olmaması nedeniyle, muhatabın banka teminat mektubundan kaynaklanan (doğmuş ya da doğacak) alacağını, banka teminat mektubunu fiziken devretmeden de temlikli mümkündür²³¹. Yine bu sebeple, banka teminat mektubunun kaybolması halinde, muhatabın talep hakkının ortadan kalkmayacağı kabul edilmektedir. Muhatabın banka teminat mektubunu kaybetmesi nedeniyle, mahkemeden “*banka teminat mektubunun iptalini*” istemesi de mümkün değildir bu tür bir taleple açılan davanın, HMK m.114/h’de “dava şartları” başlığı altında düzenlenen “hukuki yarar” yokluğu sebebiyle reddedilmesi gerekir²³².

²³⁰Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.53; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.86; Kayak, Sevgi, Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, s.245

²³¹ Barlas, a.g.e., s.9

²³² Yarg.11.HD, 14.04.2003 T., 2002/11182 E., 2003/3596 K.:”teminat mektuplarının tedavülü mümkün bir kıymetli evrak olmadığı, ...teminat mektuplarının 3. Kişiye ciro ya da temlikinin mümkün bulunmadığı, paraya çevrilmesi için mutlaka davacıya başvurulmasının gerektiği, sürenin dolmuş olması nedeniyle onun da sorumluluğunun kalmadığı, ..., davacının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığı gerekçesi ile verilen davanın reddi kararı usul ve kanuna uygun olduğundan hükmün onanmasına...”

Netice itibariyle, Türk hukuk sisteminde, banka teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığı doktrinde²³³ oybirliği ile kabul edilmiş, bu husus yargı kararları²³⁴ ile de teyit edilmiş bulunmaktadır. Biz de, banka teminat mektuplarının, teşhis ve ibraz senetleri ile ilgili olarak yukarıda belirtmiş olduğumuz bazı özellikleri haiz olmakla birlikte, kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığı hususundaki görüşe katılıyoruz.

II.BANKA TEMİNAT MEKTUPLARI HACZEDİLEBİLİR Mİ?

Banka teminat mektuplarının kıymetli evrak olarak kabul edilmemelerinin sonuçlarından bir tanesi de, “*bizatihi banka teminat mektubunun haczine imkan bulunmamasıdır*”²³⁵. Bizatihi banka teminat mektubunun haczinin mümkün olmadığı doktrinde ittifakla kabul edildiğinden²³⁶, bu hususa ayrıntılı olarak değinilmemiştir. Ancak banka teminat mektubundan kaynaklanan alacak hakkının haczinin mümkün olduğu değerlendirildiğinden, bu hususu banka teminat mektubu ilişkisinin taraflarına göre ayrı ayrı incelemek gerekir.

Banka teminat mektubunun kıymetli evrak niteliğini haiz olmamasından dolayı haczedilememesinden başka, ayrıca mevzuatımızda, banka teminat mektuplarından değil ancak bu teminat mektuplarının muhataplarından kaynaklanan bir “*haczedilemezlik*” durumunun mevcudiyetine işaret etmek gerekir. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’nun 34/V maddesine göre;

Her ne suretle olursa olsun, idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.

Aynı yönde bir düzenleme de 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu’nda mevcuttur. DİK m.26/f.3’e göre;

Her ne suretle olursa olsun idarece alınan teminatlar haczedilemez ve üzerine ihtiyati tedbir konulamaz.

²³³ Reisoğlu, a.g.e., s.53; Barlas, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.9;

²³⁴ Banka teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliğini haiz olmadığına ilişkin örnek kararlar için bkz.: Yarg.12.HD., 29.04.2010T., 2009/30199 E., 2010/207334K; Yarg.12.HD., 28.05.2008 T., 2008/8131 E., 2008/10806 K; Yarg.11.HD., 04.06.2007 T., 2006/5679 E., 2007/8483 K; Yarg.12.HD, 06.04.2000 T., 2000/4332 E., 2000/5403 K.

²³⁵ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.9, s.86; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.211

²³⁶ Barlas, s.86; Reisoğlu, a.g.e., s.211; Doğan, Banka Teminat Mektupları, 300; Haznedar, İbrahim Murat, Banka Teminat Mektupları, Legal Hukuk Dergisi, 2003, S.1, s.79

Yasanın açık hükmü gereği, idarenin muhatap olduğu teminat mektupları, nitelikleri ne olursa olsun, geçici teminat mektubu mu kesin teminat mektubu mu olduklarına bakılmaksızın, üçüncü kişiler tarafından haczedilemez ve bu teminat mektupları üzerine ihtiyati tedbir de konulamaz²³⁷.

Banka teminat mektubundan doğmuş ya da doğacak alacakların lehtar, muhatap ve bankanın alacaklarından dolayı haczedilmesi meselesine bakılacak olursa;

A.Lehtarın Muhataptan Olan Alacakları İçin Haciz Talebi

Teminat mektubu lehtarının muhataptan olan alacakları sebebiyle, muhatabın banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağının haczi meselesi de ikiye ayrılarak incelenmiş ve;

Lehtarın, muhatap ile aralarındaki temel ilişkiden kaynaklanan alacağı için, muhatabın teminat mektubundan kaynaklanan alacağının haczini istemesi mümkün müdür? Bunun mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalı olup, bir görüşe göre, ilk talepte ödeme kaydını taşıyan banka teminat mektuplarında lehtarın kendi alacağı için muhatabın teminat mektubundan doğan alacağına haciz koydurması, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir²³⁸.

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre ise, lehtarın muhataptan olan alacağının kaynağına göre değerlendirme yapılmasının uygun olacağı, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan alacak için lehtarın banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın haczini isteyemeyeceği, muhataba ödeme yapılmasına engel olacak diğer hukuki imkanları kullanmasının uygun olacağı,

Temel ilişkiden kaynaklanmayan alacaklar ile ilgili olarak ise, lehtar ile banka teminat mektubu ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişiler arasında bir fark bulunmadığı ve lehtarın, bu tür bir alacağı ile ilgili olarak muhatabın banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağı için haciz talebinde bulunabileceği,

²³⁷ Doğan, a.g.e., s.300

²³⁸ Kaya, Arslan, İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz, s.272, vd. (Bu makalesinde yazar, konu ile ilgili Alman Hukukunda ileri sürülen görüşlere değinmiş ve bu tür bir talebin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilebileceğine ilişkin görüşleri aktardıktan sonra, ihtiyati haciz yoluna başvurulamayacağı yönündeki görüşe karşı yöndeki kendi görüşlerini ifade etmiştir.)

belirtilmektedir²³⁹.

Lehtarın muhataptan olan alacağının, temel ilişkiden kaynaklanıyor olması halinde haczedilemeyeceği yönündeki görüşe;

- lehtarın muhataptan olan alacağının kaynağının temel ilişki ya da haksız fiil, vb. bir başka sebep olmasının, sonuca bir etkisi olmadığını, maddi hukuk anlamında lehtarın muhataptan alacaklı olması halinde bu alacağının tahsilinden, alacağın doğumundan evvel feragat etmesinin mümkün olamayacağı,

- lehtar tarafından yapılan haciz talebinin; ilamsız icra takibi şeklinde başlaması halinde, muhataba itiraz ederek takibi durdurmak, ihtiyati haciz talebinde bulunmak suretiyle başlaması halinde de, yasal girişimlerde bulunmak suretiyle haksız olduğuna inanılan bir girişime karşı koymak imkanının bulunması, gerekçeleri ile katılmıyoruz.

B.Lehtarın Borçlarından Dolayı Haciz Talebi

Muhatabın elinde bulunan banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın, teminat mektubu lehtarının borçlarından dolayı haczinin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir.

Banka teminat mektubu nedeniyle, lehtarın alacaklı duruma gelmesi mümkün değildir, aksine, muhatabin teminat mektubunu ibraz ederek ödeme talebinde bulunması halinde banka, aralarındaki kontrgaranti sözleşmesine dayanarak lehtardan yapmış olduğu ödemeyi tahsil edecektir²⁴⁰. Bu itibarla, lehtarın alacaklıları tarafından banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın haczi mümkün değildir.

Yargıtay da konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında²⁴¹, lehtarın borçlarından dolayı, muhatabin elinde bulunan teminat mektubundan kaynaklanan alacağın haczedilemeyeceğini belirtmiştir.

²³⁹ Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.304

²⁴⁰ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.216

²⁴¹ Yarg.12.HD, 18.02.2003 T., 2003/427 E., 2003/2733 K.: "...teminat mektubu ile lehtar lehine doğmuş veya doğacak bir hak bulunmadığından lehtarın borcu için teminat mektuplarının haczedilmesine yasal imkan yoktur." (www.legalbank.com.tr)

C.Muhatabın Alacaklıları Tarafından Haciz Talebinde Bulunulması

Muhatabın alacaklıları tarafından, muhatabın teminat mektubundan kaynaklanan alacağın haczi talebini, “muhatap tarafından banka teminat mektubunun ödeme istemi ile ibrazından önce” ve “muhatap tarafından ödeme talebi ile ibrazdan sonra” olarak iki başlık altında incelemek gerekir;

1.Muhatabın ödeme isteminden önce;

Muhatabın alacaklıları tarafından, muhatabın teminat mektubundan kaynaklanan alacaklarının haczettirilmesi mümkündür. Muhatabın banka nezdinde doğmuş ya da doğacak olan ve banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağının haczi için, bu haczin, İİK 89. Maddesine göre düzenlenmiş bir haciz bildirisi ile bankaya bildirilmesi halinde belirtilen yasa hükmünün uygulanması söz konusu olacaktır²⁴².

Muhatabın müstakbel alacaklarının haczi ile ilgili olarak da, bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesi mümkündür. Muhatabın banka nezdinde “doğmuş” ve “doğacak” alacaklarının haczi talep edilebilir.

“Doğacak”(müstakbel) alacak kavramından ne anlamak gerekir? Doğacak alacaklar;

“İki kişi arasında mevcut olan bir hukukî ilişkiye (temele) dayanan, henüz doğmamış olmakla beraber, ilerde doğması muhtemel bulunan” alacaklar olarak tanımlanmaktadır²⁴³.

Muhatabın, üçüncü kişi durumunda bulunan bankadaki “doğacak” alacağının haczinin mümkün olduğu, yerleşik hale gelmiş Yargıtay kararları ile de mümkün görülmektedir²⁴⁴.

Müstakbel (beklenen) bir alaktan bahsedebilmek için, bir hukukî ilişkinin (temelin) mevcut olması, bu hukukî ilişkiden doğacak alacağın cinsinin ve borçlusunun

²⁴² Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.212;

²⁴³ Kuru, Baki, Bankacılar Dergisi, “İ.İ.K.89.Maddesinde Yapılan Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, 2003, S.47, s.76

²⁴⁴ Müstakbel alacakların haczedilebileceğine ilişkin Yargıtay’ın farklı dairelerinin kararlarına örnek için bkz; Yarg.12.HD, 28.11.2013 T., 2013/29598 E., 20213/37835 K.; Yarg.8.HD., 17.06.2013 T., 2013/4195 E., 2013/9316 K.; Yarg. 19.HD., 20.04.200 T., 2000/964 E., 2000/2997 K

(inceleme konumuzda bankanın) belli olması yeterlidir. Alacağın miktarının belli olması veya böyle bir alacağın doğmama ihtimalinin de bulunması önemli değildir²⁴⁵.

Bu açıklamalar ışığında, muhatabın alacaklıları tarafından, muhatap ile banka arasındaki garanti sözleşmesi ilişkisine istinaden, muhatabın banka teminat mektubundan dolayı doğacak alacaklarının haczinin talep edilebileceği söylenebilir.

Muhatabın alacaklıları tarafından yapılan bir icra takibine istinaden kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen bankanın yapması gerekenlere ilişkin olarak;

Kendisine birinci haciz ihbarnamesi gönderilen banka, takip borçlusunun bankada yukarda belirtildiği anlamda bir müstakbel alacağının doğması ihtimali olduğunu tespit ederse (yani takip borçlusu ile banka arasında bir hukukî ilişki (temel) mevcut olup da bundan ilerde bir alacak doğması muhtemel ise), icra dairesine yedi gün içinde vereceği cevapta bu hususu şu şekilde belirtmelidir: “Banka ile takip borçlusu arasında şöyle bir hukukî ilişki vardır; bu hukukî ilişkiden şimdiye kadar takip borçlusu lehine doğmuş ve ödenebilir bir alacak yoktur. Ancak, ilerde takip borçlusu lehine bir alacak doğması muhtemeldir. Bu nedenle, takip borçlusu ile banka arasındaki hukukî ilişkinin dosyasına haciz şerhi konulmuştur. Bu hukukî ilişkiden ilerde takip borçlusu lehine bir alacak doğarsa, bu alacak icra dairesine bildirilecek ve ödenecektir”. Daha sonra, takip borçlusu ile banka arasındaki hukukî ilişkiden bir alacak doğarsa, banka, bu alacağı, takip borçlusuna değil, icra dairesine ödemelidir²⁴⁶.

tespiti yapılmıştır.

Muhatabın elinde bulunan teminat mektubunu düzenleyen bankanın, muhataptan alacaklı olması halinde de banka, muhataptan olan alacağını tahsil için, muhatabın kendi nezdinde doğan ya da doğacak olan alacağını haczettirebileceği gibi, bunun yerine kendi alacağı ile muhatabın alacağını takas da edebilecektir²⁴⁷.

²⁴⁵ Kuru, a.g.m., s.76

²⁴⁶ Kuru, Baki, Bankacılar Dergisi, “İ.İ.K.89.Maddesinde Yapılan Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, 2003, S.47, s.77

²⁴⁷ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.213

2.Muhatabın Ödeme İsteminden Sonra Haciz Talebi

Muhatabın bankadan ödeme talebinde bulunması ile teminat mektuplarından doğmuş alacakların haczinin genel hükümler çerçevesinde ele alınması gerektiği²⁴⁸, muhatabın bankadan olan bu alacağının haczinin, bankadaki mevduat hesabında bulunan alacağının haczinden herhangi bir farkı bulunmadığı belirtilmiştir²⁴⁹.

Muhatabın usulüne uygun ödeme talebinden sonra, banka tarafından ödeme yükümlülüğü derhal yerine getirilecek olursa, bu durumda banka nezdinde muhataba ait bir alacak kalmayacağından, haczin işlenmesi mümkün olamayacaktır.

III.MUHATABIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNMAMASI DURUMUNUN İNCELENMESİ

Muhatap, alacaklılarını zarara uğratmak, vb. maksatlarla, rizikonun gerçekleşmesine rağmen bankaya usulüne uygun şekilde başvurarak ödeme talebinde bulunmaz ise ne olur?

Muhatap yazılı bir tazmin talebinde bulunmadığı sürece bankanın teminat mektubundan dolayı bir ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır²⁵⁰. Bu durumda, banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın haczedilebilmesi için alacaklılar nasıl bir yol izlemelidir?

Böyle bir durumda, İcra ve İflas Kanunu m.120'ye başvurularak sorunun çözümlenmesi gerektiği genel olarak kabul edilmektedir²⁵¹. “Ödeme Yerine Alacakların Devri” başlığını taşıyan 120. Maddeye göre;

Hacze iştirak eden bütün alacaklılar muvafakat ederlerse borçlunun borsada ve piyasada fiyatı olmayan alacakları, ödeme yerine geçmek üzere itibari kıymetleriyle kendilerine veya hesaplarına olarak içlerinden birine devredilir. Bu halde alacaklılar, alacakları nispetinde borçlunun haklarına halef olurlar.

Aynı suretle hacze iştirak edenlerin hepsi veya içlerinden birisi borçlunun üçüncü bir şahıstaki alacağının tahsilini veya böyle bir şahsa karşı haiz olduğu dava

²⁴⁸ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.300

²⁴⁹ Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.301

²⁵⁰ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.214

²⁵¹ Reisoğlu, a.g.e., s.214, 215; Doğan, a.g.e., s.303

hakkının kullanılmasını, masraf kendilerine ait olmak ve fakat haklarına halel gelmemek şartıyla üzerlerine alabilirler.

Bu suretle elde edilecek para ilk önce üzerlerine alanların alacak ve masraflarının ödenmesine karşılık tutulur.

İİK 120. Maddesinin uygulanması gerektiği genel olarak kabul edilmekle birlikte, anılan maddenin birinci fıkrasının mı yoksa ikinci fıkrasının mı uygulanması gerekeceği konusunda görüş ayrılığı bulunmaktadır. Bir görüşe göre²⁵², burada uygulanması gereken İİK m.120/I'dir, zira muhatabın haklarına halef olan üçüncü kişi, teminat mektubu ile güvence altına alınmış olan riskin gerçekleşmesi halinde bankadan tazmin talebinde bulunabilecek ve riskin gerçekleştiğini usulüne uygun belgelerle ispat etmesiyle bankanın ödeme yükümlülüğü doğacaktır.

Burada, İİK m.120/II'nin uygulanması gerektiğini savunan diğer görüşe göre²⁵³, teminat mektuplarından doğan alacaklar çekişmesiz alacaklar olmadığından, bankadan tazmin talebinde bulunulduğunda, bankanın "riskin doğmadığını" ileri sürerek alacağı çekişmeli hale getirebileceği, bu halde alacağı devralan üçüncü kişiye dava hakkının verilmesinin isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

İİK m.120/f.II'nin uygulanmasının gerekeceği yönündeki görüşe dayanak olmak üzere örnek olarak ileri sürülen "*bankanın riskin doğmadığını ileri sürerek alacağı çekişmeli hale getireceği*", teminat mektubu alacaklarının çekişmeli olduğu görüşüne katılmıyoruz. Bankanın, riskin gerçekleşmediğini ileri sürerek ödemediğini imtina edebileceği, özellikle "ilk yazılı talepte ödeme" klozunu taşıyan teminat mektupları için savunulması güç bir iddiadır, bu tür teminat mektuplarında bankaların kendilerine gelen ödeme taleplerinde herhangi bir inceleme yapma imkanlarının bulunmadığı, hakkın kötüye kullanılması halleri ayrı kalmak üzere, önce ödeme yapıp sonrasında dava açmaları gerekeceği, bu itibarla bankanın soyut bir beyanla riskin gerçekleşmediğini iddia ederek alacağı çekişmeli hale getirebileceğinden hareketle, bu tür olaylarda çekişmesiz alacaklara ilişkin 120/I hükmü yerine 120/II hükmünün uygulanması gerektiği görüşüne katılmıyoruz.

²⁵² Reisoğlu, a.g.e., s.215

²⁵³ Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.303

İKİNCİ KISIM

BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNİN TARAFLARI TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

I. LEHTAR VE MUHATAP KAVRAMLARININ FARKLI KULLANIMINA İLİŞKİN NOT

Taraflar ile ilgili incelemeye devam etmeden evvel, bir bilgilendirmede bulunmakta fayda görüyoruz. Türk Hukukunda, banka teminat mektubu ve banka garantileri ile ilgili bilimsel çalışmalarda, “muhatap” kavramının çoğunlukla ;

Temel ilişkide, kendisine karşı bir edimi ifa etmek yükümlülüğü üstlenilen,
Garanti sözleşmesinde ise garanti alan,

tarafı nitelenmek için kullanıldığı görülmektedir²⁵⁴. Banka garantileri ile ilgili kimi bilimsel çalışmalarda ise, garanti alan taraf “lehtar” olarak tanımlanmaktadır²⁵⁵.

Muhatap ile lehtar kavramlarının kullanımına ilişkin bu farklılığın, “*banka garantileri*” kapsamında, bankanın teminat mektubu vermek suretiyle gayri nakdi kredi açtığı tarafın “lehtar” olarak nitelenmesi, üçlü ilişkilerde ise “lehtar”ın, ödeme talep edecek olan tarafı işaret etmesinden kaynaklandığı belirtilmiştir²⁵⁶.

²⁵⁴ Reisoğlu, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.90 :”...*garanti alan (muhatap)*; Barlas, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986, s.51:”...*sözleşme ilişkisinin diğer tarafını “muhatap” olarak adlandırılan, kendisine teminat verilen kişi oluşturur.*”; Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.61

²⁵⁵ Kaya, İlk Yazılı Talepte s.228:”...*garanti verene banka, işlemle garanti lehtarına(muhataba)*; s.239 :”, *Banka, garanti alanın ilk yazılı talebinde...*”; Canpolat, İhtiyati Tedbirler, s.61

²⁵⁶ Canpolat, a.g.e., s.61

Biz çalışmamızda, doktrindeki genel eğilim doğrultusunda, dar ve teknik anlamda garanti sözleşmesinin taraflarından, garanti alan tarafı ”muhatap”, temel ilişkinin borçlusu olan ve lehine banka teminat mektubu verilen tarafı ise “lehtar” olarak değerlendirdik.

II.GENEL OLARAK TARAF KAVRAMI

Genel olarak banka teminat mektubu ilişkisinde üç köşeli bir ilişki mevcuttur²⁵⁷. Bu ilişkide taraflar;

Garanti alan (muhatap)

Garanti veren (banka)

Edimi garanti edilen (lehtar)

olarak ayrılabilir.

Ancak, 3 taraftan oluşan genel anlamda banka teminat mektubu ilişkisini, muhatap ile banka arasında imzalanan dar ve teknik anlamdaki garanti sözleşmesi ile karıştırmamak gerekir. Banka ile muhatap arasında imzalanan dar ve teknik anlamdaki garanti sözleşmesinde iki taraf bulunmaktadır ve lehtar, muhatap ile banka arasında imzalanan bu sözleşmede taraf sıfatını haiz değildir²⁵⁸.

III. BANKA TEMİNAT MEKTUBU İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

A-) BANKA

Banka, İtalyanca kökenli bir kelime olup, para bozma yeri, para bozma gişesi anlamına gelmektedir²⁵⁹. Ülkemizde “banka” sıfatını haiz bir şirket tarafından yapılacak işlemler son derece ayrıntılı bir mevzuat ile düzenlenmekte ise de, gerek 5411 sayılı Bankacılık Kanununda ve gerekse mevzuatta “banka” ile ilgili bir tanım bulunmamaktadır²⁶⁰. Bununla birlikte, Bankalar Kanunu’nun 3. Maddesinde bankaların

²⁵⁷ Doğan,Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.103

²⁵⁸ Doğan,Vahit, a.g.e., s.112

²⁵⁹ www.wikipedia.com

²⁶⁰ Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2009, s.11

türleri sayılmış ve bu türlerin kapsamına giren bankaların yapacakları işler tanımlanmış bulunmaktadır. Bankacılık Kanunu'na göre bankalar;

- Mevduat Bankaları,
- Katılım Bankaları,
- Kalkınma ve Yatırım Bankaları,

olarak 3 ana gruba ayrılmıştır²⁶¹.

Mevzuatımızda banka kavramının tanımı yok ise de, Türk Ticaret Kanunu'nun 815. Maddesinde "Bankanın Tanımı" başlıklı bir madde bulunmaktadır. Ancak maddede yer alan düzenleme;

"Bu kısımda geçen "banka"dan amaç, Bankacılık Kanunu'na tabi olan kuruluşlardır. Ancak, ödeme yeri Türkiye dışında olan çekler hakkında "banka" teriminden hangi kuruluşların anlaşılacağı ödeme yeri hukukuna göre belirlenir."

içeriğini haiz olup, başlıkta belirtildiğinin aksine, banka kavramının tanımı ile bir ilgisi bulunmamaktadır.

Doktrinde banka;

"Sahibi, faaliyet konuları, kuruluşu, faaliyete geçmesi, yönetimi, iç denetim sistemleri, finansal raporlaması, öz kaynakları, sermaye yeterlilik oranları ve denetimi Bankacılık Kanunu'nda – veya istisnaen özel bir kanunda- öngörölmüş bulunan, kamu hukuku nitelikli düzen kuralları ile düzenlenmiş bulunan işletmenin kanuni adıdır." şeklinde tanımlanmaktadır²⁶².

1.Banka Tanımının Kapsamı

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndan önceki düzenleme döneminde, özellikle 3189 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda, maddelerde geçen "banka" deyimini ile hangi kredi kuruluşlarının kastedildiğinin belli olmaması, uygulamada yurtdışında kurulu yabancı bankaların da "banka" tabiri içerisinde yer aldıkları iddiasının ortaya atılmasına sebebiyet vermiş, daha sonra yürürlüğe giren 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 2. Maddesindeki düzenleme ile "banka" deyiminden, Türkiye'de kurulan kuruluşlar ile

²⁶¹ 5411 sayılı BankK md.3 : "Bu kanun uygulamasında, ... Banka : Mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ... ifade eder."

²⁶² Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, 4. Bası, İstanbul 2009, s.11; Reisöglu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C:1, Ankara, 2007, s.95, vd.

yurt dışında kurulu olan yabancı bankaların Türkiye’de bulunan şubelerinin anlaşılması gerektiği düzenlenmiştir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, BDDK tarafından Türkiye Bankalar Birliği’ne gönderilen bir yazıda, “5411 sayılı Bankacılık Kanunu’ndaki banka tanımının, mevduat bankaları, katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını içerdiği; mevduat, katılım ile kalkınma ve yatırım bankaları tanımlarının ise yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye’deki şubelerini de kapsadığı” bildirilmiştir²⁶³.

Netice itibariyle, mevzuatta bir tanımlı olmamakla birlikte, “banka” kavramından ne anlaşılması gerektiği açık şekilde bellidir.

2.Yasal Şartları Haiz Olmadan Bankacılık Yapan Bir İşletme Tarafından Verilen Teminat Mektuplarının Durumu

Kanuni şartları haiz olmadan bankacılık faaliyetinde bulunabilecek bir işletme olması, teorik açıdan mümkün ise de pratikte böyle bir işletmenin mevcudiyeti çok düşük bir ihtimaldir. Peki, “banka” olduğu iddiası ile faaliyet gösteren bir işletme tarafından verilmiş teminat mektuplarının durumlarını nasıl değerlendirmek gerekir?

Bankacılık Kanunu açısından meseleye bakılacak olursa, kanuni şartları haiz olmayan bir işletmenin, Bankacılık Kanunu’nun 4. Maddesinde sayılan konulardan bir ya da birkaçı ya da tamamı ile iştigal etmesi halinde dahi “banka” sayılması yasal olarak mümkün değildir²⁶⁴. Yasaya aykırı olarak “banka” sıfatı ile faaliyette bulunan bir işletme ile ilgili yaptırım, BankK 150. Maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. “İzinsiz Faaliyette Bulunmak” başlığını taşıyan maddede;

“Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi hâlinde bu

²⁶³ Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2007, s.96, s.97’den naklen

²⁶⁴ 5411 sayılı BankK md.60/f.1:“Kredi kuruluşları ile özel kanunlarına göre yetkili olanlar dışında hiçbir gerçek veya tüzel kişi, aslen veya fer’an meslek edinerek mevduat veya katılım fonu kabul edemez, ticaret ünvanları ve kamuya yapacakları açıklamalar ile ilan ve reklamlarında bu izlenimi yaratacak ifade ve deyimleri kullanamaz.”

işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.”

düzenlemesi mevcuttur.

Gerekli izinleri almadan, ticaret ünvanlarında banka adını kullanan ya da banka olarak faaliyette bulunduğu izlenimini verenler ile ilgili yaptırım da aynı maddenin ikinci fıkrasında mevcuttur;

Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın ticaret ünvanlarında, her türlü belge, ilân ve reklamlarında veya kamuoyuna yaptıkları açıklamalarda banka adını ya da banka gibi faaliyet gösterdikleri ya da banka gibi mevduat veya katılım fonu topladıkları izlenimini uyandıracak söz ve deyimleri kullanan gerçek kişiler ile tüzel kişilerin görevlileri, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca, bu işyerlerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür hâlinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.

BankK’da öngörülen ve yukarıda bahsedilen yaptırımlara rağmen ve bu yaptırımlara muhalefet etmek suretiyle faaliyette bulunan bir işletme tarafından verilen teminat mektuplarının akıbeti ne olacaktır? Bu durumda, böyle bir işletmenin, Bankacılık Kanunu’nun 150. Maddesindeki cezai hükümler saklı kalmak üzere, yine de Ticaret Kanunu açısından bir ticari işletme kabul edilmesi gerektiği ve söz konusu ticari işletmeyi işleten kişinin de, kanunda öngörülen diğer şartların gerçekleşmesi durumunda tacir sayılacağı ve tacir gibi sorumlu olacağı savunulmuştur²⁶⁵. Bu durumda, Ticaret Kanunu açısından ticari işletme sayılan bir işletme tarafından yapılan işlemlerin de, bu işlemlerin yasal olarak gerektirdiği şekil şartlarına uygun olmaları koşulu ile, geçerli olarak kabul edilmeleri gerekecek ve bu kapsamda bu tür işletmeler tarafından verilen teminat mektupları da geçerli kabul edilecektir.

Netice itibariyle, BankK ‘na muhalefet ederek, banka sıfatı ile faaliyette bulunan işletmeler tarafından verilen teminat mektuplarının da geçerli olarak kabul edilmeleri gerektiği ve muhatap tarafından ibrazları halinde ödenmek zorunda oldukları kanaatindeyiz.

²⁶⁵ Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, 2.Bası, İstanbul, 2009, s.2

3.Bankanın Teminat Mektubu Verme Ehliyeti Meselesi

Banka, bir tüzel kişi olarak, TMK’da tüzel kişiler ile ilgili olarak öngörülen düzenlemelere tabidir²⁶⁶.

Bankalar Kanunu m.7/f.a’ya göre, Türkiye’de kurulacak bir bankanın, anonim şirket olarak kurulması zorunludur²⁶⁷. Bu zorunluluk, mevduat, katılım, kalkınma ve yatırım bankaları ile kıyı bankaları için öngörülmüş bir zorunluluktur²⁶⁸.

Bankaların anonim şirket olarak kurulmaları zorunlu olduğundan, bankalara, tüzel kişilerde ehliyeti düzenleyen TTK m. 125 de uygulanacaktır.

Bankaların faaliyet konuları, BankK m.4’de düzenlenmiş bulunmaktadır. Anılan yasa maddesinin c bendine göre;

Nakdi ve gayrınakdi her cins ve surette kredi verme işlemleri

bankacılık faaliyeti kapsamında sayılacaktır.

BankK “Krediler” başlığını taşıyan 48. maddesinde,

Bankalarca verilen nakdi krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, gibi gayrınakdi krediler

demek suretiyle, bankalar tarafından verilen teminat mektuplarının, gayrınakdi kredi olarak kabul edildiği hükme bağlanmış bulunmaktadır.

Yukarıda zikredilen yasal düzenlemeler kapsamında, Banka ve ilgili mevzuata uygun şekilde kurulan ve faaliyette bulunan bankalar, garanti sözleşmesinin tarafı olma ve bu kapsamda teminat mektubu verme ehliyetini haizdirler.

Madde metninde yer alan “*faaliyette bulunma*” ibaresi önemlidir. Bir bankanın, TMSF’na devredilmesi durumunda faaliyeti son bulmuş olmakta mıdır, bu tür bankalar tarafından verilen teminat mektupları geçerli olacak mıdır sorusu akla gelebilir.

²⁶⁶ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.85

²⁶⁷ Reisoğlu, Bankacılık Kanunu Şerhi, s.212

²⁶⁸ Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, s.135

4. TMSF'ye Devredilen Bankalarca Verilen Teminat Mektuplarının İbrazı Meselesi

BankK m.65 gereğince, BankK kapsamında olan kuruluşlar ve bunların faaliyetleri, BDDK denetimine tabidir. Bu denetim, kamusal bir denetimdir²⁶⁹. BDDK tarafından, BankK'daki şartların varlığı halinde, bir bankanın faaliyet izni kaldırılabilir. Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşlarının tasfiye işlemleri BankK, kalkınma ve yatırım bankalarının tasfiye işlemleri ise İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapılır²⁷⁰.

Bir bankanın, yasal düzenlemelere uygun şekilde faaliyet gösterdiği dönemde düzenleyerek vermiş olduğu teminat mektuplarının geçerli olacağı ve bu bankanın daha sonra fona devredilmiş olmasının, banka tarafından daha evvel verilmiş teminat mektuplarının geçerliliğine bir etkisi olmayacağı kuşkusuzdur. Bu tür teminat mektuplarının geçerliliği noktasında bir tartışma bulunmamakla birlikte, muhatapların, ellerindeki teminat mektubunu nereye ibraz edecekleri ve kimden ödeme talebinde bulunacakları sorusu akla gelebilir. Bu konu ile ilgili olarak, TMSF II. Tahsilat Daire Başkanlığı tarafından, Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı Gümrükler Genel Müdürlüğü'ne gönderilen ve fon bankaları (fona devredilmiş olan bankalar) tarafından verilmiş banka teminat mektupları ile ilgili bir yazıyı incelemek aydınlatıcı olacaktır²⁷¹.

TMSF II.Tahsilat Daire Başkanlığı tarafından gönderilen yazıda;

“Fona devrolan bankalar tarafından verilmiş teminat mektuplarına ilişkin nihai yükümlülük Fona ait olup...”

denilerek, sorumluluğun Fon'a ait olduğu belirtildikten sonra,

²⁶⁹ Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, s.249

²⁷⁰ Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, s.265

²⁷¹ Kaynak : <http://haber.evrin.com/files/1259.pdf>, TMSF II.Tahsilat Daire Başkanlığı, Sayı : 31043872-Konu: Teminat Mektupları, 20.02.2013/00998

Fon bankalarından;

** Bayındırbank A.Ş., EGS Bank A.Ş., Esbank T.A.Ş., İktisat Bankası T.A.Ş., İnterbank A.Ş., Kentbank A.Ş., Etibank A.Ş. ve Toprakbank A.Ş. 'ye ait gayri nakit riskler Birleşik Fon Bankası A.Ş.*

** Demirbank T.A.Ş. 'ye ait gayrinakit riskler HSBC Bank A.Ş.,*

** Egebank A.Ş., Sümerbank A.Ş., Yaşarbank A.Ş., Ulusalbank T.A.Ş., Bank Kapital T.A.Ş. ve Yurtbank A.Ş. 'ye ait gayrinakit riskler ING Bank A.Ş.,*

** Pamukbank T.A.Ş. 'ye ait gayrinakit riskler Türkiye Halk Bankası A.Ş.,*

** Bank Ekspres A.Ş. 'ye ait gayrinakit riskler Burgan Bank A.Ş.,*

** Milli Aydın Bankası TAŞ. (Tarişbank) 'ye ait gayrinakit riskler Denizbank A.Ş.,*

** Türk Ticaret Bankası A.Ş. 'ye ait gayrinakit riskler Tasfiye Halinde Türk Ticaret Bankası A.Ş.*

nezdinde takip edilmekte olup,

açıklaması ile de, Fon'a devredilen bankalar tarafından verilen teminat mektupları ile ilgili gayri nakdi kredi yükümlülüğünün hangi bankalar tarafından üstlenilmiş olduğu belirtilmektedir.

TMSF II.Tahsilat Dairesi Başkanlığı tarafından gönderilen yazıda yer alan bankalar tarafından verilmiş teminat mektuplarını ellerinde bulunduran muhatapların, rizikonun gerçekleştiğini beyan ederek yapacakları ödeme istemlerini, yine yazıda belirtilen ve halen faaliyetlerini sürdürmekte olan bankalara yapmaları gerektiği anlaşılmaktadır. Yazıda belirtilen bankaların incelenmesinde, dikkati çeken ve tespitite bulunulmasını gerektiren bir husus vardır; özellikle Birleşik Fon Bankası A.Ş.'ne devredilen bankaların faaliyette buldukları süre içerisinde şube yayılımlarının ülke çapında nispeten geniş olduğu, ancak Birleşik Fon Bankası'nın sadece İstanbul'da ve tek bir adreste faaliyet gösterdiği bilinmektedir. Uygulamada, gayri nakdi kredi riskini Birleşik Fon Bankası'nın üstlenmiş olduğu ve adları yukarıdaki yazıda belirtilen

bankalarca verilen teminat mektuplarının özellikle İstanbul'a uzak illerde bulunan muhataplarının, ödeme istemlerini posta yolu ile Birleşik Fon Bankası'na iletmekte oldukları görülmüştür. Çalışmamızın ileriki safhalarında posta yolu ile ödeme talebine ilişkin daha ayrıntılı inceleme yapılacak olmakla birlikte, burada, Birleşik Fon Bankası'na ya da yazıda belirtilen diğer bankalara posta yolu ile yapılan ödeme istemlerinde, postadan kaynaklanan bir aksaklık nedeniyle, ödeme isteminin garanti veren bankaya ulaşmaması halinde riskin muhatapta olduğu, vadeli teminat mektuplarında postadan kaynaklanan gecikme nedeniyle ya da vadesiz teminat mektuplarında ödeme isteminin ulaşmaması nedeniyle bir hak kaybına uğranmamasını temin açısından, ödeme istemlerinin noter aracılığıyla gönderilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

5.Bankacılık Kanunu 141. Maddesinde Belirtilen Zamanaşımı Süresinin Banka Teminat Mektuplarının İbrazi Açısından Değerlendirilmesi

Bankacılık Kanunu'nun "Zamanaşımı" başlığını taşıyan 141. maddesi,

"Bu kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zaman aşımı süresi 20 yıldır."

düzenlemesini içermektedir.

Bu madde ile ilgili 2 farklı durumu, banka teminat mektupları özelinde, iki ayrı Yargıtay dairesi tarafından verilen kararlar ışığında incelemeye gayret edeceğiz.

a.Fon Açısından Öngörülen 20 Yıllık Zamanaşımı Süresinin Eşit Olarak Uygulanması Sorunu

Yukarıda arz edildiği üzere, Bankacılık Kanunu'nun 141. maddesi gereğince, Fon alacakları ile ilgili dava ve takiplerde zaman aşımı süresi 20 yıldır. Bankacılık Kanunu'nun Geçici 16. Maddesi ise, geçtiğimiz yılın Haziran ayının başlarına kadar şöyle bir düzenlemeyi içeriyordu;

Bu Kanun ile Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülerek zamanaşımı ve diğer konularda Fon lehine getirilen hükümler makale şamildir.

Yani, Fona devredilen bankalar tarafından verilen banka teminat mektupları ile ilgili olarak, Fon tarafından bir ödeme yapılması halinde, bu ödeme ile ilgili takip

zaman aşımı 20 sene olarak uygulanacak ve bu 20 senelik süre, geçici 16. Madde gereğince geçmişe yönelik olarak da uygulanabilecekti. Yasanın yürürlükte olduğu dönemde verilen bir Yargıtay kararında da bu hususa vurgu yapılmak suretiyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur²⁷².

gerekçesi ile yerel Mahkeme kararı bozulmuştur.

Anayasa'ya açıkça aykırı olduğu kanaatinde olduğumuz bu düzenleme ile ilgili olarak, İzmir 3. Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından yapılan başvuru neticesinde, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal kararı verilmiş²⁷³, bahse konu Anayasa Mahkemesi kararı neticesinde, borçlu tarafından zamanaşımı def'i kullanılabilecek haller ile ilgili olarak Fona sağlanan ve zamanaşımı süresi dolmuş olan alacaklara ilişkin olarak da takip yapılabilmesini temin eden düzenleme ortadan kaldırılmış olmaktadır.

Nitekim Yargıtay, Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra vermiş olduğu bir kararda, zamanaşımına uğramış bir alacağın TMSF'na devri nedeniyle kazanılmış hakkı ortadan kaldırır şekilde geçmişe etkili olarak zamanaşımı süresinin 20 yıla uzatılmasının mümkün olmadığına hükmetmiştir²⁷⁴.

²⁷² Yarg.13.HD, 04.03.2013 T., 2013/1628 E., 2013/5104 K. (www.legalbank.net):" Somut olayda davacı bankanın, mevduat kabul etme ve bankacılık yapma işlemleri kaldırılmış ve iflasına karar verilmiş olup, tasfiye işlemleri TMSF bünyesinde yürütülmektedir. 5411 sayılı kanunun az yukarda belirtilen 141.maddesi gereğince, söz konusu kanundan kaynaklanan fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi 20 yıl olup, aynı yasanın geçici 16. maddesi gereğince de, anılan kanun ile fon alacağının tahsili bakımından zamanaşımı ve diğer konularda fon lehine getirilen hükümlerin geriye etkili (makable şamil) olacağı belirtildiğine göre, konut kredisinden kaynaklanan ve bankacılık yapma işlemleri ve mevduat kabul etme izni kaldırılan müflis Marmara Bankası A.Ş. İflas İdaresi tarafından açılan iş bu davada, 20 yıllık zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği kabul edilmelidir. (Bkz. benzer bir olayda Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca verilen 05/04/2006 gün 06/12-110 esas 2006/122 sayılı karar da aynı yöndedir.) O halde dava konusu kredi sözleşmesinden kaynaklanan alacak nedeniyle, olayda uygulanması gereken 5411 sayılı kanunun 141. maddesi gereğince, dava tarihi itibarıyla 20 yıllık zamanaşımı süresi dolmadığından, mahkemece işin esası incelenerek, sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın zamanaşımı nedeniyle reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir."

²⁷³ Anayasa Mahkemesi, 04.06.2014 T., 2014/85 E., 2014/103 K. Sayılı, Resmi Gazete'nin 12.09.2014 tarih, 29117 sayılı nüshasında yayınlanan kararı (kararın tam metni için bkz. www.legalbank.net) : "19.10.2005 günlü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun;

B- Geçici 16. maddesinde yer alan "...zamanaşımı..." sözcüğünün Anayasa'ya aykırı olduğuna ve İPTALİNE,

C- Geçici 16. maddesinde yer alan "...zamanaşımı..." sözcüğünün iptali nedeniyle uygulanma olanağı kalmayan "...ve..." sözcüğünün de, 30.3.2011 günlü, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 43. maddesinin (4) numaralı fıkrası gereğince İPTALİNE, ..."

²⁷⁴ Yarg.12.HD., 12.01.2015 T., 2014/32958 E., 2015/182 K.:" İcra takip dosyasının incelenmesinde; takip konusu yapılan 2 adet bononun vade tarihlerinden itibaren 3 yıllık zamanaşımı süresi dolduktan sonra 28.12.2001 tarihinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredildiği görülmüştür. Zamanaşımına uğramış bir alacağın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devri nedeniyle kazanılmış hakkı ortadan kaldırır şekilde, geçmişe etkili olarak zamanaşımı süresinin 20 yıla uzatılması mümkün

Netice itibariyle, Fona devredilmiş bankalar tarafından verilmiş olan banka teminat mektuplarına istinaden yapılan ödemeler için lehtara rücu edilmesine ilişkin zamanaşımı süresi, bu bankaların fona devredildiği tarih itibariyle dolmuş ise, bu bankaların Fona devrolduğundan bahisle 20 yıllık zamanaşımı süresine tabi olmaları mümkün değildir. Ancak, fona devrolmuş bir banka tarafından verilen bir teminat mektubu, muhatap tarafından ödeme istemiyle ibraz edilir ve usulüne uygun ödeme talebine istinaden, şartlarının da yerinde olması halinde ödeme yapılır ise, Fon tarafından lehtara rücu edilmesi ve gerekmesi halinde yapılacak olan icra takibi ya da açılacak davaya ilişkin zamanaşımı süresinin 20 yıl olarak hesap edilmesi gerekecektir.

6.Teminat Mektubu Veremeyecek Bir Banka Türü Var mıdır?

Bankacılık Kanununun ve ilgili mevzuata uygun şekilde kurulmuş ve faaliyet göstermekte olan tüm bankaların teminat mektubu verme yetkilerinin bulunduğu, teminat mektubu vermesi yasaklanmış bir banka türünün mevzuatımızda yer almadığını söylemek gerekir. Belirtildiği üzere, teminat mektubu kabul edilmeyecek bir banka türü ile ilgili düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır.

Banka teminat mektubu, ülkemizde mevzuata uygun şekilde faaliyet gösteren her türlü banka tarafından verilebilir. Devlet İhale Kanunu'nun "*Teminat Olarak Kabul Edilecek Değerler*" başlığını taşıyan 26. maddesinin b fıkrasında, geçici ve kesin teminat olarak kabul edilecek değerler arasında;

"Bankalar ve özel finans kurumlarının verecekleri süresiz teminat mektupları," sayılmaktadır.

Kamu İhale Kanunu'nun 34. Maddesi de teminat olarak kabul edilecek değerlerin neler olduğunu düzenlemekte olup, anılan kanun maddesinin b fıkrasında, teminat olarak kabul edilecek değerler arasında;

"Bankalar ve özel finans kurumları tarafından verilen teminat mektupları" ve aynı maddenini c fıkrasında,

değildir. Bu nedenle takibe konu bonolar hakkında 20 yıllık zamanaşımı süresi uygulanamaz. (kararın tam metni için bkz. www.legalbank.net)

“İlgili mevzuatına göre Türkiye’de faaliyette bulunmasına izin verilen yabancı bankaların düzenleyecekleri teminat mektupları ile Türkiye dışında faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kuruluşlarının kontrgarantisi üzerine Türkiye’de faaliyette bulunan bankaların veya özel finans kurumlarının düzenleyecekleri teminat mektupları da teminat olarak kabul edilir.”

denilmek suretiyle, herhangi bir ayırım yapılmadan, Türkiye’de faaliyet gösteren bankalar tarafından verilecek teminat mektuplarının teminat olarak kabul edileceği düzenlenmektedir.

Netice itibariyle; mevzuata uygun olarak kurulan ve faaliyet gösteren, BankK’da sayılmış olan tüm bankalar, teminat mektubu verebilecek ve bu bankalar tarafından verilen teminat mektupları resmi kurumlar tarafından da kabul edilebileceklerdir.

7.Banka Teminat Mektuplarında İmza Meselesi

Anonim şirketlerde temsil, TTK m.370’de düzenlenmiş bulunmaktadır. Maddenin 1. Fıkrasına göre, esas sözleşmede aksi gösterilmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa, temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir. İkinci fıkrada ise, yönetim kurulunun temsil yetkisini bir veya birden fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebileceği, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olmasının şart olduğu düzenlenmektedir.

Yukarıda kısaca değinilen yetkiye ilişkin kuralların ihlali halinde ne olacaktır? Bir anonim şirket olan bankanın, yetki ile ilgili olarak TTK hükümlerine tabi olacağı açıktır. Bunun yanı sıra, BankK’da yetki ile ilgili düzenlemelere de uygun davranılması mecburiyeti vardır. Peki, bu düzenlemelere aykırı davranılırsa, örneğin banka tarafından düzenlenen teminat mektubunda tek imza var ise ne olur? Bu durumda, ticaret siciline tescil edilen ve şubelerin çift imza ile bankayı borç altına sokabileceği hususunun herkese karşı ileri sürülebileceği ve tek imzalı bir teminat mektubunu kabul eden muhatabın iyi niyet iddiasının dinlenmeyeceği görüşü ileri sürülmüştür²⁷⁵.

Bu kapsamdan, banka şube müdürlerinin durumlarına da bakılmasında fayda vardır. Zira teminat mektupları banka şubeleri tarafından verilmektedir ve şube müdürleri de Borçlar Kanunu açısından ticari temsilci (ticari mümessil) sayılırlar.

²⁷⁵ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.89;

Yani bir muhatabın, tek imzalı bir banka teminat mektubunu kabul etmesi halinde, banka bu tür bir teminat mektubunun kendisini bağlamayacağını belirterek ödeme yapmaktan kaçınabilir. Eğer banka tarafından, tek imzalı bir teminat mektubuna istinaden ödeme yapılacak olursa, teminat mektubunun ödenmesini müteakip lehtara rücu aşamasında hukuki ihtilafla karşılaşılması ihtimali yüksektir.

8.Banka Teminat Mektupları İle İlgili Üst Sınır

Bankalar tarafından verilen teminat mektupları, yasa gereği gayri nakdi kredi olarak sayılmaktadır. Gayri nakdi kredinin, açıldığı anda kullanılmış olduğu, yani bankanın teminat mektubunu verdiği anda kredinin kullanılmış olacağı ve bu gayri nakdi kredi tutarının, Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmelik md.12'de belirtilen oranlar çerçevesinde kredi sınırları bakımından dikkate alınacağı belirtilmiştir²⁷⁶.

Nakit temini amacıyla verilen teminat mektupları, kredi sınırlarının hesaplanmasında yüzde yüz, diğer teminat mektupları ise yüzde elli oranında dikkate alınacaktır.

Bankalar tarafından verilecek kredilere ilişkin sınırlar, BankK m.54'de düzenlenmiştir. Buna göre,

bankalarca bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullandırılacak kredilerin toplamı, yasada sayılan istisnai hükümler saklı kalmak üzere, öz kaynakların yüzde yirmi beşini aşamaz.

Banka teminat mektupları garanti sözleşmesi olarak kabul edildiklerinden, teminat mektubuna istinaden muhataba ödeme yapan bankanın, yapmış olduğu ödeme ile ilgili olarak lehtara (ya da kontrgarana), yasadan kaynaklanan bir rücu imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle, bankalar kendi açılarından teminat mektubuna istinaden yapacakları ödeme ile ilgili rücu imkanını kullanabilmek için, lehtardan kontrgaranti vermesini istemektedir, bu kontrgaranti, banka açısından lehtara açılan gayri nakdi kredinin teminatını teşkil etmektedir.

Bankanın alacağı kontrgarantinin, lehtarın imzasından ibaret olabileceği, zira Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin

²⁷⁶ Şit, Başak, Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, s.142, vd.

Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (Karşılıklar Yönetmeliği) md.3/1-d uyarınca, teminat olarak sözleşmeden doğan hakların edinilmesinin mümkün ve yeterli olacağı ileri sürülmektedir²⁷⁷.

9.Kredi Sınırlarının Aşılması Suretiyle Teminat Mektubu Düzenlenmesi

BankK md.51'e göre kredi açma yetkisi banka yönetim kuruluna aittir. Yönetim kurulu bu yetkiyi, kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde kredi komitesine veya genel müdürlüğe devredebilir. Genel müdürlük de kendisine devredilen kredi açma yetkisini diğer birimleri, bölge müdürlükleri veya şubeleri aracılığıyla kullanabilir.

Yönetim kurulunun, kredi açma yetkisini devretmiş olduğu bölge müdürlüğü ya da şube müdürlüğünün, yetki sınırlarını aşmak suretiyle düzenledikleri teminat mektupları da geçerli olacaktır, zira şubelerin kredi limitleri bankanın iç işleyişi ile ilgili olduğundan üçüncü kişileri bağlamayacaktır²⁷⁸.

Yetki sınırları aşılma suretiyle teminat mektubu düzenlenmesi halinde, teminat mektubunun geçerli olduğuna ilişkin kabulün “*muhatabın kötü niyetli olması*” hali istisna olmak üzere geçerli olduğu, muhatabın yetki sınırının aşılması suretiyle teminat mektubu verildiğini biliyor ya da bilecek durumda olması halinde bankanın, teminat mektubundan kaynaklanan bir yükümlülüğünün olmadığı savunulmuştur. Yine, personel ile muhatabın anlaşması ve böylelikle yetki sınırlarının aşılması suretiyle teminat mektubunu düzenlenmesi, bankaya karşı bir haksız fiil anlamına geleceğinden, bankanın bu tür bir ilişkiyi ispat etmesi halinde banka açısından bir ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır²⁷⁹.

Yargıtay'a intikal eden bir olayda; davacı taraf kendisine verilen kesin teminat mektubunun paraya çevrilerek kendisine ödenmesini talep etmiş, davalı vekili ise, ödenmesi istenen teminat mektubunun müvekkili bankanın dışında ve bilgisi haricinde sahte olarak düzenlendiğini, kayıtlarında yer almadığını iddia ederek davanın reddini talep etmiş, yerel Mahkeme tarafından verilen kararda, davanın kısmen kabulüne ve muhatabın da teminat mektubunun teyidini istememesi nedeniyle müterafik kusurlu

²⁷⁷ Şit, Başak, Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlanan Sonuçlar, s.147

²⁷⁸Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.67; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.89; Barlas, Nami, Banka Teminat Mektupları, s.54; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.175; Arkan, Hukuki Durum, s.71

²⁷⁹ Reisoğlu, a.g.e., s.87; Güler, Muhammet Ali, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, s.18

olarak kabul edilmesine karar verilmiş, taraf vekillerince temyiz edilen karar Yargıtay tarafından da onanmıştır²⁸⁰.

Yerel Mahkemenin kararına ve Yargıtay'ın onama kararına genel olarak katılıyor olmakla birlikte, kararda davacı tarafa (muhataba) 1/8 oranında yüklenen müterafik kusur ile ilgili gerekçeye katılma imkanının bulunmadığı kanaatindeyiz. Zira, herhangi bir yasal düzenlemesi olmayan banka teminat mektuplarının hukuki niteliği itibariyle garanti sözleşmesi olduğu, tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmelerine ilişkin olarak da herhangi bir yasal düzenlemenin mevcut olmadığı, banka teminat mektubunun muhataba ulaşması ve muhatabın da banka teminat mektubunu kabul etmediğine ilişkin açık bir beyanı olmadığından, taraflar arasındaki garanti sözleşmesinin zımni olarak kurulduğu kabul edilmelidir. Bu durumda, taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasından sonra, garanti alan tarafın zımni olarak da olsa kabul etmiş olduğu banka teminat mektubu ile ilgili olarak bir de teyit almak zorunda olduğunun iddia edilmesi, yasal dayanağı olmaması bir tarafa bankalar tarafından verilen tüm teminat mektuplarının geçerli olabilmeleri için teyit ettirilmeleri zorunluluğuna sebebiyet verebileceği gerekçesi ile de yanlıştır. Teyit almayan muhatabın müterafik kusurlu olarak kabul edilmesi, yukarıda verilen örnekteki gibi nispeten düşük meblağlı teminat mektuplarında değil ama baraj, havalimanı inşâsı gibi büyük rakamların telaffuz edildiği hukuki ilişkilerde, muhatabın ekonomik olarak mahvına sebebiyet verebilir. Bu itibarla, yerel Mahkeme kararı ve Yargıtay'ın onama kararının, “*banka teminat mektubu ile ilgili olarak teyit almadığı için muhatabın müterafik kusurlu olduğu*” şeklindeki gerekçelerine katılma imkanının bulunmadığı, bu tür bir kararın ancak banka teminat mektupları ile ilgili olarak yapılacak bir yasal düzenlemede, muhatabın yükümlülükleri arasında sayılması halinde geçerli olabileceği

²⁸⁰ Yarg.11.HD, 16.03.1998 T., 1997/10671 E., 1998/1766 K. (www.legalbank.net): “*dava konusu teminat mektubunun bankanın defter ve kayıtlarında yer almadığı, dolayısı ile davalı bankanın komisyon ve masraf adı altında bir para almadığı, lehine sahte teminat mektubu tanzim edilen Mahmut ...'ın kredi hesabının 15.3.1985 günü kat edildiği, bu tarihten sonra da kredi kullanmadığı, teminat mektubu hamilinin davalı bankadan mektubun teyidini istemediği, dava konusu teminat mektubunun banka personeli ile lehdarın birlikte hareket ederek bankanın dolandırılmasının bundan haberdar olmayan 3.kişilere karşı ileri sürülemeyeceği, davalı bankanın gerek organlarının gerekse personelinin işlediği haksız fiillerden sorumlu olacağı, davalı bankanın her halükarda gerekli dikkat ve özeni göstermemekle sorumlu olduğu, davacının ise olayın oluşumunda teyit almamış olması nedeniyle 1/8 oranında müterafik kusuru bulunduğu gerekçeleriyle davanın kısmen kabulüyle kusur oranına göre (6.772.500) TL'nin 23.2.1990 tarihinden itibaren %45 ve değişen oranlarda reeskont faiziyle birlikte davalıdan tahsiline, fazlaya ilişkin istemin reddine*”

kanaatindeyiz.

B.Muhatap

Genel anlamda banka teminat mektubu ilişkisinde, rizikonun gerçekleştiğini iddia ederek bankaya başvuracak ve ödeme talebinde bulunacak olan taraf muhataptır. Bu nedenle, çalışma konumuz olan ibraz ve ödeme talebi sürecini başlatacak taraf olması açısından muhatabın önemi büyüktür, zira teminat mektubunu ödeme talebinde bulunma yetkisi muhataba aittir²⁸¹, muhatabın doğru şekilde tespit edilememesi halinde, ödeme talebini yapacak olan ve kendisine ödeme yapılacak olan taraf belirlenememiş olacak ve aslında ödeme yapılmaması gereken bir kişiye ödeme yapılması halinde, bankanın lehtara rücu etmesi aşamasında taraflar arasında hukuki ihtilaf ortaya çıkabilecektir.

Banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağa ilişkin ödeme talebi yalnızca garanti sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan muhatap tarafından ya da onun adına hareket eden organ veya iradî temsilci tarafından yapılmalı, temsilci tarafından yapılacak ödeme taleplerinde temsilcinin açık ve özel bir temsil yetkisine sahip olması gereklidir²⁸².

Banka, ödeme talebinde bulunan muhatabın, banka teminat mektubunda muhatap olarak belirtilen kişi olup olmadığını incelemeli ve ödeme talebinde bulunan kişinin muhatap olmadığını tespit etmesi halinde, ödeme talebini reddetmelidir, zira banka, muhatap dışında bir kişinin ödeme talebini yerine getirir ise, yaptığı ödeme ile ilgili olarak lehtara rücu edemeyecektir²⁸³.

Genel anlamda banka teminat mektubu ilişkisinde muhatap, garanti sözleşmesinin diğer tarafını oluşturan, kendisine teminat mektubu verilen kişi olarak tanımlanabilir²⁸⁴.

Muhatap;

- Temel ilişkide, lehtarın kendisine bir edimi ifa etmeyi yüklediği,

²⁸¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.91

²⁸² Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.247; Aral, a.g.e., s.186; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.359

²⁸³ Coşkun, Hilal Yener, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, s.146

²⁸⁴ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.51

- Garanti ilişkisinde, garanti veren bankanın, temel ilişkiden bağımsız bir şekilde lehtarın bir edimini kendisine karşı garanti ettiği, taraftır.

Teminat mektubunun ülkemizdeki ilk uygulaması, teminat mektuplarının resmi kurumlara hitaben verilmesi şeklinde olmuş, teminat mektubu uygulamasının yaygınlaşması ile, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri ile kamu hukuku tüzel kişilerine hitaben de teminat mektupları düzenlenmeye başlanmıştır²⁸⁵. Bu itibarla, teminat mektubunun muhatabı, resmi daireler, kamu hukuku tüzel kişileri olabileceği gibi, özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri de olabilir.

1.Birden Fazla Muhatap Olması Durumu

Banka teminat mektupları, tek bir muhataba hitaben düzenlenebileceği gibi, birden fazla muhataba hitaben de düzenlenebilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, banka teminat mektubunun birden fazla muhataba “*aynı borcun teminatı için*” veriliyor olduğudur²⁸⁶. Farklı borçlar ile ilgili olarak birden fazla muhataba banka teminat mektubu verilmesi halinde, her bir borç için ayrı banka teminat mektubu ilişkisinin ortaya çıkacağı ve banka teminat mektubunun tazmin isteminin, her bir teminat mektubu ile garanti edilen riskin gerçekleşmesine bağlı olduğu kuşkusuzdur.

Birden fazla muhataba hitaben banka teminat mektubu düzenlenmesi halinde, hukuki ihtilafın önlenmesi için, muhataplardan biri ya da birkaçı tarafından ödeme talebinde bulunulup bulunulamayacağı, bir muhatap tarafından verilen ibranamenin diğer muhatapları da bağlayıp bağlamayacağı gibi hususların teminat mektubu metninde yer alması gerekir, aksi halde ödeme talebinin muhatapların tümü tarafından yapılması gerekecektir²⁸⁷.

²⁸⁵ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.91

²⁸⁶ Reisoğlu, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.92

²⁸⁷ Reisoğlu, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.92; Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.91

2.Muhatabı Belli Olmayan Teminat Mektubu Düzenlenmesi

Uygulamada, bankalar tarafından lehtarın alacağı kredi için muhatap gösterilmeden teminat mektubu düzenlendiği ve lehtara teslim edildiği belirtilmiştir.²⁸⁸ Bu tür teminat mektuplarında, muhatabın belirlenmesinin lehtara bırakıldığı, lehtarın bu safhada bankanın temsilcisi olarak hareket etmekte olduğu, muhatabın tespiti yetkisinin lehtara bırakılmasının, BankK'na de aykırılık teşkil etmeyeceği zira anılan kanuna göre, gayrinakdi kredinin lehtara açılacağı, muhatabın kimliğinin bankayı ilgilendirmediği savunulmuştur²⁸⁹.

Muhatabın belirli olmadığı banka teminat mektuplarının geçerli olduğu yönünde doktrinde savunulan görüşe katılmıyoruz. Zira, banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesinin doğal sonucu, sözleşmenin en az iki âkit tarafı gerektiriyor olmasıdır. Muhatabı belli olmadan tanzim edilen ve lehtara teslim edilen bir teminat mektubunun icaptan ileri gidemeyeceği, ancak lehtar tarafından muhatabın belirlenmesinden ve muhatap tarafından da bu teminat mektubunun kabul edilmesinden sonra banka teminat mektubu olarak geçerli olacağı savunulmuş ise de, bu görüş bizi "tek taraflı sözleşme gibi" bir kavramla karşı karşıya bırakmaktadır ki bu mümkün değildir. TBK md.1, sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından bahsetmektedir, burada ise karşılıklı bir irade beyanı yoktur.

Doktrinde savunulan görüşe katılmamızın bir diğer sebebi de şudur ; dünyada ve ülkemizde bankacılık uygulamalarını doğrudan etkileyen FATF (Financial Action Task Force- Mali Eylem Görev Grubu) tavsiyeleri ve Basel Bankacılık Denetim Komitesi bildirimlerine göre; "Müşterini Tanı İlkesi", basit hesap açma ve kayıt tutmanın ötesinde, bankaların risk bazlı müşteri tanı uygulamalarını geliştirmelerini gerektirmekte, yüksek risk içeren kişi ve kurumlar için üst düzey yönetici onayı dahil detaylı yazılı müşteri tanı ve kabul kurallarını oluşturulmasını , müşteriden ve hesap türünden beklenen normal işlemler dışındaki şüpheli faaliyetlerin izlenmesini zorunlu kılmaktadır²⁹⁰.

²⁸⁸ Reisoğlu, a.g.e., s.92

²⁸⁹ Reisoğlu, a.g.e., s.93

²⁹⁰ Çakır, Alparslan, Bankacılar Dergisi, S.56, s.42, vd.

Ülkemizde MASAK gibi kuruluşlar tarafından da uygulanması teşvik edilen bu ilke gereği, bankanın, hukuki ilişki içerisinde olduğu müşterisini tanıma yükümlülüğü mevcut iken, bankanın “*kim olduğunu bilmediği bir kişi ile*” sözleşme ilişkisi içerisinde girdiğini kabul etmenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Bu itibarla, muhatap belli olmayan bir teminat mektubunun geçerli olduğu görüşüne katılmıyoruz.

3.Muhatabın Ehliyeti

Muhatap, resmi kurum veya kamu hukuku tüzel kişisi olabileceği gibi, özel hukuk gerçek ve tüzel kişisi de olabilir. Muhatabın ehliyeti kavramını buna göre inceleyecek olursak;

a.Muhatabın gerçek kişi olması halinde; gerçek kişinin muhatap olabilmesi için temel koşul fiil ehliyetini haiz olmasıdır. Fiil ehliyeti, “*bir kimsenin kendi fiili ile hak kazanabilme ve yükümlülük altına girebilme ehliyeti.*” olarak tanımlanmaktadır²⁹¹. Tam fiil ehliyetine sahip olmak için gerekli şartlar, Medeni Kanun’un 10. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, fiil ehliyetine sahip bir gerçek kişinin;

- Kısıtlı olmamak,
- Ayırt etme gücüne sahip olmak,
- Ergin olmak,

özelliklerini haiz olması gerekir²⁹².

Yukarıda belirtilen üç özelliği haiz bir gerçek kişinin, “*özel hukuktan doğan hakları bizzat kullanmak veya kendi fiilleriyle kendi leh veya aleyhine özel hukuk tarafından düzenlenen hak ve borçları yaratmak iktidarı*”²⁹³ olarak da tanımlanan fiil ehliyetini haiz olduğu ve bu kapsamda muhatap sıfatı ile banka teminat mektubunun kabulü ya da garanti sözleşmesine taraf olma imkanının mevcut olduğu söylenebilir.

Tam ehliyetliler açısından durum böyle iken, bunun dışındaki kişileri tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler olarak ikiye ayırarak incelemek gerekir.

²⁹¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.47

²⁹² Akipek/Akıntürk/Karaman, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C:I, Yenilenmiş 11. Bası, s.285

²⁹³ Akipek/Akıntürk/Karaman, a.g.e., s.282

aa. Tam Ehliyetsizler

Ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler, tam ehliyetsizler grubuna girerler²⁹⁴. Tam ehliyetsiz bir kişinin, ayırt etme gücü bulunmadan yaptığı hukuki işlemler bâttır, tam ehliyetsiz tarafından yapılan hukuki işlemin geçersiz olabilmesi için bu durumun birisi tarafından ileri sürülmesi gerekmez, örneğin bir davada bu hükümsüzlük taraflarca ileri sürülmesi dahi, hakim bu durumu resen nazara almak durumundadır.

Tam ehliyetsiz bir kişi ile işlem yapan karşı taraf iyiniyetli de olsa, işlem yine de hükümsüz olacaktır.

Bu durumda, muhatabın tam ehliyetsiz olması durumunda, banka teminat mektubu ilişkisinin geçerli olarak kurulduğu söylenemeyeceğinden, muhatabı tam ehliyetsiz olan bir teminat mektubunun, daha sonra bu kişinin mirasçıları tarafından bankaya ibraz edilerek ödeme talep edilmesi mümkün değildir, zira tam ehliyetsiz bir kişi tarafından yapılan işlemler, başlangıçtan itibaren hükümsüzdür²⁹⁵.

Ayırt etme gücü olmayan bir kimsenin yaptığı hukuki işlemin butlanını ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu haller, yukarıda belirtilen açıklamaların istisnasını oluşturmaktadır. Bu tür durumlarda söz konusu hukuki işlem geçerliymiş gibi sonuç doğurur²⁹⁶. Bu durumda, örneğin, tam ehliyetsiz bir muhataba verilen bir teminat mektubunun, bu kişinin mirasçıları tarafından ödeme istemiyle ibraz edilmesi halinde, mahkemenin taraflardan birisinin tam ehliyetsiz olması nedeniyle işlemin geçersizliğine hükmetmemesi, öncelikle lehtar ve garanti veren bankanın kötü niyetle hareket edip etmediğini araştırmasının uygun olacağı kanaatindeyiz.

bb.Sınırlı Ehliyetsizler

Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar sınırlı ehliyetsizlerdir.

Sınırlı ehliyetsiz kişiler, karşılıksız kazandırma niteliğindeki işlemlerde yasal temsilcilerinin onayına ihtiyaç duymayacaklardır²⁹⁷. Ancak buradaki “*karşılıksız olma*”

²⁹⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.76

²⁹⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s.78

²⁹⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.81

²⁹⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s.87

ölçütünün hukuki olduğu, ekonomik olmadığına dikkat edilmelidir²⁹⁸. O nedenle de, banka teminat mektubunun kabul edilmesi işlemi kural olarak muhatap herhangi bir yükümlülük altına sokmuyor ise de, doktrinde savunulan “*banka ile garanti sözleşmesi ilişkisine giren muhatap açısından, banka teminat mektubunun herhangi bir sorumluluk getirmediği ve bu nedenle banka teminat mektubu ilişkisinin hukuken geçerli olduğu*”²⁹⁹, yönündeki görüşe, teminat mektubunun kabulü sınırlı ehliyetsiz tarafından yapılabilecek bir işlem ise de, bu işlem neticesinde banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın talep edilmesi, özellikle şartlı teminat mektuplarında, banka teminat mektubunda belirtilen şartların yerine gelip gelmediğini denetlemeyi gerektirir. Sınırlı ehliyetsiz tarafından bu işlemin doğru şekilde yapılmaması kendisi açısından hak kaybına sebebiyet verebilir. Sınırlı ehliyetsiz bakımından sözleşmenin “*ancak yasal temsilcisinin onayına*” bağlı olarak geçerli olabileceği gerekçesi ile katılmıyoruz. Ancak, ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları açısından durum farklı değerlendirilmeli ve muhatapın banka teminat mektubunu kabulü ve teminat mektubu ilişkisinin geçerli olarak kurulmuş olduğu kabul edilmelidir.

b.Muhatabın Tüzel Kişi Olması Halinde

Tüzel kişiler ile ilgili düzenlemelere, TMK 47, vd. maddelerinde yer verilmiştir.

Tüzel kişinin fiil ehliyeti, TMK m.48’de düzenlenmektedir. Buna göre tüzel kişiler, kanuna ve kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla, fiil ehliyetini kazanırlar.

Tüzel kişilerin banka teminat mektubu ilişkisinde muhatap olarak yer alabilmeleri için ana sözleşmelerinde özel bir düzenlemeye yer verilmesine gerek olmadığı, zira kredi ilişkisinin kural olarak ticaret şirketlerinin işletme mevzuu kapsamında kaldığı belirtilmiştir³⁰⁰.

Bu itibarla, MK’da öngörüldüğü şekilde fiil ehliyetini haiz tüm tüzel kişiler muhatap sıfatını haiz olabileceklerdir.

Peki, banka tarafından düzenlenen teminat mektubunda muhatap kısmında hata yapılmış ise ne olacaktır? Uygulamada, bankalar tarafından yanlışlıkla muhatap adının

²⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, a.g.e., s.99

²⁹⁹ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.100

³⁰⁰ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.65

ya da unvanının değiştirilerek ya da yanlış şekilde teminat mektuplarına yazıldığı görülmektedir. Bu durumda banka, yanlış muhataba vermiş olduğu teminat mektubundan dolayı sorumlu olacak mıdır?

Teminat mektuplarında ödeme talebinde bulunma hakkı muhataba aittir ve bu nedenle de muhatabın herhangi bir tereddüde mahal bırakmadan belirlenmesi büyük önem taşır³⁰¹. Muhatabın adının ya da unvanının hiç belirtilmemiş olduğu durumlarda, banka tarafından lehtara “*muhatabı belirlemek üzere*” yetki verildiğinin kabul edileceği savunulmuştur³⁰².

Ancak banka tarafından verilen teminat mektubunda tüzel kişi unvanının tam olarak belirtilmemesi halinde ne olacağı ise başka bir durumdur. Uygulamada, teminat mektupları, lehtar tarafından talep edilmekte ve teminat mektubunun kime hitaben düzenleneceği de muhatap tarafından bankaya bildirilmektedir. Bu durumda, herhangi bir tereddüt hasıl olması halinde, öncelikle banka tarafından lehtara “muhatabın unvanının doğru olup olmadığının teyit ettirilmesi”nde fayda vardır. Zira, yukarıda da belirtildiği üzere, ödeme talep etmek yetkisi muhataba aittir ve banka ancak muhatabı tam ve doğru olarak tespit edip muhataba ödeme yapmak suretiyle borcundan kurtulabilecektir. O nedenle, öncelikle basiretli bir tacir gibi davranmakla yükümlü olan bankanın, muhatabın unvanını doğru şekilde yazmak yükümlülüğünün bulunduğu kuşkusuzdur. Banka, lehtarın talep ettiği şekilde bir teminat mektubu hazırlamış ancak lehtar teminat mektubu talep ederken muhatabı yanlış bildirmiş ise, bu durumda bankanın herhangi bir sorumluluğunun bulunmayacağını kabul etmek gerekir. Lehtar muhatabın unvanını tam ve eksiksiz olarak bildirmiş ancak banka tarafından yanlış bir teminat mektubu hazırlanmış ise, bu durumda halin icabından ya da küçük bir araştırma neticesinde muhatabın kim olduğunun tayin edilebiliyor olması halinde, bankanın muhataba ödeme yapmasının mümkün olduğu söylenebilir. Ancak, bu durumda dahi, banka ödeme yapmadan evvel lehtar ile görüşerek ödeme talep eden muhatabın lehtar ile temel ilişkide olan muhatap mı olduğu hususunda lehtarın teyidini almalıdır. Uygulamada, bankaların teminat mektubu ödeme istemlerine ilişkin inceleme konusunda son derece şekilci davrandıkları ve muhatabın unvanı ile ilgili bir tereddüt ortaya çıktığı durumlarda ödeme yapmaktan imtina ettikleri görülmektedir. Bu durumda

³⁰¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.91

³⁰² Akyol, Şener, Banka Sözleşmeleri, s.165

muhatapın banka aleyhine yasal yollara müracaat ederek alacağı tahsili yoluna gidecektir. Ancak, netice itibariyle bir garanti sözleşmesi olan banka teminat mektubunda, sözleşmenin diğer tarafı olan muhatapın teminat mektubunu kabul etmesinin, kendisi açısından müterafik kusur olarak kabul edilmesi gibi bir riskin mevcudiyetinden bahsetmek gerekir.

Netice itibariyle, banka teminat mektubunun muhatapının adının ya da unvanının yanlış yazılması durumunda, eğer bankanın hatalı işlemi sebebiyle bir zarar ortaya çıkacak olursa bankanın, “*sözleşmeyi kaleme alan uzman taraf olarak* bankanın yaptığı yanlışın sonuçlarına katlanması gerektiği³⁰³ yönündeki görüşe katılıyoruz.

C.Lehtar

Lehtar, temel ilişkide muhatap ile bir ticari ilişkiye girerek, muhataba belli bir edimi ifa edeceği taahhüdünde bulunan, karşılık ilişkisinde ise banka ile sözleşme imzalayarak, teminat mektubu talebinde bulunan ve bankanın kendisine gayrinakdi bir kredi açtığı, bankanın kredi müşterisi olan kişidir.

Lehtar, özel hukuk gerçek veya tüzel kişisi olabilir³⁰⁴.

Lehtar, dar ve teknik anlamda banka teminat mektubu ilişkisinin tarafı değildir³⁰⁵.

Muhatap, sadece lehtarın üstlendiği ve teminat mektubunda belirtilen edimin ifa edilmediği ya da lehtarın edimine bağlı rizikonun gerçekleştiğini iddia ederek garanti veren bankaya müracaat edebilecek ve teminat mektubunda belirtilen rakamın ödenmesini talep edebilecektir. Muhatapın, lehtar dışındaki bir kişinin borcundan dolayı garanti veren bankayı sorumlu tutması mümkün değildir³⁰⁶.

Banka teminat mektubu ilişkisinde birden fazla muhatap söz konusu olabileceği gibi, lehtar tarafında da birden fazla kişi bulunabilir. Banka açısından, hukuki ihtilafların önlenmesini teminen, lehtarlardan birisinin yükümlülüğünü yerine

³⁰³ Akyol, Şener, Banka Sözleşmeleri, s.165

³⁰⁴ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.95

³⁰⁵ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.92, s.101; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.61

³⁰⁶ Reisoğlu, a.g.e., s.95

getirmemesinin, muhatabın ödeme talebi için yeterli olacağı hususunun teminat mektubu metnine yazılmasında fayda olduğu belirtilmiştir³⁰⁷.

IV.TARAFLARLA İLGİLİ ÖZEL DURUMLAR

A.Muhatabın Değişmesi

Türk hukukunda, banka teminat mektuplarında muhatap değişikliğini içeren devir sözleşmelerinin yapılmasına genel hukuk prensipleri bakımından herhangi bir engel olmadığı, banka ile muhatabın aralarında anlaşarak, sözleşme serbestisi içerisinde muhatap değişikliği sonucunu doğuracak bir sözleşme yapabilecekleri savunulmuştur³⁰⁸.

Banka teminat mektubu ilişkisinde garanti alan taraf olan muhatabın değişmesi, ancak;

Banka tarafından, garanti alan tarafın değişmesine muvafakat edilmesi ya da,

Teminat mektubunun düzenlenmesi sırasında mektup metninde, muhatap değişikliğini kabul eden bir hükme yer verilmesi suretiyle mümkün olabilecektir³⁰⁹.Ancak teminat mektubunun “devredilebilir” nitelikli olmasının, bankanın baştan muvafakat etmesi olarak değerlendirilemeyeceği, bankanın devralan muhatabın durumunu nazara almayacağı anlamına gelmeyeceği görüşü de bulunmaktadır³¹⁰.

Sözleşmenin devri, TBK m.205’de düzenlenmiştir. TBK m.205/III’e göre, devir sözleşmesine ilişkin şekil de devre konu olan sözleşmenin şekline tabi tutulduğundan ve banka teminat mektuplarının garanti sözleşmesi olarak kabul edilmeleri, garanti sözleşmesinin ise yasal düzenlemeye tabi olmamaları nedeniyle şekil şartlarının da olmaması sebebiyle, devir sözleşmesi herhangi bir şekil şartına tabi olmayacaktır. Ancak, bu açıklamanın “garanti sözleşmesi” niteliğini haiz teminat mektupları için geçerli olduğu, banka tarafından verilen teminat mektubu metninden, bankanın kefil olma iradesinin anlaşılması ve dolayısıyla teminat mektubunun “kefalet sözleşmesi”

³⁰⁷ Reisoğlu, a.g.e., s.98

³⁰⁸ Doğan, a.g.e., s.291; Reisoğlu, a.g.e., s.95

³⁰⁹ Reisoğlu, a.g.e., s.206

³¹⁰ Doğan, a.g.e., s.292

olarak kabul edildiği hallerde, TBK’da kefalet ile ilgili olarak öngörülen şekil şartlarına uyulmasının zorunlu olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Muhatabın değişmesi bahsinde göz önünde bulundurulması gereken bir husus da, burada sözleşmenin bir bütün olarak devrinden bahsedilmekte olduğudur.

Muhatap, teminat mektubundan kaynaklanan alacağını, garanti veren tarafın (bankanın) muvafakatına ihtiyaç duymadan devredebilir, ancak sözleşmenin bir bütün olarak devri, garanti sözleşmesinin taraflarından birinin de değişmesi anlamına geleceğinden, sözleşmenin diğer tarafının muvafakatını gerektirmektedir³¹¹.

B.Banka Teminat Mektubundan Kaynaklanan Alacağın Devri

Muhatabın banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağını devretmesi hususunu farklı ihtimallere göre değerlendireceğiz;

1.Alacağın sözleşme ile devri

Bir alacağın alacaklı sıfatını taşıyan tarafı, hukuki bir işlemle değişebilir³¹². Alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını, borçlunun muvafakatına gerek olmadan³¹³ bir sözleşmeye dayanarak üçüncü bir kişiye devretmesine alacağın devri denir³¹⁴. Eski Borçlar Kanunumuzdaki tanımlama, “alacağın temlik” şeklinde iken, yeni Borçlar Kanunu’nda “temlik” yerine “devir” ibaresi tercih edilmiştir³¹⁵. Alacağın devri, dar anlamda bir borç ilişkisinde alacağın alacaklı tarafından bir başka kişiye devredilmesi olarak tanımlanmıştır³¹⁶.

Muhatap, alacağın devri sözleşmeye dayalı bir tasarruf işlemi olduğundan, devir sözleşmesinin yapıldığı anda tasarruf yetkisinin bulunması şartı ile, alacağını devredebilir³¹⁷.

³¹¹ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.201

³¹² Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, s.375; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, Yetkin Yayınları, s.1224

³¹³ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.547

³¹⁴ Eren, a.g.e., s.1224; Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s.375

³¹⁵ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.2, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s.543

³¹⁶ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.543

³¹⁷ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.295; Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s.377

Temlik edildiği anda mevcut olmayan fakat ileride doğacak alacağa “müstakbel alacak” denir³¹⁸. Banka teminat mektupları ile ilgili yasal bir düzenleme mevcut olmadığından, banka teminat mektubundan doğan ya da doğacak olan alacağın devrini yasaklayan bir kanun hükmü de mevcut değildir, henüz doğmamış olmakla birlikte, müstakbel ve doğması belli olayların varlığına bağlı bir alacağın da devredilebileceği kabul edilmektedir, bu kapsamda banka teminat mektubunun muhatabı, rizikonun doğumundan evvel de gelecekteki alacağını temlik edebilir³¹⁹.

Alacağın devri, TBK m.184/f.I gereği, yazılı şekle bağlıdır ve yazılı şekilde yapılma bir geçerlilik şartıdır³²⁰. Devir işleminin bütün esaslı noktalarını içeren³²¹, özellikle de devredilen alacağı anlaşılır şekilde belirten, adi yazılı şekilde yapılmış bir sözleşme ile alacağın devri mümkündür³²².

Taraflar, banka teminat mektubu metnine alacağın devrini kısmen ya da tamamen yasaklayabilecek ya da bunu bir şarta bağlayabilecek hükümler koyabilirler³²³. Alacağı devralan kişinin, sözleşmeyi devir yasağından habersiz olması ihtimaline karşı, TBK m.183/f.II hükmü getirilmiştir. Bu hükme göre, temlik yasağını içermeyen yazılı bir borç ikrarına güvenerek alacağı temellük eden üçüncü kişiye karşı borçlu tarafın sözleşmeyi temlik yasağı def’ini ileri sürmesi mümkün değildir³²⁴.

Banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın devri halinde, teminat mektubundan kaynaklanan alacağın ödenmesini talep hakkının kime ait olacağı önemlidir. Zira banka, ödeme talebini yapan tarafın bu talepte bulunma hakkının bulunup bulunmadığını tespit etmek durumundadır. Bu konu doktrinde de tartışılmış olup, iki ayrı görüş mevcuttur;

İlk görüşü savunanlara göre, banka ile muhatap arasında kurulmuş bir garanti sözleşmesi niteliğinde olan teminat mektubundan dolayı bankanın ödeme yükümlülüğü, muhatabın yazılı tazmin talebinde bulunması ile doğmaktadır³²⁵. Muhatap, tazmin talebinden sonra ancak ödemedi önce bu alacağını bankanın muvafakatına ihtiyaç

³¹⁸ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1234, vd.

³¹⁹ Barlas, a.g.e., s.85

³²⁰ Eren, a.g.e., s.1233; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.553

³²¹ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.554

³²² Hatemi/Gökayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.378; Eren, a.g.e., 1233

³²³ Eren, a.g.e., s.1236

³²⁴ Eren, a.g.e., s.1237

³²⁵ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.202

duymadan devredebilir fakat, teminat mektubunun tazminini talep hakkı, muhatap değişmediği sürece, sadece muhataba ait ve ayrıca devredilemeyecek şahsa bağlı bir haktır. Bu nedenle de, alacak devredilmiş de olsa, bankadan ödemenin, ilk muhatap tarafından talep edilmesi gerektiği savunulmaktadır³²⁶.

İkinci görüşe göre, alacağın devri ile birlikte, banka teminat mektubunda garanti edilen riskin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak olan talep hakkı, alacağı devralan tarafa aittir ve artık ilk muhatap tarafından ödeme talebinde bulunulması mümkün değildir³²⁷.

Biz bu konuda, teminat mektubundan kaynaklanan alacağın devredilmesi ile birlikte, alacağı talep hakkının da devredilmiş olması gerektiği kanaatindeyiz. Aksinin kabulü halinde, muhatap ile alacağı devralan taraf arasında ortaya çıkacak bir hukuki ihtilaf durumunda, muhatap tarafından bankaya müracaat edilerek ödeme talebinde bulunulması geciktirilebilecek ve alacağı devralan tarafın zarara uğramasına sebebiyet verilebilecek ya da muhatabın ölümü, tüzel kişiliği kaybetmesi halinde alacağı devralan tarafın müracaat ederek bankadan ödeme talebinde bulunmasını isteyebileceği bir muhatabı bulamaması ve özellikle vadeli teminat mektuplarında, vade içerisinde talepte bulunulmadığından hak kaybına uğranması gibi sorunlarla karşılaşılabilir. Bu nedenle, hakkaniyete daha uygun olduğu ve uygulamada hukuki ihtilafların önüne geçmeye daha elverişli olduğundan, ikinci görüşün benimsenmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

2.Alacağın Yargı Kararı ile Devri

Yargısal devir, bir alacağın alacaklının irade beyanına veya herhangi bir şekilde gerek olmadan hakim kararı ile üçüncü bir kişiye geçmesi halini ifade eder³²⁸. Alacağın bir kişiden diğerine geçmesi, bu hususta verilen mahkeme kararının kesinleşmesi ile söz

³²⁶Reisoęlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.203 :*"Kanımızca, teminat mektubunun tazminini talep hakkı, muhatap değişmedikçe, sadece muhataba ait ve ayrıca devredilemeyecek şahsa bağlı bir haktır."*

³²⁷ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.85, ayrıca Reisoğlu'nun görüşünün eleştirisi için bkz. dipn.263; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.298 (Yazar, talep hakkı ile ilgili değerlendirmesini, teminat mektubundan kaynaklanan alacağın talep edilmiş olup olmamasına göre ayrılandırarak yapmakta, ödeme talep edilmiş bir teminat mektubu ile ilgili alacağın devri halinde talep hakkının da devri gerektiğini belirtmektedir.); Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.201

³²⁸ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1227; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.299; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s.584

konusu olacaktır³²⁹. Kazaî temlik olarak da ifade edilen bu geçişte, niteliği elverdiği ölçüde alacağın devrine ilişkin hükümlerden faydalanılabileceği ifade edilmiştir.³³⁰

Teminat mektupları açısından yargısal devrin, müstakbel alacakların haczinde, teminat mektubunun alacaklılardan birine devrinin istenmesi halinde söz konusu olabileceği, yargısal devirden bahsedebilmek için, alacağın devri hususunda bir mahkeme kararının gerektiği belirtilmiştir³³¹.

³²⁹ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.584

³³⁰ Oğuzman/Öz, a.g.e., s.584

³³¹ Doğan, a.g.e., s.299

İKİNCİ BÖLÜM

BANKA TEMİNAT MEKTUBUNDA TARAFLAR ARASINDAKİ İLİŞKİLER

I. LEHTAR İLE MUHATAP ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ:TEMEL İLİŞKİ

Genel anlamda banka teminat mektubu ilişkisi içerisinde, lehtar ile muhatap arasındaki ilişki, temel borç ilişkisi veya değer ilişkisi olarak adlandırılır. Borçlusu lehtar, alacaklısı ise muhatap olan bu temel borç ilişkisinden doğan borç veya edim yükümü, teminat mektubu veya garanti sözleşmesi ile teminat altına alınmaktadır³³². Temel ilişki bir borçlar hukuku sözleşmesi ya da kamusal karakter taşıyan bir ilişki olabilir³³³. Banka teminat mektubu sözleşmesinde lehtar sıfatını haiz olan tarafı, muhatap lehine garanti verme yükümlüsü kılan kloz bu sözleşmede yer almaktadır³³⁴.

Temel borç ilişkisinin mahiyet ve konusunun, muhatap ve banka arasındaki dar ve teknik anlamdaki teminat mektubu sözleşmesine etkisinin bulunmadığı belirtilmiştir³³⁵. Aynı şekilde, banka teminat mektuplarında bankanın sorumluluğu bakımından temel ilişkideki sözleşmenin geçerli olarak kurulup kurulmadığının öneminin bulunmadığı, temel ilişki hukuken tamamen geçersiz olsa da, banka teminat mektubunun geçerli olmaya devam edeceği ifade edilmektedir³³⁶.

Temel borç ilişkisinde taraflar, sözleşme ile, bu sözleşmenin geçerliliğini borçlunun teminat mektubu temini şartına bağlayabilirler, ancak bu şart banka teminat mektubu sözleşmesinin bağımsızlığını etkilemeyecektir³³⁷.

Temel ilişki çerçevesinde lehtar, bir banka aracılığıyla muhataba teminat mektubu verdirme borcunu üstlenir³³⁸.

Muhatap açısından ise, iki yükümlülük söz konusudur;

- Muhatabın, teminat mektubunu haksız olarak paraya çevirmesi halinde, lehtar borçlarını tamamen ifa ettiğini ve paraya çevirme talebinin haksız olduğunu iddia ederek ve temel ilişkiye dayanarak muhataba ödenen teminat mektubu

³³² Aral, Hukuki İlişki, s.189;

³³³ Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, s.511

³³⁴ Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.63

³³⁵ Aral, a.g.m., s.189

³³⁶ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.104, 105

³³⁷ Doğan, a.g.e., s.105; Kahyaoglu, Emin Cem, Banka Garantileri, s.35

³³⁸ Aral, Hukuki İlişki, s.191

bedelinin iadesini ve ayrıca bu yüzden uğradığı zararları muhataptan talep edebilir³³⁹.

- Lehtar, muhatap ile aralarındaki temel ilişkinin geçersiz olması halinde, muhataptan bankaya karşı, teminat mektubundan kaynaklanan alacağından vazgeçmesini ve teminat mektubunu iade etmesini talep edebilir.

II. LEHTAR İLE BANKA ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ : KARŞILIK İLİŞKİSİ

Banka ile müşterisi yani bankadan muhataba garanti verilmesini isteyen kişi arasındaki ilişkiye “*karşılık ilişkisi*” denir³⁴⁰. Burada, temel ilişkide borçlu durumda olan taraf bankaya başvurarak, temel ilişkiye ilişkin sözleşme ile yükümlendiği “*teminat mektubu temin etme*” borcunun gereği olarak, bankadan temel ilişkinin alacaklısı olan taraf ile bir garanti sözleşmesi yapması talebinde bulunmakta, bankanın bu talebi kabul etmesi ile banka ile lehtar arasında bir “*karşılık ilişkisi*” kurulmaktadır³⁴¹.

Banka, müşterisinin talebi üzerine teminat mektubu düzenleyip muhataba vermek suretiyle, müşterisi lehine bir nevi sorumluluk kredisi vermiş olmaktadır^{342 343}. Burada lehtar ile banka arasındaki hukuki ilişkinin niteliği konusunda tartışma vardır, bir kısım yazarlar taraflar arasındaki ilişkinin “vekalet” olarak kabul edilmesi gerektiğini savunurken³⁴⁴, bir kısım yazarlar ise taraflar arasındaki ilişkinin garanti verme taahhüdü niteliğinde atipik bir sözleşme olduğu görüşündedirler³⁴⁵.

Karşılık ilişkisi kapsamında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus, bankanın kendisine ulaşan her teminat mektubu talebini kabul etmek zorunda olmadığıdır. Banka,

³³⁹ Aral, a.g.e., s.192

³⁴⁰ Tekinalp, s.511 (Not: Yazar, eserinde “lehtara garanti verilmesini isteyen” ibaresini kullanmıştır, biz çalışmanın başında da ifade ettiğimiz gibi tarafları, banka teminat mektubu ilişkisine göre konumlandırdığımızdan ifadeyi “muhatap” olarak değiştirdik.-BD); Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.69

³⁴¹ Coşkun, Hilal Yener, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, s.12;

³⁴² Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.107; Aral, Hukuki İlişki, s.192

³⁴³ Gayrınakdi kredilerin “Sorumluluk Kredisi” olarak tanımlanmasına ilişkin daha ayrıntılı bilgi için bkz.Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, s.509

³⁴⁴ Aral, a.g.e., s.192; Develioğlu, a.g.e., s.69 :“*Lehtarın, garanti vereni muhatap lehine bir garanti vermekle yükümlü kıldığı sözleşme prensip olarak bir vekalet sözleşmesidir. Lehtar müvekkildir, garanti veren vekildir ve garanti verilmesi de lehtar ile garanti veren arasındaki vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturur.*”

³⁴⁵ Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.37

kendisine ulaşan “*teminat mektubu verilmesi*” talebini kabul etmek zorunda değildir ancak bu iradesini derhal ³⁴⁶talepte bulunana bildirmezse, talepte tespit edilen şartlarla sözleşmenin kurulacağı kabul edilmektedir³⁴⁷.

Türk bankacılık uygulamasında karşılık ilişkisi, kural olarak banka ile müşterisi arasında imzalanan bir genel kredi sözleşmesine dayanmaktadır³⁴⁸.

A.Karşılık İlişkisinden Banka Açısından Doğan Yükümlülükler

Karşılık ilişkisinden, banka açısından doğan yükümlülüklerin şunlar olduğu belirtilmiştir;

1. Teminat mektubu verme

Karşılık ilişkisi çerçevesinde banka, genellikle temel ilişkiye ilişkin sözleşmede içeriği tespit edilmiş olan bir teminat mektubunu hazırlayarak, lehtarın talimatları doğrultusunda, muhatapla bir garanti sözleşmesi akdetme yükümü altına girmektedir³⁴⁹.

2. Lehtarın Talimatlarına Uyma

Bankanın, lehtarın talimatlarına uygun hareket etme borcu, lehtarla aralarındaki vekalet ilişkisinden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda banka, lehtarın açık talimatlarına aykırı hareket edemeyecek, örneğin lehtarın muvafakatı olmadan teminat mektubu metninde herhangi bir değişikliğe gidemeyecektir. Bankanın talimata uygun davranma yükümlülüğü, lehtarın talimatının açık ve tereddüde mahal bırakmayacak kesinlikte olması halinde söz konusudur³⁵⁰.

Lehtarın talimatlarına uymak istemeyen banka, lehtardan gelen karşılık ilişkisinin kurulması ve buna bağlı olarak “vekalet” teklifini reddettiğini, en kısa

³⁴⁶ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.109; Yazar burada “*derhal*” tabirini kullanmakla birlikte, daha sonra talebin reddine ilişkin süreyi; talepte öngörülen süre ya da her halükarda bir başka bankaya müracaat edip teminat mektubu talebinde bulunabilmesine yetecek makul süre olarak tavis etmiş, derhal ve makul süre kavramlarının, olayın özelliklerine göre tespit edileceğini belirtmiştir.

³⁴⁷ Doğan, a.g.e., s.109

³⁴⁸ Doğan, a.g.e., s.109;

³⁴⁹ Doğan, a.g.e., s.239

³⁵⁰ Doğan, a.g.e., s.233

zamanda ve gecikmeden lehtara bildirmelidir. Geç bildirim halinde, banka lehtarın geç bildirimden kaynaklanan zararlarını tazmin etmek zorunda kalır³⁵¹.

3.Görüş Bildirme

Lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişki çerçevesinde kararlaştırılan garanti metninde yer alan ödeme şartlarının, bizzat garantinin amacını tehlikeye sokacak nitelikte olması veya eksik yahut açık olmayan ifadeler taşıması halinde, bankanın bu hususta lehtarın dikkatini çekmesi gerektiği ifade edilmiştir³⁵². Garanti veren taraf olan ve bu hususlarda tecrübeli olan bankanın, lehtarla aralarındaki güven ilişkisinden dolayı, garanti metninin lehtar açısından zarar verici olduğu veya garanti sözleşmesi ile amaçlanan sonuca imkanı olmadığı hallerde lehtarı uyarma yükümlülüğü altında olduğu, aksinin kabulünün taraflar arasındaki vekalet ilişkisine aykırılık teşkil edeceği ifade edilmektedir³⁵³.

4. Paraya Çevirme Talebini Lehtara Bildirme

İbraz ve ödeme talebi ile ilgili olarak bankanın, lehtarla aralarındaki vekalet ilişkisi nedeniyle, lehtarın menfaatlerini koruması ve onu, muhatabın paraya çevirme talebinden haberdar etmesi gerektiği savunulmuştur³⁵⁴. Ancak, lehtara haber verme yükümlülüğü ile ilgili farklı görüşler de mevcuttur. Garanti veren tarafın (bankanın) lehtara ödeme talebi ile ilgili bir bildirimde bulunmak zorunda olmadığı, özellikle ilk talepte ödeme kayıtlı garantilerde bankanın böyle bir yükümlülüğünden bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir³⁵⁵.

Bankanın, muhatabın ödeme talebini lehtara bildirmesinin, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının mahiyeti ile bağdaşmayacağı belirtiliyor ise de, muhatap tarafından yapılacak haksız ödeme taleplerine karşı lehtarın kendisini koruyacak hukuksal girişimlerde bulunması açısından faydalı olmakla birlikte, lehtara haber

³⁵¹ Aral, Hukuki İlişki, s.193

³⁵² Aral, a.g.m., s.194

³⁵³ Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.326, s.327

³⁵⁴ Kahyaoglu, Banka Garantileri, s.40 (yazar, garanti veren tarafın haber verme yükümünü vekalet sözleşmesine değil TGBİK' a bağlamaktadır.); Aral, a.g.e., s.194; Bankanın karşılık ilişkisinden kaynaklanan sadakat borcundan dolayı ödeme talebini lehtara bildirme yükümlülüğü altında olduğuna dair görüş için bkz. Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.165

³⁵⁵ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.244

verilmesi için ödeme talebinin gereğinin ifasının geciktirilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

5.Muhatabın Ödeme Talebini İnceleme ve Ödemeyi Reddetme

Bankanın teminat mektubundan dolayı muhataba ödeme yükümlülüğü, teminat mektubunda öngörülen şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Bu nedenle banka, muhatap tarafından bir ödeme talebinde bulunulduğunda;

- ödeme talebinin, garanti sözleşmesinde belirtilen şekle uygun olup olmadığını kontrol etmeli, ve örneğin yazılı şekil şartının öngörülmüş olması halinde, sözlü bir ödeme talebinde bulunan muhatabın bu talebini reddetmelidir³⁵⁶,

- ödeme talebinin süresinde yapılıp yapılmadığını incelemesi, süresinde yapılmayan bir ödeme talebinin banka tarafından reddedilmesi gerekir³⁵⁷,

- banka, ödeme talebinin, garanti sözleşmesinde muhatap olarak belirtilen kişi tarafından mı yapıldığını da kontrol etmeli ve hak sahibi olmayan kişinin ödeme talebinde bulunduğunu tespit ettiği takdirde ödeme talebini reddetmelidir, aksi takdirde hak sahibi olmayan ve hak sahibi adına hareket etmeye de yetkili olmayan bir kişiye ödeme yapan banka, lehtara rüçû imkanını yitirecektir³⁵⁸.

- Banka, muhatap tarafından yapılan ödeme talebinin dürüstlük kuralına aykırı, haksız ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu hususunda likit kanıtlara sahip ise, bu durumda da muhatabın ödeme talebini reddetmelidir³⁵⁹.

B. Karşılık İlişkisinden Lehtar Açısından Doğan Yükümlülükler

Karşılık ilişkisinden doğan, bankanın yukarıda belirtilen borçlarına karşılık, lehtarın da aşağıda sayılan borçları yükümlendiği kabul edilmektedir³⁶⁰;

³⁵⁶ Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.332

³⁵⁷ Develioğlu, a.g.e., s.333

³⁵⁸ Develioğlu, a.g.e., s.334

³⁵⁹ Aral, a.g.e., s.195; Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi hususunda çok katı davranılmaması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.346

³⁶⁰ Aral, s.195, 196, 197

1.Komisyon Ödeme

Lehtar, kendisi lehine bir teminat mektubu düzenleyerek muhataba veren bankaya, bunun karşılığında, kararlaştırılan miktarda komisyon ödemek zorundadır³⁶¹.Taraflarca bir komisyon miktarı kararlaştırılmamış olabilir ancak yine de bankanın bir tacir olması sebebiyle, T.T.K. m.20'deki düzenleme gereği, komisyon adı altında bir ücret talep etme hakkına sahiptir³⁶².

2.Bankanın Yaptığı Masrafları Ödeme

Banka ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisinin vekalet olarak kabul edilmesinin sonuçları kapsamında, TBK m.510 gereği, vekalet veren taraf olan lehtarın, vekili tarafından “vekaletin gereği gibi ifası” ile ilgili olarak yapılan giderleri faizi ile birlikte kendisine ödemek yükümlülüğü vardır³⁶³. Madde metninde geçen “masraf” kavramına, yapacağı ödeme talebi üzerine muhataba ödenecek olan garanti bedelinin (banka teminat mektubunda yazılı tutarın) gireceği belirtilmiştir³⁶⁴.

3.Teminat Verme

Teminat mektubu verilmesi işlemi, BankK m.48 kapsamında, bir gayri nakdi kredi ilişkisi olarak tanımlandığı için, banka, teminat mektubunun muhatapın ödeme talebi üzerine paraya çevrilerek ödenmesi halinde ortaya çıkacak rücu alacağına ilişkin riske karşılık, teminat mektubunu düzenlemeden evvel, lehtardan yeterli teminat talep edecektir, bu teminatın miktarı ve türü ise lehtar ile banka arasındaki sözleşme ile belirlenecektir³⁶⁵.

III. BANKA İLE MUHATAP ARASINDAKİ İLİŞKİ : GARANTİ İLİŞKİSİ

Banka ile temel ilişkideki alacaklı (muhatap) arasındaki ilişki garanti ilişkisi olarak adlandırılır³⁶⁶. Banka garanti sözleşmesi, garanti veren (banka) ile garanti alan (muhatap) arasında kurulan ve tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir³⁶⁷. Garanti

³⁶¹ Aral, Hukuki İlişki, s.195

³⁶² Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.210

³⁶³ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.214; Aral, Hukuki İlişki, s.196, vd.

³⁶⁴ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.214; Aral, Hukuki İlişki, s.196

³⁶⁵ Coşkun, a.g.e., s.214; Aral, a.g.m., s.198

³⁶⁶ Tekinalp, Banka Hukukunun Esasları, s.511

³⁶⁷ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.110

sözleşmesi, lehtar ile muhatap arasında kurulan temel ilişkiye dair sözleşmeden tamamen farklı bir sözleşmedir³⁶⁸.

Banka ile muhatap arasındaki garanti ilişkisinden, banka açısından iki temel borç doğmaktadır³⁶⁹;

İlk olarak, lehtar ile banka arasındaki karşılık ilişkisinden doğan muhatabın ödeme talebini incelemek,

İkinci olarak da, ödeme talebinin usulüne uygun olarak yapıldığının tespitini müteakip, muhataba ödemedede bulunmak.

Banka ile muhatap arasındaki garanti ilişkisinin içeriği, bankanın ne zaman ve hangi şartlar altında muhataba ödemedede bulunmak zorunda olduğuna ilişkin esasları belirlemektedir³⁷⁰.

Banka teminat mektubunun ödeme istemiyle bankaya ibrazı ve usulüne uygun şekilde bir ödeme talebine istinaden, Banka tarafından ödeme yapılmasının (ve hatta sonrasında da Banka tarafından lehtara (kontrgarana) rücu edilebilmesinin) temel şartı, banka ile muhatap arasında dar ve teknik anlamda bir garanti sözleşmesinin geçerli şekilde akdedilmiş olmasıdır.

Banka teminat mektubu ilişkisinin düzgün şekilde kurulmuş olması, muhatap tarafından bankaya yapılacak olan ödeme talebinin temelini teşkil etmekte olduğundan, muhatap ile banka arasındaki garanti sözleşmesinin (banka teminat mektubu ilişkisinin) kuruluşu daha yakından incelenecektir.

³⁶⁸ Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.72

³⁶⁹ Aral, Armağan, s.185

³⁷⁰ Aral, Armağan, s.185

IV.GENEL OLARAK SÖZLEŞME KAVRAMI VE SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU AN

A.Sözleşmenin Tanımı

Sözleşme, “Tarafların belirli bir hukuki sonuca, yani bir hakkı veya hukuki ilişkiyi kurmaya, değiştirmeye veya ortadan kaldırmaya yönelik karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamasından oluşan iki veya çok taraflı hukuki işlem” olarak tanımlanmaktadır³⁷¹. Çok basit olarak, bir sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için, bir tarafın teklifini (icap) diğer tarafın kabul etmesi gerekir, icabın kabulü ile sözleşme kurulur.

B.Sözleşme Özgürlüğü Kavramı

Sözleşme özgürlüğü Anayasal bir özgürlüktür. Anayasa’nın 48. Maddesinde, “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.” şeklindeki düzenleme, “Tabii Hukuk’un, yasaklayıcı bir kuralı olmadıkça, “kişinin hürriyetinin ilke olduğu” esasına dayanır³⁷².” Sözleşme özgürlüğü, ferdin davranış hürriyetinin, hak ve fiil ehliyetinin yani “kişiliğinin doğal bir sonuç ve uzantısı” olarak değerlendirilmektedir³⁷³. TBK m.26’da düzenlenen sözleşme özgürlüğünün kapsamına, sözleşmenin kapsamını belirleme özgürlüğü ile birlikte, sözleşme yapıp yapmama ve sözleşme türlerine bağlı kalmadan karma ya da isimsiz sözleşmeler yapma özgürlüğü de dahil kabul edilmektedir³⁷⁴.

C.Sözleşmenin Kurulması

TBK m.1’e göre,

“Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirlerine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.”

³⁷¹ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.203

³⁷² Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.60

³⁷³ Eren, a.g.e., s.297

³⁷⁴ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.60; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C:I, s.24

Yasa metnindeki tanım da göz önünde bulundurulduğunda, bir sözleşmenin kurulması için, iki veya daha çok şahsın, bir hukuki sonuç meydana getirmek üzere karşılıklı irade beyanında bulunmaları ve bu irade beyanlarının birbirine uygun olması gerektiği kabul edilmektedir³⁷⁵.

İcap ve kabulün “esaslı noktalar” üzerinde uyuşması ile sözleşme kurulur³⁷⁶. TBK m.2/f.1'e göre, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşmuş olmaları durumunda, ikincil noktalar üzerinde durulmamış olsa bile sözleşme kurulmuş sayılacaktır.

Bu açıklamalar ışığında, bir sözleşme ne zaman kurulmuş sayılmalıdır? Sözleşmenin kurulduğu an ile ilgili muhtelif teoriler mevcuttur, ancak sözleşmenin kurulması ile ilgili tüm teorilere değinmenin, çalışmamızın kapsamını aşacağı değerlendirilerek, sadece TBK'nun kabul ettiği teori üzerinde durulacaktır.

Borçlar Kanunumuz, sözleşmenin hazırlar arasında kurulup kurulmadığına göre ikili bir ayırım yapmıştır³⁷⁷. Buna göre;

1.Hazırlar Arasında Sözleşme; Hazırlar arasında sözleşme kurulmasında, icaba derhal kabul cevabı verilmesi öngörüldüğünden, icapta bulunan tarafın icabına, diğer tarafın kabul beyanında bulunması ile sözleşme kurulmuş olacaktır, taraflar bir arada olmalarına rağmen, yazılı olarak beyanda bulunuyorlarsa, muhatabın sözleşmeyi imzalayıp icap sahibine verdiği anda sözleşme kurulmuş sayılır. Sözleşme, hüküm ve sonuçlarını kabul iradesinin açıklandığı (sözleşmenin kurulduğu) anda doğurur³⁷⁸.

2.Hazır Olmayanlar Arasında Sözleşme; Hazır olmayanlar arasında sözleşmenin kurulması ile ilgili olarak yasa koyucunun kabul ettiği teorinin “varma”(ulaşma) teorisi olduğu kabul edilmektedir³⁷⁹. Yani “*kabul beyanı*” icap sahibinin hakimiyet alanına ulaştığı anda sözleşme meydana gelmiş olur. Ancak yasa koyucu, hazır olmayanlar arasında sözleşmenin hüküm doğurduğu an ile ilgili olarak gönderme teorisini kabul etmiş bulunmaktadır. TBK m.11'de yer alan düzenlemeye göre, hazır olmayanlar arasında kurulan sözleşmeler, kabulün gönderildiği andan

³⁷⁵ Oğuzman/Öz, a.g.e., C:1, s.49

³⁷⁶ Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s.31

³⁷⁷ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.261

³⁷⁸ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.261

³⁷⁹ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.262

başlayarak hüküm doğuracak, 2. fıkraya göre ise, açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda sözleşme, önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğuracaktır. Yani “*kabul haberinin icap sahibine vardığı anda kurulan sözleşme, hüküm ve sonuçlarını geçmişe etkili olarak gönderme anından itibaren meydana getirecektir*”³⁸⁰.

D.Garanti Sözleşmesinin Kurulduğu ve Bankanın Sorumluluğunun Başladığı An

Banka teminat mektupları kişisel güvence verilmesine ilişkin teminat sözleşmeleridir ve kurulmaları da, tüm sözleşmelerde olduğu gibi, tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşmasına bağlıdır³⁸¹. Banka teminat mektubu sözleşmesi ile ilgili olarak sözleşmenin kurulduğu an ile ilgili incelemeler, genel hükümlere göre yapılacak olmakla birlikte, tarafların sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğuracağı zamanı serbestçe tayin edebilecekleri ve garanti sözleşmesinin kurulmasına ilişkin incelemede belirtilen hususların, “*tarafarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde*” uyarısı ile birlikte değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatmak isteriz.

Garanti sözleşmesi, kural olarak, imzalı garanti metninin (banka teminat mektubunun) garanti alana varması ile kurulmuş olur³⁸². Bu noktada, daha evvel de değindiğimiz, TBK m.6’daki “*Örtülü Kabul*” düzenlemesine tekrar bakmakta fayda vardır. Madde metninde;

Öneren, kanun veya işin özelliği ya da durumun gereği açık bir kabulü beklemek zorunda değilse, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşme kurulmuş sayılır.

Banka garanti sözleşmesinin kurulmuş sayılabilmesi için, taraflar arasında kararlaştırılan garanti sözleşmesi metninin (teminat mektubunun) garanti alana (muhataba) ulaşması yeterlidir, garanti alan tarafın (muhatabın) kabul beyanının bankaya ulaşması gerekli değildir³⁸³. Bu nedenle banka, muhatap kendisine ödeme talebi ile başvurduğunda, teminat mektubuna ilişkin kabul beyanının kendisine

³⁸⁰ Eren, a.g.e., s.262, s.263

³⁸¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.83

³⁸² Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.64

³⁸³ Kahyaoğlu, a.g.e., s.65

ulaşmadığı ve bu nedenle de garanti sözleşmesinin kurulmuş sayılamayacağını iddia ederek sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Uygulamada, banka tarafından hazırlanan teminat mektubunun doğrudan muhataba ulaştırılmak yerine, muhataba ulaştırılmak üzere lehtara teslim edildiği görülmektedir³⁸⁴. Banka teminat mektubunun, banka tarafından doğrudan muhataba iletilmek yerine lehtara teslim edilmesinin, uygulamada ciddi sorunlar yarattığı tespiti yapılmış ve bu sorunlar şu şekilde sıralanmıştır³⁸⁵;

- Banka teminat mektubunun lehtara teslim edilmesi, lehtar konumundaki bir kısım kişilerin kötü niyetli uygulamalarına uygun bir zemin hazırlamaktadır.

- Teminat mektubunun doğrudan muhataba teslim edilmemesi ve muhatabın da bu teminat mektubunu kabul ettiğine ilişkin açık bir bildirimde bulunmasının zorunlu olmaması nedeniyle, ilgili banka muhatabın kabul iradesi kendisine ulaşmadığı sürece, mektubun bağlayıcı hale gelip gelmediği ve muhatap ile arasında geçerli bir garanti sözleşmesinin kurulup kurulmadığı konusunda bir bilgiye sahip olamamaktadır.

- Teminat mektubunun lehtara teslim edilmesi, muhatap açısından da teminat mektubunun gerçek olup olmadığı hususunda şüpheye sebebiyet verecek, sahte olarak düzenlenip düzenlenmediği ve banka tarafından düzenlenmiş olmakla birlikte üzerinde tahrifat yapıp yapılmadığı hususunda da muhatabın şüphede kalmasına neden olabilecektir³⁸⁶. Bu itibarla, banka teminat mektuplarının muhataba iletilmek üzere lehtara teslimi yerine, yukarıda belirtilen ve uygulamada ortaya çıkabilecek diğer riskler de göz önünde bulundurularak, olası bir yasal düzenleme halinde, teminat mektubunun muhataba ulaştırılması sorumluluğunun bankada olmasının, eğer bu tür bir çözüm yolu benimsenmeyecek olur ise taraflar arasındaki garanti sözleşmesinin metnine, teminat mektubunu muhataba ulaştırma sorumluluğunun kimde olacağı ve hatta hangi süre içerisinde muhataba iletilmesi gerektiği hususunun yazılmasının zorunlu hale getirilmesinin uygun olacağı ve taraflar arasında hukuki ihtilaf çıkmasını önleyici bir çözüm yolu olabileceği kanaatindeyiz.

Banka teminat mektubunun geçerli olabilmesi için, bankayı temsil ve ilzama yetkili iki imzayı taşıması gerekmekte birlikte, sadece banka yetkilileri tarafından

³⁸⁴ Doğan, Banka Teminat Mektupları, sf.120; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, sf. 99

³⁸⁵ Teoman, Ömer, Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu, s.326

³⁸⁶ Teyit ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz : Banka Teminat Mektubunun Teyit İçin İbrazı, s.135

teminat mektubunun hazırlanıp imzalanması sözleşmenin kurulmuş sayılması için yeterli değildir, zira daha evvel de arz edildiği üzere, TBK m.1'deki düzenleme gereği, bir sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının mevcudiyeti gerekmektedir. Banka, teminat mektubunu hazırlamak suretiyle bir icapta bulunmuştur, geçerli bir icaptan söz edilebilmesi için banka teminat mektubunun şube yetkilileri tarafından imzalanması ve muhataba gönderilmesi gerektiği kabul edilmektedir (şifre kullanılmak suretiyle bankalar arası teleks ya da faksla icapta bulunulmasının da mümkün olduğu ifade edilmiştir)³⁸⁷, bu icabın muhataba ulaşmasına ve muhatap tarafından açık ya da örtülü bir irade beyanı ile kabulüne kadar sözleşme kurulmuş sayılmayacaktır.

Bu durumda, banka ile muhatap arasında, garanti sözleşmesinin kurulmuş sayılabilmesi için aşağıdaki şartlardan birisinin gerçekleşmesi gerektiği kabul edilmelidir;

- Muhatabın, banka teminat mektubunu kabul ettiğine ilişkin açık beyanı, ya da,
 - Muhatabın, kendisine ulaşan banka teminat mektubu ile ilgili olarak bankadan teyit istemesi³⁸⁸, veyahut da,
 - Yukarıdaki iki ihtimalin gerçekleşmemesi durumunda ise, muhatabın banka teminat mektubunu reddettiğini bildirmeyerek zımnî (örtülü) bir şekilde kabul iradesini beyan etmesi³⁸⁹,
- gereklidir.

Bankanın teminat mektubu sözleşmesinden doğan sorumluluğu, yukarıdaki ihtimallerden birisinin gerçekleşmesi ve muhatabın banka tarafından yapılan icabı kabulü, ya da kabul etmiş sayılması, ile başlamış olacaktır³⁹⁰.

Banka tarafından, teminat mektubu metnine “*muhatap tarafından belli bir tarihe kadar kabul beyanında bulunulmaması halinde icabın reddedilmiş sayılacağı*” hükmünü yazılması durumunda muhatap, teminat mektubu metninde bildirilen süre

³⁸⁷ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.83

³⁸⁸ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.122:“*Muhatap, lehtarın kendisine ulaştırdığı teminat mektubunu aldıktan sonra, bankaya teyit ettirir ise, bir başka anlatımla kabul beyanını bildirir ise, artık banka ile muhatap arasında sözleşme kurulmuş ve hüküm ve sonuçlarını doğurmaya başlamış olacaktır.*” Muhatabın teyit talebinde bulunmasının, muhatabın “*teyit talebinin kabul anlamına gelmediği*” şeklinde açık bir ifadesi olmadığı sürece, kabul beyanı olarak kabul edilmesi ve muhatabın teyit talebi ile garanti sözleşmesinin kurulmuş olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz.

³⁸⁹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.84

³⁹⁰ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.131

içerisinde kabul beyanını bankaya bildirmeyecek olursa, sözleşme kurulmamış sayılır³⁹¹. Yine taraflar anlaşarak, teminat mektubu sözleşmesinin daha sonraki bir tarihte yürürlüğe gireceğini de kararlaştırabilirler³⁹².

Banka teminat mektubunun muhataba iletilmek üzere lehtara teslim edilmesi durumunda sözleşmenin kurulduğu an ile ilgili tartışma, ve hatta geçerli bir garanti sözleşmesinin kurulup kurulmadığı meselesi, Yargıtay kararlarına da konu olmuştur. Yargıtay, davacı tarafın kendisine verilen banka teminat mektubunu davalı bankanın bir şubesine teyit ettirilmiş olmasına rağmen, ödeme talebinde bulunduğu banka tarafından muhatabın elindeki teminat mektubunun sahte olduğu ve gerçeğinin malın alıcısı tarafından iade edilmiş olduğu iddiası ile ödemededen kaçınılması üzerine açılan ve yerel Mahkeme tarafından reddine karar verilen bir dava ile ilgili olarak aşağıda paylaşılan kararında³⁹³, banka teminat mektuplarının hukuki niteliğinin garanti sözleşmesi olduğunu, garanti sözleşmesinin kurulabilmesi için herhangi bir şekil şartının bulunmadığını tespit ettikten ve garanti sözleşmesinin yazılı metninin bir ispat

³⁹¹ Doğan, a.g.e., s.121

³⁹² Doğan, a.g.e., s.131

³⁹³ Yarg.11.HD, 27.12.1990 T., 1989/4046 E., 1990 /8459 K: “Kural olarak bankanın, garanti sözleşmesi ihtiva eden teminat mektubunu kendi elemanları vasıtası ile muhataba ulaştırması gerekir. Ancak uygulamada, bazen muhataba iletilmek üzere teminat mektubunun lehdara teslim edildiği de görülmektedir. (Prof. Dr. Seza Reisoğlu, age, 1990, ay. 35) Bu durumda lehdarın, teminat mektubunu lehdara ulaştırması ve muhatabın da teminat mektubunu alması ve reddetmemesi ile garanti sözleşmesi oluşur. Lehdar tarafından bankanın verdiği teminat mektubunun aynısı taklit edilerek sahtesinin muhataba iletilmesinin etkisi ne olabilir? Kural olarak, sahte bir teminat mektubunun bankayı bağlamaması gerekir. Ancak burada, mektubun teyid edilmiş olması hususu devreye girmektedir. Teminat mektubunun teyidi müessesesinin uygulamada kullanıldığı davalı banka vekilinin layihalarındaki beyanlarından da anlaşılmaktadır. Davacı muhatap, kendisine getirilen teminat mektubunun sıhhati yönünden tedbirli davranarak davalı bankanın bir başka şubesine yazı ile müracaat edip elindeki teminat mektubunun teyidini istemiş, bu şube de teminat mektubunu veren şubeden böyle (yani tarih, sayı, miktar ve lehdarı belirtilen şekilde) bir teminat mektubu verilip verilmediğini soruşturmuş, olumlu cevap alması üzerine de bu hususları kayıt etmek ve teminat mektubunun şubece verildiğini teyid etmek suretiyle düzenlediği yazıyı muhataba vermiştir. Bu tarihte, asıl teminat mektubu henüz bankaya iade edilmiş değildir. Bu durumda ve işbu teyid ile şu sonuç doğmaktadır. Garanti sözleşmesi şekle bağlı olmadığına, mektubu veren banka teminat mektubunun verildiğini ve yürürlükte olduğunu kabul ettiğine, bu kabul bankanın diğer bir şubesi tarafından teyid edildiğine (ispat), muhatap da bankanın bu irade beyanına ittila kesbedip reddetmediğine (taklit teminat mektubunu iade etmediğine), böylece zımnî kabulünü göstermiş bulunmasına ve mektubu veren şubenin de bu suret ile mektubun, muhatabın eline geçtiğini öğrenmiş olmasına göre taraflar arasında garanti sözleşmesinin oluştuğunun kabulü gerekir. Bu teyidin, teminat mektubunu veren banka şubesinden araştırılıp bilgi alınmak suretiyle verilmiş olması ve bunun sabit olması kaydıyla asıl veya taklit (sahte) teminat mektubunun üzerine yahut ayrı bir kağıda yazılarak verilmesinin hiçbir önemi yoktur. Hangi şekilde yapılmış olursa olsun bu teyid, şekle tabi olmayan garanti sözleşmesinin oluştuğunun kanıtı niteliğindedir. Davacı elindeki taklit (sahte) teminat mektubunun, bu taklit aslının tıpatıp benzeri olduğu cihetle, garanti sözleşmesinin içeriğinde tesbit ve ispatı yönünden ayrıca bir hukuki değeri vardır.”

vasıtası olduğunu belirttikten sonra, taraflar arasında bir garanti sözleşmesinin kurulmuş olduğuna dair, oy çokluğu ile karar vermiştir.

Yargıtay'ın yukarıda paylaşılan kararındaki “*taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmuş olduğu*” iddiasına dayanan çoğunluk görüşüne katılıyoruz. Banka, teminat mektubunu hazırlayıp muhataba iletilmek üzere lehtara vermek suretiyle, bir icapta bulunmuş durumdadır. Taraflar arasındaki sözleşmenin kurulması, muhatap tarafından bu icaba açık ya da örtülü şekilde onay verilmesine bağlıdır. Bu noktada muhataba banka tarafından hazırlanmış olan teminat mektubunun orjinalinin değil de lehtar tarafından hazırlanmış sahte bir nüshasının gitmiş olmasının, lehtar tarafından muhataba iletilen sahte nüshanın metninin, banka tarafından hazırlanan teminat mektubunun metni ile birebir aynı olması şartıyla, bir önemi yoktur zira muhatap, sahte belge üzerinden de olsa garanti veren tarafın irade beyanını (yani icabı) öğrenmiş ve bankadan teyit istemek sureti ile bu irade beyanını öğrendiğini ve bu irade beyanının teyidini talep ettiğini belirtmiştir. Bu noktada, davacı tarafın tedbirli ve basiretli bir tacir olarak davranmak suretiyle üzerine düşen yükümlülüğü yerine getirmiş olduğu açıktır. Eğer muhatap, lehtar tarafından kendisine verilen teminat mektubunun gerçekliği hususunda tereddüde düşüp bu teminat mektubunu teyit ettirmemiş olsaydı, o zaman muhatapın da bir ölçüde tedbirsiz hareket etmiş olduğu söylenebilirdi, teyit istenmediği için muhatapın müterafik kusurlu olduğuna hükmeden ve kesinlikle katılmadığımız, Yargıtay kararları mevcuttur. Ancak burada muhatap, teminat mektubunun teyidini de yaptırarak basiretli bir tacir olarak hareket etmenin tüm gereklerini yerine getirmiştir ve taraflar arasındaki garanti sözleşmesinin, bankanın teyidi ile kurulmuş olduğunu kabul etmek gerekir. Yerel Mahkeme'nin, davacı tarafın dava dışı firma tarafından dolandırılmış olduğu gerekçesi ile davayı reddetmesinin usul ve yasaya aykırılık teşkil ettiği ve Yargıtay'ın somut olaya ilişkin olarak “*taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmuş olduğu*” yönündeki tespitinin hukuka uygun olduğu kanaatindeyiz.

ÜÇÜNCÜ KISIM

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ ÖDEME İSTEMİYLE İBRAZI

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR

I.İBRAZ KAVRAMI

Bankanın, teminat mektubundan ötürü muhataba karşı ödeme yükümünün doğabilmesi için, riskin gerçekleşmesi³⁹⁴ ve muhatapın usulüne uygun şekilde bankaya başvuruda bulunması gerekir³⁹⁵.

Banka teminat mektubundan doğan alacağın, muhatap tarafından sözleşmede kararlaştırılan şartlara uygun olarak talep edilmesi halinde garanti veren bankanın ödeme yükümlülüğü doğacaktır³⁹⁶.

Arapça kökenli bir kelime olan “ibraz”, ortaya koyma, gösterme, meydana çıkarma anlamına gelmektedir³⁹⁷. Bununla birlikte, genel anlamda garanti sözleşmeleri ve özelde banka teminat mektupları ile ilgili olarak yasal bir düzenleme mevcut olmadığından, teminat mektubunun ödeme istemiyle Bankaya ibrazı aşamasında teminat mektubunun muhatap tarafından ortaya konulması, gösterilmesi ya da meydana çıkarılmasının gerekli olup olmadığına ilişkin bir yasal düzenleme de mevcut değildir. Banka teminat mektuplarının ödeme için ibrazı aşamasında, teorik olarak teminat mektubunun aslını ibraz etme zorunluluğu bulunmadığı söylenebilir ise de, uygulamada ve yargı kararları açısından durum farklıdır. Yargıtay’ın, ibraz aşamasında banka teminat mektubunun mevcudiyetinin gerekli olduğuna ilişkin kararları mevcuttur.

³⁹⁴ Arkan, Teminat Mektubu , s.62

³⁹⁵ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.358

³⁹⁶ Aral, Hukuki İlişki, s.185; Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, s.124

³⁹⁷ Bkz. www.tdk.org.tr

Örneğin, Yargıtay bir kararında³⁹⁸, ödeme istemiyle ibraz aşamasında bankanın teminat mektubunun aslının ibrazını istemesi gerektiğini karara bağlayarak, aksi yöndeki yerel mahkeme kararını bozmuştur. Ancak Yargıtay'ın aksi yönde kararları da mevcuttur. Örneğin bir başka kararında³⁹⁹ Yargıtay, teminat mektubunun fotokopisi ile ödeme talep eden muhataba ödeme yapmaktan imtina eden bankayı haksız bulmuştur.

Diğer taraftan, banka teminat mektupları birer kıymetli evrak olmamakla birlikte, teminat mektubu asıllarının tamamen işlevsiz olduklarını söylemek de mümkün değildir, yukarıda incelendiği üzere, banka teminat mektupları teşhis senetleri ve ibraz senetlerinin bir takım fonksiyonlarını üzerlerinde taşımaktadırlar. Teminat mektuplarında mevcut olduğunu düşündüğümüz bu teşhis fonksiyonu, özellikle ibraz ve ödeme talebi aşamasında çok önemli bir rol oynamaktadır. Banka, muhatapın ödeme talebine konu teminat mektubunun kendisi tarafından hazırlanan bir teminat mektubu olup olmadığını, herhangi bir tahrifata uğrayıp uğramadığını, ödeme talebini teminat mektubunda belirtilen kişinin mi ya da onun yetkilendirdiği bir kişinin mi yapmakta olduğunu, teminat mektubunun aslını ve onu ibraz eden kişinin kimliğini tespit ederek denetleyebilecektir. Banka teminat mektupları, banka ile muhatap arasında akdedilen garanti sözleşmesinin metnini oluşturmakta ve bir ispat aracı görevini de görmektedir⁴⁰⁰, bu nedenle de bankanın, muhatap ile aralarındaki garanti sözleşmesine uygun şekilde ödeme yapmış olduğunu ispat zorunluluğu ortaya çıktığında istifade edilmek üzere, ödeme talebi ile birlikte teminat mektubunun aslının iadesini talep etmesi ve hatta bazı Yargıtay kararlarında da işaret edildiği üzere, “*muhataptan ibraz talebinde de bulunmasının*”, yukarıda arz edilen farklı yöndeki Yargıtay kararları da göz önünde bulundurulduğunda, banka açısından tedbirli bir davranış olacağını söylemek gerekir.

³⁹⁸ Yarg.11.HD, 18.01.2010 T, 2008/8999 E., 2010/451 K.: “*genel bankacılık uygulamasına göre, teminat mektubunun aslının iadesi, taraflar arasındaki borç ilişkisinin sona erdiği ve dolayısıyla teminatın sona erdirilebileceği anlamına gelmektedir. Bu bakımından, banka tazmin istemini yerine getirirken mektup aslını almak, gerçekliği ile imzaların doğruluğunu kontrol etmek zorundadır.*”

³⁹⁹ Yarg.19.HD, 15.06.2001 T., 2001/511 E., 2001/4641 K. “*...teminat mektubunun kaybedilmiş olması veya herhangi bir şekilde zayi edilmesi halinde, muhatapın teminat mektubundan kaynaklanan hakkı ortadan kalkmamakta, kıymetli evrakta olduğu gibi teminat mektubunun zâyi nedeniyle iptalinin mahkemeden istenmesi gerekmemekte, sonuç olarak muhatapın talep hakkı devam etmekte...*” şeklinde bir tespitte bulunmuş, ancak Yargıtay, yerel Mahkeme kararını: “*Zayi edildiği ileri sürülen teminat mektubunun tazmini, bankanın rücu hakkını kullanabilmesi açısından yargılamayı gerektirdiğinden davalı banka aleyhine %40 icra inkar tazminatına hükmedilmesi isabetli değildir.*” gerekçesi ile bozmuştur.

⁴⁰⁰ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.53; Arkan, Hukuki Durum, s.70

Uygulamada, banka teminat mektuplarının büyük çoğunluğunda “*ilk yazılı talepte ödeme*” klozu bulunmaktadır⁴⁰¹. Bu şekilde taraflar, ödeme talebinin yazılı şekilde yapılacağını akdettikleri garanti sözleşmesinde ortak iradeleri ile kararlaştırmışlardır⁴⁰². Bu tür bir sözleşmesel yükümlülüğe aykırı davranılarak, muhatap tarafından sözlü bir ödeme talebinde bulunulması durumunda, bankanın bu ödeme talebini öncelikle garanti sözleşmesine aykırılık sebebi ile reddetmesi gerekecektir. Uygulamada bankaların, yazılı bir talep aramadan, teminat mektubu aslının iadesi karşılığında ödeme yapmakta oldukları belirtilmiştir⁴⁰³. Herhangi bir yazılı talep olmadan, teminat mektubu aslının iadesine istinaden ödeme yapılması, banka açısından, rücu aşamasında hukuki ihtilaf yaratabilir, banka teminat mektubu metninde “*yazılı talep*” koşulunun belirtilmiş olması halinde, mutlak surette muhatabın yazılı talebinin aranması ve yazılı talep olmadan ödeme yapılmaması banka açısından önemlidir, zira yukarıda belirtildiği üzere, bankanın ödeme yükümlülüğü teminat mektubunun aslının iadesi ile değil, muhatabın teminat mektubu metninde belirtilen rizikonun gerçekleştiğini bildirerek usulüne uygun bir ödeme talebinde bulunması ile ortaya çıkmaktadır⁴⁰⁴.

İbraz aşamasında muhatap, rizikonun gerçekleştiğini iddia ederek Bankaya müracaat edip teminat mektubunda yazan meblağın ödenmesini yazılı olarak talep etmektedir. Bundan sonraki bölümde, ibraz ve ödeme talebine ilişkin ayrıntılı incelemeyi, muhtelif ihtimalleri göz önünde bulundurarak yapacağız. Ancak bu aşamada özellikle belirtmek gerekir ki, muhatap tarafından ödeme isteminde bulunulabilmesinin temel koşulu, rizikonun gerçekleşmiş olmasıdır. Banka teminat mektubu vermekle mücerret (soyut) bir borç taahhüdünde bulunmadığından⁴⁰⁵, teminat mektubunda “*ilk yazılı talepte ödeme*” klozu mevcut ise de, muhatabın “*rizikonun gerçekleştiğini beyan etmeden*” sadece soyut bir ödeme beyanında bulunması halinde bankanın ödeme yapmaktan imtina etmesi uygun olur⁴⁰⁶, zira banka ödeme yaptıktan sonra ödeme ile ilgili olarak lehtara rücu edecektir, bu aşamada lehtarın “*rizikonun gerçekleşmemiş olduğu*” iddiasında bulunması ve bu iddiasını likit kanıtlarla da ortaya

⁴⁰¹ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.77

⁴⁰² Barlas, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.63

⁴⁰³ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.153

⁴⁰⁴ Aral, Hukuki İlişki, s.185

⁴⁰⁵ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.52; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.42; Arkan, Hukuki Durum, s.61; Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.46,47

⁴⁰⁶ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.129, Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.250 ve s.286

koyması halinde, bu durum lehtar için bankaya karşı ödeme yapmaktan kaçınmasını sağlayacak bir haklı sebep teşkil edebilecektir⁴⁰⁷.

Diğer taraftan, teminat mektuplarında yer alan ve teminat mektuplarını diğer teminatlar karşısında avantajlı konuma getiren en önemli unsurlardan birisi olan “*ilk yazılı talepte ödeme*” klozunun, lehtar tarafından getirilen ve bankanın teminat mektubuna istinaden ödeme yapmasını engeller nitelikteki “ihtiyati tedbir” kararları ile anlamsız hale getirilmesinin, Türk bankalarının yurt dışındaki itibarlarını zedeleyeceği ve Türk bankaları tarafından verilen teminat mektuplarının kabul edilmemesi sonucunu verebileceği tespitinde bulunulmuştur⁴⁰⁸.

Banka, muhatabın yazılı ödeme istemini aldığı anda, lehtar ile aralarındaki vekalet ilişkisi gereğince, ödeme talebinin garanti metninde öngörülen şartlara ve usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını incelemek zorundadır⁴⁰⁹. Bu inceleme zorunluluğu, bankanın “*basiretli bir tacir olma*” yükümlülüğünden de kaynaklanmaktadır.

İbraz ve ödeme talebi, teminat mektubu ilişkisinin en önemli aşamalarından birisidir. Bu aşamada, çok ince bir dengenin taraflarca gözetilmesi zorunludur. Gerçekten de, Banka, kendisine ibraz edilen teminat mektubu ile ilgili olarak, yukarıda belirtildiği şekilde inceleme yapmak ve üzerine düşen özen yükümünün gereğini yerine getirerek yapacağı incelemeyi müteakip, şartların tamam olduğu kanaatine ulaşması halinde, muhataba ödemeyi yapmak zorundadır. Ancak banka tarafından bu yükümlülüğün icrasının, muhatabın kendisine ibraz etmiş olduğu teminat mektubundan kaynaklanan alacağının ödenmesini geciktirerek muhatabı zarara uğratacak ve “*ilk yazılı talepte ödeme*” klozunu taşıyan banka teminat mektuplarının tercih edilmesini anlamsız kılacak bir seviyeye ulaşmaması da gereklidir. Yine, muhatap da teminat mektubundan kaynaklanan haklarının kullanılması noktasında, Medeni Kanun m.2’de yer alan dürüstlük kuralına uygun davranmak mecburiyetindedir⁴¹⁰. Muhatap, riziko gerçekleşmeden evvel, örneğin vadeli teminat mektuplarında salt bir hak kaybına uğramamak maksadı ile ya da herhangi bir sebebe dayanmadan ve tamamen kötü niyetli

⁴⁰⁷ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.63

⁴⁰⁸ Reisoğlu, a.g.e., s.305

⁴⁰⁹ Aral, Hukuki İlişki, s.194

⁴¹⁰ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.248

olarak, ödeme istemiyle ibrazda bulunmamalıdır. Konu ile ilgili bir Yargıtay kararında, yerel Mahkeme tarafından verilen kararı, aşağıdaki gerekçe ile onamıştır⁴¹¹.

Bu itibarla, muhatap tarafından rizikonun gerçekleşmemesine rağmen, vadenin dolmasından evvel sırf hak kaybına uğramamak adına yapılan, teminat mektubunun süresinin uzatılması aksi halde ödenmesi yönündeki ödeme talebinin, banka açısından bir ödeme yükümlülüğüne sebebiyet vermeyeceği, bir örneği yukarıda arz edildiği üzere, Yüksek Mahkeme kararları ile de sabittir.

Muhatabın ödeme talebinde bulunma hakkı, teminat mektubunda belirtilen rizikonun gerçekleşmesine bağlıdır⁴¹². Yargıtay da konu ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında⁴¹³, yerel Mahkemenin süreli teminat mektuplarında, riskin tayin edilen vade içerisinde gerçekleşmesi halinde bankanın ödeme yükümlülüğünün olduğu, risk gerçekleşmeden teminat mektubu bedelinin ödenmesinin mümkün olamayacağı, süre sonunda bankanın yükümlülükten kurtulacağı gerekçesi ile vermiş olduğu kararı onamıştır. Banka, muhatap tarafından riskin gerçekleştiği bildirilmeden yapılan ödeme taleplerini, reddetmek durumundadır, muhatap tarafından riskin gerçekleştiği beyan edilmeden yapılan bir ödeme talebi, teminat mektubu metinlerinde genel olarak yer alan “*riskin gerçekleştiğini bildiren ilk yazılı talep...*” ifadesine ve dolayısıyla sözleşmeye de aykırılık teşkil etmekte olduğundan, banka sözleşmeye aykırılık sebebiyle de ödemediğine imtina edebilecektir.

Risk gerçekleşmeden ödeme talebinde bulunmamakla yükümlü olan muhatap, bu yükümlülüğüne aykırı hareket edecek olursa, lehtarın uğrayacağı zararları tazminle yükümlü olacaktır⁴¹⁴. Usulüne uygun olmayan bir talebe istinaden ödeme yapan bankanın, lehtara rücu etmesi durumunda, lehtarın ödeme yapmaktan imtina etmek istemesi ihtimali yüksektir.

⁴¹¹ Yarg.11.HD., 13.12.2011 T., 2010/130 E., 2011/16894 K. :” “...davalı bankaca bu istemin de teminat mektuplarının süresinin dolduğu gerekçesiyle kabul edilmemesine, teminat mektubu vermekle bankaların mücerret bir borç altına girmeyip belirli bir yükümlülüğün yerine getirilmesini garanti etmeleri nedeniyle, yazılı tazmin talebinde mutlaka, lehtarın teminat mektubu ile garanti edilen yükümlülüğünü yerine getirmediğinin belirtilmesinin gerekmesine, vadeli teminat mektuplarında uygulamada sıkça rastlanan “teminat mektubunun vadesinin uzatılması, aksi takdirde mektubun tazmini” (extend or pay) şeklindeki talebin, teminat mektuplarının yukarıda açıklanan niteliği ile bağdaşmamasına, zira “uzat veya tazmin et” talebinde riskin doğup doğmadığı anlaşılamadığından, bankanın ödeme yükümlülüğünün de doğmamasına, somut uyuşmazlıkta davalı bankanın teminat mektuplarında vadeyi uzatmaması halinde mektubu tazmin edeceği yönünde bir taahhüdünün de bulunulmamasına...”

⁴¹² Arkan, Hukuki Durum, s.62

⁴¹³ Yarg.19.HD., 23.10.2003 T., 2002/7265 E., 2003/10397 K.

⁴¹⁴ Doğan, a.g.e., s.248

İşte, muhatap açısından teminat mektubundan kaynaklanan alacağına kavuşmasını geciktirmeyecek bir talepte bulunulmasının, Banka açısından talebin hukuka uygun olup olmadığının denetlenmesi ve neticesinde ödeme yükümlülüğünün ortaya çıkmasının, lehtar açısından ise haklarını haleldar etme riskini ortaya çıkaracak olayların başlangıç noktasının, teminat mektubunun ödeme istemi ile Bankaya ibrazı anı olduğu söylenebilir.

II.ÖDEME TALEBİ

Ödeme talebi, muhatabın, banka teminat mektubunda garanti edilen edim sonucunun gerçekleşmediğini ileri sürerek, teminat mektubu bedelini bankadan istemesidir⁴¹⁵. Muhatap, bankaya başvurarak, teminat mektubunda belirtilen rizikonun gerçekleştiğini belirtip teminat mektubunda belirtilen rakamın ödenmesini talep edecektir. Muhatabın ödeme talebinin banka açısından bir ödeme yükümlülüğü ortaya çıkarabilmesi için, taraflar arasında akdedilen garanti sözleşmesinin metninde belirtilen geçerlilik şartlarının mevcut olması gerekir⁴¹⁶. Bu şartlar, taraflar arasında TBK m.26 gereği sözleşme serbestisi içerisinde belirlenir, taraflar arasında böyle bir belirlemenin yapılmamış olması durumunda, genel hükümlere müracaat edilmesi gerekecektir⁴¹⁷.

Bankanın ödeme talebini inceleme yükümlülüğünün kapsam ve koşullarını teminat mektubu metni belirlemektedir⁴¹⁸. Banka, gerek bizzat teminat mektubundan ve gerekse muhatap tarafından yapılan ödeme talebinden kaynaklanan hususları makul özenle incelemek durumundadır⁴¹⁹. Yapacağı inceleme neticesinde ortaya çıkacak olan duruma göre banka, teminat mektubunun ödenmesine ilişkin talebi kabul ya da reddedecektir.

Banka tarafından yapılacak olan incelemenin kapsamını belirlemek önemlidir. Bankanın inceleme yükümlülüğünün tüm teminat mektuplarında aynı olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneğin, “ilk talepte ödeme” kaydını içeren bir banka teminat mektubunda, bankanın inceleme yükümlülüğü, ödeme talep eden kişinin gerçekten garanti alan kişi mi olduğu ile sınırlı şekli bir inceleme iken, riskin

⁴¹⁵ Aral, Armağan, s.185

⁴¹⁶ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.124

⁴¹⁷ Aral, Armağan, s.186

⁴¹⁸ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.144; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.358

⁴¹⁹ Doğan, a.g.e., s.362

gerçekleştiği iddiası ile ödeme talep edilebilmesini belli belgelerin ibrazı şartına bağlayan ya da riskin gerçekleştiğinin ispatını ve bu ispatın nasıl bir delille yapılacağını teminat mektubu metninde belirleyen garanti sözleşmelerinde, bankanın inceleme yükümü farklıdır⁴²⁰.

Banka, muhatap tarafından kendisine ibraz edilen belgeleri, makul derecede özen göstererek ve yalnızca dış görünüş itibarıyla inceleyecek, belgelere ilişkin içerik incelemesi yapmayacaktır⁴²¹. Bu nedenle, bankanın inceleme ve kontrol yükümü, ödeme talebinin şekli şartları ile sınırlı olacak, bu kapsamda banka, ödeme talebinde süreye uyulup uyulmadığı, ödemeyi talep edenin buna yetkili olup olmadığı, talep edilen miktarın teminat mektubu metninde yazan meblağ olup olmadığı ve talep edilen meblağın, teminat mektubunda belirtilen para biriminden olduğu hususlarında inceleme yapmak, bu inceleme neticesinde ve ancak tüm şartların uygun olması halinde ödemeyi yapmak zorundadırlar. Ödeme talebinin garanti sözleşmesinde belirtilen süre içerisinde ve yine sözleşmede kararlaştırılan şekil ve şartlara uygun şekilde yapıldığını ispat yükümlülüğü, garanti alana (muhataba) ait olacaktır⁴²².

Banka ile lehtar arasındaki ilişkinin vekalet ilişkisi olduğunu savunan yazarlar, ödeme talebinin garanti metninde (banka teminat mektubunda) öngörülen şartlara ve usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığına ilişkin inceleme yükümlülüğünü, banka ile lehtar arasındaki vekalet ilişkisine dayandırmaktadırlar⁴²³.

Muhatap banka teminat mektubunda yazılı miktarın tamamını talep edebileceği gibi, bir kısmını da talep edebilir⁴²⁴. Ödeme talebinin içeriğinde, muhatabın bunu belirtmesi gerekir. Bu nedenle, ödeme talebi ile ilgili incelemeye geçmeden evvel, ödeme talebinin kısmî ve çoklu olarak yapılması durumlarına değinilecektir.

⁴²⁰ Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.90, vd.

⁴²¹ Arkan, Hukuki Durum, s.68; Doğan, a.g.e. s.362

⁴²² Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.131

⁴²³ Aral, Armağan, s.193, 194

⁴²⁴ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.63; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.266

A.Kısmî Ödeme Talebi

Muhatap, ödeme talebinde, banka teminat mektubunun tamamının ödenmesini talep edebileceği gibi, bir kısmının ödenmesini de talep edebilir⁴²⁵. Muhatabın, talep edilmeyen kısım üzerindeki hakkının bâki kalması şartıyla bankadan ödeme yapmasını talep etmesinin mümkün ve geçerli olduğu kabul edilmektedir⁴²⁶.

Bölünebilir nitelikte muaccel bir borcun alacaklısı, borcun bir kısmının ifa edilmesini isteyebilir⁴²⁷. Bu kapsamda, muhatabın ödeme talebinde, bankanın kalan kısım için sorumluluğunun devamı kaydıyla, teminat mektubunun kısmen ödenmesini talep etmesi mümkündür⁴²⁸.

Muhatabın, banka teminat mektubunda yazan tutarın tamamını talep etmek zorunda olmadığı, teminat mektubu metinlerinde yer alan “*azamiTL'ye kadar olan miktarın*” ibaresinden anlaşılabilir⁴²⁹. Banka, muhatap tarafından yapılan kısmi ödeme talebine istinaden, talep edilen rakamı ödeyecek, ancak kalan kısım için sorumluluğu devam edecektir. Kısmi ödeme taleplerinin vadeli teminat mektupları açısından önemi vardır. Zira, muhatap tarafından yapılan ödeme talebi, her ne kadar bankanın sorumluluğu talepte bulunulmayan kısım için devam ediyor olsa da, ancak ödeme talebinde belirtilen meblağ ile sınırlı olarak yapılmış kabul edilmelidir. Muhatap, ödeme talebinde bulunmadığı kısım için de ödeme talebinde bulunmak istiyor ise, daha evvel talepte bulunulmayan kısım ile ilgili riskin gerçekleşmesi koşulu ile, vade tarihi içerisinde mutlaka ödeme talebinde bulunmalıdır. Kısmî talebin, teminat mektubunun bütününe yönelik bir talep olmadığı ve muhatabın vade içinde kalan kısım için yeni bir ödeme talebinde bulunmaması durumunda, vadenin geçmesinden sonra yapılacak bir ödeme talebinin banka tarafından reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁴²⁵ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.129

⁴²⁶ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.129; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.266

⁴²⁷ Barlas, a.g.e., s.63

⁴²⁸ Reisoğlu, a.g.e., s.266

⁴²⁹ Aral, Armağan, s.195

B.Çoklu Ödeme Talebi

Teminat mektubunun vadesi içinde, güvence altına alınan riskin gerçekleşme durumuna göre, birden fazla ödeme talebinde bulunulmasının mümkün olduğu, çoklu ödeme talebinin söz konusu olabilmesi için, teminat altına alınan riskin birden fazla ödeme talebinde bulunulmasına uygun olması gerektiği belirtilmiştir⁴³⁰. Çoklu talep durumunda, muhatap tarafından yapılacak her bir talep diğerinden bağımsız kabul edilmeli ve muhatap tarafından yapılan her bir ödeme talebi banka tarafından münferit olarak değerlendirilmelidir⁴³¹.

Banka teminat mektubu, taraflar arasındaki garanti sözleşmesinin metnini teşkil ettiğinden, garanti sözleşmesinin tarafları olan banka ve muhatap, teminat mektubu metnine çoklu talebin mümkün olduğuna ilişkin bir ibare koyabilecekleri gibi, çoklu talebin mümkün olmadığı ve rizikonun gerçekleşmesi halinde, teminat mektubunun tamamı için ödeme talebinde bulunulacağını da kararlaştırabilirler⁴³².

III. BANKA TEMİNAT MEKTUBUNUN TEYİT İÇİN İBRAZİ VE TEYİT VEREN BANKANIN SORUMLULUĞUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ

Uygulamada, banka tarafından hazırlanan teminat mektubunun muhataba doğrudan doğruya teslim edilmediği, bunun yerine muhataba iletmek üzere lehtara teslim edilmekte olduğu tespiti yapılmıştır⁴³³.Muhatap, özellikle banka teminat mektubunun doğrudan banka tarafından değil de lehtar tarafından kendisine iletiildiği durumlarda;

- Mektubun gerçekten de banka tarafından hazırlanıp hazırlanmadığı,
 - Mektup banka tarafından hazırlanmış ise, mektup üzerindeki imzaların bankayı ilzama yetkili kişiler tarafından atılıp atılmadığı,
 - Banka tarafından hazırlanmış bir mektup üzerinde tahrifat yapılıp yapılmadığı,
- hususlarında bilgi sahibi değildir. Bu durumda muhatap, ileride herhangi bir hukuki ihtilafla karşılaşmamak için, teminat mektubunu düzenleyen bankaya başvurarak

⁴³⁰ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.378

⁴³¹ Doğan, a.g.e., s.378

⁴³² Doğan, a.g.e., s.378

⁴³³ Teoman, Teminat Mektubunun Teyidi, s.326; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.53

teminat mektubunun gerçekliğini araştıracaktır ⁴³⁴, teminat mektubunun teyit ettirilmesini, muhatabın “*banka teminat mektubunun gerçek olmaması, bankayı ilzama yetkili kişiler tarafından imza edilmemiş olması ya da tahrif edilmiş olması risklerine karşı, herhangi bir zarara uğramayacağı yönünde bankanın beyanda bulunmasını talep etmesi*” olarak değerlendirmek mümkündür. Muhatabın teyit talebini, yukarıda da arz edildiği üzere, eğer daha evvel kabul yönünde açık bir irade beyanında bulunulmamış ise, banka tarafından yapılan icabın kabul edildiğine ilişkin bir irade beyanı olarak değerlendirmenin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Banka teminat mektuplarının teyit için ibrazı konusu bir çok açıdan önem arz eden bir husustur. Zira;

- Banka teminat mektubunu bizzat muhataba ulaştırmamış, bunun yerine uygulamada sıklıkla görüldüğü üzere, muhataba ulaştırılmak üzere lehtara teslim etmiş, lehtar ise bu teminat mektubunu gecikmeli olarak muhataba ulaştırmışsa, bu durumda muhatap açısından, teminat mektubunun kendisine ulaştırılmasına kadar, zımnî bir kabulün varlığından söz etmek mümkün değildir. Teminat mektubu henüz lehtarın elinde ve muhataba ulaştırılmamış iken, teminat mektubunda garanti altına alınan riskin gerçekleşmesi halinde banka böyle bir teminat mektubundan dolayı sorumlu olacak mıdır? Teorik olarak lehtarın, teminat mektubunu bir an evvel muhataba ulaştırmak suretiyle garanti sözleşmesinin kurulmasını temin etmesi kendi lehinedir ve bu şekilde davranması beklenir. Ancak, teminat mektubu muhataba rizikonun gerçekleşmesinden sonra ulaştırılırsa ne olacağı sorusu akla gelebilir.
- Muhatabın bankaya başvurarak teyit istemesi durumunda, teyidi nereden alması gerektiği tartışılmıştır. Teyidin, bizzat teminat mektubunu düzenleyen şubeden alınması, şubedeki görevlilerin kötü niyetli hareket ederek teminat mektubu düzenleyebilecekleri gibi, kötü niyetle düzenlemiş oldukları teminat mektubuna teyit de verebilecekleri gerekçesiyle sakıncalı olarak değerlendirilmiştir⁴³⁵.

Yukarıdaki ihtimalleri teker teker değerlendirecek olursak;

⁴³⁴ Teoman, Ömer, Teminat Mektubunun Teyidi, s.327

⁴³⁵ Teoman, a.g.e., s.328

Muhatabın teminat mektubunun kendisine geç ulaştırılması sebebiyle kabul beyanında bulunmamış olması halinde, banka ile muhatap arasında akdedilmiş bir garanti sözleşmesinin varlığından söz edilemez. Zira, TBK'na göre bir sözleşmenin varlığı, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının mevcudiyetini gerektirir. Bu irade beyanları açık ya da örtülü olabilir, ancak madde metninden açıkça anlaşıldığı üzere, sözleşmenin kurulmuş sayılabilmesi için açık ya da örtülü bir irade beyanının mevcudiyeti şarttır. Teminat mektubunun muhataba ulaştırılmaması ya da geç ulaştırılması durumunda ise, muhatabın herhangi bir irade açıklaması olmadığından, sözleşmenin kurulmuş sayıldığını söylemek mümkün değildir. Muhatabın, teminat mektubu fiziken eline geçmemekle birlikte, rizikonun gerçekleşmesinden evvel, teminat mektubu bilgilerini vermek sureti ile bankadan teyit istemesi durumunda ise, taraflar arasında geçerli bir garanti sözleşmesinin kurulmuş olduğunu kabul etmek gerekir kanaatindeyiz. Bu durumda, uygulamada örneğine rastlanması zor olmakla birlikte, teorik olarak, garantinin geçmişe doğru etkili olacak şekilde verilmesinin de mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴³⁶.

Teyit için ibraz edilecek yer ile ilgili olarak ise, Banka teminat mektuplarının, bu teminat mektubunu hazırlayan şubeye teyit için ibraz edilebilecekleri gibi, teyidin bankanın genel müdürlüğünden ya da, bankanın tüm şubeleri ile birlikte bir tüzel kişi olduğu göz önünde bulundurularak, teminat mektubunu veren şube dışında başka bir şubeden de alınmasının mümkün olduğunu düşünüyoruz. Ancak teminat mektubunu düzenleyen şubeden teyit alınmasının, teminat mektubunun hazırlanmasında suiistimal yapan şube görevlilerinin, teyitte de aynı suiistimali yapabilecekleri gerekçesi ile sakıncalı olduğu ve bu nedenle de teyidin banka genel müdürlüğünden ya da başka bir şubeden alınmasının daha uygun olacağı ifade edilmiştir⁴³⁷.

Bankanın genel müdürlüğü ya da başka bir şubeden teyit alınmak istenmesi sırasında, teyidi istenen şube ya da genel müdürlük, teminat mektubunun gerçekliğinden şüphe duyuyor ya da teyit için gerekli araştırmayı yapamayacak durumda ise, teyit vermeyi reddetmelidir, aksi taktirde, mektubun sahteliği, tahrifata uğramış olduğu, vb. konularda beyanda bulunmayan bankanın, bir de böyle bir teminat mektubuna teyit vermesi durumunda, artık bu teminat mektubunun ödeme istemiyle ibrazı halinde,

⁴³⁶ Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.81

⁴³⁷ Teoman, a.g.e., s.328, vd.

bankanın bu teminat mektubunu ödeyeceğine ilişkin olarak muhatabın kesin bir güven duymasına sebebiyet vermiş olacağı belirtilmiştir⁴³⁸. Bu durumda, teyit veren bankanın sorumlu olacağını kabul etmek gerekir.

Muhatabın bankadan teyit istemesi durumunda, incelenmesi gereken bir ihtimal de şudur; banka tarafından hazırlanan bir teminat mektubunun, bankayı ilzama yetkili iki imza tarafından hazırlanması gerekir, banka yetkililerinden birisi tarafından kötü niyetle hazırlanan ve diğer imzası sahte olan bir teminat mektubunun bankayı sorumluluk altına sokup sokmayacağı ve bu tür bir teminat mektubunu teyit ettiren muhatabın durumunun ne olacağını incelenmelidir.

Banka açısından durumu, TBK m.66'da düzenlenen "*adam çalıştırmanın sorumluluğu*" kapsamında değerlendirmek uygun olacaktır. Adam çalıştırmanın sorumluluğu, bir kusur sorumluluğu olarak değil, olağan sebep sorumluluğu⁴³⁹ ya da bir kusursuz sorumluluk hali olarak değerlendirilmiş olup⁴⁴⁰, kusursuz sorumluluk hallerinin sınırlı (tahdîdî) olduğu belirtilmiştir⁴⁴¹. Adam çalıştırmanın sorumluluğunu düzenleyen TBK m.66'ya göre, adam çalıştırmanın sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için iş sahibi ile iş gören kişi arasında;

- Astlık üstlük ilişkisinin söz konusu olması gerektiği,
 - Verilen zarar ile görülen iş arasında bağlantı olması, illiyet sürecinin bu işin görülmesi dolayısı ile başlatılmış olması gerektiği,
- kabul edilmiş bulunmaktadır⁴⁴².

TBK m.66/f.II'de, bankanın sorumluluktan kurtulabileceği hal düzenlenmiştir, buna göre;

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bu durumda, banka teminat mektubunun banka personeli olan bir kişi tarafından tek imza ile hazırlanıp diğer imzanın sahte olarak üretilmesi örneğinde, kural olarak bankanın sorumlu olduğunu kabul etmek yasal düzenleme gereği zorunlu görünmektedir. Zira, yukarıda arz edildiği üzere, TBK'da adam çalıştırmanın

⁴³⁸ Teoman, a.g.e., s.329

⁴³⁹ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.575

⁴⁴⁰ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.152

⁴⁴¹ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.149

⁴⁴² Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.151, 152

sorumluluğunun “*kusursuz sorumluluk*” olduğu kabul edilmiş, banka açısından bu sorumluluktan kurtuluş imkanı da m.66/f.II’de öngörülmüştür. Bu tür bir ihtilafla karşılaşılması halinde, bankanın kusurunun tespit edilebilmesi için, banka çalışanı tarafından yapılan fiilin, bankanın bu tür bir suiistimali önlemeye yönelik önlemlere rağmen mi işlendiği araştırılmalıdır. Bankanın, personelinin bu tür bir suiistimal yapmasını engelleyecek önlemleri aldığı ölçüde sorumluluktan kurtulabileceği söylenebilir.

Diğer taraftan, yukarıda belirtildiği gibi sahte bir teminat mektubunun ne şekilde teyit edilmiş olduğu da önemlidir. Uygulamada kimi durumlarda rastlandığı üzere, teminat mektubunun gerçekliği muhatap tarafından telefon, vb. iletişim araçları ile sorgulanıyor ise, ödeme talebinin yazılı şekilde yapılması öngörülen hallerde, aksi garanti metninde belirtilmedikçe, ödeme beyanının kapsamına giren bütün hususlar şekil mecburiyetinin kapsamına gireceğinden⁴⁴³, teyit işleminin de yazılı olarak yapılması gerektiği ve telefonla verilen teyidin banka açısından bağlayıcı olmayacağını söylemek gerekecektir.

Banka teminat mektubunun, bizzat banka yetkilileri tarafından muhataba ulaştırılmaması, bunun yerine muhataba ulaştırılmak üzere lehtara verilmesi durumunda, lehtarın hukuksal durumunun “vekil” olarak tespit edilmesi gerektiği değerlendirilmektedir⁴⁴⁴. Bu durumda lehtar, kendisine verilen teminat mektubunu muhataba ulaştırmak konusunda vekilin özen yükümü ile doğru orantılı bir yükümlülük altına girmektedir.

Bankanın düzenlemiş olduğu teminat mektubu, muhataba ulaşmaya kadar bir icap niteliğindedir, bu itibarla banka muhatapın açık ya da zımnî kabul beyanına kadar TBK hükümlerine göre icabından dönebilecektir⁴⁴⁵.

Uygulamada, özellikle ödeme istemiyle ibraz aşamasında, bankaya ibraz edilen teminat mektuplarının sahte olması sebebiyle sorunlar yaşandığı görülmektedir. Yargıtay kararına konu bir olayda⁴⁴⁶, banka tarafından hazırlanan bir teminat mektubu muhataba iletilmek üzere lehtara teslim edilmiş ancak lehtar tarafından sahtesi

⁴⁴³ Aral, Armağan, s.190

⁴⁴⁴ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.121

⁴⁴⁵ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.84

⁴⁴⁶ Yarg.11.HD,13.11.1990 T, 1989/3737 E., 1990/7248 K (Kararın ayrıntılı eleştirisi ve karar üzerinde yapılan tartışmalar için bkz. Teoman, Ömer, Teminat Mektubunu Teyid Eden Bankanın Hukuki Sorumluluğu, Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim, C:II, s.319-366)

üretilecek teminat mektubunun sahtesi muhataba teslim edilmiş, gerçek nüshayı muhatap kendisinde muhafaza etmiştir. Muhatap, kendisine teslim edilen teminat mektubu ile ilgili olarak bankadan teyit de almıştır. Her ne kadar muhatap, teyidi teminat mektubunu veren Şubeden değil başka bir Şubeden almış ise de, netice itibariyle Bankadan bir teyit almış bulunmaktadır. Muhatap tarafından ödeme istemiyle ibraz aşamasında, banka kayıtlarında teminat mektubunun iade edilmiş olduğu ve risk çıkışının da yapıldığı görülmüş ve banka teminat mektubunda yazan meblağı ödemeyi reddetmiştir. Konu yargıya intikal etmiş, yerel mahkeme tarafından davacı (muhatap) lehine verilen karar, Yargıtay aşamasında davalı (banka) lehine, eksik inceleme gerekçesi ile bozulmuştur. Yargıtay kararının incelenmesinde, kararın oy çokluğu ile alındığı, karşı oy yazısında “ *taraflar arasında geçerli bir garanti sözleşmesinin kurulmuş olduğunun kabul edilmesi gerekeceği*” belirtilmiştir. Yargıtay’ın bozma kararı üzerine davayı tekrar gören yerel Mahkeme, ikinci kez davanın kabulüne karar vermiş ve karar Yargıtay tarafından yapılan temyiz incelemesi neticesinde tekrar bozulmuştur⁴⁴⁷.

Yargıtay’ın bozma kararına;

- muhatabın teminat mektubunu lehtardan alması sebebiyle sorumlu olacağı düşünülüyor ise, bankanın da garanti sözleşmesi akdedeceği kişiye teminat mektubunu vermemesi sebebiyle sorumlu tutulabileceği,
- muhatabın, teminat mektubu metninde aksi belirtilmediği sürece, teyit için bankanın herhangi bir şubesini seçmekte özgür olduğu ve verilen teyidin bankayı bağlayacağı, eğer teyit verilmek istenmiyor ise, teyit talebinin reddedildiği hususunun muhataba bildirilmesi gerektiği,

⁴⁴⁷ Yargıtay 11.HD, 01.07.1993 T., 1992/4025 E., 1993/4844 K.: “*Bozmadan sonra yapılan yargılama neticesinde davacının elindeki mektubun sahte olduğu anlaşılmıştır. Ancak mektup arkasına bankaca verilen şerh, bankaya ibraz edilen sahte mektubun orjinal ve geçerli olduğunu belirtici nitelikte değildir. Şerhte sadece mektubun tarih, no ve miktarı belirtilerek böyle bir teminat mektubunun verildiği ifade edilmiştir. Davacı teminat mektubunu direk bankadan değil lehtardan almıştır ve mektubu veren banka şubesine değil aynı şehirde bu şubeye uzak sayılmayan bir şube olan Mercan şubesine müracaat ederek mektup arkasındaki şerhi almıştır. Davacı gerek ticari ilişkiye girdiği muhatabı mektup lehtarını seçmekte gerekli itinayı göstermediğinden ve teyit için yukarıda belirtilen bir davranışa girdiğinden zarara uğramakta daha çok kusurludur. Davalı banka ise, sahte mektup arkasına davacının aldanabileceği bir yoruma müsait şekilde teyit yazısı yazmakta kusurlu ise de, daha az oranda kusurludur. Mahkemece bu yorum ve değerlendirme ile bir karar verilmek gerekirken tüm kusurun davalıda olduğu gerekçesiyle hüküm tesisi doğru olmamıştır.*”

- bankanın kararda belirtildiği şekilde bir teyit vermek sureti ile, banka tarafından böyle bir teminat mektubunun hazırlanmış olduğunu muhataba beyan ettiği ve bu nedenle de sorumlu tutulması gerekeceği, gerekçeleri ile katılmıyoruz.

Banka, yukarıda da arz edildiği üzere, gerçekliğinden şüphe duyduğu ya da araştırma imkanının olmadığını iddia ettiği bir teminat mektubu ile ilgili olarak muhataba derhal bir yanıt vermelidir. Banka tarafından, Yargıtay kararında belirtilen şekilde bir teyit vermesinden sonra, teyit verdiği teminat mektubu ile ilgili olarak sorumlu olmadığını ya da sözleşmenin diğer tarafına göre daha az sorumlu olduğunu kabul etmenin hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz.

IV.GÜMRÜK VE TİCARET BAKANLIĞI İLE KREDİ KAYIT BÜROSU A.Ş. ARASINDA İMZALANAN 18.03.2015 TARİHLİ PROTOKOL

Ülkemizde, bankalar tarafından hazırlanan teminat mektuplarının doğrudan muhataba verilmediği, bunun yerine muhataba iletilmek üzere lehtara teslim edildiği, bu durumun da uygulamada sahte teminat mektubu tanzim edilerek muhataba verilmesi gibi bir çok uygulamaya sebebiyet verdiği bilinmektedir.

Banka teminat mektuplarının ortaya çıkışında olduğu gibi, teyit ile ilgili olarak da kamu bir adım önde hareket etmiş ve özellikle Gümrük Müdürlüklerine ibraz edilen sahte teminat mektupları ile ilgili olarak herhangi bir hak kaybına uğramanın önüne geçebilmek için Kredi Kayıt Bürosu A.Ş. ile Gümrük ve Ticaret Bakanlığı arasında, 18.03.2015 tarihli bir protokol imzalanmıştır. Protokolün yasal dayanağı, 4458 sayılı Gümrük Kanununun 12 nci maddesidir.

Bahse konu protokol ile, banka teminat mektuplarının gerçek olup olmadıkları ile banka teminat mektubu üzerinde bir tahrifat yapılarak yazı ve rakamlarla oynanması ihtimaline karşı, içerikleri (ne miktar için verildikleri, süreli olup olmadıkları, vb.) konusunda teyit alınması mümkün bulunmaktadır. Çalışmamızın sonuç bölümünde de arz edildiği üzere, banka teminat mektuplarının teyidi ile ilgili olarak istifade edilen teknolojik imkanlardan, banka teminat mektubunun muhataba ulaştırılması aşamasında da faydalanılmasının pek çok hukuki ihtilafı önleyebileceği kanaatindeyiz.

İKİNCİ BÖLÜM

MUHATABIN ÖDEME TALEBİNDE BULUNABİLMESİ İÇİN GEREKLİ TEMEL ŞARTLAR

Muhatabın bankaya başvurarak, elindeki teminat mektubundan kaynaklanan alacağını istemesi (ödeme talebinde bulunması) belli şartların gerçekleşmesine bağlıdır. Ödeme talebinde bulunulabilmesi ile ilgili şartlar, taraflarca kararlaştırılarak teminat mektubu metnine yazılabilir. Böyle bir kararlaştırma varsa, ödeme talebinin uygunluğu ile ilgili müracaat edilecek ilk yer banka teminat mektubunun metni olmalıdır. Bu tür bir kararlaştırmanın mevcut olmaması halinde de ödeme talebinin uygunluğu ile ilgili olarak temelde aşağıdaki şartların mevcudiyetinin zorunlu olduğunu kabul etmek gerekecektir.

I.ÖDEME TALEBİNİN MUHATAP TARAFINDAN YAPILMASI

Ödeme talebinin bizzat muhatap tarafından ya da onun adına hareket etmeye yetkili organ tarafından veyahut da iradî temsilcisi tarafından yapılması gerekir.⁴⁴⁸Ödeme talebinin vekil tarafından yapılması halinde, vekaletnamesinde bu husus ile ilgili özel yetkinin bulunması şarttır⁴⁴⁹.

Banka, yetkisiz kişi tarafından yapılan ödeme talebi kendisi açısından bir ödeme yükümlülüğü doğurmayacağından, bu talebi reddetmelidir, zira yetkisiz kişiye ödeme yapan banka, lehtara rüçû imkanından mahrum kalacaktır.

II.ÖDEME TALEBİNİN SÜRESİNDE YAPILMASI

Ödeme talebinin muhatap açısından bir ödeme yükümlülüğü doğurabilmesi için, muhatabın süresi içerisinde bir ödeme talebinde bulunması gereklidir.⁴⁵⁰ Taraflar, ödeme talebinin yapılabileceği süre ile ilgili olarak, teminat mektubu metninde bir

⁴⁴⁸ Aral, Armağan, s.186; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.358, 359

⁴⁴⁹ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.125; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.247

⁴⁵⁰ Canbolat, a.g.e., s.127

kararlaştırmada bulunabilir ya da herhangi bir kararlaştırma yapmayabilirler. Ödeme talebinin en erken ne zaman yapılabileceği ile ilgili olarak teminat mektubunda bir kararlaştırmada bulunulmadığı takdirde, rizikonun gerçekleşmesinden sonra derhal ödeme talebinde bulunulabileceği kabul edilmektedir⁴⁵¹.

Banka teminat mektubu metinlerinde tayin edilen sürenin, garanti edilen olayın gerçekleşmesine mi yoksa ödeme talebinin yapılmasına mı ilişkin olduğu hususundaki tartışmada hakim görüşün, teminat mektubu metninde bu konu ile ilgili bir hüküm bulunmadığı takdirde, tayin edilen sürenin ödeme talebinin ileri sürülmesine ilişkin olduğu, yani ödeme talebinin teminat mektubunda öngörülen süre içerisinde yapılmaması halinde, bankanın ödeme yükümlüğünün ortadan kalkacağı belirtilmiştir⁴⁵².

Ödeme talebi, varması gerekli bir irade beyanı olduğundan, teminat mektubunda tayin edilen vade içerisinde bu talebin bankaya fiilen ulaşması gerekir ayrıca, teminat mektubu metninde ödeme talebi ile birlikte ibraz edilmesi kararlaştırılmış olan belgelerin de tayin edilen süre içerisinde bankaya ulaşması şarttır. Postadan kaynaklanan gecikmelerin riskinin muhataba ait olduğu kabul edilmektedir⁴⁵³.

III.TEMİNAT MEKTUBUNUN METNİNDE BELİRTİLEN RİZİKONUN GERÇEKLEŞMİŞ OLMASI

Ödeme talebinde bulunulduğu zamanda, teminat mektubu ile temin edilen rizikonun gerçekleşmiş olması gereklidir⁴⁵⁴.Garanti sözleşmelerinde, ve dolayısıyla banka teminat mektuplarında, garanti veren, garanti alan için ortaya çıkabilecek olan belli bir riski üstlenmektedir⁴⁵⁵. Her bir banka teminat mektubu, belirli bir riski ve yalnızca bu riski garanti etmektedir⁴⁵⁶. Kural olarak muhatabın riskin gerçekleştiğini bildirmesi yeterli olacaktır, banka riskin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmak mecburiyetinde değildir⁴⁵⁷.

⁴⁵¹ Canbolat, a.g.e., s.127

⁴⁵² Aral, Armağan, s.191

⁴⁵³ Aral, Armağan, s.192

⁴⁵⁴ Canbolat, a.g.e., s.126

⁴⁵⁵ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.37

⁴⁵⁶ Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.171: "...bir kimsenin sebebi ne olursa olsun doğmuş ve ileride doğacak bütün borçlarının garanti edilmesi mümkün olmamak gerekir."

⁴⁵⁷ Reisoğlu, a.g.e., s.250

Banka, teminat mektubunda belirtilen risk gerçekleşmiş ve muhatap tarafından usulüne uygun ödeme talebinde bulunulmuş ise, ödeme yapmak yükümlülüğü altındadır⁴⁵⁸. Banka, riskin gerçekleştiğini kontrol etmek zorunda değildir. Ancak, muhatabın ödeme talebinin açıkça hakkın kötüye kullanılması halini oluşturması durumunda, banka tarafından ödeme talebinin reddedilmesi gerekecektir⁴⁵⁹.

Banka teminat mektubu ile garanti edilen riskin, dolayısıyla temel ilişkide muhatap ve lehtar arasındaki sözleşmede belirtilen şartların, daha sonra muhatap ve lehtarın aralarında yapacakları bir anlaşmada değiştirilmesi ve lehtarın yeni yükümlülükler üstlenmesi, lehtar için tespit edilen yeni yükümlülükler bakımından banka teminat mektubu ile garanti altına alınmış sayılmaz, bu yeni yükümlülükler garanti kapsamı dışında kalacaktır⁴⁶⁰. O nedenle, muhatap tarafından yapılacak ödeme talebinin, banka ile muhatap arasında imzalanan garanti sözleşmesindeki garanti dışında olduğunun tespiti halinde, banka muhatabın ödeme talebini reddedecektir. Ancak bankanın, muhatap ile aralarında akdedilen ilk garanti sözleşmesi ile bağlı olduğu tartışmasıdır⁴⁶¹.

Kural olarak, ilk yazılı talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında bankanın, muhatabın ödeme talebinde rizikonun gerçekleştiğini beyan etmesi üzerine, lehtarın temel ilişkideki edimlerini kısmen ya da tamamen yerine getirip getirmediğini incelemek yükümlülüğü bulunmadığı kabul edilmektedir⁴⁶². Ancak banka teminat mektubu, soyut bir ödeme taahhüdü niteliğinde olmadığından, bankanın teminat mektubunda yazan miktarı ödemesi, teminat mektubunda yazan riskin gerçekleşmiş olmasına bağlıdır⁴⁶³. Riskin gerçekleşmesi, ödeme talebinin temel şartlarından birisidir. Ancak, ilk yazılı talepte ödeme kaydını içeren bir teminat mektubunda, muhatap tarafından riskin gerçekleşmemesine rağmen bir ödeme talebinde bulunulacak olursa, banka riskin gerçekleşip gerçekleşmediğini bilmediğinden ve bunu incelemek yükümlülüğü de olmadığından⁴⁶⁴, muhataba ödeme yapmak durumunda kalacaktır, zira

⁴⁵⁸ Kaya, İlk Yazılı Talepte Ödeme, s.246

⁴⁵⁹ Kaya, a.g.e., s.246

⁴⁶⁰ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.42

⁴⁶¹ Reisoğlu, a.g.e., s.42

⁴⁶² Tandoğan, Haluk, Özel Borç İlişkileri, s.858

⁴⁶³ Arkan, Teminat Mektubu, s.75

⁴⁶⁴ Arkan, a.g.m., s.75

ilk yazılı talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında, bankanın incelemesi şekli ve son derece sınırlı bir incelemedir⁴⁶⁵.

Ancak, muhatabın ödeme talebi, açıkça hakkın kötüye kullanılması halini oluşturuyor ise, örneğin banka riskin gerçekleşmediğini kesinlikle biliyor ise, bu durumda banka muhatabın ödeme talebine olumsuz yanıt vermelidir⁴⁶⁶. Fakat burada bahsedilen “açıkça kötüye kullanma”, “kesinlikle bilme” hallerinin kapsamının son derece dar yorumlanması gerektiği, örneğin bankanın muhatabın kötü niyetinden şüphelenmesi gibi durumların bu kapsama girmeyeceği ve bankanın soyut şüphesinin ödemedeki imtina etmesini haklı kılamayacağı belirtilmiştir⁴⁶⁷. Peki banka, bu durumda nasıl bir ölçüt kullanılmalıdır? Bu hususla ilgili olarak kullanılan muhtelif kriterler mevcuttur. Özetleyecek olursak;

Banka, rizikonun doğumuna muhatabın kendi kusurlu davranışı ile yol açtığını biliyor ise, ödeme yapmaktan kaçınabilir. Örneğin, muhatap tarafından akreditif açılması sonrasında lehtar tarafından malların teslim edileceği kararlaştırılmış ancak muhatap akreditifi açtırmamışsa, bu durumda bankanın ödeme yapmaktan kaçınabileceği kabul edilmektedir⁴⁶⁸. Fakat, muhatap tarafından hakkın kötüye kullanıldığı nasıl ispat edilecektir? Banka, teminat mektubu vererek lehtara gayri nakdi bir kredi açtığı kadar, kendi itibarını da riske etmektedir. Gerçekten de, rekabetin yoğun olduğu bir sektör olan bankacılık sektöründe, bir bankanın kendince sebeplerle, muhataba vermiş olduğu teminat mektubunu ödememesi, bankanın itibarı açısından son derece kötü bir durum ortaya çıkaracaktır. O nedenle, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanıldığının kanıtlanması hususunda katı olmak gerektiği ifade edilmiştir⁴⁶⁹. Banka tarafından, hakkın kötüye kullanıldığı iddiasıyla ödemedeki imtina edilebileceği haller son derece sınırlı olarak ve kesin (likit) delillerin varlığı halinde kabul edilebilecektir. “Kesin delil” tabirinden ne anlaşılması gerekeceği hususunda muhtelif tarifler verilmiştir.

⁴⁶⁵ Aral, Armağan, s.194; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.242

⁴⁶⁶ Arkan, a.g.m., s.79

⁴⁶⁷ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler s.287

⁴⁶⁸ Arkan, Teminat Mektubu, s.81

⁴⁶⁹ Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.347

Arkan'a göre kesin delil; *“bankayı ödeme yapmamaya ve ileride muhatap tarafından aleyhine açılacak bir tazminat davasında ispat yükünü üstlenmeyi göze almaya ikna edecek derecede güçlü kanıtları ifade etmektedir⁴⁷⁰.”*

Reisoğlu ise kesin delilden söz edilebilmesi için; *“ibraz edilenler dışında hiçbir delile ihtiyaç duyulmaması, bankada bu konuda hiçbir şüphe kalmaması gerektiği”*ni ileri sürmektedir. Yazar ayrıca kesin delillerin, muhatap tarafından düzenlenen belgeler olduğunu da belirtmiştir⁴⁷¹.

Develioğlu da, lehtarın garanti verenin ödemesini engellemek için getirmesi gereken kanıtların *“tek anlamlı”* ve *“her türlü belirsizlikten uzak”* olması gerektiğini belirtmiştir⁴⁷².

Bankanın ödemediğinden imtina etmesini sağlayabilecek kesin delillere örnek olarak, *“teminat mektubu ile güvence altına alınan borcun ödendiğini gösteren ve muhatabın imzasını taşıyan bir belge⁴⁷³”, mahkeme tarafından teminat mektubunun hükümsüzlüğüne karar verilmesi halinde buna ilişkin mahkeme kararı⁴⁷⁴”* örnek olarak gösterilebilir.

Muhatap tarafından yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması sayılabilecek hallere aşağıdakiler örnek olarak verilebilir;

-Muhatap, rizikonun gerçekleşmesine kendisi sebebiyet vermiş ise ya da borçlunun ifasını kendisi engellemişse veyahut da lehtarın temel ilişkiden kaynaklanan borcunu ödeme teklifini haklı bir sebep olmadan reddetmiş ise, muhatabın ödeme talebi, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecektir⁴⁷⁵.

- Asıl sözleşme, muhatabın sebep olduğu bir hile veya korkutma sonucunda kurulmuş ise ve muhatap sözleşmenin hile ya da korkutma sebebiyle geçersiz olduğunu bildiği halde ödeme talebinde bulunuyor ise, bu halde de muhatabın ödeme talebi, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmelidir⁴⁷⁶.

Muhatap, elindeki teminat mektubuna ilişkin ödeme talebini, ancak mektup metninde belirtilen rizikonun gerçekleştiğini ileri sürerek yapabilir, mektubun başka bir

⁴⁷⁰ Arkan, a.g.m., s.83

⁴⁷¹ Reisoğlu, a.g.e., s.288

⁴⁷² Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.347

⁴⁷³ Arkan, a.g.m., s.83

⁴⁷⁴ Reisoğlu, a.g.e., s.289

⁴⁷⁵ Develioğlu, a.g.e., s.354

⁴⁷⁶ Develioğlu, a.g.e., s.354

risk için paraya çevrilmesinin talep edilmesi mümkün değildir⁴⁷⁷. Bu nedenle, muhatabın elinde, lehtar ile ilgili olarak verilmiş birden fazla teminat mektubu olması halinde, her bir teminat mektubu hangi risk için verilmiş ise, ancak ilgili teminat mektubu ile garanti edilen riskin gerçekleşmesi halinde ve yalnızca o teminat mektubu ile ilgili olarak ödeme talebinde bulunabilecek, lehtarın aynı olduğundan bahisle, başka bir teminat mektubu ile garanti altına alınan riskin gerçekleştiğini ileri sürmek suretiyle, o lehtara ait başka bir teminat mektubunun paraya çevrilmesini talep edemeyecektir.

Bir teminat mektubu ile birden fazla riskin garanti edilmesi mümkündür. Burada önemli olan, belirsiz bir riskin garanti edildiği anlamına gelebilecek ifadelerden uzak durmaya çalışılmasıdır. Zira, gerek doktrinde ve gerekse Yargıtay kararlarında, belirsizliğin teminatı olamayacağı, müteaddit kereler ifade edilmiştir. O nedenle, bir teminat mektubu ile birden fazla “belli” risk garanti edebilecektir⁴⁷⁸.

Muhatap, ödeme talebinde riskin gerçekleştiğini beyan ederken, ödeme talebinin miktarını da belirtmek durumundadır. Bu husus yukarıda “kısmî ödeme” bahsinde incelenmiştir.

IV. USULÜNE UYGUN TALEPTE BULUNMA

A.Genel Olarak

Muhatap tarafından yapılacak olan ödeme talebinin içeriğine ilişkin şartlar, teminat mektubunda metninde yer alabilir⁴⁷⁹, bankacılık uygulamasında, teminat mektubu metninde kural olarak, muhatabın “*yazılı talepte bulunması*” üzerine bankanın ödemede bulunacağı ibaresine yer verildiği belirtilmiştir⁴⁸⁰, bu kapsamda teminat mektubu metinlerinde mevcut olan “yazılı talep” hususunun bir şart oluşturduğu ve bankanın ödeme yükümlülüğünün ancak ödeme talebinin yazılı olarak yapılması halinde söz konusu olacağı tespiti yapıldığından⁴⁸¹, ödeme talebinin yazılı değil de sözlü olarak yapılması halinde bankanın ödeme talebini reddetmesi gerekecektir.

Taraflar arasındaki sözleşmede, sadece “yazılı şekil” ibaresinin kullanılması halinde, bu ibareden “adi yazılı şeklin” kararlaştırıldığı anlaşılmaması gerektiği ve TBK

⁴⁷⁷ Arkan, Teminat Mektubu, s.74

⁴⁷⁸ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.52

⁴⁷⁹ Aral, Armağan, s.190

⁴⁸⁰ Aral, a.g.m., s.187

⁴⁸¹ Reisoğlu, a.g.e., s.250

m.17/f.2'deki düzenlemenin, kıyas yolu ile, tek taraflı hukuki işlemlere de uygulanması gerektiği savunulmuştur⁴⁸².

Adi yazılı şekil, TBK m.14'de yer alan düzenleme gereği, ödeme talebinin muhatap ya da muhatap adına imzada bulunabilecek kişinin imzasının mevcudiyetini zorunlu kılmaktadır⁴⁸³.

TBK m.14/f.2'de ise, ödeme talebi ile ilgili olarak önemli bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre;

Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.

B.Noter Aracılığıyla Ödeme Talebinde Bulunma

Noterlik Kanunu'nun 70. maddesi, noterler tarafından yapılacak tebligata ilişkin usulleri düzenlemektedir. "Tebligat İşleri" başlığını taşıyan 70. maddedeki düzenlemeye göre ;

Tebliği istenen her nevi kağıt, Tebligat Kanunu hükümlerine göre muhatabına tebliğ olunur. Tebliğ tutanağı dairedeki nüshaya bağlanır. Tebliğin yapıldığı veya yapılamadığı ilgisine verilecek nüshasına yazılıp onaylanır.

Muhatap, ödeme talebini, Noterlik Kanunu'nun yukarıda belirtilen maddesine göre, noter aracılığıyla da yapabilir. Noter aracılığıyla yapılan bir ödeme talebinin muhatap açısından avantajı, yapılan talebin içeriğinin ve talebin yapıldığı tarihin belli olmasıdır. Yapılan talep ile ilgili bir hukuki ihtilafın ortaya çıkması halinde, noterdeki kayıtlar esas alınmak suretiyle ihtilafın halli yoluna gidilebilir.

Muhatap, ödeme talebini noter aracılığıyla gönderebileceği gibi, bizzat teslim etmek istediği yazılı ödeme talebinin bankaya teslim edilmiş olduğuna ilişkin olarak noterin de bu teslim sırasında hazır bulunmasını ve bu hususu Noterlik Kanunu m.101 gereği noter tutanağına geçirilmesini isteyebilir. Kural olarak noterler işlemlerini dairede yaparlar. Ancak, işlemin dairede yapılması gecikmeye sebep olur veya başka bir

⁴⁸² Aral, a.g.m, s.187

⁴⁸³ Aral, Armağan, s.187

zorluk arz ederse, daire dışında da işlem yapılabileceği, Noterlik Kanunu m.83’de yer alan “*Görevin Daire Dışında Yapılması*” başlıklı maddede düzenlenmiş bulunmaktadır.

Muhatap tarafından, gerek noter aracılığıyla tebliğ ve gerekse noterle birlikte şubeye gidilerek ödeme talebinde bulunulduğunun tutanağa geçirilmesinin, yazılı ödeme talebinde bulunulduğunu belgelemekten öte bir işlevi olmadığına dikkat edilmeli, noter vasıtasıyla yapılan bir talepte dahi, ödmeden evvel bir ihtiyati tedbir kararının bankaya tebliğ edilmesi halinde, bankanın ödeme yapamayacağı göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁸⁴.

V.ÖDEME TALEBİNDE BULUNULMASININ BANKA AÇISINDAN SONUÇLARI

A. Genel Olarak

Muhatap tarafından yapılan ödeme talebi, banka açısından, garanti sözleşmesinden ve karşılık ilişkisinden kaynaklanan muhtelif sonuçlar yaratmaktadır. Öncelikle taraflar arasındaki garanti sözleşmesinden kaynaklanan borç, muhatap tarafından usulüne uygun şekilde, ve eğer bir vade söz konusu ise, tayin edilen vade içerisinde yapılacak bir ödeme talebi ile muaccel hale gelecektir. Teminat mektubu metninde, ödemenin belli bir zaman sonra yapılacağı kararlaştırılmış ise, muacceliyet, belirlenen sürenin dolmasından sonra gerçekleşecektir⁴⁸⁵. Yine garanti sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülükler kapsamında usulüne uygun bir ödeme talebini alan banka, ödeme yeri ve zamanında garanti bedelini muhataba ödemekle yükümlüdür⁴⁸⁶.

Garanti sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerin yanı sıra, banka ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisinden kaynaklanan yükümlülükler de vardır. Bankanın, muhatabın ödeme talebine istinaden lehtara haber vermek zorunda olup olmadığının tartışma konusu olduğu, ancak doktrindeki hakim görüşün “*lehtar ile banka arasında bir vekalet ilişkisi bulunduğundan dolayı, bankanın lehtarın menfaatlerini koruması ve onu teminat mektubunun paraya çevirme talebinden haberdar etmesi gerekeceği*” yönünde olduğu belirtilmiştir⁴⁸⁷. Bununla birlikte, özellikle ilk talepte ödeme kaydı bulunan teminat mektuplarında, ödeme talebinin lehtara bildirilmesi yükümlülüğünden

⁴⁸⁴ Reisoğlu, Seza, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.250

⁴⁸⁵ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.132

⁴⁸⁶ Canbolat, a.g.e., s. 134

⁴⁸⁷ Aral, Hukuki İlişki, s.194; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.135

bahsedilmesinin, ilişkinin niteliğine uygun düşmeyeceği ve dolayısıyla garanti veren tarafın herhangi bir bildirim yükümlülüğü olmadığı yönünde görüşler de mevcuttur⁴⁸⁸.

Bankanın, muhatabın ödeme talebini lehtara haber vermesinin zorunlu olup olmadığı hususunun, teminat mektubunun “*ilk talepte ödeme*” kaydını taşıyıp taşımadığına göre farklı değerlendirilmesi gerektiğini, ilk talepte ödeme kaydını taşıyan banka teminat mektuplarında bankanın lehtara haber verme yükümlülüğünün, ancak bu şartın banka ile lehtar arasında imzalanan sözleşmede yer alması halinde var olduğunu, aksi taktirde bankanın, taraflar arasında bir vekalet ilişkisi mevcut olsa da, lehtara haber verme yükümlülüğünün bulunmadığını düşünüyoruz. Zira, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında, teminat mektubunun bu kayıtlı verilmiş olduğu, lehtar tarafından bilinmektedir. Lehtar, muhatabın ilk talebinde banka tarafından ödeme yapılacağını bilerek teminat mektubu verilmesi talebinde bulunmaktadır. Bu nedenle de, lehtar ile banka arasındaki sözleşmede, “*muhatabın ödeme talebinde bulunduğu lehtara derhal bildirileceği*” yönünde bir kaydın mevcut olmaması halinde, banka açısından bir haber verme yükümlülüğünün olmadığı kanaatindeyiz. İlk talepte ödeme kaydı olmayan teminat mektuplarında ise bankanın ödeme talebini lehtara bildirme yükümlülüğünün olduğunu düşünüyoruz. Zira, uygulamada neredeyse hiç görülmemekle birlikte, “*ilk talepte ödeme*” kaydını içermeyen bir teminat mektubunda, bu kaydı içeren teminat mektuplarının aksine, lehtarın bankaya vermiş olduğu “*ilk yazılı talepte ödeme*” yetkisi bulunmamaktadır.

Banka ile lehtar arasındaki karşılık ilişkisi nedeniyle, muhatabın ödeme talebine istinaden bankanın üstlendiği yükümlülüklerden bir tanesi de bankanın ödeme talebini inceleme yükümlülüğüdür. Bankanın ödeme talebi ile ilgili inceleme yükümlülüğü, teminat mektubunun ilk talepte ödeme kaydını içerip içermediği ile doğrudan ilgilidir. Bu nedenle, bundan sonraki başlıkta, ödeme talebi ile ibraz genel başlığı altında, ilk talepte ödeme kayıtlı bir banka teminat mektubu ile şartlı bir teminat mektubunun ne şekilde incelenmesi gerektiğine daha yakından bakacağız. Ancak bunun öncesinde, usulüne uygun bir ödeme talebi ile karşılaşan bir banka açısından, faiz yükümlülüğünün söz konusu olup olmayacağı ve eğer bir faiz yükümlülüğü söz konusu olacak ise, bunun

⁴⁸⁸ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.244; Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.165:“...mektup metninde ilk talepte ödeme kaydının yer aldığını lehtar bilmekte hatta bunu kendisi talep etmektedir, ...burada lehtar bir nevi ilk talepte ödeme kayıtlı banka teminat mektupları için kendisine bildirim yapılmama riskini üstlenmiştir...”

hangi tarihten itibaren başlayacağı ve ne tür bir faiz yükümlülüğünün söz konusu olabileceğine, konunun önemine binaen ayrı bir başlık altında değineceğiz.

B.Faiz Yükümlülüğü Açısından Değerlendirme

1.Faiz Kavramı

Faiz, “alacaklının alacak olarak istemeye yetkili olduğu bir miktar parayı kullanmaktan belirli bir süre mahrum kalması sebebiyle kendisine ödenen karşılık” olarak tanımlanmaktadır⁴⁸⁹.

Faiz ödenmesinin gerekip gerekmeyeceği ile ilgili olarak şu önemli tespiti dikkat etmek gerekir⁴⁹⁰;

Her para borcu için mutlaka faiz ödemek gerekmez. Ancak bir hukuki işlem veya bir kanun hükmü faiz borcu doğuruyorsa, para borçlusunu faiz ödemekle yükümlü olur.

Uygulamada, bankalar tarafından verilen teminat mektubu metinlerine bakıldığında, “...talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen günlere ait kanuni faizi ile birlikte ödeyeceğimizi...” ibaresinin mevcut olması sebebiyle, ödeme talebine rağmen ödemede bulunmayan bankalar açısından faizin, öncelikle sözleşmesel bir zorunluluk olarak değerlendirilmesi gerekecektir. Diğer yandan, garanti sözleşmesi (teminat mektubu) metninde böyle bir kararlaştırma olmasa dahi, ödeme talebini alan bankanın, derhal ödeme yükümlülüğü olduğundan, bankanın ödemede gecikmeye düşmesi halinde, temerrüt söz konusu olacak ve banka yasadaki temerrüt faizi ödemek yükümlülüğü altına girecektir⁴⁹¹.

2.Bankanın Faiz Ödeme Yükümlülüğü Hangi Tarihten İtibaren Başlar ?

Banka, vermiş olduğu teminat mektubu ile ilgili olarak, muhatapın usulüne uygun ödeme talebine rağmen ödemede bulunmaz ise, ödemek durumunda kalacağı faizin başlangıç tarihinin ne olacağını tespit etmek önemlidir. Burada tazmin talebinin

⁴⁸⁹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.978; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, s.312

⁴⁹⁰ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, s.312

⁴⁹¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.348, vd.

“*usulüne uygun*” olmasının, faizin başlangıç tarihi açısından önem arz etmekte olduğunu vurgulamak gerekir. Bankanın borcunun hangi tarihte muaccel olduğu ile ilgili olarak verilen bir Yargıtay kararında⁴⁹², banka teminat mektuplarında metne sıkı sıkıya bağlılık ilkesine vurgu yapıldıktan sonra, teminat mektubu metninde yazılı ödeme talebi halinde ödeme yapılacağı ile ilgili bir belirlemenin mevcut olmasına rağmen, muhatap tarafından sözlü bir ödeme talebinde bulunulması durumunda, usulüne uygun bir ödeme talebinin mevcudiyetinden bahsedilemeyeceği, bu itibarla da borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanamayacağına hükmedilmiştir. Bu husus ile ilgili olarak

Yargıtay bir kararında⁴⁹³, teminat mektubunda ödeme tarihi ile ilgili özel bir düzenlemenin mevcut olup olmadığının araştırılarak, bu konuda bir düzenleme bulunmaması halinde ilk talep tarihinden itibaren davacı yararına temerrüt faizi işletilmesi gerektiğine hükmetmiş iken, kimi kararlarında ise

⁴⁹²Yarg.11.HD, 11.05.2009 T., 2008/265 E., 2009/5674 K.: “...banka teminat mektuplarında sözleşme metnine sıkı sıkıya bağlılık ilkesi geçerlidir. Bankanın muhataba vermiş olduğu teminat mektubu ilk talepte ödeme kaydını ihtiva ediyor ise muhatabın usulüne uygun ödeme talebinde bulunması ile bankanın borcu muaccel hale gelecektir. Teminat mektuplarının metinlerinde genellikle muhatabın ilk yazılı talebi üzerine ödeme yapabileceği kabul edilmektedir. Sözlü tazmin talebinde bulunulduğunda banka ödemedi kaçınır ise bu durumda borçlunun temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanması söz konusu olamaz. Çünkü bu halde usulüne uygun bir ödeme talebi yoktur.”

⁴⁹³ Yarg.11.HD, 15.03.2010 T., 2008/12747 E., 2010/3032 K.: “...Banka teminat mektubunun geçersiz olduğunu, zamanaşımına uğradığını, mahkemece ödememe konusunda tedbir bulunduğu gibi sırf kendisine ait defileri ileri sürmek suretiyle mektup bedelini ödemekten kaçınabilir. Bu durum karşısında mahkemece, davalı banka tarafından düzenlenen teminat mektubunda ödeme tarihine ilişkin özel bir düzenleme olup olmadığı araştırılarak, bu konuda bir düzenleme bulunmaması halinde ilk talep tarihinden itibaren davacı yararına temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile temerrüt faizi talebinin reddedilmesi doğru görülmemiş, ...”

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖDEME TALEPLERİNİN MUHTELİF AÇILARDAN İNCELENMESİ

I.İLK TALEPTE ÖDEME KAYITLI TEMİNAT MEKTUPLARINA İLİŞKİN ÖDEME TALEPLERİNİN İNCELENMESİ

İlk talepte ödeme kaydını içeren teminat mektuplarında banka, muhataba karşı, ödeme talebinin haklılığının ispatını talep etmeden, herhangi bir defî ve itiraz ileri sürmeden, muhatabın ilk talebi neticesinde ödeme yapmayı taahhüt etmektedir⁴⁹⁴. Teminat mektubunun “ilk talepte” koşulunu içerdiği hallerde, muhataba en geniş ve kapsamlı şekilde güvence sağlanmış olduğu kabul edilmektedir⁴⁹⁵. İlk talepte ödeme kaydını içeren bir teminat mektubunun kendisine ibraz edilmesi durumunda banka, sadece şeklî bir inceleme yapacak, bu inceleme de teminat mektubunu ibraz eden kişinin gerçekten muhatap olup olmadığı ya da ödeme talebi temsilci aracılığı ile yapılıyorsa, temsilcinin yetkisinin bulunup bulunmadığı ile sınırlı olarak yapılacak, bunun ötesinde ise bankanın herhangi bir inceleme yükümlülüğü bulunmayacaktır⁴⁹⁶.

İlk talepte ödeme kaydını taşıyan teminat mektuplarında bankanın inceleme yükümlülüğü ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında⁴⁹⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bankanın ödeme yapmaktan kaçınabileceği istisnai halleri şu şekilde sıralamıştır;

-Banka, teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla, kendisine ait defileri ileri sürerek ödeme yapmaktan kaçınabilir⁴⁹⁸,

⁴⁹⁴ Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.28

⁴⁹⁵ Arkan, Hukuki Durum, s.64

⁴⁹⁶ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.137; Kahyaoğlu, a.g.e, s.28

⁴⁹⁷ Yarg.HGK, 28.11.2007 T., 2007/11-852 E., 2007/892 K. :“...İlk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, muhatabın talebi üzerine herhangi bir itiraza mahal vermeden ve muhataptan teminat mektubuna dayanarak talepte bulunma hakkının olduğunu ispat etmesine gerek kalmadan ödeme yapmayı taahhüt etmektedir., ... Bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır. Birincisi, banka, teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan defileri ileri sürerek ödemedi kaçınabilecektir. İkinci istisna da, lehdarın mahkemelerden ihtiyati tedbir kararı alarak, bankanın ilk talepte ödeme kaydını havi teminat mektuplarının ödenmesine engel olabilmesi halidir. Öte yandan, muhatabın talebinin haksız olduğunu, dürüstlük kuralı ile (MK. m. 2) bağdaşmadığını kesin olarak bilen bankanın "ilk talepte" kaydına rağmen muhataba ödeme yapmaktan kaçınabilmesi gerekir....” Kararın tam metni için bkz. www.legalbank.net

⁴⁹⁸ Kaya, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.246

-Lehtarın, ödeme talebinde bulunulan teminat mektubu ile ilgili olarak bir ihtiyati tedbir kararı alarak bunu, ödemedi evvel bankaya ulaştırması halinde bankanın ödeme yapması mümkün değildir,

-banka, ödeme talebinde bulunulmasının hakkın açıkça kötüye kullanılması halini oluşturduğunu, likit kanıtlara dayanarak biliyor ise, yine teminat mektubunun ödenmesi talebini reddetmek durumundadır⁴⁹⁹.

Yukarıda sayılan üç halin dışında, ilk talepte ödeme kayıtlı bir teminat mektubuna ilişkin olarak ödeme talebini alan banka, daha evvel belirtilen şekli incelemeyi müteakip muhataba ödeme yapmak zorundadır.⁵⁰⁰

İlk talepte ödeme kaydını taşıyan teminat mektuplarında da ödemenin yapılması, ödeme talebi ile birlikte bazı belgelerin ibrazı şartına bağlanabilir⁵⁰¹. Örneğin lehtar, teminat mektubunu formüle ederken *“sözleşme ile üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmediğinin bir resmî makam veya kişiden alınacak belgeyle açıklanmasından sonra ilk talepte ödeme kaydına yer verebilir”*⁵⁰². Teminat mektubunda böyle bir belirleme yapılmış olması halinde banka, salt ödeme talebinde bulunan kişinin kimlik bilgilerini incelemekle yetinmeyecek, ayrıca teminat mektubunda ibrazı şart koşulan belgelerin ödeme talebi ekinde bulunup bulunmadığı ile birlikte ibraz edilen belgenin teminat mektubunda belirtilen şartları taşıyıp taşımadığını da kontrol edecektir⁵⁰³. Ancak bankanın bu incelemesi de şekli bir inceleme olup, işin esasına ilişkin bir yerindelik denetimi olmayacaktır⁵⁰⁴. Banka, ödeme talebi ekinde ibraz edilen belgeleri makul bir özenle inceleyecek ve sadece dış görünüşleri itibariyle teminat mektubunda belirtilen koşullara uygun olup olmadıklarını araştırarak, belgelerin teminat mektubunda belirtilen koşullara uygun olmadığı görülecek olursa, banka ödeme yapmaktan kaçınacaktır⁵⁰⁵. Banka, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında, olağan incelemesi sonucunda ortaya çıkarılmayan sahtecilikten de sorumlu olmayacaktır⁵⁰⁶.

⁴⁹⁹ Kaya, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.245

⁵⁰⁰ Kaya, a.g.m., s.244

⁵⁰¹ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.137

⁵⁰² Arkan, Hukuki Durum, s.65

⁵⁰³ Canbolat, a.g.e., s.137

⁵⁰⁴ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.256, 257; Canbolat, a.g.e., s.137

⁵⁰⁵ Arkan, a.g.m., s.68; Reisoğlu, a.g.e., s.257

⁵⁰⁶ Canbolat, a.g.e., s.137

II. İLK TALEPTE ÖDEME KAYDINI İÇERMİYEN VE ÖDEMENİN ŞARTA BAĞLANDIĞI TEMİNAT MEKTUPLARINA İLİŞKİN ÖDEME TALEPLERİNİN İNCELENMESİ

İlk talepte ödeme kaydı içermeyen ve bankanın teminat mektubuna istinaden ödeme yapmasını, teminat mektubunda belirtilen rizikonun gerçekleştiğinin belli belgelerle ispat edilmesine bağlayan teminat mektuplarında, ispat yükünün dağılımına ilişkin kurallar çerçevesinde muhatabın, TMK m.6 hükümleri gereğince, riskin gerçekleştiğini ispat etmesi gerekecektir⁵⁰⁷. Bu tür teminat mektuplarında banka belgeleri hem şekli bakımından ve hem de işin esasına girmek suretiyle içerik bakımından inceler⁵⁰⁸. Bankayı lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkinin içerisine çekerek araştırma ve inceleme yapmasını gerektirdiğinden, bu tür teminat mektuplarına uygulamada fazla rastlanmadığı belirtilmiştir⁵⁰⁹.

III. BANKA TEMİNAT MEKTUPLARINDA MUACCELİYET MESELESİ

Alacak hakkı borç ilişkisi kurulduğu anda doğduğu halde, talep hakkı ancak borcun muaccel olduğu anda doğar⁵¹⁰, bu nedenle muhatabın teminat mektubundan kaynaklanan alacağını talebi üzerine bankanın ödeme yapabilmesi için, borcun muaccel olması gerekir⁵¹¹. Muacceliyet ile ilgili olarak yasada bir tanım olmamakla birlikte, doktrinde muacceliyet “*alacaklının borçludan borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisi*” olarak tanımlanmaktadır⁵¹². Bankanın, teminat mektubundan kaynaklanan borcunun doğumu için teminat mektubu metninde yer alan riskin gerçekleşmiş olması temel şart olmakla birlikte, muacceliyet için muhatabın garanti sözleşmesine uygun ödeme talebinde bulunması ile bankanın garanti borcunun muaccel olacağı kabul edilmektedir⁵¹³.

⁵⁰⁷ Arkan, Hukuki Durum, s.62

⁵⁰⁸ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.137,s.138

⁵⁰⁹ Arkan, a.g.m., s.62

⁵¹⁰ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.907

⁵¹¹ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.357

⁵¹² Eren, a.g.e., s.1048

⁵¹³ Muacceliyet için muhatabın ödeme talebinde bulunması gerektiği görüşü için bkz. Doğan, a.g.e., s.357; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.132; Rizikonun gerçekleşmesi ile teminat mektubu borcunun muaccel olacağı görüşü için bkz. Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.388; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.90; Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.316:”Eğer

Muacceliyet için;

- Teminat mektubu ile garanti edilen rizikonun gerçekleştiği anın mı⁵¹⁴,

- Muhatap tarafından ödeme istemiyle bankaya başvurulması anının mı,

- Muhatabın yazılı başvurusu üzerine, banka tarafından gerekli incelemenin yapılarak ödeme talebinin usulüne uygun olduğu ve ödemenin yapılması gerektiği anın mı,

kabul edileceğine karar verilmesi gereklidir. Borcun muacceliyet zamanı ya bir vade (01.06.2016 gibi) ya da bir süre (iki hafta, üç ay, vb. gibi) ile belirlenebilir⁵¹⁵.

Muacceliyet konusu, ilk yazılı talepte ödeme klotunu taşıyan teminat mektupları ile şartlı teminat mektuplarında ayrı ayrı incelenmiş, kural olarak,

-ilk yazılı talepte ödeme klotunu içeren banka teminat mektuplarının, talep anında,

-belli belgelerin ibrazı şartına bağlı teminat mektuplarının ise, ibraz edilen belgelerin usulüne uygun olduğunun banka tarafından tespit edildiği anda,

-ödeme talebinde bulunurken, ödemenin belirli bir süre sonra yapılacağı garanti alan tarafından belirlenmiş ise, belirlenen bu sürenin dolmasından sonra,

bankanın borcunun muaccel olacağı ifade edilmiştir⁵¹⁶.

Muacceliyet ile temerrüt farklı kavramlar olduğundan, muhatapın banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağının muaccel olması ile bankanın temerrüde düşmesinin farklı hukuki kavramlar olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Muacceliyet, temerrüdün zamanla ilgili şarttır⁵¹⁷. Muaccel bir borcun borçlusunu durumundaki banka, alacaklı tarafın (muhatapın) ihtarı ile temerrüde düşecektir⁵¹⁸.

Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda da⁵¹⁹ bu hususa değinilmiş ve yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

garanti sözleşmesinin tarafları hiçbir şart kararlaştırmamışlarsa, garanti borcu riskin doğması ile muaccel hale gelir."

⁵¹⁴ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C:II, s.857

⁵¹⁵ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.908

⁵¹⁶ Doğan, a.g.e., s.358

⁵¹⁷ Eren, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.1049

⁵¹⁸ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.133

⁵¹⁹ Yarg.11.HD,15.03.2011 T., 2009/3464 E., 2011/2723 K.(www.legalbank.net):" , davacının 27.04.2001 tarihinde anılan bankaya başvurusu ile davalı bankaların tazmin borcunun sadece muaccel olacağı, temerrüdün ise BK'nun 101/1. maddesi uyarınca davalıların alacaklı tarafından yapılacak bildirim ile gerçekleşeceği, buna göre davalıların 16.09.2002 icra takip tarihinde temerrüde düştükleri gerekçesiyle davanın kısmen kabulüne, her bir davalı yönünden kararda belirtilen asıl alacak ve faiz alacağının, asıl alacak miktarlarına dava tarihinden itibaren uygulanacak avans

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

ÖDEME TALEBİNİ ALAN BANKANIN İNCELEYECEĞİ DİĞER HUSUSLARIN MUHTELİF KRİTERLERE GÖRE DEĞERLENDİRİLMESİ

Muhatabın ödeme talebini alan bankanın, teminat mektubunda ilk talepte ödeme kaydının mevcudiyeti halinde şekli, ilk talepte ödeme kaydı olmayan teminat mektuplarında ise, mektup metninde yer alan ifade ve şartlara göre daha kapsamlı bir inceleme yapacağını belirttik. Çalışmamızın bundan sonraki safhasında, banka tarafından yapılacak incelemenin muhtelif kriterlere göre farklı görünümünü inceleyeceğiz.

I.ÖDEME TALEBİNİN ŞEKLİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Hukukumuzda pozitif bir düzenlemeye tabi tutulmayan garanti sözleşmelerinin, ve bu kapsamda hukuki niteliği itibariyle garanti sözleşmesi sayılan banka teminat mektubunun, ödenmesinin ne şekilde talep edileceğine ilişkin bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, bankacılık uygulamasında büyük bir çoğunlukla, teminat mektubu metnine “*muhabatın yazılı talepte bulunması halinde bankanın ödemedede bulunacağı*” ibaresi yazılmakta⁵²⁰ ve bu şekilde taraflar, ödeme talebinin şeklini iradi olarak kararlaştırmış olmaktadır. Eğer ödeme talebinin ne şekilde yapılacağı

faiziyle birlikte davalılardan tahsiline karar verilmiştir.

....., 27.04.2001 tarihinde dava dışı ... Bankası A.Ş. 'ne ulaşan ilk tazmin talebini havi ihtarnamenin usulsüz olduğu, Dairemizin 18.05.2010 tarih ve 2008/10422 Esas - 2010/5533 Karar sayılı ilamı ile tespit edilmiş ve bu husus anılan davanın tarafları arasında kesinleşmiştir. Dolayısıyla anılan ihtarnamenin işbu davada da bir sonuç doğurabilmesi mümkün değildir. Yine davalılar hakkında icra takibine girilmeden önce ihtiyati tedbir kararı verildiğinden, davalıların icra takip tarihinde de temerrüde düşmeleri söz konusu olamaz. Zira ihtiyati tedbir kararına rağmen ödeme yapmaları halinde lehtara karşı sorumlulukları doğacağından ve bu eylem suç teşkil edeceğinden, davalı bankaların muhabata ödeme yapmama hakları vardır. Bu durumda davalı bankaların temerrüdü, anılan ihtiyati tedbir kararının kalktığından davalılara bildirildiği tarihte, eğer davacı tarafından davalılara daha sonraki bir tarih için bir atfet mehili verilmişse bu tarihte başlayacaktır. O halde mahkemece davalıların temerrüt tarihinin yukarıda açıklanan şekilde tespit edilmesi gerekirken, 16.09.2002 icra takip tarihi olarak tespiti doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”

⁵²⁰ Aral, Armağan, s.187; Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.63

tarafarca sözleşmede kararlaştırılmamış ise, genel hükümlere müracaat edilmesi gerekecektir.

Teminat mektupları metinlerindeki “*tazminat talebinin yazılı olması*” hususu, ödeme talebinin yapılması açısından bir şart oluşturmakta olup, bankanın ödeme yükümlülüğü bu şartın gerçekleşmesine bağlı kabul edilmektedir⁵²¹. Bu nedenle de, uygulamada teminat mektubu metinlerinin büyük çoğunluğunda “*yazılı talep*” şartı mevcut olduğundan, öncelikle ödeme talebinin yazılı şekilde yapılması meselesini inceleyeceğiz.

A.Ödeme Talebinin Yazılı Olması

Günümüzde verilen banka teminat mektuplarının büyük bir çoğunluğunda “*ilk yazılı talepte ödeme*” klozu mevcut olduğundan⁵²², ödeme talebinin yazılı olarak yapılması, muhatap açısından sözleşmesel bir zorunluluk olarak kabul edilmelidir⁵²³. Tarafların garanti sözleşmesinin metninde başka herhangi bir sıfat eklemeden, salt “*yazılı şekilde*” ifadesini kullanmaları durumunda, TBK m.14’de düzenlenen şekil koşullarının kararlaştırıldığı kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir⁵²⁴. Muhatabın, banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağına en kısa sürede kavuşabilmesi ve herhangi bir hukuki ihtilafla karşılaşmaması için kendisi açısından en elverişli yol, banka ile aralarındaki garanti sözleşmesine uygun şekilde, “*ödeme talebini yazılı şekilde yapması*”dır. Ödeme talebinin yazılı olarak yapılmasının öngörüldüğü hallerde, aksi garanti metninde belirtilmedikçe, ödeme beyanının kapsamına giren bütün hususların, şekil mecburiyetinin kapsamına gireceği ifade edilmektedir⁵²⁵.

Taraflarca teminat mektubu sözleşmesinde kararlaştırılan “*yazılı şekil*” ibaresinden, yine taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, adî yazılı şekilde ödeme talebinde bulunulabileceğinin anlaşılması gerekir⁵²⁶. Burada bahsi geçen adi yazılı şekil tabirinden ne anlaşılması gerektiği, aşağıda incelenmiştir.

⁵²¹ Reisoğlu, a.g.e., s.150

⁵²² Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.77

⁵²³ Barlas, Makalelerim, s.39, dpn.19

⁵²⁴ Aral, a.g.m., s.187

⁵²⁵ Aral, Fahrettin, a.g.e., s.190

⁵²⁶ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.148

1. Adi Yazılı Belge İle Talep

Hukukumuzda sözleşmelerin şekli ile ilgili kural “*şekil serbestisi*”dir. TBK m.12’de belirtildiği üzere, sözleşmenin şekli, kanunda aksi öngörülmediği sürece, hiçbir şekle bağlı değildir⁵²⁷. Taraflar, şekil serbestliği ilkesi kapsamında ödeme talebinin yazılı olarak yapılmasını öngörmüşler ve garanti sözleşmesinde, ödeme talebinin ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak başka herhangi bir sıfat ilave etmeksizin “*yazılı şekilde*” ibaresini kullanmışlar ise, burada tarafların adi yazılı şekli kararlaştırdıkları kabul edilmelidir⁵²⁸.

TBK m.14’de yer alan düzenlemeye göre adi yazılı şekil söz konusu olduğunda, ödeme talebinin muhatap veya onun adına imzada bulunabilecek olanların imzalarını taşımasını gereklidir⁵²⁹. Muhatap ya da onun adına hareket eden kişinin imzasını taşıması gereken metnin, el yazısı ile yazılmış olması şartı aranmaz, imzalanacak metin daktilo, bilgisayar ya da muhatap dışındaki bir kimsenin el yazısı ile yazılmış olabilir⁵³⁰. Ancak imza, muhatap ya da muhatap adına hareket etmeye yetkili kişi tarafından atılmış olmalıdır⁵³¹. Bu noktada muhatapın, güvenli elektronik imza kullanmak suretiyle ibraz ve ödeme talebinde bulunma imkanı var mıdır sorusu akla gelebilir. Bu hususu irdeleyebilmek için, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu’na ve anılan kanunun 22. Maddesi ile 818 sayılı (eski) BK m.14’e eklenen cümleye göz atmak gerekir.

Elektronik imzanın ne olduğu, 5070 sayılı Kanun’un 3/b maddesinde tanımlanmıştır;

Elektronik imza: Başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi,

ifade eder.

Güvenli elektronik imzanın hukuki sonucu ve uygulama alanı ise anılan Kanun’un 5. Maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre;

Güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğurur.

⁵²⁷ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.44

⁵²⁸ Coşkun, İlgillerin Hak ve Borçları, s.148; Aral, Armağan, s.187

⁵²⁹ Aral, Armağan, s.187

⁵³⁰ Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s.49

⁵³¹ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.245

Kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez.

Yasadaki düzenlemede, teminat sözleşmelerinin ve bu kapsamda teminat mektubu sözleşmelerinin de, güvenli elektronik imza ile kurulamayacağı açıkça ifade edilmektedir. Ancak, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, teminat mektuplarına istinaden yapılacak ödeme taleplerinin güvenli elektronik imzayı havi elektronik belgelerle yapılabileceği kabul edilmektedir⁵³². Muhatabın ödeme talebini güvenli elektronik imza ile yapması halinde dahi, daha sonra bankaya başvurarak elektronik ortamda iletmış olduğu ödeme talebiyle birebir aynı içerikte bir yazılı talebi bankaya, teminat mektubunun aslı ile birlikte iletmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

Yargıtay da, ödeme talebine banka teminat mektubunun aslının eklenmesi gerektiği yönünde vermiş olduğu bir kararında⁵³³, yerel Mahkeme tarafından, teminat mektubunun aslının muhataba iade edilmesinin sözleşmenin sona ermesi anlamına gelmeyip taraflara arasındaki sözleşmenin devam ettiği gerekçesiyle vermiş olduğu kararı bozmuştur.

Yargıtay kararının gerekçesi tartışılabilir olmakla birlikte, muhatabın ödeme talebi ile ilgili olarak bir sorun yaşamaması ve bir an evvel alacağına kavuşması, bankanın da muhataba yapacağı ödemeden sonra lehtara rücu aşamasında hukuksal bir sorunla karşılaşmaması adına, ödeme talebi ile birlikte banka teminat mektubunun aslının da mevcudiyetini temin etmelerinin yerinde olacağı düşünülmektedir.

⁵³² Aral, Armağan, s.188

⁵³³ Yarg.11.HD, 18.01.2010 T., 2008/8999 E., 2010/451 K.:" Davalı vekili, dava dışı lehtarın 19.07.2007 tarihinde teminat mektubunun aslını müvekkiline verdiğini, davacı muhatabın tazmin talebinde bulunabilmesi için, teminat mektubu aslını ibraz etmesi veya zayi ettiğini ispatlaması gerektiğini savunmuştur. Mahkemece, yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmiştir. Teminat mektubunun, garanti sözleşmesi niteliğinde bulunduğu kuşkusuzdur. Ayrıca, kıymetli evrak niteliğinde olmadığı da açıktır. Ancak, bankalar tanzim ettiği teminat mektupları dolayısıyla müşteri lehtardan komisyon almaktadırlar. Ayrıca, kendilerine yapılan tazmin talepleri sonucu yaptığı ödemeleri ispat ve lehtara rücu etmek için teminat mektubu aslını ibraz etmelidirler. Genel bankacılık uygulamasına göre, teminat mektubunun aslının iadesi, taraflar arasındaki borç ilişkisinin sona erdiği ve dolayısıyla teminatın sona erdirilebileceği anlamına gelmektedir. Bu bakımından, banka tazmin istemini yerine getirirken mektup aslını almak, gerçekliği ile imzaların doğruluğunu kontrol etmek zorundadır. Somut olayda davacı taraf tazmin talebinde teminat mektubunu ibraz etmemiş, bir gün sonra dava dışı lehtar teminat mektubu aslını davalı Bankaya sunmuştur. O halde, davacı muhatabın teminat mektubunu ibraz edemediği, bu durumun haklı nedenini kanıtlayamadığı, davalının salt uzatma yazısı dolayısıyla tazmin sorumluluğunun bulunmadığı dikkate alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir."

Günümüzde kullanımları giderek azalan haberleşme araçları olan faks, telgraf vb. araçlarla yapılan ödeme taleplerinin geçerli bir yazılı ödeme talebi olarak kabul edilip edilmeyecekleri sorulabilir. Bu hususta, teleks yolu ile yapılan bir talebin, muhatap tarafından atılmış bir imzayı havi olup olmadığı ve imza mevcut ise hangi tarihte atıldığına belli olmayacağı gerekçeleri ile geçerli kabul edilmeyeceği⁵³⁴, aynı şekilde, faks aracılığı ile gönderilen bir ödeme talebinin de, metindeki imzanın orijinalliğinin saptanmasının mümkün olmaması ve orjinal metinde tahrifat yapılmış olabileceği gerekçeleri ile geçerli bir yazılı talep kabul edilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir⁵³⁵.

2.Ödeme Talebinin Sözlü Olarak Yapılması

Garanti sözleşmelerinde, ödeme talebinin şekli ile ilgili bir hüküm bulunmadığı takdirde, sözlü talebin geçerlilik açısından yeterli olacağı belirtilmiştir⁵³⁶. Kural olarak, sözlü ödeme talebinin geçersiz olacağını düzenleyen bir yasa hükmü mevcut olmamakla birlikte, muhatapın sözlü talebine istinaden ödeme yapan banka, yaptığı ödemeye ilişkin olarak lehtara rücu aşamasında, muhatapın bir ödeme talebinde bulunduğunu ve bunu usulüne uygun şekilde yaptığını ispat noktasında günlük yaşayacak ve lehtar, teminat mektubuna istinaden ödemenin geçerli bir ödeme talebine dayandığı banka tarafından ispat edilemediği sürece bankaya ödeme yapmaktan kaçınabilecektir.

Yukarıda da belirtildiği üzere, günümüzde Bankalar tarafından düzenlenen teminat mektuplarının hemen hemen tümünde “*ilk yazılı talepte ödeme*” kaydı bulunduğundan, bu tür bir klozun varlığına rağmen bankanın sözlü talebi istinaden ödeme yapması, lehtar ile aralarındaki karşılık ilişkisinden kaynaklanan “muhatapın ödeme talebini inceleme ve ödemeyi reddetme yükümüne⁵³⁷ de aykırılık teşkil edeceğinden, sözlü bir ödeme talebinin banka tarafından reddi gerekir⁵³⁸.

⁵³⁴ Aral, Armağan, s.188

⁵³⁵ Aral, a.g.m., s.189

⁵³⁶ Aral, a.g.m., s.190; Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.148

⁵³⁷ Aral, Hukuki İlişki, s.195

⁵³⁸ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.249; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, s.891

Banka teminat mektuplarının ödenmesinin sözlü olarak talep edilmesi teorik olarak mümkün olmakla birlikte, uygulamada bu ihtimalin gerçekleşmesi halinde dahi, banka tarafından ödeme talebinin;

- Lehtara rücu aşamasında, bankaya gelen usulüne uygun bir ödeme talebine istinaden ödeme yapıldığının belgelendirilmesi gerekliliği,

- Uygulamada neredeyse tüm banka teminat mektubu metinlerinde yer alan ilk yazılı talepte ödeme ibaresinin bir şart oluşturması ve bankanın ödeme yükümlülüğünün bu şartın yerine getirilmesine bağlı olması, muhatabın sözlü talebinin garanti sözleşmesi hükümlerine aykırılık teşkil edeceği, gerekçeleriyle reddedilmesi gerekir.

Ancak, uygulamada az rastlandığı (ya da rastlanmadığı) belirtilmekle birlikte, “*ilk yazılı talepte ödeme*” kaydı bulunmayan bir teminat mektubunun muhatabı, bankaya sözlü olarak başvurur ve banka da bu talebe istinaden ödeme yapar ise ne olur?

Öncelikle, böyle bir durumda, taraflar arasında sözleşme ile kararlaştırılmış bir “*yazılı talep mukabilinde ödeme*” gibi bir şart mevcut değildir. Bu nedenle bankanın, muhatabın sözlü ödeme talebini garanti sözleşmesine aykırılık sebebiyle geri çevirmesi mümkün değildir. Ancak banka, muhatabın sözlü ödeme talebi ile ilgili olarak, usulüne uygun bir ödeme talebine istinaden ödeme yapmış olduğunu ispat ederek lehtara rücu etmek zorunda olduğunu ve bu nedenle ödeme yapmaktan imtina ettiğini bildirebilir.

Muhatap tarafından, banka ile yapılan bir telefon görüşmesinde ödeme isteminin kayda alınması ve hukuki ihtilaf çıkması halinde bu kayda müracaat edilmesi durumunda ne olacağı da incelenmelidir. Öncelikle burada, ses kayıtlarının hukuki durumunda bakmak gerekir. HMK'nın “Belge” başlığını taşıyan 199. Maddesi, “ses kaydı”nı belge olarak kabul etmektedir.⁵³⁹ Bu itibarla, elinde “*teminat mektubunun ödenmesini istediğini beyan eden bir ses kaydı bulunan*” muhatap, HMK anlamında bir belgeye sahip demektir. Ancak bu belgenin tek başına, teminat mektubu metninde yer alan “yazılı talep” şartını karşıladığını söylemek mümkün değildir. Zira her ne kadar muhatap, ödeme talebini garanti veren tarafa ulaştırmış ise de, garanti sözleşmesi metninde yer alan “yazılı başvuru” şartını yerine getirmemiştir. O nedenle, muhatap tarafından sözlü olarak yapılan ödeme talebine ilişkin bir ses kaydının mevcut olması,

⁵³⁹ HMK m.199 : “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.”

muhatap ve banka arasında kurulan garanti sözleşmesindeki “yazılı başvuru” şartını karşılamayacağından, bankanın muhatabın sözlü başvurusunu her halükarda reddetmesi gerekecektir.

Peki muhatap, sözlü olarak yapmış olduğu ödeme talebine ilişkin ses kaydının deşifre edilmiş (fiziken yazılı hale getirilmiş) bir nüshasını bankaya göndererek ödeme talebini bu şekilde tekrarlırsa, bu ödeme talebini nasıl değerlendirmek gerekir?

Eğer muhatabın elindeki ses kaydının deşifresi niteliğindeki bu belge, teminat mektubunda belirtilen rizikonun gerçekleştiğini açıkça ifade etmekte, muhatabın ödeme talebini içermekte ve ayrıca ek bir beyana ihtiyaç göstermeyecek kadar açık ise, bu belgenin muhatabın yazılı başvurusu olarak kabul edilmesi ve ödeme talebine istinaden ödeme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak, muhatabın ödeme talebinin telefon görüşmesinin yapıldığı tarihte değil, telefon görüşmesinin, muhatabın imzasını taşıyan, deşifre metninin bankaya ulaştığı tarih olarak kabul edilmesi gereklidir kanaatindeyiz.

B.Yazılı Ödeme Talebinin İçeriği

Garanti sözleşmesinin tarafları olan banka ve muhatap, ödeme talebinin içeriğinde yer almasını uygun gördükleri hususları garanti sözleşmesinin metni olan teminat mektubuna yazabilirler⁵⁴⁰. Uygulamada teminat mektubu metinlerinde daha ziyade, “*ödenmesi istenen miktarın rakamla gösterilmesi*” ve “*garanti edilen olayın gerçekleştiğinin açıkça iddia edilmesi*” hususlarına yer verildiği ifade edilmektedir, eğer garanti sözleşmesinde ödeme talebinin içeriğine ilişkin hiçbir şekli şart öngörülmemişse, muhatabın ödenmesini istediği tutarı belirtmesinin yeterli olacağı kabul edilmektedir⁵⁴¹. Muhatap, ödeme talebinin içeriğine ilişkin olarak teminat mektubu metninde banka ile ödeme talebinin şekli içeriğine ilişkin şartlara uymaması halinde, geçerli bir ödeme talebinden bahsedilemez ve banka içinde bir ödeme yükümlülüğü söz konusu olmaz⁵⁴².

Muhatap, yukarıda belirtildiği üzere, yazılı şekilde bir ödeme talebi ile teminat mektubunun paraya çevrilerek kendisine ödenmesini isteyecektir, ancak bankanın muhatabın ödeme talebine olumlu yanıt vererek ödemeyi yapabilmesi için bu yazılı

⁵⁴⁰ Aral, Armağan, s.190

⁵⁴¹ Aral, Armağan, s.190

⁵⁴² Aral, Armağan, s.191

talebin içeriği nasıl olmalıdır sorusunun da yanıtlanması gerekir. Yazılı ödeme talebinin içeriğinde yer alması gereken asgari hususlar aşağıda incelenmiştir.

1.Rizikonun Gerçekleşmiş Olduğunu Bildirme

Muhatap tarafından yapılacak ödeme talebinde, teminat mektubu ile garanti edilen riskin gerçekleştiğinin bildirilmesi zorunlu mudur, yoksa muhatabın ödemenin yapılmasını talep eden yazılı beyanını yeterli mi kabul etmek gerekir?

Bu konu doktrinde de tartışılmış ve soyut beyanın yeterli olacağını savunan görüş ile rizikonun gerçekleştiğinin bildirilmesi gerektiğini savunan görüş arasındaki farklılık gibi, Yargıtay da farklı yönlerde kararlar vermiş, ayrı yöndeki kararlar sebebiyle ortaya çıkan çelişkinin giderilmesini teminen, İçtihadı Birleştirme Kararı talebinde bulunulmuş ancak Yargıtay Birinci Başkanlık Kurulu tarafından;

Hukuk Genel Kurulu ile Onbirinci Hukuk Dairesi'nin anılan kararları arasında maddi olayların kendilerine has özelliklerinin gerektirdiği zorunluluklar dışında, genel ilke ve uygulama yönünden aykırılık sonucunu doğuracak bir durum mevcut olmadığından, içtihadı birleştirme yoluna gidilmesine gerek bulunmadığına

karar verilmiştir⁵⁴³.

Yukarıda belirtildiği üzere doktrinde, “ödeme talebinin riskin gerçekleştiği iddiasını taşımasının zorunlu olmadığı” savunan görüşler mevcuttur⁵⁴⁴. Bu konuda, Yargıtay’ın da değişik yönde kararlarının mevcut olduğu görülmüştür. Yargıtay’a intikal eden bir yerel mahkeme kararının temyiz incelenmesi neticesinde, Yüksek Mahkeme tarafından verilen nispeten yeni tarihli bir karar buna örnek olarak gösterilebilir⁵⁴⁵.

Yargılamaya konu olayın, kararda yer alan detayları incelendiğinde, “davacının davalı bankaya tebliğ ettiği 25/12/2009 ve 13/01/2010 tarihli yazılarda, teminat

⁵⁴³ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.252

⁵⁴⁴ Aral, Fahrettin, a.g.e., s.191

⁵⁴⁵ Yarg.11.HD, 22.10.2012 T., 2011/9238 E., 2012/16721 K. (www.legalbank.net) :“Teminat mektubunun tazmini talebinde, muhatabın mutlaka, “lehtarın teminat mektubu ile garanti edilen yükümlülüğünü yerine getirmediğini” belirtmesi gerekir ve muhatabın bankaya yazdığı rizikonun gerçekleştiği açıklamasını içermeyen soyut yazı yeterli değildir.”

mektubunda belirtildiği üzere "Yüklenicinin taahhüdünü anılan kanunlar ile ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine göre kısmen veya tamamen yerine getirip getirmediği" hususu bildirilmeden direkt tazmin talebinde bulunulduğu" belirtilerek savunmada bulunulduğu, garanti edilen riskin gerçekleşmediğinin belirtildiği görülmüştür. Yerel mahkeme, muhatap (davacı) tarafından rizikonun gerçekleştiği belirtilerek ödeme talebinde bulunulması gerektiği hususundaki savunmaya değinmeden, davanın reddine karar vermiş, davacı tarafça yapılan temyiz başvurusu üzerine konuyu inceleyen Yargıtay, onama kararında, yerel mahkeme tarafından verilen kararın gerekçesinin yasaya uygun olduğunu saptadıktan sonra,

teminat mektubunun tazmini talebinde, muhatabın mutlaka lehdarın, teminat mektubu ile garanti edilen yükümlülüğünü yerine getirmediğini belirtmesi gerekmesine ve muhatabın bankaya yazdığı rizikonun gerçekleştiği açıklamasını içermeyen soyut yazının yeterli olmamasına göre, davacı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

demek suretiyle de, ödeme taleplerinde mutlaka rizikonun gerçekleştiğinin belirtilmesi gerektiğini belirterek kararı onamıştır. Bu itibarla, tespit edilebilen en son karar tarihi itibarıyla, Yargıtay'ın görüşü ödeme talebinde rizikonun gerçekleştiğinin bildirilmesinin gerekli olduğu yönündedir⁵⁴⁶. Banka teminat mektuplarının soyut bir borç ikrarı olmadığı hususu göz önünde bulundurulduğunda, muhatabın ödeme talebinde bulunabilmesi için rizikonun gerçekleştiğini beyan etmesinin gerekli olduğunu düşünüyor ve Yargıtay'ın bu yöndeki görüşüne katılıyoruz.

Muhatabın yapacağı ödeme taleplerinde, riskin gerçekleştiğini beyan etmesinin yeterli olacağı, bunun ötesinde ödeme talebinde bulunabilmesi için riskin gerçekleştiğinin **ispatının** şart olmadığı da ifade edilmiştir⁵⁴⁷. Günümüzde bankalar tarafından verilen teminat mektuplarının büyük çoğunluğunda "ilk yazılı talepte ödeme" kaydının mevcut olduğu göz önünde bulundurulduğunda, muhatabın sadece riskin gerçekleştiğini beyan ederek ödeme talebinde bulunmasının kural olarak yeterli olacağı, ispata gerek olmadığı açıktır.

Muhatap, teminat mektubuna dayanarak bankaya karşı ödeme talebinde

⁵⁴⁶ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler isimli eserinin 253. sayfasında, "konu ile ilgili çelişkili kararlar nedeniyle, İctihadi Birleştirme Kararı talep edilmesi üzerine, "her olayın kendine has özellikleri nedeniyle farklı kararlar verilebileceğini belirttiğini, Yüksek Mahkeme'nin son görüşünü devam ettirip ettirmediğinin tespit edilemediğini" ifade etmektedir.

⁵⁴⁷ Reisoğlu, a.g.e., s.250; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.129

bulunurken, teminat mektubunda belirtilen riskin gerçekleştiğini genel biçimde ortaya koymalıdır, muhatabın bu beyanın yeterli olup olmayacağı, teminat mektubunun içeriğine göre banka tarafından değerlendirilecektir⁵⁴⁸. Genel olarak, muhatabın ödeme talebinin içeriğinde, rizikonun gerçekleşmiş olduğunu beyan etmesi gerektiği, banka teminat mektubu vererek mücerret bir borç taahhüdünde bulunmamış olduğundan⁵⁴⁹, “teminat mektubunu tazmin ediniz”, “ödeyiniz”, vb. soyut beyanların yeterli olmayacağı ve muhatabın ödeme talebinde, teminat mektubu ile garanti edilen rizikonun gerçekleşmiş olduğunun bildirilmesinin gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵⁰. Muhatap, yapacağı yazılı ödeme talebinde, rizikonun tamamen mi yoksa kısmen mi gerçekleşmiş olduğunu da beyan etmelidir⁵⁵¹.

Muhatabın ödeme talebinde, riskin gerçekleşmiş olduğunu belirtmesi gerektiği yönündeki genel görüşe;

- Riskin gerçekleşmesinin banka teminat mektubunun paraya çevrilebilmesinin temel şartlarından olduğu ve banka tarafından riskin gerçekleşip gerçekleşmediğinin bilinmesinin mümkün olmadığı gibi, bankanın böyle bir araştırma yapma yükümlülüğü de olmadığı, riskin gerçekleştiğinin muhatap tarafından bildirilmesinin, banka açısından ödeme yapıldıktan sonra lehtara rücu aşamasında ispat bakımından fayda sağlayacağı,

- Teminat mektubu metninde, ödeme talebinin içeriğinde “*rizikonun gerçekleştiğinin beyan edilmesi*” şartına yer verilmesi halinde, bunun muhatap açısından yerine getirilmesi gereken sözleşmesel bir yükümlülük olarak kabul edilmesi gerekeceği, bu yükümlülüğe uyulmaması halinde bankanın sözleşmeye aykırılığı gerekçe göstererek ödeme yapmaktan imtina etmesi gerekeceği,

gerekçeleri ile katılıyoruz.

Banka, teminat mektubunda belli bir riski garanti etmektedir. Muhatabın ödeme talebini inceleyen bankanın dikkat etmesi gereken hususlardan bir tanesi de, muhatabın gerçekleştiğini iddia ettiği rizikonun, ödenmesi talep edilen teminat mektubu ile garanti

⁵⁴⁸ Arkan, Hukuki Durum, s.62

⁵⁴⁹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.52; Arkan, a.g.m., s.61

⁵⁵⁰ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.250, s.286; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.129; Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.151; Doğan, Elif, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.97

⁵⁵¹ Coşkun, a.g.e., s.151

edilen riziko olmasıdır, eğer muhatap tarafından gerçekleştiği iddia edilen riziko, ödenmesi talep edilen teminat mektubu ile garanti edilen riziko değil ise, bankanın bir ödeme yükümlülüğünün doğmadığını kabul etmek gerekecektir. Konu ile ilgili bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında⁵⁵², yerel Mahkemenin direnme kararı, Özel Daire kararı doğrultusunda bozulmuştur. Hukuk Genel Kurulu kararında da görüleceği üzere, muhatap, ödenmesini talep ettiği teminat mektubunda belirtilen riziko dışında başka bir rizikonun gerçekleştiğini iddia ederek ödeme talebinde bulunamayacağı gibi, garanti edilen riski yorum yolu ile değiştirmesi ve genişletmesi de mümkün değildir.

2.Paraya Çevrilmesi Talep Edilen Teminat Mektubu ve Talep Edilen Rakamın Bildirmesi

a.Paraya Çevrilmesi Talep Edilen Teminat Mektubunun Belirtilmesi

Muhatap, ödeme talebinde paraya çevrilmesini talep ettiği teminat mektubunun hangisi olduğunu açıkça belirtmelidir⁵⁵³. Bu husus, özellikle muhatabın elinde, temel ilişkiden kaynaklanan riske ilişkin olarak birden fazla teminat mektubu olduğu hallerde önem arz eder. Muhatap, ödeme talebinde bulunduğu teminat mektubunu, referans numarası, vb. özelliklerini belirtmek suretiyle ferdileştirmeli ve bu suretle banka, hangi teminat mektubu ile ilgili ödeme yaptığını bilerek, doğru teminat mektubu ile ilgili ödeme yaptığını ve bu sebeple kendisine rücu etmekte olduğunu lehtara beyan edebilmelidir. Konu ile ilgili bir Yargıtay kararında⁵⁵⁴, davaya konu meblağın hangi

⁵⁵² Yarg.HGK, 28.11.2007 T., 2007/11-852 E., 2007/892 K.:"teminat mektubunda yazılı riskin yorum yoluyla değiştirilemeyeceği ve genişletilemeyeceği hususunun açık bulunmasına, teminat mektubunda daha önce lehtar ile muhatap arasında düzenlenen sözleşmeye açık ya da örtülü bir atıf bulunmamasına, uyumsuzluk konusu teminat mektubunda garanti altına alınan riskin belirli bir konu ile sınırlı bulunmasına, teminat mektubunda belirtilen tarihlerin bu mektupla garanti edilen K. A.Ş.'nin idaresi ve organizasyonunda M. Holding'in yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmesi için tarafların takdirine göre konulmuş bir süre olduğunun kabulünde zorunluluk bulunmasına, davacı tarafın gerek ihtiyati tedbirin kaldırılması talepli dosyada, gerekse görülmekte olan dosyanın değişik aşamalarında teminat mektubunun amacının ve dolayısıyla ödeme taleplerinin dayanağının umulan kar garantisinin yerine getirilmemesi ile ilgili olduğunun açıklanması ve dolayısıyla bu hususun likit (kesin) delillerle ispatlanmış sayılmasına, bu durumda davacının teminat mektubunda ve ödeme talebinde amaçladığı riski garanti etmeyen davalı bankanın ödeme talebini reddetmesinde yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen özel daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır."

⁵⁵³ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.154; Güler, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, s.157

⁵⁵⁴ Yarg.11.HD, 28.10.2003 T., 2003/3378 E., 2003/10059 K. (kararın tam metni için bkz. www.legalbank.net):" Dosyada mevcut teminat mektupları incelendiğinde, davalı tarafından'a hitaben, A.... Tarım Ürünleri San. ve Tic. A.Ş. yararına farklı tarihlerde düzenlenip, farklı

teminat mektubu riskinden kaynaklandığının araştırılmaması nedeniyle yerel mahkeme kararı bozulmuştur.

Muhatap, yukarıda arz edildiği üzere, özellikle aynı lehtar ile ilgili verilen birden fazla teminat mektubunu elinde bulunduruyor ise, herhangi bir karışıklığa sebebiyet vermemek ve bankanın salt bu sebeple ödemedden imtina etmesine engel olabilmek için, ödeme talebine mutlaka hangi teminat mektubuna istinaden ödeme talebinde bulunmakta olduğunu yazmalıdır.

b.Ödenmesi Talep Edilen Rakamın Bildirilmesi

Muhatap, yazılı ödeme talebinde “*ödenmesini talep ettiği rakamı*” da bildirmelidir⁵⁵⁵. Muhatabın, ödeme talep edilmeyen kısım ile ilgili banka sorumluluğu devam etmek kaydı ile, teminat mektubunun kısmen ödenmesini talep etmesinin mümkün ve geçerli kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁵⁶. Kısmî ödemede, geriye kalan kısım için bankanın sorumluluğu devam edecektir⁵⁵⁷.

Muhatap, garanti tutarının tamamını talep etmek zorunda değildir⁵⁵⁸, ancak ödeme talebinde talep ettiği miktarı belirtmelidir. Muhatabın ödeme talebinde talep ettiği miktarın belli olmaması halinde, bankanın ödemedden kaçınabileceği

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 alacağıının 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.”

⁵⁵⁵ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.128; Coşkun, İlgilerin Hak ve Borçları, s.154; Farklı görüş için bkz. Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.335 :”*Muhatabın ödeme talebi konusunda uyması gereken bir şekil şartı yoksa, zaman olarak uygun bir talepte bulunması ve talebini bireyselleştirmesi yeterli olacaktır. Ödeme talebinde bulunan muhatabın, bu talepte miktar belirtmesine gerek yoktur, böyle bir talep halinde garanti verenin garanti metnindeki en yüksek bedelin talep edildiğini kabul etmesi gerekir.*”

⁵⁵⁶ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.63; Canbolat, a.g.e. s.129

⁵⁵⁷ Barlas, a.g.e., s.63

⁵⁵⁸ Aral, Armağan, s.195

belirtilmiştir⁵⁵⁹. Ancak, böyle bir durumda bankanın muhataptan “*talep ettiği meblağı açıklamasını*” istemesinin ve muhatap tarafından talep edilen meblağa ilişkin bir açıklamada bulunulmaması halinde ödeme talebini reddetmesinin daha uygun olacağı düşünülebilir.

Banka ile muhatap arasında, teminat mektubu metninde yazılı miktarın belli bir kısmının ödenmesi halinde bankanın sorumluluğunun sona ereceğine ilişkin bir anlaşma varsa, banka muhataba bu miktarda bir ödeme yapmak suretiyle borcundan kurtulabilecektir⁵⁶⁰, bu anlamda da muhatabın ödeme talebinde talep ettiği miktarı belirtmesi önemlidir.

c.Ödeme Talep Edilen Para Biriminin Belirtilmesi

Muhatabın ödeme talebinde, ödenmesi talep edilen para biriminin de gösterilmesi gerektiği savunulmuştur⁵⁶¹. Esas itibariyle, banka teminat mektubunun hangi para birimi üzerinden hazırlanmış olduğu bellidir, o nedenle ödeme talebinin de aynı para birimi üzerinden yapılabileceği söylenebilir ve banka da kural olarak teminat mektubunda yer alan para cinsinden ödeme yapmakla yükümlüdür⁵⁶². Ancak taraflar, garanti sözleşmesi ile bunun aksini de kararlaştırabilirler. TBKm.99’da yer alan düzenlemeye göre, konusu para olan borç “*ülke parası*” ile ödenir. “*Ülke parası olmayan*” bir yabancı para ile borcun belirlenmesi halinde, teminat mektubu metninde “aynen ödeme” ile ilgili bir kaydın da bulunmaması şartıyla, borcun ödeme günündeki rayiç üzerinden Türk parası karşılığı da ödenebilecektir⁵⁶³. TBK m.99/f.1’e göre, kural olarak konusu para olan borç ülke parası ile ödenecek olmakla birlikte, borcun açıkça “*milli para*” ile ifa edileceğinin kabul edildiği haller dışında, yabancı para ile ifaya da herhangi bir engel bulunmamaktadır⁵⁶⁴. Netice itibariyle Türk parası dışında bir para birimi üzerinden düzenlenmiş bir teminat mektubunda da muhatap, ödemenin teminat mektubunda tayin edilen para birimi üzerinden yapılmasını talep edebilir. Ancak teminat mektubunda “aynen ifa” kaydı bulunmadığı sürece muhatap, bankayı aynen

⁵⁵⁹ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.154

⁵⁶⁰ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.88

⁵⁶¹ Güler, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, s.93

⁵⁶² Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.193

⁵⁶³ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.222

⁵⁶⁴ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.375

ifaya zorlayamayacak, banka TBK m.99'daki düzenleme gereği ödeme yapmakta serbest kabul edilecektir⁵⁶⁵.

3.Ödeme Talebine Eklenmesi Gereken Belgeler

Kural olarak muhatap, yazılı olarak ödeme talebinde bulunmak suretiyle teminat mektubunun paraya çevrilmesini talep ettiğinde bankanın ödeme yükümlülüğü doğmaktadır ancak teminat mektubu metninde bankanın ödeme yükümünün doğması belli belgelerin ibrazı şartına bağlanmış olabilir.

a.Şarta Bağlı Teminat Mektuplarında Ek Belge Sunulması

Şartlı teminat mektuplarında yer alan ve bankanın ödeme yükümünün doğması için ibrazı şart olan belgeler, yazılı ödeme talebi ekinde muhatap tarafından bankaya ibraz edilmediği sürece, bankanın ödeme yapmaması gerekir⁵⁶⁶.

Bankanın ödeme talebi ekinde ibraz edilen belgeleri inceleme yükümlülüğünün, şeklen yapılacak bir inceleme ile sınırlı olduğu, bankanın kendinden beklenen makul özenle ve dış görünüşleri itibariyle inceleme yapacağı kabul edilmektedir⁵⁶⁷. Olağan bir inceleme ile anlaşılamayan sahtelikten banka sorumlu olmayacaktır⁵⁶⁸.

b.Banka Teminat Mektubunun Aslının Eklenmesi

Muhataap tarafından yapılan ödeme talebinin ekine, teminat mektubunun aslının da eklenmesinin gerekip gerekmediği tartışılmıştır. Muhataap tarafından yapılacak bir ödeme talebine, hangi belgelerin eklenmesinin gerekeceği taraflarca kararlaştırılarak teminat mektubu metnine yazılabilir⁵⁶⁹. Kural olarak banka teminat mektupları kıymetli evrak niteliğini taşımadıklarından ve sadece birer ispat vasıtası olduklarından dolayı,

⁵⁶⁵ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.193

⁵⁶⁶ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.142

⁵⁶⁷ Arkan, Hukuki Durum, s.65

⁵⁶⁸ Coşkun, a.g.e., s.156; Reisoğlu, a.g.e., s.142

⁵⁶⁹ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.358

ödeme talebine teminat mektubunun aslının eklenmesinin bir zorunluluk olmadığı iddia edilmiştir⁵⁷⁰.

Garanti sözleşmesinin kurulmuş sayılabilmesi için, muhatabın teminat mektubunu inceleyip açık ya da örtülü şekilde bir kabul beyanında bulunması gerekir. Muhatabın, mektup aslını inceledikten sonra lehtara ya da bir başkasına vermesinin mantıklı bir izahı yoktur. Evet, banka teminat mektupları kıymetli evrak değildir ancak bu tespit, banka teminat mektubu asıllarının hiçbir işlevi olmadığı anlamına da gelmemektedir. Zira muhatap, teminat mektubunda belirtilen riskin gerçekleşmesi durumunda bu teminat mektubuna istinaden bankadan ödeme talebinde bulunacak ve banka da, muhatabın ödeme talebine konu teminat mektubunun kendi vermiş olduğu teminat mektubu olup olmadığını, belge üzerinde herhangi bir tahrifat olup olmadığını, bankayı temsile yetkili imzaların mevcut olup olmadığını ve bu imzaların sıhhatini ancak teminat mektubunun aslını incelemek suretiyle tespit edebilecektir. Ayrıca uygulamada, muhtelif Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere, teminat mektubunun aslının iadesinin, garanti ilişkisinin sona erdiği anlamına geldiğine ilişkin bir teamül olduğu da bir gerçektir. Bu itibarla, muhatabın banka teminat mektubu aslı olmadan bir ödeme talebinde bulunması halinde, bankanın ödeme talebini inceleme aşamasında, muhataba teminat mektubu aslını ne sebeple ibraz etmediğini sorması ve teminat mektubu aslının kaybı iddiasında bulunan muhataptan, mektubun kaybı ile ilgili yasal bir müracaatı olup olmadığını tespit ettikten sonra ödeme yapıp yapmamaya karar vermesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda, çalışmamıza hazırlık aşamasında incelediğimiz muhtelif bilimsel eserlerde belirtildiği üzere⁵⁷¹, banka tarafından, muhatabın herhangi bir yazılı talebi olmadan, sadece “*teminat mektubunun aslının iade alınması mukabilinde*” ödeme yapması halinde bankanın, lehtara rücu aşamasında hukuki ihtilafla karşılaşma riski yüksektir. Banka, teminat mektubu aslının ödeme talebine eklenmemesi durumunda, muhatabın ödeme talep edilen teminat mektubu ile ilgili ibra beyanı olmadan hiçbir şekilde ödeme yapmamalıdır. Banka teminat mektubu aslı olmadan ve muhatabın ibra beyanını da almadan ödeme yapan bir bankanın, basiretli bir tacir gibi hareket etmediğinden bahisle oluşabilecek zararlardan sorumlu tutulması riski mevcuttur.

⁵⁷⁰ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.130; Doğan a.g.e., s.358

⁵⁷¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.249; Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.153

Bankanın, ödeme talebi ekinde teminat mektubu aslını araması gerektiğine ilişkin bir Yargıtay kararında da⁵⁷², muhatabın teminat mektubunu ibraz edememesi ve bunun haklı nedenini de kanıtlayamadığı gerekçesi ile yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Yargıtay bozma kararının gerekçesinden de görüleceği üzere, bankanın, lehtara rücu aşamasında hukuksal bir ihtilaf yaşamaması açısından, ödeme talebi ekinde teminat mektubu aslını araması, teminat mektubu aslı ibraz edilemiyor ise sebebinin izahını talep etmesi ve her halükarda ödeme yapmadan evvel muhatabın bankayı ibra eden bir yazı almasının uygun ve gerekli olduğu kanaatindeyiz.

II.ÖDEME TALEBİNİ YAPACAK KİŞİ BAKIMINDAN İNCELEME

Banka teminat mektuplarında, ödeme talebinde bulunacak olan taraf muhatap ya da muhatabın adına hareket etmeye yetkili olan kişidir. Banka, ödeme talebinde bulunan kişinin, o teminat mektubunun muhatabı olup olmadığını, eğer muhatap bizzat ödeme talebinde bulunmuyor ise, ödeme talebinde bulunan kişinin muhatap adına hareket etmeye yetkili bir kişi olup olmadığını dikkatle incelemek zorundadır. Zira banka yetkisiz bir kişiye ödeme yapacak olursa, lehtar rücu imkanını kaybedecektir.

A.Muhatabın Gerçek Kişi Olması Halinde Ödeme Talebi

1.Bizzat Ödeme Talebinde Bulunma

Teminat mektuplarında muhatap bir gerçek ya da tüzel kişi olabilir⁵⁷³. Gerçek kişi muhatap tarafından yapılan bir ödeme talebi söz konusu ise, bankanın yapması gereken, ödeme talebinde bulunan kişinin kimliğini inceleyerek, talepte bulunanın teminat mektubunda muhatap olarak belirtilen kişi olup olmadığını tespit etmek ve talepte bulunanın muhatap ya da onun adına hareket etmeye yetkili bir kişi olmadığını

⁵⁷² Yarg. 11.HD, 18.01.2010 T., 2008/8999 E., 2010/451 K. (kararın tam metni için bkz.www.legalbank.net)

⁵⁷³ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.247

tespit edecek olursa, ödeme talebini reddetmektir⁵⁷⁴. Talebi yapan kişinin muhatap ya da muhatap adına hareket etmeye yetkili bir kişi olduğu tespit edildiğinde, yazılı ödeme talebinin gerekli şekli koşulları taşıması ve içeriğinin de uygun olması halinde, banka talepte bulunan muhataba ödeme yapmak durumundadır.

2.Vekil Aracılığı İle Ödeme Talebinde Bulunma

Muhatap, banka teminat mektubunun ödenmesi için bizzat talepte bulunabileceği gibi, vekili aracılığıyla da talepte bulunabilir⁵⁷⁵. Vekil aracılığı ile yapılan taleplerde, vekilin vekaletnamesinde teminat mektubunun paraya çevrilmesi için özel yetki bulunmasının gerekli olup olmadığı tartışma konusudur. Uygulamada sıklıkla hukuki ihtilaf yaşandığı gözlenen bir konu olduğundan, vekil aracılığıyla ödeme talebinde bulunma bahsinde, vekalet sözleşmesi ve vekaletname konularının detaylı olarak incelenmesinin faydalı olacağı değerlendirilmiştir.

a.Vekalet Sözleşmesi

Vekalet sözleşmesi, doktrinde farklı tanımlamalara konu olmuştur.

Tandoğan'a göre⁵⁷⁶ vekalet "*Vekalet öyle bir akittir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nisbeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilememesi rizikosunu ona ait olmamak üzere yükler.*"

Gümüş'e göre⁵⁷⁷ ise "*Vekalet sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, vekil, vekalet veren ile arasındaki özel güven ilişkisine dayalı şekilde, vekalet verenin menfaatine ve hesabına olarak ve nispeten yersel, zamansal veya maddi bağımsızlık içerisinde bir iş veya hizmeti, ücretsiz veya sözleşmede kararlaştırılmış ya da teamül varsa ücretli olarak görmeyi borçlanır.*"

⁵⁷⁴ Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.334; Güler, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, s.67; Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.146

⁵⁷⁵ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.359; Coşkun, a.g.e., s.194

⁵⁷⁶ Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C:II, s.356

⁵⁷⁷ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C:II, s.122

Vekalet sözleşmesi, yazılı şekil zorunluluğu olan taşınmaz alım satımına, gayrimenkul tellallığına, itibar emri işlemlerine ilişkin vekaletler hariç olmak üzere, kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. Taraflar, vekalet sözleşmesini sözlü ya da istedikleri yazılı şekilde yapabilirler ve ayrıca içeriği de taraflarca serbestçe belirlenebilir⁵⁷⁸. Vekalet sözleşmesi kural olarak herhangi bir şekle bağlı değil ise de, vekil ya da temsilciye verilecek olan vekaletnamenin, ispat açısından, yazılı olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir⁵⁷⁹.

b.Vekalet Sözleşmesinin Kurulması

Vekalet sözleşmesinin kurulması, TBK m.503'de düzenlenmiştir. Buna göre;

Kendisine bir işin görülmesi önerilen kişi, bu işi görme konusunda resmî sıfata sahipse veya işin yapılması mesleğinin gereği ise ya da bu gibi işleri kabul edeceğini duyurmuşsa, bu öneri onun tarafından hemen reddedilmedikçe, vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılır.

Yasadaki düzenleme dışında, vekalet sözleşmesinin tarafların iradelerini ortaya koyan davranışlarıyla da kurulabileceği kabul edilmiştir, örneğin vekalet verenin vekaletle ilişkin icabı sonrası vekilin açık bir kabul beyanında bulunmadan, doğrudan işi görmesi⁵⁸⁰, mesela müvekkili adına teminat mektubundan kaynaklanan alacağın ödenmesini talep etmesi halinde de vekalet sözleşmesi kurulmuş olacaktır. Bu nedenle banka, vekaletname ile kendisine müracaat eden bir kişinin, muhatapla aralarında geçerli bir vekalet sözleşmesinin bulunup bulunmadığıyla ilgilenmek durumunda değildir. Diğer şartların da (vekaletten azil olmaması, süreli bir vekaletname söz konusu ise sürenin geçmemiş olması, vs.) tamam olması halinde, vekaletnameye dayalı bir ödeme talebi banka açısından geçerli kabul edilmelidir.

⁵⁷⁸ Yılmaz, Ejder, Makaleler, C:1, s.740

⁵⁷⁹ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.194

⁵⁸⁰ Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C:II, s.138

c.Vekaletname

Vekaletname, bir kimseye verilen temsil yetkisini ve bunun kapsamını belirten yazılı belgeye denir⁵⁸¹. Bir kimseye vekaletname verilmesinin, vekalet sözleşmesi ya da hizmet sözleşmesi gibi, yalnız başına bir sözleşme anlamına gelmediği, vekil ile vekillik veren arasında, vekaletnamenin verilmesini gerektiren daha önceden yapılmış bir sözleşmenin bulunmaması halinde, vekaletnamenin vekile verilmesinin bir “icap” niteliğinde olduğu ve ancak vekil tarafından bu icabın kabul edilmesi ile vekalet sözleşmesinin kurulmuş olacağı belirtilmiştir⁵⁸². Bu durumda, yukarıda belirtildiği üzere, vekilin vekaletnameye dayanarak bankaya başvurup ödeme talebinde bulunması halinde, muhatap ile vekili arasında daha evvelden akdedilmiş bir vekalet sözleşmesi bulunmasa dahi, vekilin ödeme talebinde bulunması taraflar arasındaki vekalet sözleşmesinin kurulmasını temin edecektir.

aa.Genel Vekaletname-Özel Vekaletname Ayırımı

Temsil yetkisinin çeşitli derecelerde genişlemesi veya belli tek bir konuya özgülenmesi mümkündür⁵⁸³. Müvekkil tarafından verilen vekalet, ayrı ayrı belirtilen bir veya birkaç işlemle ilgili olabileceği gibi, her türlü işlemin veya bir grup işlemlerin yapılmasına izin veren nitelikte genel bir niteliği de haiz olabilir. Vekile verilen vekaletname, belli bir işlem ya da eylemin yapılmasına yönelik bir yetki içeriyorsa buna “*özel vekaletname*” denir. Bir kimsenin vekiline “....şehri,ilçesi,mahallesinde bulunan, tapununada,pafta,parsel numarasında kayıtlı taşınmazımı satmaya...” şeklinde verilen bir vekaletname özel vekaletnameye örnek olarak verilebilir. Buna karşılık vekile verilen vekaletname, her türlü işlerin yerine getirilmesi için verilmiş ise buna da “*genel vekaletname*” adı verilir. Vekaletnamede “...tüm resmi kurumlarda, bankalarda işlem yapmaya, dava açmaya ve icra takibi yapmaya,”

⁵⁸¹ Yılmaz, Makaleler, C:I, s.739

⁵⁸² Yılmaz, a.g.e., s.739

⁵⁸³ Yıldız, Şükrü, Doğrudan Doğruya İradi Temsilde Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller, Makalelerim, 1988-2007, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.43

şeklinde bir yetkilendirme söz konusu ise bu tür bir vekaletname, genel vekaletnameye örnek olarak gösterilebilir⁵⁸⁴.

bb.Özel Vekaletname ve Özel Yetki Kavramları

“Özel yetki” verilmesini gerektiren haller ile “özel vekaletname” farklı kavramlardır. Vekalet verenin vekiline, TBK, HMK, TTK’da sayılan özel yetkilerin tümünü ya da bir kısmını vermesi ile vekaletnamenin genel ya da özel olmasının bir ilgisinin olmadığı belirtilmiştir⁵⁸⁵. Banka, vekaletnamede, uygulamada daha sıklıkla kullanılan ifadeyle “*tazmin talebinde bulunma*” yetkisini aramalıdır, özel yetki budur ve bu yetkinin genel vekaletnamede mi yoksa özel vekaletnamede mi olduğunun, ödeme talebi açısından bir önemi bulunmamaktadır. Banka açısından önemli olan, belirtildiği üzere, vekaletnamede özel yetkinin mevcut bulunmasıdır.

TBK.m.504/f.3’de, vekaletnamesinde özel bir yetki bulunmayan vekilin yapamayacağı işler sayılmıştır. Buna göre vekil;

Özel olarak yetkili kılınmadıkça dava açamaz, sulh olamaz, hakeme başvuramaz, iflas, iflasın ertelenmesi ve konkordato talep edemez, kambiyo taahhüdünde bulunamaz, bağışlama yapamaz, kefil olamaz, taşınmazı devredemez ve bir hak ile sınırlayamaz.

TBK m.504/f.3 düzenlemesinde belirtilen özel yetki gerektiren hususların sınırlı sayıda olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Doktrinde bir kısım yazarlar, madde metninde sayılan hususların sınırlı sayı kuralına tabi olmadığı görüşünde iken⁵⁸⁶, bir kısım yazarlar⁵⁸⁷ ise madde metninde sayılan hususların sınırlı sayı kuralına tabi olduklarını savunmaktadır.

⁵⁸⁴ Yılmaz, a.g.e., s.741

⁵⁸⁵ Yılmaz, a.g.e., s.742

⁵⁸⁶ Tanrıver, Süha, Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler, (1993-2011), s.18:“Özel yetki verilmesini gerektiren işlemlerin bütününe bir göz atıldığında, bunların geneli itibariyle, vekalet verenin mal varlığını azaltan ya da önemli ölçüde risk altına sokan işlemler olduğu görülür. Bu bağlamda, her iki yasal düzenlemede de özel yetki verilmesini gerektiren işlemlere ilişkin olarak yapılmış bulunan saymanın, tahdidi değil, tadadi olduğunun vurgulanmasında da büyük yarar vardır.”; aynı görüş için bkz. Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.195

⁵⁸⁷ Yılmaz, Şükrü, Doğrudan Doğruya İradî Temsilde Özel Temsil Yetkisi Verilmesi Gerektiren Haller, Makalelerim, 1988-2007, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s.49; Yavuz, Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.538; Tandoğan, Özel Borç İlişkileri, C:II, s.397:“...özel yetki aranması, sadece müvekkili korumakla kalmayıp vekille işlem yapan üçüncü kişileri

Vekaletnamede özel yetki gerektiren haller, TBK'nun yukarıda belirtilen maddesinin yanı sıra, HMK'nun 74. maddesinde de düzenlenmiş bulunmaktadır. Her iki yasadaki düzenlemeler göz önünde bulundurulduğunda, vekilin teminat mektubuna ilişkin ödeme talebinde bulunabilmesi için vekaletnamesinde özel bir yetkinin bulunmasını gerektiren pozitif bir düzenlemenin mevcut olmadığı ve dolayısıyla vekaletnamesinde ahzu kabz yetkisi olan bir vekilin, teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebinde bulunabileceği savunulmuştur⁵⁸⁸.

Bankanın, vekaletnamede özel yetkinin mevcudiyetini araması, lehtara rücu aşamasında bir hukuki ihtilafla karşılaşma riskini azaltacağından, banka açısından tercih edilmesi gereken bir davranış tarzı olacaktır kanaatindeyiz.

B.Muhatabın Tüzel Kişi Olması Halinde Ödeme Talebi

Ödeme talebinde bulunacak muhatabın bir tüzel kişi olması halinde, teminat mektubuna ilişkin ödeme talebinin tüzel kişiyi temsile ya da tüzel kişi adına hareket etmeye yetkili kişi ya da kişiler tarafından yapılması gerekir⁵⁸⁹. Tüzel kişi adına hareket ederek ödeme talebinde bulunan kişinin vekaletnamesinde de, yukarıda belirtilen gerekçelerle, bu hususta özel bir yetkinin bulunması şarttır⁵⁹⁰.

Kamu kurum ve kuruluşlarına verilen teminat mektuplarında, çoğu zaman, muhatap olarak gösterilen daire ve müdürlüğün doğrudan tüzel kişinin kendisi olmadığı, tüzel kişiliği haiz birime bağlı bir alt kuruluş olabileceği belirtilmiştir⁵⁹¹. Bu tür teminat mektuplarında, ödeme talebinde bulunacak olan tüzel kişinin bizzat kendisi olabileceği gibi, muhatap olarak gösterilen daire ve müdürlük de ödeme talebinde bulunabilir. Bakanlıkların ayrı bir tüzel kişilikleri bulunmadığından, bir Bakanlık ya da ona bağlı bir Genel Müdürlüğe verilen teminat mektuplarında, muhatap Devlet'in tüzel kişiliği olarak kabul edileceğinden, bu tür teminat mektuplarının ödenmesi devleti temsil eden Maliye Bakanlığı tarafından da istenebilecek, buna karşılık belediye ve il özel idareleri gibi ayrı

de etkilediğinden ve vekaletin kapsamına kanuni bir sınırlama getirdiğinden, kanundaki sayma örnek gösterme gibi değil, kural olarak sınırlı bir sayma gibi kabul edilmelidir."

⁵⁸⁸ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları., s.195

⁵⁸⁹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.247

⁵⁹⁰ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.125; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.247

⁵⁹¹ Reisoğlu, a.g.e., s.247

tüzel kişiliği bulunan kurumların ise ödeme taleplerini kendilerinin yapmaları gerekecektir.

Özel hukuk tüzel kişileri açısından ise, kural olarak, tüzel kişilerin adına hareket etmeye yetkili kişi ve organlar, o tüzel kişinin kuruluş belgesinde belirlenmiştir⁵⁹². Banka teminat mektubunun paraya çevrilmesi talebini yapacak olan kişinin de, o tüzel kişinin kuruluş organında belirtilen ya da o organ tarafından yetkilendirilmiş bir kişi olması gerekir.

C.Banka Teminat Mektubunun Devri Halinde Ödeme Talebi

1.Teminat Mektubu Sözleşmesinin Bir Bütün Olarak Devri Halinde Ödeme Talebi

Teminat mektubu ilişkisinin bir bütün olarak devri ile, teminat mektubundan kaynaklanan alacağın devri farklı kavramlardır. İbraz ve ödeme talebi konusunda, ödeme talebinde bulunacak tarafı doğru şekilde tespit edebilmek için devir ilişkisine tekrar değinmekte fayda vardır.

Banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın devredilmesi halinde, bankaya başvurarak ödeme talebinde bulunma hakkına sahip olan taraf kimdir?

Sözleşmenin devri, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir, ancak bu husus 6098 sayılı TBK m.205'de düzenlenmiştir. Madde metninde yer alan düzenlemeye göre, garanti sözleşmesinin (teminat mektubunun) tarafları, teminat mektubunda taraf değişikliği sonucunu doğuracak devir sözleşmesini yapabilirler. Sözleşmenin bir bütün olarak devri halinde sözleşmeyi devralan, sözleşmeyi devreden kişinin yerine geçer ve devredene ait tüm haklar da sözleşmeyi devralan tarafa geçer⁵⁹³.

Ancak dikkat edilmesi gereken husus şudur; teminat mektubu ilişkisinde, sözleşmenin hak ve borçlarıyla bir bütün olarak devri ancak, garanti sözleşmesinin diğer tarafının (bankanın) devir işlemine açık olarak muvafakat vermesi halinde hüküm ve sonuçlarını doğurabilir⁵⁹⁴. Banka, garanti sözleşmesinin kurulduğu anda bu muvafakati

⁵⁹² Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku, s.270

⁵⁹³ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.391; Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.1206

⁵⁹⁴ Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.149; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.291

verebileceği gibi, sonradan da devre ilişkin muvafakatını bildirebilir⁵⁹⁵. Ancak, bankanın muvafakatı olmadan garanti sözleşmesinin bir bütün olarak devredilmesi mümkün olmayacağından, banka teminat mektubu sözleşmesini devraldığını iddia ederek bankaya başvuran ve ödeme talebinde bulunan bir kişiye, bankanın olumsuz cevap vermesi ve ödeme talebini reddetmesi gerekir. Zira banka, devrine onay vermediği bir garanti sözleşmesini devraldığını iddia ederek ödeme talebinde bulunan kişiye karşı, bu tür bir devir geçersiz olacağından, herhangi bir ödeme yükümlülüğü altında değildir.

Şekil açısından da tarafları bağlayıcı bir hüküm mevcut değildir, TBK m.205/f.3'e göre, sözleşmenin devrinin geçerliliği, devredilen sözleşmenin şekline bağlı olduğundan ve garanti sözleşmeleri de herhangi bir şekle tabi tutulmamış olduğundan, sözleşmenin devri de herhangi bir şekle tabi değildir⁵⁹⁶.

Muhatap, banka teminat mektubu sözleşmesini genel hükümler çerçevesinde üçüncü kişiye devrederken, bankanın yanı sıra, üç köşeli bir ilişki olan genel anlamda teminat mektubu ilişkisinin köşelerinden birini oluşturan lehtarın da muvafakatını alması gerektiği zira muhatap değişikliği sonucunu doğuracak devir ilişkisinin teminat mektubunda değişiklik kapsamında değerlendirilerek lehtarın da muvafakatının alınması gerektiği, lehtarın muvafakat etmemesi halinde ise teminat mektubu ve garanti sözleşmesinin devrinin mümkün olmayacağı ifade edilmiştir⁵⁹⁷.

Banka teminat mektubu sözleşmesi, garanti veren taraf olan bankanın da böyle bir devre muvafakat etmesi halinde, bir bütün olarak devredildiğinde devralan, devreden muhatabın sahip olduğu tüm haklara sahip olacaktır. Bu itibarla, sözleşmenin bir bütün olarak devri halinde devralan muhatap sıfatını da kazanacağından, ödeme talebi, sözleşmeyi devralan ve muhatap sıfatını haiz olan taraf tarafça yapılmalıdır.

2.Banka Teminat Mektubundan Kaynaklanan Alacağın Devredilmesi Halinde Ödeme Talebi

Banka teminat mektubu sözleşmesinin bir bütün olarak devredilmesinin değil de, uygulamada daha sıklıkla karşılaşılan, banka teminat mektubundan kaynaklanan

⁵⁹⁵ Doğan, a.g.e., s.291

⁵⁹⁶ Doğan, a.g.e., s.292

⁵⁹⁷ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.291

alacağın devredilmesinde ödeme talebinin kim tarafından yapılması gerektiği hususu da doktrinde tartışmalıdır, bir görüş teminat mektubundan kaynaklanan alacağın devri halinde dahi, ödeme talebinin alacağı devreden muhatap tarafından yapılması gerektiğini savunurken⁵⁹⁸, diğer bir görüş ise, banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın devredilebileceği ancak talep yetkisinin devreden muhatapta kalacağı ve ödeme talebinin mutlaka devreden muhatap tarafından yapılması gerekeceğini savunmaktadır⁵⁹⁹.

Banka teminat mektubundan kaynaklanan alacağın devredilmesinden sonra, ödeme talebinin de devreden muhatap tarafından yapılmasının uygulamada bir çok hukuki ihtilafa sebebiyet verebileceği, devreden muhatabın ödeme talebinde bulunmaması halinde ya da devreden muhatabın ölüm, iflas, vb. sebeplerle hukuki varlığının ortadan kalkması hallerinde olduğu gibi, ödeme talebinde bulunamayacak olması halinde, banka teminat mektuplarının pratikliğini ortadan kaldıracak pek çok sorunla karşılaşılabilir. gerekçesiyle, teminat mektubundan kaynaklanan alacağın devralan tarafından talep edilebilmesinin mümkün olduğu yönündeki görüşe katılıyoruz.

Banka teminat mektubunu ibraz ederek ödeme talebinde bulunacak kişiyi de tespit ettikten sonra, bu kişinin usulüne uygun bir yazılı ödeme talebini hangi süre içerisinde yapması gerektiğini inceleyeceğiz.

III.ÖDEME TALEBİNİN SÜRE BAKIMINDAN İNCELENMESİ

Ödeme talebinin geçerliliği, talebin zamanında yapılmış olmasına bağlıdır⁶⁰⁰. Diğer tüm şartlar tamam olsa dahi, muhatabın ödeme talebini zamanında yapmaması halinde bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır. Garanti sözleşmesinin tarafları, ödeme talebinin zamanı hakkında sözleşmeye açıkça hüküm koyabilirler ya da bu hususta herhangi bir belirlemede bulunmayabilirler. Yine garanti sözleşmesinin metninde, en geç ne zamana kadar ödeme yapılabileceği de taraflarca kararlaştırılabilir. Eğer taraflar, teminat mektubu sözleşmesinde ödeme talebinin yapılması için bir süre

⁵⁹⁸ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.203

⁵⁹⁹ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.197

⁶⁰⁰ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.127

öngörmemişlerse⁶⁰¹ vadesiz bir teminat mektubu söz konusudur. Üzerinde herhangi bir geçerlilik süresi bulunmayan teminat mektuplarına vadesiz teminat mektupları denir⁶⁰². Taraflar, ödeme talebinin en geç hangi tarihte yapılabileceğine ilişkin bir kararlaştırma yapmışlarsa bu durumda vadeli bir teminat mektubunun varlığından söz edilecektir. Bankanın vermiş olduğu teminat mektubundan dolayı sorumluluğunun belli bir süre ile sınırlandırıldığı teminat mektupları ise vadeli teminat mektupları olarak adlandırılırlar⁶⁰³. Banka, teminat mektubunun vadeli olup olmadığını ya da riskin gerçekleşmesine ve ödeme talebinde bulunulmasına rağmen, teminat mektubunun metninde teminat mektubu bedelinin ödemesinin en erken ne zaman yapılabileceğine ilişkin bir kararlaştırma bulunup bulunmadığını değerlendirerek ödeme yapip yapmamaya ve ödeme yapmaya karar verecek olursa, hangi tarihte ödeme yapacağına karar verecektir.

Banka tarafından süre ile ilgili nasıl bir inceleme yapılabileceği çalışmamızın bu bölümünde, farklı ihtimallere göre incelenmiştir .

A.Vadeli Teminat Mektuplarında Ödeme Talebinde Bulunma Süresi

Vadeli teminat mektuplarında bankanın sorumluluğu belli bir süre ile sınırlandırılmıştır. Bu tür teminat mektuplarında ödeme talebinde bulunabilmek için, riskin teminat mektubu metninde belirlenen vade içerisinde gerçekleşmesi ve aynı zamanda ödeme talebinin de aynı vade içerisinde yapılması zorunludur⁶⁰⁴. Muhatabın tazmin talebinin vade içinde yapılması yeterli olmayıp, bu talebin tayin edilen vade içinde bankaya ulaşması da zorunludur, ödeme talebinin posta ile gönderilmesi halinde, postadaki gecikme sebebiyle ödeme talebinin vade içinde bankaya ulaşmamasının riski muhataba aittir⁶⁰⁵. Banka, muhatabın yapmış olduğu ödeme talebinin vade süresi içerisinde olmadığını tespit ederse, ödeme talebini reddetmek zorundadır. Vadeli teminat mektuplarında kural bu olmakla birlikte, aşağıda incelediğimiz TBK m.128/f.2'deki düzenleme kapsamında, teminat mektubunun metninde “*vadenin*

⁶⁰¹ Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.453

⁶⁰² Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.151

⁶⁰³ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.96

⁶⁰⁴ Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.95

⁶⁰⁵ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.158; Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.333

bitimine kadar yazılı başvuruda bulunulmaması halinde sorumluluğun sona ereceği” yazılı değil ise, bu durumda muhatapın genel zaman aşımı süresi içerisinde bankaya başvurarak teminat mektubu bedelini talep hakkı mevcuttur. İncelememize muhtelif ihtimaller üzerinden devam edeceğiz.

1.İbraz ve Ödeme Talebinin Vade İçerisinde Yapılması

Vadeli teminat mektuplarında, bankanın ödeme yükümlülüğü ancak;

- rizikonun vade içerisinde gerçekleşmesi,
- ibraz ve ödeme talebinin de aynı vade içerisinde yapılması,

hallerinde söz konusu olacaktır. Burada, muhatap tarafından, “*vade içinde ödeme talebinde bulunulması*” ibaresinden, garanti sözleşmesinde banka ile aralarında tayin edilmiş olan vade içerisinde ödeme talebinde bulunulmasının yeterli olup olmadığı, ödeme talebinin vade süresi içerisinde mutlaka bankaya ulaşmasının gerekip gerekmeyeceği sorusu akla gelebilir. Yukarıda arz edildiği üzere, banka açısından ödeme yükümlülüğünün doğabilmesi için, hem riskin gerçekleşmesi ve hem de ödeme talebinin vade içinde yapılması (ve bankaya ulaşması) şartlarının vade içinde gerçekleşmesi gereklidir⁶⁰⁶.

Muhatap ya da muhatap adına hareket etmeye yetkili birisi tarafından yapılacak olan ödeme talebinin;

- tek taraflı,
- yenilik doğurucu niteliği haiz,
- varması gerekli,

bir irade beyanını ifade ettiği kabul edilmektedir⁶⁰⁷. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse; taraflar arasındaki sözleşme ile tayin edilen vadenin 15 Mayıs olduğunu varsayalım. Bu durumda, garanti alan (muhatap) tarafından yapılacak olan ödeme talebinin hazırlandığı ve hatta postaya verildiği tarih 15 Mayıstan önceki bir tarih de olsa, ödeme talebinin bankaya 16 Mayıs tarihinde varması durumunda, talep vade içerisinde yapılmamış sayılacak ve banka tarafından muhatapın ödeme talebinin

⁶⁰⁶ Kahyaoğlu, a.g.e., s.95; Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.448

⁶⁰⁷ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.124

reddedilmesi gerekecektir. Zira, “yazılı olarak ödeme talebinde bulunan muhatap, posta yoluyla haberleşmenin bütün risklerine katlanır, ödeme talebinin bir mücbir sebepten dolayı bankaya zamanında ulaşmamasının riski de aynı şekilde, talepte bulunan muhataba ait olur⁶⁰⁸.” O nedenle, ödeme talebinin vade içinde yapılmasının temini açısından muhatapın, ödeme beyanının vade içerisinde bankaya vardığından emin olması kendisi açısından büyük önem arz etmektedir.

Muhatap, teminat mektubu metninde bankanın ödeme yapmasının belli belgelerin ibrazına bağlı olduğu teminat mektuplarında, bu belgeleri de vade içerisinde bankaya ulaştırmak zorundadır⁶⁰⁹. Muhatabın ödeme talebi vade içinde yapılmış ve bankaya ulaşmış ancak, teminat mektubu metninde yazılan belgelerin bankaya ulaşmamış olması halinde, banka sözleşmeye aykırılık nedeniyle muhatapın ödeme talebini reddedecektir. Ancak burada bankanın, ödeme talebini reddetmiş olduğunu en kısa süre içerisinde muhataba bildirmek zorunda olduğu, zira muhatapın, özellikle vadeli teminat mektuplarında, vade içerisinde eksik belgeleri tamamlayarak tekrar ödeme talebinde bulunabileceği iddia edilmiştir⁶¹⁰.

2.İbrazın ve Ödeme Talebinin Vadeden Sonra Yapılması

Kural olarak, vadeli teminat mektuplarında, vadenin geçmesinden sonra yapılan bir ödeme talebinin banka tarafından reddedilmesi ve ödemenin yapılmaması gerekir. Ancak kural bu olmakla birlikte, TBK m.128/f.2’deki düzenlemeye dikkat etmek ve teminat mektubu metninde yer alan ifadeleri özenle incelemek şarttır. Zira, TBK m.128/f.2’de yer alan düzenlemeye göre;

Belirli bir süre için yapılan üstlenmede, sürenin bitimine kadar üstlenene edimini ifa etmesi için yazılı olarak başvurulmaması halinde, üstlenenin sorumluluğunun sona ereceği kararlaştırılabilir.

⁶⁰⁸ Aral, Armağan, s.192

⁶⁰⁹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.158; Genel olarak garanti sözleşmeleri ile ilgili olarak bkz. Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.448

⁶¹⁰ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.169, s.170

818 sayılı Borçlar Kanunu m.110'a 08.07.1981 tarihinde 2486 sayılı Kanun ile eklenen fıkra, 6098 sayılı Kanun m.128'in de ikinci fıkrası olarak muhafaza edilmiştir. Bu fıkradaki düzenleme, özellikle vadeli teminat mektuplarında çok önemlidir, zira eğer garanti veren (banka), tayin edilen vadenin sonunda, vermiş olduğu teminat mektubu ile ilgili sorumluluğunun sona ermesini istiyor ise, teminat mektubu metnine açıkça, tayin edilen vade içerisinde ve en nihayet vadenin sonuna kadar, muhatap veya muhatap adına hareket etmeye yetkili birisi tarafından imza edilmiş bir ödeme talebinin, vade tarihi içerisinde bankaya ulaşacak şekilde gönderilmemesi halinde, teminat mektubunun hükümsüz olacağını ifade eden bir kayıt konulması şarttır⁶¹¹. Banka tarafından teminat mektubuna konulacak bu ifadenin, herhangi bir tereddüde yol açmayacak kadar açık olmasına dikkat edilmelidir. Zira, doktrinde görüş birliği olmamakla birlikte, teminat mektubu metnine sadece süre konulması veya mektubun belirli süre için geçerli ya da sürenin dolmasından sonra geçersiz olduğunun belirtilmesinin yeterli olmayacağı ifade edilmektedir⁶¹².

Yüksek Mahkeme, TBK m.128/f.2 hükmünün uygulanabilmesi için, teminat mektubu metninde bu yönde bir açıklama bulunmasının şart olduğunu, aksi halde muhatabın, riskin vade tarihi içerisinde gerçekleştiğini ispat etmek şartı ile, 10 yıllık zaman aşımı süresi içerisinde bankadan ödeme talebinde bulunabileceğini hükme bağlamıştır⁶¹³.

Banka, vade süresi içerisinde kendisine ulaşan ödeme talebini inceleyecektir. Peki

⁶¹¹ Barlas, Nami, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, s.91

⁶¹² Barlas, a.g.e., s.91; Tandoğan, Haluk, Özel Borç İlişkileri, s.890 : "Teminat mektubuna sadece vade konulması veya vade konulup mektubun bu vade için geçerli yahut vadeden sonra geçersiz olduğunun belirtilmesi BK m.110/f.II'nin (TBK m.128/f.II'nin-BD) uygulanması için yeterli değildir. Bu hükmün uygulanmasını sağlamak için teminat mektubuna şu mealde bir kayıt konulması yerinde olur: "İşbu teminat mektubumuz tarihine kadar elimize geçecek şekilde tarafınızdan yazılı tazmin talebinde bulunulmadığı takdirde hükümsüz olacaktır."

Bu veya buna benzer bir kayıt konulmadığı takdirde, mektupta vade olsa bile, muhatap, on yıllık zaman aşımı süresine kadar tazmin talebini ileri sürülebilecektir."

⁶¹³ Yarg.11.HD., 24.01.2013 T., 2012/798 E., 2013/1542 K.: "Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, dava konusu teminat mektuplarında 19.11.2007 ve 09.11.2007 tarihine kadar geçerli olduğunun açıkça yazılı olduğu, bu şerhler dışında başkaca şart konulmadığı, teminat mektuplarının vade sonunda hükümsüz hale gelebilmeleri için BK'nun 110. maddesi anlamında bir sözleşme haline getirilmesi ve "vade tarihine kadar başvurulmadığı takdirde teminat mektubunun hükümsüz hale geleceği" hususunun açık ve net olarak teminat mektubu metnine yazılması gerektiği, bu yazılmadığı takdirde vade dolsa bile vadeden itibaren 10 yıllık zamanaşımı süresi doluncaya kadar tazmin talebi ileri sürülebileceğinden bu sürenin dolmasının bekleneyeceği, sadece vade kaydını taşıyan dava konusu teminat mektupları henüz iade edilmediğinden, 10 yıllık zamanaşımı süresi de dolmayıp bu süre içerisinde tazmin talebi ileri sürülebileceğinden davacının hesabı üzerindeki blokenin kaldırılmayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.....usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına..."

bu inceleme süresi içerisinde vadenin dolduğu banka tarafından iddia edilerek ödemediğine imtina edilebilir mi? Bu soruya olumlu yanıt verebilmenin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira, ödeme talebinin süresine ilişkin olarak muhatabın yükümlülüğü, vade içinde ödeme talebinde bulunmak ve bu ödeme talebini yine vade içerisinde bankaya ulaştırmaktır. Bankanın, muhatap tarafından süresinde yapılmış bir ödeme talebini, talebin incelenmesi sırasında vadenin dolduğundan bahisle reddetmesinin mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Yargıtay da, vadeli teminat mektupları ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında, TBK m.128/f.2 hükmüne gönderme yaparak⁶¹⁴, yerel mahkeme kararını onamıştır.

Teminat mektubu metninde TBK m.128/f.2'nin uygulanabilmesi için, yukarıda izah edildiği şekilde bir ibarenin bulunmaması halinde, banka vadenin bitiminde sorumluluktan kurtulamayacaktır. Nitekim, Yüksek Mahkeme de vermiş olduğu bir kararında⁶¹⁵, TBK m.128/f.2 hükmünün uygulanabilmesi için, teminat mektubu metninde bu yönde bir açıklama bulunmasının şart olduğunu, aksi halde muhatabın, riskin vade tarihi içerisinde gerçekleştiğini ispat etmek şartı ile, 10 yıllık zaman aşımı süresi içerisinde bankadan ödeme talebinde bulunabileceğini hükme bağlamıştır.

Yukarıda arz edildiği üzere, banka, teminat mektubunda tayin edilen vadenin sonunda sorumluluğunun sona ermesini istiyorsa, bunu herhangi bir tereddüde mahal vermeyecek şekilde ve açıkça teminat mektubunun metnine yazmalıdır.

⁶¹⁴ Yarg.11.HD, 13.12.2011T, 2010/130 E., 2011/16894 K.(www.legalbank.net):"somut uyuşmazlıkta da davalı bankaca düzenlenen teminat mektuplarında, vade tarihine kadar tazmin talebinin ulaşmaması halinde teminat mektuplarının hükümsüz sayılacağına dair kaydın açıkça yer almış olmasına, bu durum karşısında davacı tarafından teminat mektuplarının vadesinden sonraki 25.07.2007 tarihli tazmin talebinin davalı bankaca yerine getirilmemesinde de bir usulsüzlüğün bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen tüm temyiz itirazlarının reddi ile kararın onanması gerekmiştir."

⁶¹⁵ Yarg.11.HD, 21.03.2012 T., 2010/13650 E., 2012/4358 K. (www.legalbank.net) "Dairemizin bozma ilamının konusunu oluşturan 8.400.000.000 TL'lik teminat mektubu her ne kadar süreli bir teminat mektubu ve bu süre dava tarihi itibarıyla dolmuş ise de, dava konusu teminat mektubunda Borçlar Kanunu 110/2(TBK m.128/f.II-BD) maddesinde öngörüldüğü şekilde tazmin talebinin geçerlilik süresi içerisinde yapılması gerektiği yolunda bir meşruhat bulunmadığından ve teminat mektubu muhatabı da tazmin koşulunun mektubun süresi içerisinde gerçekleştiğini kanıtlamak suretiyle zamanaşımı süresi içinde bankadan tazmin talebinde bulunabileceğinden, davacının, bankaya henüz iade edilmeyen mektup bedelinin deposunda hukuki yararı mevcut bulunmaktadır. Yerel mahkeme kararı, Dairemizce yukarıda açıklanan hususlar bakımından bozulmuş olduğu ve mahkemece de bozmaya uyulduğu halde, açıklanan hususlar nazara alınmadan 8.400.000.000 TL'lik mektupla ilgili talebin reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu nedenle davacı lehine bozulmasına karar vermek gerekmiştir."

3.Riskin Vadeden Sonra Gerçekleştiği Durumlarda Ödeme Talebi

Vadeli teminat mektupları ile ilgili olarak yukarıda yapılan açıklamalar ve örnek olarak verilen Yargıtay kararlarında dikkat edilmesi gereken husus, bankanın vade bitiminden sonra da teminat mektubundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için “*riskin vade içinde gerçekleşmesi*” gerektiğidir. Eğer risk, vade içerisinde gerçekleşmemiş ise, teminat mektubu metninde sorumluluğu süre ile sınırlayan bir ibare bulunup bulunmaması önem arz etmez, banka, riskin vade içinde gerçekleşmemesi halinde vadenin bitimi ile teminat mektubundan kaynaklanan sorumluluğundan kurtulmuş olur.

Yani;

- Eğer banka teminat mektubunda, TBK m.128/f.II’de belirtildiği şekilde, tayin edilen vadenin bitiminde banka sorumluluğunun sona ereceğini belirten bir açıklama yok ise ve risk vade içerisinde gerçekleşti ise, bu durumda muhatap, riskin vade içinde gerçekleştiğini ispatlamak suretiyle on yıllık zaman aşımı süresi içerisinde bankaya başvurup teminat mektubunun ödenmesini talep edebilecektir.
- Banka teminat mektubunun metninde, vadenin bitiminde teminat mektubunun hükümsüz olacağına ilişkin bir açıklama yok ve teminat mektubunda belirtilen risk de vadeden sonra gerçekleşmiş ise, bu durumda bankanın teminat mektubundan sorumlu tutulması söz konusu olamaz⁶¹⁶.
- Banka, TBK m.128/f.II’de belirtildiği şekilde, belli bir sürenin sonunda sorumluluğunun kalmayacağı şeklinde bir ibareyi teminat mektubuna koymuş ve teminat mektubu da muhatap tarafından kabul edilmiş ise, riskin tayin edilen vade içinde gerçekleşmemesi durumunda, banka, vadenin bitimi ile teminat mektubundan dolayı sorumlu olmayacaktır.

4.Süre Uzatımı Yapılmış Banka Teminat Mektuplarında Ödeme Talebi

Teminat mektubunun vadesi, ancak teminat mektubu sözleşmesine taraf olan muhatap ve banka arasında varılacak bir mutabakatla değiştirilebilir, temel ilişkinin tarafları olan muhatap ve lehtar kendi aralarında varacakları bir mutabakatla teminat

⁶¹⁶ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.96

mektubunun vadesini deęiřtiremezler⁶¹⁷. Garanti veren taraf olan banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiye yabancıdır, temel ilişkideki değişiklikler bankayı teminat mektubunun vadesinin uzatılması konusunda yeni bir risk değerlendirmesi yapmaya ve bu değerlendirme neticesinde teminat mektubunun vadesini uzatmamaya sevk edebilir. Diğer taraftan banka teminat mektubu, banka ile muhatap arasında akdedilen bir garanti sۆzleřmesi niteliğindedir, bu sۆzleřmede taraf olmayan lehtarın, taraf olmadığı bir sۆzleřmenin süresinin uzatılmasını sağlamasının mümkün olmadığı kanaatindeyiz.Uygulamada, garanti edilen işin henüz bitirilememiş olması durumunda, teminat mektuplarının vadelerinin, lehtarın da yazılı muvafakati alınmak suretiyle, uzatıldığı belirtilmiřtir⁶¹⁸. Banka teminat mektuplarında süre uzatımı konusunda dikkat edilmesi gereken husus, süre uzatımının da vade içinde yapılmak zorunda olmasıdır⁶¹⁹. Teminat mektubu metninde, muhataba teminat mektubunun süresinin uzatılmasını talep hakkının tanınmiş olması halinde, bundan rücu edilmesi mümkün deęildir⁶²⁰. Eğer muhataba teminat mektubunun süresinin uzatılmasını talep hakkı verilmiş ve muhatap da bu hakkını kullanmasına rağmen banka tarafından teminat mektubunun süresi uzatılmamış ise, vadenin geçmesi halinde dahi muhatabın teminat mektubunun ödenmesini isteme hakkının doğacağı, zira mektubun vadesi içinde muhatabın hakkını kullanarak mektubun süresinin uzatılmasını istemesinin, banka tarafından uzatma talebinin reddedilmesi halinde, ödeme talebi yerine geğeceği ifade edilmiřtir⁶²¹.Süresi içerisinde uzatılmayan bir teminat mektubu geğerliliğini yitirir, ancak banka süresi geğmiş bir teminat mektubunun süresini uzattığını beyan edebilir, geğmişe yönelik olarak garanti verilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁶²². Muhatap ve banka arasındaki anlaşmaya istinaden vadesi uzatılan bir teminat mektubu da, taraflar arasındaki mutabakat ile vadesi tayin edilmiş vadeli bir teminat mektubudur. Muhatabın, taraflar arasındaki mutabakatta belirtilen vade içerisinde ödeme talebinde bulunması gerekir.

⁶¹⁷ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.159

⁶¹⁸ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.159

⁶¹⁹ Kahyaöğlu, Banka Garantileri, s.81

⁶²⁰ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.159

⁶²¹ Reisoğlu, a.g.e., s.159

⁶²² Kahyaöğlu, Banka Garantileri, s.81

B.Vadesiz Teminat Mektuplarında Ödeme Talebinde Bulunma Süresi

Vadesiz teminat mektuplarında muhatap, garanti alacağının muaccel olduğu tarihten itibaren, TBK m.146'da belirtilen 10 yıllık zaman aşımı süresi içerisinde bankaya başvurarak ödeme talebinde bulunabilecektir⁶²³. Zamanaşımı süresinin, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı takdirde, teminat mektubu metninde belirtilen rizikonun gerçekleşmesi üzerine, muhatapın ödeme talebinde bulunmasına yönelik ihbarını yapabileceği andan itibaren işlemeye başlayacağı ifade edilmiştir⁶²⁴. Doktrinde bir kısım yazarlar ise, teminat mektuplarında bankanın ödeme borcunun, riskin gerçekleştiği anda muaccel hale geleceğini ve zaman aşımı süresinin de bu andan itibaren işlemeye başlayacağını kabul etmektedirler⁶²⁵.

C.Mücbir Sebep Nedeniyle Süresinde Ödeme Talebinde Bulunulamaması

Muhataap, bir mücbir sebebin ortaya çıkması nedeniyle süresinde ödeme talebinde bulunamamış olabilir. Mücbir sebep muhatap açısından ortaya çıkabileceği gibi muhatapın ödeme talebinde bulunacağı banka tarafında ortaya çıkan bir mücbir sebeple de ödeme talebinde bulunamaması söz konusu olabilir.

1.Bankayı Etkileyen Mücbir Sebepler

Muhataap, bankayı etkileyen mücbir sebeplerle ödeme talebinde bulunamıyor ise;

Vadesiz teminat mektuplarında, mücbir sebep teşkil eden olayın ortadan kalkmasından sonra ödeme talebinde bulunabilecektir, ancak her halükarda muhatapın teminat mektubundan kaynaklanan alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren işleyecek olan zaman aşımı süresi içerisinde ödeme talebinde bulunması gerektiği gözden kaçırılmamalıdır.

Vadeli teminat mektuplarında ise, mücbir sebebin bertaraf edilmesinden sonra, henüz vade dolmamış ise muhatap, vade süresinin sonuna kadar ödeme talebinde

⁶²³ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.128

⁶²⁴ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.128

⁶²⁵ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.446; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.388

bulunmalıdır, muhatabın mücbir sebep kalktıktan sonra vade içerisinde ödeme talebinde bulunmaması halinde, vadenin dolmasından sonraki bir tarihte bankaya başvurarak ödeme talebinde bulunması kabul edilmeyecektir⁶²⁶.

Vadeli teminat mektuplarında, TBK m.128/f.II gereği, vadenin sonunda teminat mektubunun hükümsüz olacağına ilişkin bir kayıt mevcut değil ise, riskin vade içinde gerçekleşmiş olduğunun muhatap tarafından ispatı koşulu ile, genel zaman aşımı süresi içerisinde muhatabın bankadan talepte bulunması mümkündür. Ancak, teminat mektubu metninde, vade sonuna kadar yazılı ödeme talebinde bulunulmaması halinde teminat mektubunun hükümsüz olacağına ilişkin kayıt mevcut ise, bu durumda muhatap, riskin vade içinde gerçekleşmesi koşulu ile, makul süre içerisinde ödeme talebinde bulunulabilecektir⁶²⁷.

2.Muhatabı Etkileyen Mücbir Sebepler

Muhatabı etkileyen mücbir sebeplerin ortaya çıkması halinde de muhatabın, mücbir sebebin bertaraf edilmesinden sonra, makul bir süre içerisinde bankaya başvurarak ödeme talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir⁶²⁸.

Görüldüğü üzere, banka tarafından ödeme talebine ilişkin olarak yapılacak incelemenin “süre” boyutu son derece büyük bir önem arz etmektedir. Bu nedenle, konu bütünlüğünün temini açısından uygun olacağını düşünerek, banka teminat mektuplarında zamanaşımı konusunu da bu başlık altında incelemenin uygun olacağını düşündük.

D.Banka Teminat Mektuplarında Zamanaşımı

Daha evvel de arz edildiği üzere, banka teminat mektupları belli bir vade ile sınırlı olarak ya da süresiz olarak verilebilirler⁶²⁹. Zaman aşımı kavramını da, banka teminat mektuplarının süreli olup olmadıklarına göre ayırarak inceleyeceğiz ancak bundan evvel her iki tür teminat mektubu açısından bir üst kavram olan “*zaman*

⁶²⁶ Doğan, Mücbir Sebepler, s.147

⁶²⁷ Doğan, a.g.e., s.149

⁶²⁸ Doğan, a.g.e., s.150

⁶²⁹ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.442

aşımı”na kısaca değineceğiz.

1.Zamanaşımı Kavramı

Zamanaşımı, borcu sona erdiren sebeplerden birisi olmayıp, borçluya alacaklıya karşı kullanabileceği bir def'i hakkı verir, “*belirli bir sürenin geçmesi ile alacaklının dava ve takip imkanını elinden alan bir def'i hakkıdır.*” şeklinde tanımlanmıştır⁶³⁰. Borçlu, zamanaşımı geçince alacaklıya karşı olan edimini ifadan kaçınabilecektir⁶³¹. Zamanaşımı, borçlu tarafça ileri sürülmesi gereken bir def'idir, TBK m.161'de açıkça düzenlendiği üzere, ileri sürülmedikçe, hakim tarafından kendiliğinden göz önüne alınamaz.

Zamanaşımı bahsinde değinilmesi gereken hususlardan bir tanesi de, garanti sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanan bir husustur. Buna göre, temel ilişkide lehtar açısından zamanaşımı kesildiğinde, muhatap ile garanti veren arasındaki garanti sözleşmesinde de garanti veren açısından zamanaşımı kesilmez, zira daha evvel arz edildiği üzere garanti sözleşmesinde garanti veren taraf, bağımsız bir borç yükümlülüğü altına girmektedir⁶³².

a.Vadeli Teminat Mektuplarında Zaman Aşımı Sorunu

Vadeli teminat mektuplarında zamanaşımını, teminat mektubunun metninde TBK m.128/f.II'deki ibarenin bulunup bulunmadığına göre ayırarak değerlendirmek gerekir, bu bölümde “*riskin vade içerisinde gerçekleşmiş olduğu*” ön kabulü ile inceleme yapılmaktadır. Riskin vade içinde gerçekleşmiş olmadığı durumlarda zaten bankanın ödeme yükümlülüğünün ortadan kalkacağı takdir edilecektir.

TBK m.128/f.II'deki ibareyi taşıyan banka teminat mektuplarında, Banka, teminat mektubu verirken belli bir sürenin sonunda sorumluluğunun da sona ermesini isteyebilir. Böyle bir durumda, vadeli teminat mektuplarında sürenin bitimine değin muhatap tarafından yazılı bir ödeme talebinde bulunulmaması halinde bankanın

⁶³⁰ Canbolat, a.g.e., s.192

⁶³¹ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.331

⁶³² Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.114

sorumluluğunun da sona ereceği açıkça belirtilmiş ise ve muhatap tarafından da vade içerisinde yazılı olarak usulüne uygun bir talepte bulunulmuşsa, bu durumda artık bir para borcu söz konusu olacağından muhatabın alacağı TBK m.146'da düzenlenen 10 yıllık genel zamanaşımı süresine tâbi olacaktır⁶³³. Muhatap, teminat mektubu metninde tayin edilen süre içerisinde yazılı olarak ödeme talebinde bulunmayacak olursa, bankanın sorumluluğu son bulacaktır⁶³⁴.

TBK m.128/f.II'deki ibareyi taşımayan banka teminat mektuplarında, ödeme talebinin vade içinde yapılıp yapılmadığına bakılmaksızın, riskin vade içerisinde gerçekleşmesi şartı ile, bankanın sorumluluğu TBK m.146'da düzenlenen genel zamanaşımı süresi olan 10 yıl boyunca devam edecektir⁶³⁵. Burada önemli olan riskin vade içerisinde gerçekleşmiş olmasıdır ve bu husus muhatap tarafından ispat edilecektir⁶³⁶.

b.Vadesiz (Süresiz) Teminat Mektuplarında Zamanaşımı

Vadesiz teminat mektuplarında ödeme talebi, talebin yapılabileceği andan itibaren TBK m.146'da düzenlenen on yıllık zaman aşımına tabi olacaktır. Zaman aşımı süresi, garanti alacağının muaccel olması ile başlar. Muacceliyet tarihi de teminat mektubunda garanti altına alınan riskin gerçekleştiği tarihtir⁶³⁷. Bu tür teminat mektuplarında banka, zaman aşımı süresinin dolmasına rağmen muhatap tarafından yapılan ödeme talebini, zaman aşımı defini ileri sürerek reddetmek durumundadır⁶³⁸. Vadesiz teminat mektuplarında, banka açısından dikkat edilmesi gereken hususlardan bir tanesi de şudur; Muhatap, lehtara karşı zaman aşımının kesilmesine sebep olan halleri bankaya karşı da ileri süremeyecek, lehtara karşı zaman aşımının kesilmesi halinde dahi banka

⁶³³Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.444; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.387

⁶³⁴ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.387

⁶³⁵ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.445

⁶³⁶ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.387

⁶³⁷ Kahyaoglu, Banka Garantileri, s.178; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.446; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.388; farklı görüşte : Akyazan, Sıtkı, Teminat Mektuplarında Zamanaşımı, Batider, 1975, C:VIII, S.1, s: 12 ."*...Teminat mektuplarında ecel meşrut olmadığı gibi işin mahiyetinden de borcun her an istenebileceği anlamı çıkmaktadır. Bu an, mektup tarihinden başladığına göre muacceliyet tarihi, teminat mektubunun tarihidir.*"

⁶³⁸ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.128

açısından zaman aşımı süresi işlemeye devam edecektir⁶³⁹.

IV.ÖDEME TALEBİNİN YER BAKIMINDAN İNCELENMESİ

TBK m.89, “İfa Yeri” başlığını taşımakta olup, borçların ifa edileceği yeri, emredici kurallar olarak değil, tamamlayıcı hukuk kuralları olarak tespit etmektedir⁶⁴⁰. Kural olarak alacaklı, ifa yerinden başka bir yerdeki ifa teklifini kabul etmek zorunda değildir⁶⁴¹. Ancak alacaklı başka bir yerde arz edilen ifayı kabul de edebilir ve bu şekilde de borç sona erer⁶⁴². Borcun ifa yeri ile ilgili genel düzenleme TBK m.89’da yer almakla birlikte, bahsi geçen madde emredici nitelikte olmadığından, taraflar ifa yeri olarak yasa da belirtilenden farklı bir yeri de, sözleşme ile tespit edebileceklerdir.

Banka teminat mektupları, banka ile muhatap arasında imzalanan garanti sözleşmesinin metinleri olarak kabul edildiğinden, gerek teminat mektubunun ibraz edilerek ödeme talebinin yapılacağı yer ve gerekse bankanın teminat mektubundan kaynaklanan ödeme borcunu ifa edeceği yer taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir.

A.İbrazın Yapılacağı Yer

Muhatabın ödeme talebi, varması gerekli bir irade beyanı olduğundan, bu beyanın garanti veren bankaya karşı yapılması gerektiği tartışmasızdır⁶⁴³. Ancak uygulamada, birden fazla şubesi olan bir banka tarafından verilmiş bir teminat mektubunun nereye ibraz edilmesi gerektiği hususunda tartışma yaşanmaktadır. Bir kısım yazarlar, banka teminat mektubu ancak bu teminat mektubunu veren şubeye ibraz edilerek ödeme talep edilebileceğini savunurken⁶⁴⁴, bir kısım yazarlar da bir bankanın tüm şubeleriyle bir tüzel kişi oluşturduğundan bahisle, bir bankanın herhangi bir şubesinden, diğer tüm şubelerin yerine getirilmesi koşulu ile, ödeme talebinde bulunulmasının mümkün olduğunu, bunun tek sınırının ise teminat mektubunda açıkça, yalnızca mektubu veren şubeden ödeme isteminde bulunulabileceğinin mektup

⁶³⁹ Reisoğlu, a.g.e., s.390

⁶⁴⁰ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.234

⁶⁴¹ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.330

⁶⁴² Oğuzman/Öz, a.g.e., s.331

⁶⁴³ Aral, Armağan, s.186

⁶⁴⁴ Barlas, s.64; Aral, a.g.m., s.186; Develioğlu, Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, s.390; Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.361

metninde bulunması olduğunu iddia etmektedirler⁶⁴⁵. İbrahim'in yapılacağı yer konusu, ödeme talebinin banka tarafından kabul edilip edilmemesi bakımından önem arz etmektedir. Banka teminat mektubunun muhatap tarafından, bu teminat mektubunu veren şubeye ya da bir başka şubeye ibrazı hususunu incelemeye geçmeden evvel, bu incelemede büyük önem arz edecek olan “Şube” kavramına değinmekte fayda vardır.

1.Şube Kavramı

Ticaret Kanunu'nda, şube olarak nitelendirilmeye bağlanan pek çok sonuç olmasına rağmen, şube kavramı ile ilgili bir tanım bulunmamaktadır⁶⁴⁶. Bununla birlikte, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu, Ticaret Sicili Yönetmeliği ve Bankacılık Kanunu'nda şube ile ilgili tanımlama mevcuttur. Konumuz ile doğrudan ilgili olan, Bankacılık Kanunu m.3'de yer alan düzenlemeye göre şube;

“Elektronik işlem cihazlarından ibaret birimleri hariç olmak üzere, bankaların bağımlı bir parçasını oluşturan ve bu kuruluşların faaliyetlerinin tamamını veya bir kısmını kendi başına yapan, sabit ya da seyyar bürolar gibi her türlü işyerini”

ifade etmektedir. Bu tanımlamaya göre, şubenin unsurları;

- iç ilişkide merkeze bağımlı olma,
- dış ilişkide bağımsızlık,
- mekan ve yönetim ayrılığı,

şeklinde sayılabilir.

Bir yerin şube sayılabilmesi için, o yerin mutlaka merkez tarafından yapılan her türlü işlemi kendi başına yapma yetkisine sahip olması gerekmez. Ticari işletmenin faaliyet alanına göre asli nitelik arz eden işlemlerin yapılmasını yeterli saymak gerekir⁶⁴⁷. Bir yerin Şube olarak nitelendirilmesine bağlanan hukuki sonuçlar şunlardır;

⁶⁴⁵ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.232

⁶⁴⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan: Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, XII Levha Yayınları, İstanbul 2015, s.170; Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, 20. Bası, BATİDER, Ankara 2015, s.35

⁶⁴⁷ Arkan, a.g.e., s.38

- ticaret siciline tescil ve ilgili odalara kayıt ettirilme,
- merkezin ticaret ünvanının kullanılması,
- temsil yetkisinin şube işleriyle sınırlanabilmesi,
- işletmeyi konu alan sözleşmelerin kapsamına girmesi,
- çekin başka şubeye cirosunun makbuz sayılmaması,

Şube tanımı ve şube sayılmaya bağlanan hukuki sonuçlar kısaca bunlar olup, muhatap tarafından, ödeme istemiyle ibrazın teminat mektubunu veren şubeye mi yoksa başka bir şubeye mi yapılacağı da hukuksal ihtilaf yaratabilecek bir konudur.

2.Teminat Mektubunu Veren Şubeye İbraz

Muhatap, elindeki banka teminat mektubunu, bu teminat mektubunu hazırlayarak kendisine gönderen şubeye ibraz edebilir. Yukarıda değinildiği üzere, doktrinde bir kısım yazarlar, teminat mektubunun ancak teminat mektubunu hazırlayan şubeye yapılabileceği görüşündedirler. Muhatapça banka teminat mektubundan kaynaklanan alacak nedeniyle ödeme talebi, mektup meblağının tamamı ya da bir kısmı için, mektubun düzenlendiği şubeye yazılı başvuru ile gerçekleştirilmelidir⁶⁴⁸.

Teminat mektubunun, bu teminat mektubunu hazırlayan şubeye ibrazı hususunu, farklı ihtimallere göre değerlendirmek gerekir. Buna göre;

Teminat mektubu metninde, ödeme talebinin yapılacağı yer ile ilgili olarak açık bir hüküm varsa;

Bu açık hükme göre, teminat mektubunda belirtilen şubeden ödeme talebinde bulunulması gerekecek⁶⁴⁹, muhatapın bankanın teminat mektubu metninde belirtilenden başka bir şubesine başvurarak ödeme talebinde bulunması halinde, kendisine başvuru yapılan (teminat mektubunda belirtilen şube dışındaki) şube bu talebi reddedebilecektir.

Teminat mektubu metninde, ödeme talebinin yapılacağı yer ile ilgili olarak açık bir hüküm yok ancak garantinin düzenlendiği yere ilişkin bir hüküm varsa;

⁶⁴⁸ Barlas, Nami, Makalelerim, C:I, İstanbul, 2008, s.39

⁶⁴⁹ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.125; Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.147

Bu durumda bu hükmün, ödeme yerine ilişkin zımni bir belirleme olarak değerlendirilmesi ve ödeme talebinin garantinin düzenlendiği şubeye yöneltilmesi gerekir⁶⁵⁰.

3.Teminat Mektubunu Veren Şubeden Başka Bir Şubeye İbraz

Muhatap, banka teminat mektubunu, bu mektubu hazırlayan şubeye değil de bankanın başka bir şubesine ibraz etmek isteyebilir. Bu durumda da, ödeme yerinin tespiti ile ilgili olarak müracaat edilmesi gereken başlıca kaynak, yukarıda belirtildiği üzere, taraflar arasındaki garanti sözleşmesinin metnini teşkil eden banka teminat mektubu olmalıdır.

Banka teminat mektubu metninde ödeme talebinin yapılacağı yer konusunda açık bir hüküm yok, garantinin verildiği yer de belli değil ise, teminat mektubunu hazırlayan bankanın bilinçli bir vazgeçmesinin söz konusu olduğu ve muhatabın bankanın istediği şubesine giderek ödeme talebinde bulunabileceği kabul edilmiştir⁶⁵¹.

Muhatabın, bankanın başka bir şubesine başvuruda bulunması durumunda, başvuru şubenin ödeme yapmak istemesi halinde bu ödemeyi yapabileceği ancak bankanın teminat mektubunu düzenleyen şubesi dışındaki başka bir şubesini ödeme için zorlama imkanının olmadığı, diğer şubelerin ödeme yapmasının tamamen ihtiyari bir durum olduğu, bu şubenin “başvurunun, ifa yeri durumundaki, banka teminat mektubunu düzenleyen yerdeki şubeye yapılması gerektiği” gerekçesiyle ödeme talebini reddedebileceği belirtilmiştir⁶⁵².

Eğer sözleşme ile bir belirleme ya da aksi yönde bir düzenleme yok ise ve garantinin verildiği yer de belli değil ise, bankanın tüm şubeleri ile bir tüzel kişilik oluşturması sebebiyle, bankanın herhangi bir şubesine başvurularak ödeme talep edilebileceği yönündeki görüşe⁶⁵³ katılıyoruz. Bu hususta, bankanın ödemediği sonra rücu edeceği lehtarla herhangi bir hukuki ihtilaf yaşamaması açısından, alınacak

⁶⁵⁰ Canbolat, a.g.e., s.126

⁶⁵¹ Canbolat, s.126

⁶⁵² Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.64

⁶⁵³ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.262

kontrgarantilerde “*muhatabın yazılı tazmin talebini bankanın herhangi bir şubesine yapabileceği*” hükmüne yer verilmesine de dikkat edilmesi uygun olacaktır⁶⁵⁴.

V. ÖDEME TALEP EDİLEN TEMİNAT MEKTUBU TİPİNE GÖRE İNCELEME

A.Avans Teminat Mektuplarının Ödenmesi Talebi

Avans teminat mektupları, temel sözleşmede üstlenilmiş olan yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilebilmesi için, iş sahibinin yükleniciye yapmış olduğu ekonomik desteğin güvence altına alınmasını sağlayan teminat mektupları olarak tanımlanmaktadır.⁶⁵⁵ Avans teminat mektupları açısından önemli olan husus, avans teminat mektubunun avans dışında lehdarın diğer taahhütlerini yerine getirmemesi nedeniyle paraya çevrilmesinin talep edilememesidir⁶⁵⁶. Yargıtay da avans teminat mektupları ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararda⁶⁵⁷, avans borcunun olup olmadığını araştırmadan hüküm tesis eden yerel mahkeme kararını bozmuştur. Bir başka kararında da Yargıtay, avans teminat mektubunun veriliş amacından farklı gerekçelerle paraya çevrilmesinin mümkün olmadığına hükmederek yerel mahkeme kararını bozmuştur⁶⁵⁸.

⁶⁵⁴ Reisoğlu, a.g.e., s.263

⁶⁵⁵ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.88

⁶⁵⁶ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.278

⁶⁵⁷ Yarg.15.HD, 21.06.2012 T., 2011/2901 E., 2012/4661 K.:" *Avans teminat mektubunun nakite çevrilebilmesi için de lehine teminat mektubu verilenin avans borcunun bulunması gerekir. Sözleşmedeki edimin ifasına yönelik verilen kesin teminat mektubu sözleşmenin amacına uygun ifa edilmesine göre serbest bırakılır. Eldeki davada her iki mektup nedeniyle davalının haksız el atmasının önlenmesi istenmiş ise de, öncelikle avans teminat mektubunun paraya çevrilebilmesi için verilen avans nedeniyle borcu bulunduğu kanıtlanmalıdır. Yine sözleşmesinin feshinde haklı olunması durumunda ise sözleşmedeki koşullara göre teminat mektubuna elatılabilir.Taşeronun bakiye alacağı bulunduğu sabit olduğu taktirde avans mektubun sözleşmenin feshinin haklı olup olmadığına göre de kesin teminat mektubunun durumu etkileneceğinden, eldeki bu davanın görülmesi, açılan dava sonuçlarına bağlıdır. O halde mahkemece yapılması gereken iş; taraflar arasında görülmekte olan dava sonuçlarını beklemek, BIAT .. SRL'nin avans borcu olup olmadığı ve sözleşmenin feshinde tarafların kusurunun saptanmasına göre, avans borcu varsa bunun mahsubuyla avans teminat mektubunun bakiyesinin iadesine, fesihte kusur durumuna göre kesin teminat mektubunun serbest bırakılıp bırakılmayacağına karar verilmesinden ibarettir. Bu hususlar üzerinde durulmadan eksik incelemeyle verilen karar bozulmalıdır.*"

⁶⁵⁸ Yarg. 15.HD, 02.04.2012 T., 2011/4855 E., 2012/2168 K.:" *Teminat mektupları, kural olarak hangi amaçla verilmiş ise verilme sebebinin gerçekleşmesi halinde irat kaydedilebilir. Dava konusu olayda 230.000,00 USD'lik teminat mektubunu davacıya verilecek avansın teminatı olarak kullanılacağı, teminat mektubunda yazılmıştır. Sözleşmede aksine bir hüküm bulunmadığından avans*

Yargıtay kararının gerekçesinde de açıkça belirtildiği üzere, avans teminat mektubunun paraya çevrilmesi ancak lehtarın avans borcunun bulunması halinde söz konusu olabilir, kesin teminat mektubu ile garanti edilmiş risk için avans teminat mektubunun paraya çevrilmesini istemek mümkün değildir.

B.Geçici Teminat Mektuplarının Ödenmesi Talebi

Geçici teminat mektupları, “*ihaleye katılma isteğinde olan lehtar lehine, ihaleyi düzenleyen makama hitaben, işin tahmin edilen bedelinin belli bir oranı ile ifade edilen geçici teminat akçesi miktarında sorumluluk üstlendiğini beyan ve lehtarın şartname hükümlerine uymayarak, ihale üzerine kaldığında belirli süre içinde kesin teminatı yatırmaması veya sözleşmeyi gerekli usulde, aynı süre içinde yapmaması halinde belirli bir meblağı derhal ödeyeceğini taahhüt etmesi esasına dayanan teminat mektubu türü*” olarak tanımlanmaktadır⁶⁵⁹. Geçici teminat mektuplarında amaç, lehtarın ihale üzerine kaldığı takdirde kesin teminat mektubunu vereceği ve sözleşmeyi imzalayacağını garanti edilmesidir. Buradaki ihaleden kasıt sadece kamu tarafından yapılan ihaleler değildir, geçici teminat mektupları hem resmi makamlar ve hem de özel kişiler tarafından açılan ihaleler için söz konusu olmaktadır⁶⁶⁰.

Muhatap, geçici teminat mektubunu;

- ihale üzerine kalan lehtar tarafından kesin teminat mektubunun getirilmemesi,
ya da

- Lehtar tarafından kesin teminat mektubunun getirilmiş olmasına rağmen lehtarın sözleşmeyi imzalamaması,

- veyahut da bu iki halin birlikte gerçekleşmesi,

hallerinin gerçekleşmesi durumunda paraya çevirebilecektir.

teminat mektubunun kesin teminat mektubunun verilme amacı doğrultusunda kullanılması mümkün değildir. Davalılar cevaplarında davacıdan alınan teminat mektubunun kendisine verilen avansın teminatı amacıyla düzenlendiğini savduklarına göre mahkemece bilirkişiden rapor alınarak, davacıya verilen avans tutarı amacına uygun şekilde kullanılıp kullanılmadığı ve davalıya ödenmesi gereken avans tutarı varsa saptanmalı ve sonucuna göre iş sahibine iade edilecek avans miktarınca davanın reddine, kullanılan miktar bakımından davanın kabulüne karar verilmelidir. Mahkemece bu hususlar üzerinde durulmadan eksik inceleme ve yanlış değerlendirmeyle davanın kabulü doğru olmamış, kararın bozulması uygun görülmüştür.”

⁶⁵⁹ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.13

⁶⁶⁰ Reisoglu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.268

Geçici teminat mektubu ile ilgili olarak bankanın yapacağı incelemede dikkat edilmesi gereken husus, geçici teminat mektubunun kesin teminat mektubuna dönüştürülmemesi halinde, sözleşmenin yapılmasından sonraki aşamada doğacak riskler sebebiyle, geçici teminat mektubunun güvence fonksiyonu olmadığından, ödenmesinin de talep edilemeyeceğidir⁶⁶¹.

C.Kesin Teminat Mektuplarının Ödenmesi Talebi

Kesin teminat mektupları, teminat mektubu muhatabına, lehtarın asıl sözleşmede yer alan edimini süresi içinde ve gereği gibi ifa etmemesi rizikosuna karşı güvence sağlama amacını gütmektedir⁶⁶². Devlet İhale Kanunu ve Kamu İhale Kanunu'ndaki düzenlemeye göre, kesin teminat mektubu, ihale bedeli üzerinden hesaplanacak %6 üzerinden alınmaktadır.

Kamu idarelerinin yapmış oldukları ihaleler ile ilgili olarak verilen kesin teminat mektupları, bir teminat mektubunun hangi risk için verilmiş ise ancak o riskin gerçekleşmesi halinde paraya çevrilebileceği kuralının bir istisnasını teşkil etmektedir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun "**Prim ve idari para cezası borçlarının hakedişlerden mahsubu, ödenmesi ve ilişiksizlik belgesinin aranması**" başlıklı 90. Maddesinin 2. Fıkrasına göre,

İşverenlerin hakedişleri, Kuruma idari para cezası, prim ve prime ilişkin borçlarının olmaması kaydıyla ödenir. Kesin teminatları ise ihale konusu işle ilgili olarak Kuruma borçlarının bulunmadığının tespit edilmesinden sonra iade edilir.

düzenlemesini içermektedir. Bu tür durumlarda, bankanın teminat mektubundan kaynaklanan sorumluluğu, teminat mektubu metninde garanti altına alınan riskin dışında, garanti sözleşmesinin kurulması sırasında taraflarca öngörülmeleyen bir riski de içine alacak şekilde, kanundan dolayı genişlemektedir⁶⁶³.

Yargıtay, prim borçlarına istinaden kesin teminat mektubunun paraya çevrilmesi isteminin banka tarafından reddedilmesi üzerine önüne gelen bir olay ile ilgili olarak vermiş olduğu bir kararında⁶⁶⁴, dipnottaki gerekçe ile yerel mahkeme kararını

⁶⁶¹ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.85

⁶⁶² Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.92

⁶⁶³ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.67

⁶⁶⁴ Yarg.11.HD, 2013/16915 E., 2014/13017 K.:" ".....Davacı SGK ile dava dışı E... Doğa sağlık

bozmuştur.

Konu ile ilgili olarak Yargıtay Genel Kurulu tarafından yapılan inceleme neticesinde verilen bir kararda⁶⁶⁵; yerel mahkemenin direnme kararını, özel dairenin bozma kararına uygun olarak bozmuştur.

Hizmetleri Ltd. Şti. arasında yapılan 17.6.2006 tarihli "Sağlık Hizmetleri Sözleşmesi" nin 4.27. maddesinin son cümlesi "Teminatla ilgili diğer hususlarda SSK Alım-Satım İşlemleri Yönetmeliği hükümleri uygulanır." hükmünü taşımaktadır. Sözleşmedeki bu hüküm nedeniyle, anılan Yönetmelik hükümleri sözleşmenin eki haline gelmiştir. Sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan ve sözleşmenin eki niteliğine bürünen SSK Alım-Satım İşlemleri Yönetmeliğinin kapsam başlıklı 1. maddesi "Sosyal Sigortalar Kurumu Başkanlığınca yapılacak gayrimenkul dışında her türlü satınalma, satış, imal ve finansal kiralama, sigorta hizmet ve hakların alımı veya satımı, inşaat işleri dışında kalan revizyon, yenileme, bakım, tamir ve nakliye gibi işlerle satın alınacak veya tamir edilecek her türlü malın muayenesi, satın alma, muayene ve tesellüm komisyonlarının kuruluşu, işleyişi, üyelerin görev ve sorumlulukları bu Yönetmelikte yazılı hükümlere göre yürütülür." hükmünü taşımakta olup, aynı yönetmeliğin kesin teminatın geri verilmesi başlıklı 62. maddesi "Taahhüdün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği anlaşıldıktan sonra, müteahhidin bu işten dolayı Kuruma borçlu olmadığına tespiti ve 506 Sayılı Kanun'un 83. maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelikteki şartların gerçekleşmesi halinde, kesin teminat müteahhide geri verilir." hükmüne amirdir. Bu düzenlemelere göre, dava dışı şirketle davacı SGK arasında yapılan sözleşmeye bağlı olarak gösterilen teminatlar, anılan yönetmelik hükümlerinin artık sözleşmenin eki olduğu hususu nazara alındığında, dava dışı şirketin davacı SGK 'ya olan sigorta prim borçlarını da kapsar." Sözleşme hükümlerinin kesin teminat mektuplarını veren davalı bankayı bağlayıp bağlamayacağı hususuna gelince; dosya içerisinde bulunan 19.6.2006 tarihli, muhtelif tutarlı kesin teminat mektuplarında, bu mektupların İdare (davacı SGK) ile dava dışı Ereğli Doğa Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti. arasında yapılan hizmet alımı sözleşmesine dayalı olarak verildiği görülmekte olup, bu sebeple sözleşme hükümleri kesin teminat mektubunu düzenleyen davalı bankayı da bağlar. Açıklanan nedenlerle, davalı bankaca düzenlenen kesin teminat mektuplarının dava dışı şirketçe SGK'ya ödenmeyen prim borçlarını da kapsadığı nazara alınarak, 25.11.2009 tarihli bilirkişi raporunda belirlenen miktar da göz önünde tutularak davanın kısmen kabulüne karar vermek gerekirken, salt dava dışı E... Doğa Sağlık Hizmetler Ltd. Şti ile davacı kurum arasındaki sözleşmenin bir ihaleye dayalı olarak yapılmamış olması gerekçesine dayanılmak suretiyle eksik inceleme neticesinde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple davacı vekilinin temyiz itirazının kabulüyle hükmün davacı yararına BOZULMASINA karar vermek gerekmiştir.

⁶⁶⁵ Yarg.HGK, 23.02.200 T., 2000/11-121 E., 2000/139 K. (Kararın tam metni için bkz. www.legalbank.net):"dava konusu uyuşmazlıkta sağlıklı bir sonuca varılabilmesi için öncelikle açıklığa kavuşturulması gerekli husus, bu teminat mektuplarının kati teminat mektubunu yoksa avans teminat mektubu mu 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 Şener A.Ş.nin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğini belirten ve ödeme talep eden açıkça imzalanmış yazı alınca gayri kabili rücu olarak tazmin edileceği" ve 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 mektubu 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."

Banka, yapmış olduğu inceleme neticesinde, muhatabın ödeme talebine istinaden ödeme yapmaya karar verebileceği gibi, muhtelif sebeplerle ödeme yapmaktan imtina da edebilir. Ancak banka, muhatap tarafından yapılan ödeme talebine karşı keyfi şekilde bir ödememe kararı veremez, bu hem piyasadaki itibarı aşıısından bankanın kaçınmak isteyeceği bir durumdur hem de bankanın keyfi bir ödememe kararından zarar gören taraf, konuyu yargıya intikal ettirdiğinde bankanın zararı tazmin yükümlülüğü doğabilecektir. Bu nedenlerle, eğer banka ödeme yapmaktan imtina etmek istiyor ise, bunun yasal ve hukuka uygun bir gerekçesinin mevcut olması gerekir. Muhatabın ödeme talebi üzerine, banka tarafından verilebilecek olumlu ve olumsuz kararlar, olumsuz kararların müstenidi olabilecek def'i ve itirazlar ile banka tarafından verilecek kararlara karşı tarafların başvurabilecekleri yollar bu bölümde incelenecektir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

MUHATABIN ÖDEME TALEBİNİ İNCELEYEN BANKANIN VEREBİLECEĞİ KARARLAR

Banka, muhatabın ödeme talebi üzerine yapacağı inceleme neticesinde, muhataba ödeme yapmaya karar verebileceği gibi, muhtelif sebeplerle muhatabın yapacağı ödeme talebini reddedebilir. Bu sebepler, bankanın kendisinden kaynaklanan (hata, hile, vb.) kişisel sebepler olabilir, zaman aşımı ya da şartın yerine gelmemesi gibi teminat mektubunun metninden anlaşılabilen diğer sebepler de olabilir.

Bankanın vereceği ödeme kararı neticesinde, ödeme yapılmasına mani olmak isteyen lehtar açısından müracaat edilebilecek tek yol Mahkemeden bir ihtiyati tedbir kararı alarak ödemedden evvel bankaya tebliğ ettirmektir. Eğer banka, muhatap tarafından yapılan ödeme talebinin haksız bir ödeme talebi olduğuna karar verir ve ödeme yapmaktan imtina edecek olursa bu durumda da muhatap, banka aleyhine dava açmak ya da icra takibine geçmek yollarından birisini tercih ederek yasal girişimlerde bulunabilecektir.

Banka tarafından verilecek kararlar kapsamında, önce bankanın ödeme kararı vermesi halinde ödemenin kapsamının ne olacağı ve kısaca ödeme yeri kavramı ile, ödeme talebinin haksız olduğunu düşünen lehtar tarafından başvurulabilecek geçici hukuki himaye tedbirlerinden olan “ihtiyati tedbir” kavramını ve daha sonra, ödeme talebinin reddi kararını vermesi halinde, bu karara müstenit olacak ve banka tarafından ileri sürülebilecek defî ve itirazlar ile, ödeme talebinin reddi kararının haklı gerekçelere dayanmadığı kanaatinde olan muhatabın müracaat edebileceği icra takibi ve dava yollarını inceleyeceğiz.

I.BANKANIN ÖDEME KARARI VERMESİ

Teminat mektubu sözleşmelerinde metne sıkı sıkıya bağlılık ilkesi geçerlidir⁶⁶⁶. Bu nedenle de muhatabın ödeme talebi, teminat mektubunda öngörülen belgelerin eklenmesi suretiyle, teminat mektubunda bir süre tayin edilmişse bu süre içerisinde ve

⁶⁶⁶ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.368

teminat mektubunda öngörülen şekilde yapılmış olması halinde, özellikle ilk talepte ödeme kaydını içeren banka teminat mektuplarında bankanın inceleme yapabileceği hususlar şekli ve son derece sınırlı olduğundan⁶⁶⁷, banka tarafından olumlu yanıtlanacak ve ödeme yapılmasına karar verilebilecektir. Muhatap tarafından yapılan ödeme talebinin usulüne uygun olduğu ve aşağıda belirtilen defi ve itirazlardan hiçbirisinin ileri sürülmesinin gerekli olmadığı görüşünde olan bankanın ödeme kararı vermesi halinde, bankanın ödeme yükümlülüğünün kapsamının ne olacağını incelemek gerekir.

A.Ödemenin Kapsamı

Banka tarafından muhataba yapılacak olan ödemenin kapsamı;

- Teminat mektubunda ödeneceği garanti edilmiş olan meblağ,
- Akdî faiz,
- Temerrüt faizi,

kalemlerinden oluşmaktadır. Bu kalemlerden hangisinin ya da hangilerinin ödeneceği konusunda tarafların kararlaştırma yapmaları mümkündür.

1.Ana Para

Banka, teminat mektubunda yazan riskin gerçekleşmesi halinde muhatabın talebi üzerine öncelikle teminat mektubunda yazan meblağı ödemekle yükümlüdür. Garanti veren taraf olan bankanın borcu niteliği itibariyle bir tazminat borcu değil, taahhüt eden ile alacaklı arasındaki hukuki işlemde doğan aslî borçtur⁶⁶⁸. Ancak muhatap, teminat mektubunda yazılı tutara kadar ödeme talep edebilecek ise de, temel ilişkiden dolayı aslında talep etmesi gereken miktar daha düşük ise fazla talep ettiği miktarı, sözleşmeye aykırılık ya da sebepsiz zenginleşme hükümlerine istinaden, iade etmek zorunda kalabilir⁶⁶⁹.

Muhatap, banka tarafından yapılacak kısmî ödemeyi kabul etmek zorunda değildir, TBK m.84'e göre, borcun tamamı belli ve muaccel ise alacaklı, kısmî ifayı

⁶⁶⁷ Kahyaoğlu, Banka Garantileri, s.124; Arkan, Hukuki Durum, s.68

⁶⁶⁸ Hatemi/Gökyayla Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.306

⁶⁶⁹ Güler, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, s.112

reddedebilir. Ancak muhatap tarafından kısmî ifa talebinde bulunulmuş ise, banka muhatabın talebine uygun şekilde ödeme yapar, kalan kısım üzerinde bankanın sorumluluğu devam edecektir⁶⁷⁰.

2.Faiz

Faiz, bir miktar parayı ödemekle yükümlü olan borçlunun, bir hukukî işlemle ya da kanun hükmü gereğince, alacaklının bu paradan yoksun kalmasının karşılığı olarak ödediği para olarak tanımlanmaktadır⁶⁷¹. Bir başka tanıma göre ise faiz, iktisadi açıdan paranın getirisi, hukuki açıdan ise belirli bir meblağ paranın alacaklısının bundan kendi iradesiyle veya iradesi dışında belli bir süre yoksun kalması karşılığında, taraflarca ve/veya kanunla belirlenen yüzdeler ölçüsünde alacaklıya sağlanan medeni bir semere, tahsili için zararın ve kusurun varlığı şart olmayan bir tür tazminattır⁶⁷². Adi işlerde faiz alacağı ancak sözleşme ile kararlaştırılmışsa söz konusu olur, ticari işlerde ise faiz ödeneceği kararlaştırılmamış olsa dahi, TBK m.387 gereği, faiz istenmesi mümkündür⁶⁷³. Bu nedenle bir işin adi veya ticari iş olarak nitelendirilmesi, bu işe hangi hükümlerin uygulanacağını tespiti açısından büyük önem taşımaktadır⁶⁷⁴. TTK m.3'e göre banka teminat mektubu bir ticari iş niteliğindedir.

3.Temerrüt Faizi

Temerrüt faizi, para borcunu zamanında ödemeyerek temerrüde düşen borçlu tarafından ödenmesi gereken faizdir⁶⁷⁵. Temerrüt faizi, temerrüt tarihinden, yani temerrüt halinin doğumu için ihtar gerek varsa ihtarın alacaklıya ulaştığı, ihtar gerek olmayan hallerde ise vadenin bittiği tarihten itibaren işlemeye başlar⁶⁷⁶. TBK m.152'ye göre, temerrüt faizi, asıl alacağın zamanaşımı süresine tabidir. Banka, borcun muaccel

⁶⁷⁰ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.173; Güler, a.g.e., s.112

⁶⁷¹ Hatemi/Gökyayla, Borçları Hukuku Genel Bölüm, s.225

⁶⁷² Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, Ticari İşletme Hukuku, s.73

⁶⁷³ Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s.229

⁶⁷⁴ Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, s.63

⁶⁷⁵ Arkan, Sabih, Ticari İşletme Hukuku, s.72

⁶⁷⁶ Ülgen/Helvacı/Kendigelen/Kaya/Ertan, Ticari İşletme Hukuku, s.75

olması ve muhatabın ihtarda bulunması üzerine, bankanın ödeme yapmamasını gerektirecek bir hukuki sebebin de mevcut olmaması kaydıyla⁶⁷⁷, temerrüde düşecektir.

Adi işlerde temerrüt faizi, akdî temerrüt faizi ve kanuni temerrüt faizi olarak ikiye ayrılır. TBK m.120'ye göre temerrüt faizi oranı, “...sözleşmede kararlaştırılmamışsa, faiz borcunun doğduğu tarihte yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre belirlenir.” Taraflar, temerrüt halinde ödenecek olan faiz miktarını sözleşmede serbestçe belirleyebilirler⁶⁷⁸. Böyle bir belirleme söz konusu ise, sözleşmede tayin edilen oran üzerinden temerrüt faizi talep edilebilir ancak böyle bir belirleme yoksa 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine İlişkin Kanun'un 2/2. Maddesine göre temerrüt faizi ödenmesi şarttır.

B.Ödeme Yeri

Borçlanılan edimin yerine getirilmesi gereken yere “*ifa yeri*” denir⁶⁷⁹.Muhatap tarafından yapılacak ödeme talebi üzerine, talebe istinaden ödenecek bedelin nerede ödeneceği taraflarca kararlaştırılabilir ve bu kararlaştırmada tespit edilen yer teminat mektubu sözleşmesi metnine de yazılabilir. TBK m.89'da, ifanın nerede yapılacağı hususu düzenlenmiş olup, madde metnindeki düzenlemenin emredici kurallar ile değil, tamamlayıcı nitelikte olduğu belirtilmiştir⁶⁸⁰. Bu itibarla, ödeme yeri ile ilgili olarak öncelikle taraflar arasında bir kararlaştırma olup olmadığını tespit etmek için garanti sözleşmesinin metnine bakılmalıdır. Eğer orada bir belirleme söz konusu değil ise, yasa metnindeki tamamlayıcı kurallara göre ödeme yeri belirlenecektir.

Banka teminat mektuplarında, ödeme yerinin genellikle teminat mektubu metninde belirtilmediği ve ödeme yerinin, mektubu düzenleyen ve veren banka şubesi olarak taraflarca örtülü şekilde tayin edilmiş olduğu ileri sürülmüştür⁶⁸¹.

Garanti verenin borcunun bir tazminat borcu değil para borcu olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁶⁸². Teminat mektupları ile ilgili olarak metne sıkı sıkıya bağlılık ilkesi gereğince, taraflarca bir ifa yeri kararlaştırılmış olması halinde,

⁶⁷⁷ Güler, Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, s.115

⁶⁷⁸ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.943

⁶⁷⁹ Eren, a.g.e., s.938

⁶⁸⁰ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.234

⁶⁸¹ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.170

⁶⁸² Kahyaoglu, Banka Garantileri, s.98; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.134

öncelikle taraf iradelerine göre hareket edilmesi gerekir. Taraflar arasında böyle bir kararlaştırmanın yapılmamış olması halinde, ödeme talebinin ve ödemenin garantiyi veren banka şubesine yapılması gerektiği yönünde tarafların zımnî olarak anlaşmış oldukları yönünde doktrinde savunulan görüşe kural olarak katılıyoruz. Ancak, ödeme için müracaat edilecek ilk yerin teminat mektubunu veren şube olması gerektiğini düşünmekle birlikte, bunun kesin bir kural olarak algılanmaması gerektiği, teminat mektubundan kaynaklanan borcun bir para borcu olarak kabul edilmesi nedeniyle ve TBK m.89/f.I düzenlemesini de göz önünde bulundurarak, taraflarca aksi kararlaştırılmamış olması şartı ile muhatabın, bankanın başka şubelerinden de ödeme yapılmasını talep edebileceği kanaatindeyiz.

C.Ödeme Talebinin Haksız Olduğunu Düşünen Lehtarın Başvurabileceği Yol : İhtiyati Tedbir

Banka, özellikle uygulamada en sık kullanılan teminat mektubu türü olduğu belirtilen “*ilk yazılı talepte ödeme*” klozunu taşıyan teminat mektuplarında, son derece kısıtlı ve şekli bir inceleme yapabilmektedir. Muhatabın ödeme talebinin gerçekten haklı bir talep olup olmadığını bankanın bilme imkanı yoktur zira banka, muhatap ile lehtar arasındaki temel ilişkiye yabancı durumdadır. Bu nedenle, muhatabın ödeme talebini alan bankanın, lehtar ile aralarındaki vekalet ilişkisinden kaynaklanan bilgilendirme yükümlülüğü kapsamında lehtara haber vermesi üzerine, lehtarın yapması gereken, bankanın ödeme yapmasından evvel, banka teminat mektubunda belirtilen meblağın muhataba ödenmemesini teminen bir ihtiyati tedbir kararı olarak bankaya tebliğ ettirmektir.

İhtiyati tedbir kararını alan tarafın, HMK m. 393 gereği bir hafta içinde kararın uygulanmasını talep etmesi gerekir, aksi halde yasal süresi içerisinde dava açılrsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır. HMK m.397’deki düzenleme gereği, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasından itibaren de iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin belgeyi, kararı uygulayan memura ibraz ederek dosyaya koydurmak ve karşılığına bir belge almak zorundadır, bu işlemlerin yapılmaması durumunda da ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkar.

İhtiyati tedbir kararını alan lehtar, bu kararı derhal bankaya tebliğ ettirmelidir, banka, ihtiyati tedbir kararı verilmiş olmasına rağmen karar bankaya tebliğ edilmemiş

ise, bankanın ödeme yapması mümkündür. Ancak, ihtiyati tedbir kararının bankaya tebliğinden itibaren, tedbir kararının kaldırıldığına bildirildiği tarihe kadar, banka ihtiyati tedbir kararında belirtildiği şekilde hareket etmek mecburiyetindedir. Bu bağlamda, kimi teminat mektuplarının metinlerinde “*ihtiyati tedbir kararına rağmen bankanın ödeme yapacağı*” yönündeki kayıtların uygulamada bir değeri yoktur, zira teminat mektubu metnine ne yazılırsa yazılsın banka, Mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararına uymak mecburiyetindedir, ihtiyati tedbire muhalefetin cezası HMK. m.398’e göre 1 aydan 6 aya kadar disiplin cezasıdır. Ayrıca tedbir kararının mevcudiyetine rağmen muhataba ödeme yapan banka, lehtara rücu hakkını da kaybedecektir⁶⁸³.

1.İhtiyati Tedbirin Tanımı

İhtiyati tedbir ile ilgili olarak muhtelif tanımlar mevcuttur. Bir tanıma göre ihtiyati 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 korumadır*⁶⁸⁴.”

Bir başka tanıma göre ihtiyati tedbir, “*kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının (dava konusu ile ilgili olarak) hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörölmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır*⁶⁸⁵.”

Muhatabın ödeme talebine istinaden ödeme yapılmasını, ihtiyati tedbir kararı verilmesi istemi ile mahkemeye müracaat ederek engellemek, kural olarak ancak lehtar tarafından kullanılabilir bir imkandır, bankanın böyle bir yola müracaat etmesi mümkün değildir. Lehtar tarafından, teminat mektubunun paraya çevrilmesini önlemek maksadı ile ihtiyati tedbir ve dava yoluna başvurulmasını engelleyen bir hukuki neden mevcut değildir, ancak, mektubu veren bankanın, senet metninden anlaşılan, sahtelik, zaman aşımı gibi sebepler istisna olmak üzere, mektup içeriğini ödememek için tedbir veya dava yoluna başvurma hakkı bulunmadığı ifade edilmiştir⁶⁸⁶. Aslına bakılacak

⁶⁸³ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.304;

⁶⁸⁴ Canbolat, a.g.e., s.281, dpn.1

⁶⁸⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, s.714

⁶⁸⁶ Akyazan, Sorunlar, s.573

olursa, bankanın bu tür bir yola gitmesine ihtiyaç da yoktur zira banka, muhatabın ödeme talebinin haksız olduğu kanaatinde ise, ödeme talebini reddetmek suretiyle ödeme yapmaktan kaçınabilecektir. Ancak, uygulamada sık rastlanmamakla birlikte, bankalar tarafından da ihtiyati tedbir için başvuru yapıldığı belirtilmiştir⁶⁸⁷.

İhtiyati tedbir kararını alan tarafın, HMK m. 393 gereği bir hafta içinde kararın uygulanmasını talep etmesi gerekir, aksi halde yasal süresi içerisinde dava açılrsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkacaktır.

2.İhtiyati Tedbir Talebi ve Talepte Bulunabilecek Kişi

İhtiyati tedbirin şartları HMK m.389’da düzenlenmiştir. Buna göre;

Mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.

(2) Birinci fıkra hükmü niteliğine uygun düştüğü ölçüde çekişmesiz yargı işlerinde de uygulanır.

İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce talep edilebileceği gibi, dava sırasında da talep edilebilir⁶⁸⁸.

Bankacılık Kanunu’na göre, kredi müşterisinin talimatı ile üçüncü kişi lehine de garanti verilebildiğinden, kontrgaran sıfatını haiz kişi, edimi garanti edilen kişi olabileceği gibi, üçüncü kişi lehine garanti verilmesini isteyen kişi de olabilir⁶⁸⁹. Bu durumda, teminat mektubunun paraya çevrilmesine engel olabilmek için lehtar ile birlikte edimi garanti edilen kişi ihtiyati tedbir için başvurabileceği gibi, kontrgaranti veren kişi de ihtiyati tedbir başvurusunda bulunabilecektir⁶⁹⁰. Belirtilen kişilerin yanı sıra, hukuki menfaati olan herkes de ihtiyati tedbir talep edebilecektir⁶⁹¹.

İhtiyati tedbir talebinde bulunacak kişinin taraf ve dava ehliyetine sahip olması gerekir.

⁶⁸⁷ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.300, 302

⁶⁸⁸ Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.283

⁶⁸⁹ Canbolat, a.g.e., s.306; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.94

⁶⁹⁰ Reisoğlu, a.g.e., s.305

⁶⁹¹ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.302

Banka ile muhatap arasındaki garanti sözleşmesinde lehtarın taraf olmamasından dolayı, muhatabın garanti sözleşmesinden kaynaklanan alacağının, sözleşmeye taraf olmayan lehtar tarafından engellenmesinin mümkün olmadığı iddia edilmiştir⁶⁹². Ancak, karşı görüşteki yazarlara göre, lehtarın kendisiyle ilgili olarak, borcunun henüz muaccel olmadığı, borcu ifa ettiği veya ifanın tamamen muhatabın kusuru ile imkansızlaştığı iddiası ile bir dava açmadan evvel, bankanın ödeme yapmasını engellemek maksadı ile ihtiyati tedbir talebinde bulunabileceği, zira lehtarın banka ile muhatap arasındaki garanti sözleşmesine taraf olmasa da, geniş anlamda teminat ilişkisinde taraf sıfatını haiz olduğu ve banka ile muhatap arasındaki ilişkinin lehtar doğrudan ilgilendirdiği, bu nedenle de lehtarın mahkemeye başvurarak ihtiyati tedbir talebinde bulunma hakkının olduğu söylenebilir⁶⁹³.

Lehtarın, salt banka ile muhatap arasındaki garanti sözleşmesine taraf olmamasından dolayı muhataba ödeme yapılmamasını teminen ihtiyati tedbir talebinde bulunamayacağı yönündeki görüşe katılma imkanı yoktur. Zira, lehtar, mahkemeye başvurarak almış olduğu ihtiyati tedbir kararını bankaya tebliğ ettirerek ödeme yapılmasına mani olabilecek ise de, bu ihtiyati tedbir kararı ilanihaye devam edecek ve bankanın ödeme yapmasına engel olacak nitelikte bir karar değildir. Öncelikle, lehtar, ihtiyati tedbir kararının verilmesinden itibaren bir hafta içerisinde bu kararın uygulanmasını talep etmek zorundadır. (HMK m.393) Yine lehtar tarafından, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki dava açılmak durumundadır. (HMK m.397) Bu nedenle, ihtiyati tedbir kararı, muhatabın teminat mektubundan kaynaklanan alacağına kavuşmasına belirsiz bir süre engel oluyor değildir, aksine, yasa ile belirlenen süreler içerisinde lehtar tarafından işlem yapılmaması halinde, ihtiyati tedbir kararı hükümsüz olmaktadır. Ayrıca, muhataba da, ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz etme imkanı tanınmıştır, muhatap, ihtiyati tedbir kararı karşısında tamamen çaresiz durumda değildir. (HMK m.394) Nihayet, lehtar, ihtiyati tedbir kararının uygulanmasından itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak zorundadır, bu davanın davalısı muhataptır ve muhatap bu davada da ihtiyati tedbirin verilmesine sebep olan ve temel ilişkiden kaynaklanan iddialarını serbestçe ileri sürebilmek hakkına sahiptir. Bu nedenlerle, muhatabın

⁶⁹² Barlas, Nami, Banka Teminat Mektupları, s.73, dpn.234

⁶⁹³ Reisoglu, a.g.e. s.304 ; Doğan, Vahit, Banka Teminat Mektupları, s.325 ; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.283

uğraması muhtemel zararlara karşı teminat gösterilmek zorunluluğu bulunması, muhatabın ihtiyati tedbir kararına karşı itiraz edebilmesi, mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararının, işin esasını halleder nitelikte olamayacağı⁶⁹⁴, bu itibarla, lehtara salt garanti sözleşmesinde taraf olmaması sebebiyle, muhataba ödeme yapılmasını engelleyici bir talepte bulunmasının mümkün olmadığı yönündeki görüşüne katılmıyoruz.

Mahkeme, ihtiyati tedbir kararı verebilmek için, hakkın açıkça kötüye kullanıldığının aşikar olup olmadığını ve hukuken korunmaya değer bir menfaatin varlığını arayacaktır⁶⁹⁵. İhtiyati tedbir kararı verilmesi gerektiği yönünde vicdani kanaata sahip olan mahkeme, tedbir kararını HMK m.392’de belirtildiği şekilde teminat karşılığı ya da madde metninde belirtilen şartlar var ise teminatsız olarak da verebilir.

Teminat mektubu metninde yer alan “*herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni neticeleri nazara itibara alınmaksızın*” , vb. yöndeki ifadeler, ihtiyati tedbiri kapsamayacak ve ihtiyati tedbir kararının mevcudiyeti halinde banka yine ödemedi kaçınacaktır⁶⁹⁶. Zira tedbire rağmen ödeme, HMK m.398’e göre, bir aydan altı aya kadar disiplin hapsi gerektiren bir suç teşkil etmektedir⁶⁹⁷.

Şimdi, ihtiyati tedbir kararının ödeme talebinde önce ya da sonra verilmesine göre farklı ihtimalleri inceleyeceğiz;

D.İhtiyati Tedbir Kararının Ödeme Talebinden Evvel Bankaya Tebliğ Edilmesi

Lehtar, muhatap ile aralarındaki temel ilişkiden kaynaklanan hukuki ihtilaflar nedeniyle, muhatabın teminat mektubunu paraya çevirebileceği kanaatinde ise, muhatap tarafından yapılacak ödeme talebine istinaden bankanın muhataba ödeme yapmasına engel olmak için, mahkemeye başvurarak ihtiyati tedbir talebinde bulunabilir.

⁶⁹⁴ Yarg.13.HD, 09.04.2012 T, 2012/7682 E., 2012/9542 K..” “Anılan yasal düzenlemeler ışığında somut olaya bakıldığında; mahkemece, davanın ve uyuşmazlığın esasını halleder şekilde ihtiyati tedbir kararı verilmesi HMK’nu 394/5’ne aykırı olup bozmayı gerektirir.”

⁶⁹⁵ Doğan, a.g.e., s.337

⁶⁹⁶ Arkan, Teminat Mektubu, s.64; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.306; Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ayyıldız Matbaası A.Ş., Ankara, 1977, TBB Yayınları, No:78, Konferanslar Serisi No : 3, s.8

⁶⁹⁷ Reisoğlu, a.g.e., s.8

Lehtarın ihtiyati tedbir talebi ile başvuracağı mahkeme, lehtar tarafından esasa ilişkin olarak açılacak olan davada görevli ve yetkili mahkemedir. (HMK m.390)

Lehtar tarafından, temel ilişkiye istinaden, “*muhatabın ödeme talebinde bulunmasını engellemek*” ya da temel ilişkiye taraf olmayan bir üçüncü kişi olan “*bankanın ödeme yapmasını engellemek*” içerikli iki farklı talepte bulunulabileceği savunulmuştur⁶⁹⁸.

Eğer ihtiyati tedbir kararı, bankanın ödeme yapmasına engel olmak maksadı ile verilmiş ise, kararın muhatabı bankadır ve tedbir kararının gereği banka tarafından uygulanacaktır. O nedenle, bankanın kendisine tebliğ edilen bir ihtiyati tedbir kararına muhalefet ederek ödeme yapması halinde, ihtiyati tedbir kararına muhalefete ilişkin yaptırımlar da banka açısından söz konusu olacak ve banka muhatava yaptığı ödeme için lehtara rücu etmek istediğinde, hukuki ihtilafla karşılaşacaktır.

Ancak ihtiyati tedbir kararı, muhatabın ödeme talebinde bulunmaması yönünde verilmiş ise, bu durumda ihtiyati tedbir kararının muhatabı banka değil, temel ilişkide alacaklı olan taraftır⁶⁹⁹. O nedenle, muhatap tarafından ödeme talebinde bulunulamayacağına ilişkin bir ihtiyati tedbir kararının varlığına rağmen muhatap ödeme talebinde bulunur ise, kendisine tebliğ edilmiş bir ihtiyati tedbir kararı bulunmadığı sürece, bankanın ödeme yapmaması mümkün değildir, ihtiyati tedbir kararına muhalefet eden muhatap, yasada bu konu ile ilgili olarak öngörülen yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır ancak bankanın muhataba ödeme yapmasına engel teşkil edecek bir karar mevcut olmadığından, banka ödeme yapmak mecburiyetindedir, ancak lehtar, muhatabın ödeme talebinde bulunamaması için aldığı ihtiyati tedbir kararını, bankaya tebliğ edecek olursa, tedbir kararının varlığına rağmen ödeme talebinde bulunmak, muhatap açısından hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğinden, bu durumda da bankanın ödeme yapması mümkün değildir⁷⁰⁰.

Yargıtay, kesin teminat mektubunu paraya çevirmek isteyen bir muhataba, banka tarafından ihtiyati tedbir kararı bulunduğu gerekçesi ile olumsuz yanıt vermesi üzerine, huzuruna gelen bir dosyada, hem ihtiyati tedbir kararı ve hem de bankanın

⁶⁹⁸ Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, s.297; Kaya, Arslan, İhtiyati Tedbir, Makalelerim, s.264

⁶⁹⁹ Kaya, a.g.e., s.266; Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, s.312

⁷⁰⁰ Canbolat, a.g.e., s.312

inceleme süresi ile ilgili kabul edilebilecek bir kararında yerel mahkeme kararını bozmuştur⁷⁰¹.

Yüksek Mahkeme'nin gerekçesine katılma imkanı yoktur. Nitekim, karar da oy birliği ile değil oy çokluğu ile alınmış olup, karşı oy yazısı, pek çok bakımdan iştirak ettiğimiz hususlar içermektedir⁷⁰².

⁷⁰¹ Yarg.11.HD, 17.04.2013 T., 2012/7485 E., 2013/7548 K:” 1- Dava, banka teminat mektubu bedelinin davalı bankadan tahsili istemine ilişkin olup, davacı muhatabın teminat mektubu bedelinin ödenmesi konusundaki talebi davalı bankaya 07.10.2010 tarihinde ulaşmış ise de teminat mektubu bedeli İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin teminat mektubu bedelinin ödenmemesi konusundaki 18.10.2010 tarihli ihtiyati tedbir kararı nedeniyle davalı bankaca tazmin edilememiş, ihtiyati tedbire itiraz üzerine, İzmir 5. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 2010/586 esas sayılı dava dosyasında 26.10.2010 tarihli tensip kararı ile ihtiyati tedbirin karar kesinleşinceye kadar devamına karar verilmiştir. Banka tazmin talebini yerine getirmede gecikmesi nedeniyle ihtiyati tedbir kararına kadar geçen süre için gecikme faizinden sorumlu ise de, bankaya ihtiyati tedbir kararının bildirilmesiyle artık bankanın temerrüdünden söz edilemez. Muhatap davacının, davalı bankayı ödemediği men eden ihtiyati tedbir kararı nedeniyle, bankadan gecikmeden dolayı tazminat talep etmesinin hukuki bir dayanağı da bulunmamaktadır. Muhatap davacının mektup bedelinin tazmini hakkına sahip olup olmadığı, ihtiyati tedbir kararı veren mahkemece yargılaması yürütülen asıl dava sonucunda belli olacaktır. Teminat mektubu üzerindeki, lehdar ile muhatap arasındaki herhangi bir uyumsuzluğun kanuni neticelerinin nazara alınmayacağı ibaresi de, bankanın ihtiyati tedbir kararına uymaması gerektiği sonucunu doğurmaz. Mahkemenin ihtiyati tedbir kararına uymaması, bankanın lehdara karşı sorumluluğunu doğuracağından ve ayrıca suç teşkil edeceğinden davalı bankanın ihtiyati tedbir kararı nedeniyle muhataba ödeme yapmama hakkı vardır. (Prof. Dr. Seza Reisoğlu Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler-2003 syf 304-317.) Banka, tedbir kararı kendisine tebliğ edilen ve ödemediği men edilen üçüncü kişi olduğundan, tedbir kararı verilen davanın sonucunun beklenmesine de gerek yoktur. Bu nedenlerle davanın reddi gerekirken yazılı gerekçelerle kabulü doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir.”

⁷⁰² Yarg.11.HD, 17.04.2013 T., 2012/7485 E., 2013/7548 K (muhalefet şerhi):”Teminat mektupları mülga BK'nın 110. maddesinde ve TBK'nın 191 vd. maddelerinde öngörülen 3. kişinin filini taahhüt niteliğinde olup, mektup lehdarı ile muhatabı arasındaki ilişkiler dışında kalan ve bankanın bağımsız olarak bir borç yüklenmesi ilişkisidir. Banka, teminat mektubu ile belirli ve bağımsız bir riski garanti eder. Bu risk gerçekleşirse, gerçekleştiği ölçüde sorumludur. Kural olarak ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında banka, yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisini haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme yapma hak ve yetkisini haiz değildir. Bu sebeple de ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarının esas itibarıyla muhatap lehine olduğu kabul edilmektedir.

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında, mektup muhatabı davacı işveren tarafından, lehdar ile aralarındaki sözleşmenin feshedildiği belirtilmek suretiyle tazmin talebinde bulunulmuş, davalı banka tarafından taahhüdü ihlal edilerek mektup derhal nakde çevrilmemiştir. Dosya kapsamı uyarınca, tazmin talebinin yapıldığı tarihte, davalı banka tarafından mektubun nakde çevrilmesine yasal bir engel söz konusu değildir. HGK'nun 14.11.2001 gün ve 2001/996-1026 sayılı kararı da açıklanan bu hususa işaret etmekte olup anılan kararda davalı bankanın tazmin zorunluluğundan kaçınamayacağı vurgulanmaktadır. Davalı bankanın muhatabın kötüniyetli tazmin talebinde bulunduğu yolunda bir direnimi bulunmadığı gibi işbu davada bu yolda bir savunmasına da rastlanılmamıştır.

Dairemiz çoğunluğunca, teminat mektubunun nakde tahvili için engel oluşturduğu belirtilen ihtiyati tedbir kararı ise, teminat mektubunun lehdarı olan yüklenici şirket tarafından işbu davanın davacısı olan işverene karşı açılmış bir alacak davasından önce verilmiş bir tedbir kararı mahiyetindedir ve teminat mektubu bilahare açılan o davanın konusunu teşkil etmediği için HMK'nın 397/1. maddesi uyarınca kendiliğinden kalkmıştır. Bu nedenle, gerek o davanın ve gerekse de ihtiyati tedbir kararının tarafı olmayan davalı bankayı mektubun nakde tahvili için sınırlayan sonradan ortaya çıkmış fiili bir imkansızlık halinden de söz edilemeyecektir. Esasen bu husus, teminat

Yargıtay'ın yukarıda arz ettiğimiz çoğunluk görüşünün, “*ilk talepte ödeme*” kayıtlı banka teminat mektupları açısından yaygınlaşması, bu tür teminat mektuplarının tercih edilme sebebini ortadan kaldıracak niteliktedir. İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında muhatap, herhangi bir itirazla karşılaşmadan, kolayca ve hızlı bir şekilde alacağına kavuşacağı düşüncesi ile teminat mektubunu kabul etmektedir. Oysa bu karar, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarının tüm özelliğini ortadan kaldırmaktadır. Karardaki çoğunluk görüşüne, aşağıdaki gerekçelerle katılmıyoruz;

1-) Karara baktığımızda, muhatabın ödeme talebinin, 07.10.2010 tarihinde bankaya ulaştığı ve banka tarafından 18.10.2010 tarihine kadar muhataba ödenmediği görülmektedir. Bankanın, ilk talepte ödeme kayıtlı bir teminat mektubundaki şekli incelemesini 11 günde tamamlayamadığını düşünmek, hayatın olağan akışına aykırılık teşkil eder. Banka, şekli bir incelemeyi 11 günde yapamadığı için kusurludur.

2-) Diğer taraftan, yine heyet çoğunluğunun gerekçesinde belirtilen, “*Banka tazmin talebini yerine getirmede gecikmesi nedeniyle ihtiyati tedbir kararına kadar geçen süre için gecikme faizinden sorumlu ise de, bankaya ihtiyati tedbir kararının bildirilmesiyle artık bankanın temerrüdünden söz edilemez.*” iddiasına katılmak da mümkün değildir. Böyle bir kabul, banka teminat mektupları açısından son derece olumsuz bir durum oluşturacak ve ilk talepte ödeme kaydı da olsa, ödenmek istenmeyen bir teminat mektubuna ilişkin faiz yüküne katlanmayı göze alan bir bankanın, muhatabın teminat mektubundan kaynaklanan alacağını ödemeyi belirsiz bir vadeye erteleyebilmesi gibi vahim bir neticeye sebebiyet verebilecektir. Banka, ilk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarını, ödeme hususunda herhangi bir engelin bulunmaması koşulu ile, en kısa süre içerisinde ödemek zorundadır.

3-) Muhalefet şerhinden anlaşıldığı kadarıyla, bankanın ödeme yapmamasına temel teşkil eden ihtiyati tedbir kararı, gerek içeriği ve gerekse sonradan ortadan kalkması

mektubunda da açıkça belirtilmiş olup davalı banka, muhataba karşı olan taahhüdünde, lehdar ile muhatap arasındaki uyumsuzluklara bağlı olmaksızın muhataba karşı derhal tazmin vaadinde bulunmuştur. Öte yandan, tazmin talebi ile ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihler arasındaki süre gözetildiğinde de, davalı bankanın hiçbir direnimsizlik göstermeksizin beklemesi ve sonra HMK'nın 394/3. maddesinde zikredilen tedbire itiraz müessesesine dahi başvurmaksızın, verilmiş olan tedbir kararından bahisle ödemede bulunmaktan kaçınması açıkça MK'nun 2. maddesine aykırıdır.”

nedeniyle bankanın istifade edebileceği nitelikte bir karar değildir. Bu itibarla da çoğunluk kararına katılmak mümkün değildir.

4-) Son olarak, banka kendisine yapılan ödeme talebi ile ilgili olarak makul sayılabilecek sürenin çok ötesinde bir süre hareketsiz kalmıştır. Burada, eğer muhatabın teminat mektubunun ödenmemesinden kaynaklanan bir zararı olmuş ise, bankanın bu zararı tazmin etmesinin uygun olacağını düşünüyoruz. Kararda, muhatabın bir zarara uğrayıp uğramadığı anlaşılamamaktadır, ancak az evvel arz edildiği üzere, muhatabın ancak bankanın, teminat mektubundan dolayı ödeme yapmamasından kaynaklanan zararının tazminini talep edebileceği kanaatindeyiz. Ne kadar geç de olsa, ihtiyati tedbir kararı bankaya tebliğ edildikten sonra artık bankanın bir ödeme yapması, tedbire muhalefet etmek anlamına gelecektir, ihtiyati tedbir kararının tebliğinden sonrası için bankanın ödeme yapmasının mümkün olmadığı tartışmasızdır.

Çoğunluk kararına katılmama gerekçelerimiz bunlar olup, muhalefet şerhinde belirtilen gerekçelere katılıyoruz.

Muhatap tarafından teminat mektubunun ibrazı ve ödeme talebinde bulunulmasından evvel bankaya tebliğ edilen bir ihtiyati tedbir kararı, banka tarafından kayıtlarına işlenecek ve ihtiyati tedbir kararına konu teminat mektubu ile ilgili bir ödeme talebi geldiğinde, bu talep banka tarafından ihtiyati tedbir kararı mevcut olduğu gerekçesi ile reddedilmesi gerekecektir.

E.İbraz ve Ödeme Talebinden Sonra Ancak Ödmeden Önce İhtiyati Tedbir Kararının Tebliği

Banka tarafından, teminat mektubu ile ilgili olarak muhataba ödeme yapılmasından sonra tebliğ edilen bir ihtiyati tedbir kararının, banka açısından bir anlam teşkil etmeyeceği kuşkusuzdur. Nitekim Yargıtay bir kararında;

“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”

gerekçesi ile, aynı yönde hüküm tesis eden yerel mahkeme kararını onamıştır.

Ancak, muhatap tarafından yapılan ödeme talebi ile ilgili olarak bankanın inceleme yaptığı bir sırada gelen ihtiyati tedbir kararına istinaden bankanın ödeme yapmak mecburiyetinin olup olmadığı tartışılmalıdır.

Muhatap tarafından “*ilk yazılı talepte ödeme*” klozunu taşıyan bir teminat mektubuna istinaden yapılan ödeme talebinde, banka tarafından şekli bir inceleme yapılacağı⁷⁰³, bankanın muhatabın ödeme talebinde bulunmaya yetkili olup olmadığı ve belgelerin gerçekliği, zaman aşımının söz konusu olup olmadığı, vb. sınırlı sayıdaki sebepleri incelemesi gerektiği, bankanın bunun ötesinde kendisine ibraz edilen belgelerin içeriğine ilişkin bir inceleme yapamayacağı belirtilmiştir. Peki, banka bu incelemeyi hangi süre içerisinde yapmalıdır? Banka *teminat mektupları* ile ilgili yasal bir düzenleme olmamasının ortaya çıkardığı en önemli sorunlardan bir tanesi de budur. Muhatap tarafından yapılan ödeme talebine istinaden bankaya bir ila üç gün arasında inceleme süresi tanınmasının uygun olacağı savunulmuştur⁷⁰⁴. Ancak banka, inceleme gerekçesi ile çok daha uzun süre teminat mektubuna ilişkin ödeme talebini bekletir ve bu arada lehtar tarafından ihtiyati tedbir kararı getirilirse ne olacaktır?

Doktrinde bu konu ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, “*ilk talepte ödeme*” kaydını içeren garantiler bakımından, muhatabın ödeme talebinde bulunması ile bankanın teminat mektubundan kaynaklanan ödeme borcu muaccel olacaktır⁷⁰⁵. Özellikle, ilk yazılı talepte ödeme kaydını içeren teminat mektuplarında, taraflar teminat mektubu metninde başka bir şart ya da belge ibrazı, vs. hususlar öngörmemişlerse, bankanın derhal incelemeyi tamamlaması gerektiği belirtilmektedir⁷⁰⁶.

Böyle bir halde, ne şekilde hareket edilmesi gerektiği doktrin ve yargı kararlarında tartışılmalıdır. Yargıtay bir kararında⁷⁰⁷, yerel mahkeme tarafından

⁷⁰³ Aral, Doğrudan Doğruya Garantilerde Banka İle Muhatap Arasındaki Hukuki İlişki, s.194

⁷⁰⁴ Aral, a.g.m., 194

⁷⁰⁵ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.357, s.368

⁷⁰⁶ Doğan, a.g.e., s.368

⁷⁰⁷ Yarg.11.HD, 27.11.2013 T., 2013/6844 E., 2013/21462 K.:” *Taraflar arasındaki sorun; bankanın tazmin talebini yerine getirmede gecikmesi ve bu arada ihtiyati tedbir kararı alınarak ödemenin durdurulması halinde, muhatabın bankadan alacak veya zarar ziyan isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır. İhtiyati tedbir derhal ödemenin sakıncalarını ortadan kaldıran bir mahkeme kararıdır. Bu nedenle bankanın gecikmesi sonucu, hukuka aykırı bir nedenle muhatabın zarara uğradığı iddiası ileri sürülemez. Kaldı ki ihtiyati tedbir kararının verilmesinden anlaşılan ise, muhatabın bir tazmin hakkının olup olmadığının ancak dava sonucunda ortaya çıkacağıdır, diğer bir deyişle henüz ödememe nedeniyle ortada bir zarar bulunmamaktadır. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken davanın kabulüne karar verilmesi olmamış, bozmayı gerektirmiştir.*

“sonradan ibraz edilen tedbir kararının bankanın tazmin yükümlülüğünü kaldırmayacağı” gerekçesi ile vermiş olduğu kararı bozmuştur.

Meselenin temel noktalarından bir tanesi, bir bankaya yapılan ödeme talebi neticesinde, bankanın bu talebi inceleyebileceği azami süresinin belli olmamasıdır. Banka teminat mektupları ile ilgili yasal bir düzenleme mevcut olmadığından, azami süreye ilişkin de bir düzenleme yoktur. Bu durumda banka, makul süre içinde ödeme talebini yerine getireceğini ancak incelemesi sırasında kendisine tebliğ edilen ihtiyati tedbir kararını gerekçe göstererek sorumluluktan kurtulabilir mi? Bu husus, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olmuştur.

Yerel mahkeme, davalı bankanın, mektup lehtarını ile davacı arasındaki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklar nedeniyle ödemedi kaçınmayacağı, teminat mektubunun ibraz edildiği gün itibari ile mahkemeden sadır bir ihtiyati tedbir kararı bulunmadığından, davalı bankanın teminat mektubu karşılığını ödemedi kaçınmayacağı gerekçesiyle, 500.000.000 liranın 26.8.1999 tarihinden itibaren yasal faiziyle birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine karar vermiştir.

Yerel mahkeme kararının temyiz edilmesi üzerine, Yargıtay incelemesi neticesinde karar bozulmuş, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararının da temyiz edilmesi üzerine, konu Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nda incelenmiş ve dipnottaki gerekçe ile yerel mahkemenin direnme kararını haklı bulmuştur⁷⁰⁸.

Öncelikle, bankanın kendisine tebliğ edilen bir ihtiyati tedbir kararının varlığına rağmen muhataba ödeme yapmasının, ihtiyati tedbir kararına muhalefet teşkil edeceği ve bu nedenle banka tarafından ödeme yapılmasının mümkün olmadığını belirtmek gerekir. İhtiyati tedbir kararı, bu noktada bankanın ödeme yapmasına engeldir. İhtiyati tedbir kararının varlığına rağmen muhataba ödeme yapan banka, yaptığı ödeme ile ilgili olarak lehtara başvuru hakkını kaybedeceği gibi, bu ödemedi dolayı lehtarın bir

⁷⁰⁸ Yarg.HGK., 14.11.2001 T., 2001/11-996 E., 2001/1026 K.:” 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 ödemeye gerekçe göstermiştir. Oysa sonradan ibraz edilen tedbir kararının bankanın tazmin zorunluluğunu ortadan kaldırmayacağı açıktır. Bu durumda yerel mahkemenin direnme kararı yerindedir.”

zararının oluşması halinde, bu zararları da tazminle yükümlü olacaktır⁷⁰⁹. Bu nedenle, bankanın kendisine tebliğ edilmiş bir ihtiyati tedbir kararının varlığına rağmen ödeme yapması mümkün değil ise de, *teminat mektubu* metinlerinde yer alan “*talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçecek süre için faiz ödeneceği*” şeklindeki ibareye istinaden banka, muhatabın ödeme talebinde bulunduğu gün ile ihtiyati tedbir kararının tebliği nedeniyle artık ödemede bulunamayacağı gün arasında geçen süreye ilişkin faizi ödemek zorundadır⁷¹⁰.

Netice itibariyle, muhatabın ödeme talebinde bulunduğu sırada, kendisine tebliğ edilmiş bir ihtiyati tedbir kararı olmayan banka, ödeme yapmasına başkaca bir engel de yok ise, muhataba ödeme yapmak yükümlülüğü altındadır. Ödeme talebini alan bankanın, makul süre içerisinde inceleme yapması gerektiği kabul edilmekle birlikte, bu makul sürenin ne olduğu belli değildir. O nedenle, teminat mektuplarının türlerine göre;

İlk talepte ödeme kaydını taşıyan bir teminat mektubu söz konusu ise, burada bankanın inceleme yükümlülüğünün son derece sınırlı olduğu göz önünde bulundurularak, talebin yapıldığı gün hariç, bir gün içerisinde ödeme yapılmasının uygun olacağını düşünüyoruz.

Şartlı teminat mektuplarında ya da belli bir belgenin ibrazı zorunluluğuna bağlı teminat mektuplarında ise, bankanın özenle inceleme yükümlülüğü gereği üç günlük bir sürenin makul olacağı kanaatindeyiz.

Bankanın, bu süreleri aşarak ödemede bulunması halinde, talep ve ödeme günü arasındaki süre için faiz ödemesi, genellikle teminat mektubu metinlerinden ve dolayısıyla, taraflar arasındaki garanti sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ancak, bu sürelerin aşılması halinde, muhatap tarafından ihtiyati tedbir kararı getirilmesi ve ödemeye mani olunması durumunda, yapılacak yargılama neticesinde lehtarın haksız bulunması halinde, bankanın ödemesi gereken faizin, ödeme talebinde bulunulduğu tarihten fiili ödeme tarihine kadar hesaplanması gerekeceğini, zira bankanın geç ödeme suretiyle muhatabın zararına sebebiyet verdiği, bu nedenle de faiz ödemesinin hakkaniyete uygun olacağı kanaatindeyiz. Eğer lehtar, ihtiyati tedbir kararını takiben açtığı davada haklı çıkacak olursa, o durumda zaten banka açısından ödenmesi gereken herhangi bir faiz de söz konusu olmayacaktır.

⁷⁰⁹ Kahyaoğlu, *Banka Garantileri*, s.126; Canbolat, *İhtiyati Tedbirler*, s.296, s.328

⁷¹⁰ Reisoğlu, *Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler*, s.258

II.BANKANIN ÖDEME TALEBİNİ REDDETMESİ

Banka, teminat mektubunda yer alan “ilk talepte ödeme” klozuna rağmen, muhtelif sebeplerle muhatabın ödeme talebini reddedebilir⁷¹¹. Bankanın ödeme talebini red kararının sağlam temelleri bulunmalıdır. Zira banka ödeme talebini haksız yere reddedecek olursa, kendisi tarafından verilen teminat mektuplarına itimat azalacak ve piyasadaki itibarı da büyük zarar görecektir. Bu nedenle haklı nedenleri olmadığı sürece bir bankanın ödeme talebini reddetmesi düşük bir ihtimaldir. Bankanın, garanti niteliğinde bir teminat mektubu ile ilgili ödeme yapmaktan kaçınması için;

- rizikonun gerçekleşmemesi,
- rizikonun tamamen muhatabın kusuru ile gerçekleşmesi,
- gerçekleştiği iddia edilen rizikonun teminat mektubu kapsamında garanti edilen riziko olmadığı,
- süreli teminat mektuplarında, rizikonun vade geçtikten sonra gerçekleşmiş olduğu,
- talep hakkının zaman aşımına uğradığı,

hususları haklı nedenler olarak sayılabilir⁷¹².

Eğer muhatap, banka tarafından verilen “*ödeme yapmama*” kararının haklı gerekçelere dayanmadığını düşünüyor ise, önünde müracat edebileceği iki yol vardır, muhatap, banka aleyhine icra takibi yapabilir ya da dava açabilir.

A.Muhatabın Banka Aleyhine İcra Takibi Yapması

Muhatap, bankanın ödeme talebine olumsuz yanıt vermesi üzerine, olumsuz yanıt veren banka aleyhine genel haciz yolu ile icra takibine geçebilir. Genel haciz yolu ile icra takibinin konusu, bir paranın ödenmesine ya da bir teminatın verilmesine ilişkin alacaklardır⁷¹³. Muhatabın teminat mektubundan dolayı bankadan alacağı bir para alacağı olduğundan dolayı genel haciz yolu ile icra takibine konu olabilir.

⁷¹¹ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.343

⁷¹² Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.75

⁷¹³ Kuru, Baki, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s.191

Muhatabın takip talebini alan icra dairesi, bir ödeme emri hazırlayarak takip borçlusuna (bankaya) gönderecektir. Banka tarafından, ödeme emrinin tebliğinden itibaren 7 gün içinde itiraz edilmemesi halinde, icra takibi durur. Muhatabın, icra takibine devam edebilmesi için, kural olarak ya itirazın tebliğinden itibaren 6 ay içinde İcra Mahkemesi'nden itirazın kaldırılmasını talep etmesi ya da itirazın tebliğinden itibaren 1 yıl içinde mahkemeye başvurarak itirazın iptalini talep etmesi gerekir. Ancak, itirazın kaldırılması için takip konusu alacağın, İİK m.68-68/a'daki belgelerden olması gerekir⁷¹⁴, banka teminat mektubu ise anılan maddede sayılan belgelerden olmadığından, muhatabın icranın kaldırılması yoluna gitmek yerine itirazın iptali davası açmayı tercih etmesi yararına olacaktır.

İtirazın iptali davası neticesinde mahkeme, bankanın itirazının haksız olduğuna hükmedecek olursa, bankayı icra inkar tazminatı ödemeye mahkum edebilir mi sorusu akla gelebilir. Bu konuda, borcun likit olmadığı gerekçesiyle, Yargıtay'ın çelişkili kararlarının mevcut olduğu tespiti yapılmıştır⁷¹⁵. Burada, kısmî bir ödeme talebi olmadığı sürece borcun likit olmadığını söylemenin mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Banka, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkinin tarafı değildir, bankanın garanti yükümlülüğü temel ilişkiden bağımsızdır, banka teminat mektubu sözleşmesi ile aslî ve bağımsız bir yükümlülük altına girmektedir⁷¹⁶. Bu nedenle de, muhatap tarafından usulüne uygun şekilde yapılmış bir ödeme talebine itiraz eden bankanın, temel ilişkideki bir defî ve itiraza dayanması da söz konusu olamayacağından, muhataba ödemesi gereken meblağı bildiği rahatlıkla söylenebilir. Muhatabın kısmî ödeme talebinde bulunması, ödeme talebinde istenilen rakamın belirli olmaması hallerinde bir ihtimal likit olmamadan bahsedilebilir ancak muhatabın teminat mektubunun tamamının ödenmesi için yaptığı bir talepte, banka tarafından itiraz edilmiş olması halinde bankanın %20 icra inkar tazminatına mahkum edilebileceği kanaatindeyiz.

Muhatap, banka tarafından itiraz edilmemesi ya da itiraz edilmiş olmasına rağmen itirazın iptaline karar verilmiş olması halinde, kesinleşen icra takibine devam ederek, teminat mektubundan kaynaklanan alacağını tahsil edebilecektir.

⁷¹⁴ Kuru, a.g.e., s.275

⁷¹⁵ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.308

⁷¹⁶ Kaya, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.239

B.Muhatabın Bankaya Karşı Dava Açması

Ödeme talebi reddedilen muhatap, bankaya karşı icra takibi yapmak yerine alacağına ulaşmak için bir dava da açabilir. Bu dava bir eda davasıdır, bu davada mahkeme, temel ilişkideki rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğini ve gerçekleşmiş olması halinde bunda muhatabın kusurunun bulunup bulunmadığını araştıracaktır⁷¹⁷. İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektuplarında, “*ilk talepte ödeme*” kaydının mevcudiyeti sebebiyle ispat yükünün yer değiştirdiği iddiasında bulunulmuştur⁷¹⁸. Yani banka, sadece riskin doğmadığı ya da riskin doğduğu ama muhatabın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması halini oluşturduğunu savunmakla yetinmeyecek, bunun ötesinde riskin doğmadığını veya hakkın kötüye kullanıldığını ispatla da yükümlü kabul edilecektir⁷¹⁹.

Uygulamada çok az rastlandığı belirtilmekle birlikte, “ilk talepte ödeme kaydı olmayan” teminat mektuplarında ise ispat yükünün kime ait olduğu MK m.6’ya göre çözümlenecektir⁷²⁰.

C.Ödeme Talebinin Reddine Dayanak Olan Hususlar : Defi ve İtirazlar

Banka, “*ileri sürülen bir hakka karşı, bu hakkı engelleyen veya sınırlayan bir karşı hakkın kullanılması olarak tanımlanan defi ve bir hakkın doğumunu, meydana gelmesini veya devamını inkar eden bir olayın ileri sürülmesi*”⁷²¹ olarak tanımlanan itirazları, edimin ifasına kadar her zaman ileri sürebilir. Ancak, banka tarafından muhataba karşı ileri sürülemeyecek defi ve itirazlar da vardır. Öncelikle, muhataba karşı ileri sürülemeyecek defi ve itirazlara kısaca değinmekte fayda görüyoruz.

⁷¹⁷ Barlas, Banka Teminat Mektupları, s.76

⁷¹⁸ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.69; aynı görüşte Kaya, Hakkın Kötüye Kullanılması, s.244

⁷¹⁹ Reisoğlu, a.g.e., s.70

⁷²⁰ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.309; Barlas, a.g.e., s.76

⁷²¹ Canbolat, a.g.e., s.149

1.Banka Tarafından İleri Sürülemez Defi ve İtirazlar

Banka, dar ve teknik anlamda garanti sözleşmesinin tarafı olmayan lehtar ile arasındaki “karşılık” ilişkisinden kaynaklanan defi ve itirazları, muhatap bu ilişkinin tarafı olmadığından, ödeme talebinde bulunan muhataba karşı ileri süremeyecektir⁷²². Bu kapsamda, lehtarın iflası, ehliyetsiz olması, bankanın lehtarla arasındaki karşılık ilişkisinin herhangi bir sebeple geçersiz olması, bankanın muhatabın yaptığı ödeme talebini reddetmesini haklı gösteremez.

Fakat bu noktada, TBK m.36’daki düzenlemeye göz atmakta fayda vardır. Bu maddede yer alan düzenlemeye göre;

tarafardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir.

Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir.

Eğer banka, lehtar ile girmiş olduğu ilişkinin sebebinin muhatabın hilesi olduğu iddiasında ise, TBK m.36/f.II’ye istinaden, muhatabın ödeme talebini reddedebilecektir.

Banka tarafından muhataba karşı ileri sürülemez olan defi ve itirazlardan birisi de, lehtar ile muhatap arasındaki temel ilişkiden kaynaklanan defi ve itirazlardır. Ancak banka, ödeme talebinde bulunulmasının hakkın açıkça kötüye kullanılması anlamına gelen hallerde, temel ilişkiden kaynaklanan defi ve itirazları da ileri sürebilecektir.

2.Banka Tarafından İleri Sürülebilecek Defi ve İtirazlar

Banka, muhatabın teminat mektubundan kaynaklanan ödeme talebi ile ilgili olarak teminat mektubunun metninden kaynaklanan defi ve itirazları ileri sürebileceği gibi, kişisel defi ve itirazlarını da ileri sürebilecektir⁷²³.

⁷²² Aral, Armağan, s.195

⁷²³ Yarg.HGK., 03.07.1981 T., 1979/1-194 E., 1981/560 K. : “Bununla beraber Banka, sırf kendisine ait def’ilerle mektup bedelini ödemekten imtina edebilir. Teminat mektubunun zamanaşımına uğraması sahte olması gibi def’ileri ileri sürebilir.”

a.Banka Teminat Mektubunun Metninden Anlaşılan Defi ve İtirazlar

Banka, teminat mektubunun metninden kaynaklanan defi ve itirazları muhataba karşı ileri sürebilir⁷²⁴. Banka tarafından ileri sürülebilecek, teminat mektubunun metninden kaynaklanan defiler şunlardır;

- Bankanın ödeme taahhüdünün geciktirici koşula bağlı durumlarda, geciktirici bir koşula bağlı sözleşme TBK m.170'deki düzenleme gereği, ancak koşul gerçekleştiği andan itibaren hüküm ifade edeceğinden, örneğin belli bir tarihe kadar akreditif açılması şartına bağlı bir banka teminat mektubunda muhatap, öngörülen şartın gerçekleştiğini ispat etmedikçe, bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır.
- Banka teminat mektubu metninde, ödeme yapılmasının belli belgelerin ibrazına bağlı olduğu durumlarda da, belirtilen belgelerin ibraz edilmemesi halinde bankanın ödeme yükümlülüğü doğmayacaktır.
- TBK m.128/f.II'ye uygun şekilde, vadenin biriminde teminat mektubunun hükümsüz kalacağı kaydını taşımayan vadeli teminat mektuplarında, tayin edilen vadeden sonra bankaya başvurulması halinde, yine bankanın ödeme yükümlülüğü yoktur ve banka ödeme talebine olumsuz yanıt verebilir.
- ödeme talebinin, teminat mektubu metninde öngörüldüğü şekilde yapılmaması halinde de banka ödeme yapmaktan kaçınabilir⁷²⁵.
- Banka, kendisine ibraz edilen ve ödeme talep edilen teminat mektubunun sahte olduğunu fark edecek olursa, ödeme yapmayacaktır.

Yukarıda sayılan durumlar, teminat mektubunun metninden kaynaklanan defi ve itirazlar sınırlı sayıda olmayıp, örnek olarak verilmiştir. Bu nedenle, teminat mektubu metninden anlaşılabilen başka itirazlar da söz konusu olursa, banka bu defi ve itirazları da ileri sürebilecektir.

⁷²⁴ Aral, a.g.e., s.198

⁷²⁵ Arkan, Teminat Mektubu, s.72

b.Bankanın Kişisel Defileri

Banka, garanti sözleşmesinden kaynaklanan kişisel defilerini muhataba karşı ileri sürmek hakkına sahiptir⁷²⁶. Banka teminat mektupları, hukuki nitelikleri itibariyle garanti sözleşmesidir. Her sözleşmenin kuruluşunda olduğu gibi, banka teminat mektuplarına ilişkin sözleşmenin kuruluşunda da, tarafların iradesini sakatlayan hallerin mevcut olmaması gereklidir. Bu tür bir neden söz konusu ise, banka muhataba ödeme yapmaktan kaçınabilecektir⁷²⁷.

Garanti sözleşmesi, tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olduğundan, bankanın iradesinin hata, hile, ikrah gibi sebeplerle sakatlanmasının önem taşıdığı, muhatap, garanti sözleşmesi ile herhangi bir yükümlülük altına girmediğinden, iradesinin sakatlanmasının pratikte bir önem taşımadığı savunulmuştur⁷²⁸.

İrade sakatlanması kapsamında değerlendirilemeye de, banka tarafından ileri sürülebilecek defilerden bir tanesi olan “takas” da bu başlık altında incelenecektir.

aa.Yanılma

“Yanılma” başlığını taşıyan TBK m.30’a göre, sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşmeyle bağlı olmaz. Yanılma halleri, TBK m.31 ve TBK m.32 ve TBK m.33’de düzenlenmiştir.

Banka, garanti sözleşmesinin kurulması aşamasında, yasada sayılan hallere uyacak şekilde esaslı bir hataya düştüğü inancında ise, “hata” sebebine dayanarak ödeme yapmaktan imtina edebilir.

Ancak, TTK m.18/f.II’deki düzenleme gereği, her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir⁷²⁹. Tacirler için öngörülen bu “*basiretli hareket etme*” ölçütü, bankalar açısından daha da ağırlaştırılmış şekilde söz konusudur⁷³⁰. Bu nedenle, banka tarafından “hata” sebebiyle sözleşmenin

⁷²⁶ Akyazan, Sıtkı, Sorunlar, s.569:“*Bununla beraber, banka sırf kendisine ait defilerle mektup bedelini ödemekten imtina edebilir.*”; Aral, Fahrettin, Hukuki İlişki, s.198;

⁷²⁷ Arkan, Teminat Mektubu, s.71

⁷²⁸ Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler, s.168

⁷²⁹ Yarg.11.HD, 12.01.2015 T., 2014/15412 E., 2015/50 K.

⁷³⁰ Trabzon As.Huk.Mah. 20.05.2014 T., 2011/34 E., 2014/178 K. (Yerel Mahkeme’nin kararı, Yargıtay aşamasında eksik inceleme sebebiyle bozulmuştur.)

geçersizliğinin talep edilmesi, tacir olmaya kişilere ve hatta tacirlere göre daha güç hale gelmektedir.

Yanılan taraf, yanılmayı öğrendiği andan itibaren 1 yıl içerisinde sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirmek zorundadır, aksi takdirde sözleşmeye onay vermiş sayılır⁷³¹.

bb.Aldatma

Aldatma (hile), bir kimseyi bir irade beyanında bulunmaya, özellikle de sözleşme yapmaya sevk etmek için, onda kasten hatalı bir kanaat uyandırma veya gerçekte mevcut olan hatalı bir kanaati koruma ve sürdürmedir⁷³². Hilenin susma yolu ile de yapılabileceği belirtilmiştir⁷³³.

Hile, TBK m.36'da düzenlenmektedir. Maddedeki düzenlemeye göre, taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. f.II'deki düzenlemeye göre ise, üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi ya da bilecek durumda olması halinde, sözleşmeyle bağlı değildir.

TBK m.36'daki düzenlemeye istinaden, banka hileli bir işlem neticesinde teminat mektubu vermiş ise, yanılması esaslı olarak kabul edilmese dahi, vermiş olduğu teminat mektubu ile bağlı olmayacaktır⁷³⁴.

Kural olarak, mevcut ve geçerli bir sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi, bu sözleşmenin akıbeti ya da sözleşmeden doğan borçların zamanında ve gereği gibi ifası ile ilgilenmez⁷³⁵, bu kapsamda da, üçüncü kişinin hilesi, sözleşmenin geçerliliğine etki etmez ve hileye uğrayan taraf sözleşme ile bağlı kalmaya devam eder⁷³⁶. Ancak muhatap, lehtar ya da bir başka üçüncü kişi tarafından yapılan hileyi, sözleşmenin yapıldığı sırada biliyor ya da bilecek durumda ise, bu durumda da bankanın garanti

⁷³¹ Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.258

⁷³² Canbolat, Ferhat, Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve Kontrgarantiler, s.173

⁷³³ Yıldırım, M.Fadil, Borçlar Hukuku'na Göre Sözleşmenin Kuruluşunda Hile, Ankara 2002, s.99

⁷³⁴ Arkan, Teminat Mektubu, s.71; Canbolat, a.g.e., s.173; Aral, Armağan, s.196

⁷³⁵ Barlas, Başkasının Sözleşme İlişkinine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk, s.429

⁷³⁶ Canbolat, a.g.e., s.174

sözleşmesi ile bağlı olduğu düşünülemez ve banka, teminat mektubu ile ilgili ödeme talebini reddedecektir.

cc.Korkutma

İkrah, hukuka aykırı şekilde yapılan tehditle, istenilen irade beyanında bulunmadığı durumda, bir kimsede bir kötülüğe maruz kalacağı kanaati uyandırılması, o kimsenin korkutulmasıdır.

Korkutmada bulunan, sözleşmenin diğer tarafına, bir hukuki işlemi yapmaması durumunda kendisinin veya yakınlarından birisinin bir zarara uğrayacağı bildirilmektedir⁷³⁷.

Bir özel hukuk tüzel kişisi olan bankanın korkutulması, bankanın değil yetkili organının korkutulması anlamına gelmektedir. Örneğin, teminat mektubu banka şube müdürünün korkutulması neticesinde alınmış ise, banka bu teminat mektubundan dolayı sorumlu olmadığını ileri sürebilecektir⁷³⁸.

dd.Takas

Takas, *“iki kişi arasında aynı cinsten, karşılıklı ve muaccel borçların, taraflardan birisinin tek taraflı beyanı ile sona erdirilmesidir.”* şeklinde tanımlanmaktadır⁷³⁹.

Takas, TBK m.139-145 arasında düzenlenmiş bulunmaktadır.

Hukuki niteliği itibariyle takas, bozucu yenilik doğuran bir haktır, karşı tarafın takas beyanını kabul etmesine gerek yoktur ve takas beyanının sonuç doğurması için dava açılması da gerekli değildir⁷⁴⁰.

Banka, muhataba karşı sahip olduğu kişisel defiler kapsamında, başka bir ilişkiden dolayı muhataba karşı sahip olduğu alacağı, teminat mektubundan doğan borcu ile takas edebilecektir⁷⁴¹.

⁷³⁷ Canbolat, s.174

⁷³⁸ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.291

⁷³⁹ Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, s.327; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.182

⁷⁴⁰ Hatemi/Gökyayla, a.g.e., s.30;

⁷⁴¹ Arkan, Teminat Mektubu, s.75

Bankanın, teminat mektubuna ilişkin ödeme talebine karşı takas defini ileri sürülebilmesi için, takas edilecek karşılıklı, aynı nitelikte, muaccel ve dava edilebilir bir alacağın bulunması gereklidir. Ayrıca, takas definin ileri sürülebilmesi, yasayla ya da tarafların yapmış olduğu sözleşmeyle ortadan kaldırılmamış olmalıdır⁷⁴².

Takas ile ilgili olarak dikkat edilmesi gereken husus, bankanın, lehtarın muhataba karşı olan borçları dolayısıyla ve bu borçlardan dolayı, muhataba karşı takas beyanını ileri süremeyeceğidir. Sözleşmenin nisbîliği ilkesi gereği, tarafların yapmış oldukları bir sözleşme kural olarak sadece sözleşmenin tarafları arasında etkili olur ve üçüncü kişilere sirayet etmez. Bu nedenle de “*alacaklı, borç ilişkisinden doğan nisbî hakkını sadece borçluya karşı ileri sürebilir, edimin ifasını sadece borçludan talep edebilir ve bu nisbî hakkın ihlalinden dolayı da yalnızca borçluyu sorumlu tutabilir*”⁷⁴³.

Lehtarın muhataptan olan alacağını bankaya temlik etmesi halinde de banka, lehtardan temlik almış olduğu alacak ile ilgili olarak muhataba karşı takas beyanında bulunamaz⁷⁴⁴.

Bankanın teminat mektubu düzenlemekle muhataba karşı olan alacakları takas definden vazgeçmiş sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışılmıştır. Banka, teminat mektubu düzenlemekle, muhataba karşı karşılıklı alacaklarını takas definden vazgeçmiş sayılmaz⁷⁴⁵.

c.Kişisel Defilerde Dikkat Edilmesi Gereken Süre ve Beyan Zorunluluğu

Her ne kadar, hata, hile ve ikrah hallerinde, bankanın sayılan gerekçeler ile teminat mektubundan dolayı sorumlu olmadığı söylenmekte ise de, tüm bu hallerde dikkat edilmesi gereken husus, TBK m.39’daki düzenlemedir. Zira;

Yanılma veya aldatma sebebiyle ya da korkutulma sonucunda sözleşme yapan taraf, yanılma veya aldatmayı öğrendiği ya da, korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı andan başlayarak bir yıl içinde sözleşme ile bağlı olduğunu bildirmez veya verdiği şeyi geri istemezse, sözleşmeyi onamış sayılır.

⁷⁴² Topuz, Gökçen/Topuz,Seçkin, Takasın Davada İleri Sürülmesi, AÜHFD, C.57, S.3, s.719

⁷⁴³ Başalp, Sözleşmenin Nisbîliği, s.442

⁷⁴⁴ Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, s.66; Coşkun, Hilal Yener, Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, s.261; Canbolat, s.183

⁷⁴⁵ Reisoğlu, a.g.e., s.66; Coşkun, Hilal Yener, a.g.e., s.261; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.186

Bu nedenle banka, hata veya hileyi öğrendiği ve korkutmanın etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren bir yıl içinde teminat mektubu ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirmedeği takdirde, teminat mektubu ile bağlı olacak ve teminat mektubu ilk düzenlendiği tarihten itibaren geçerli bir teminat mektubu gibi işlem görecektir⁷⁴⁶.

Ayrıca, hata, hile ve ikrah birer defî olarak kabul edildiğinden, bu üç halin varlığı halinde, banka tarafından ileri sürülmesi gerekmekte olup, hakim tarafından resen dikkate alınmaları söz konusu olmayacaktır⁷⁴⁷.

d.Muhatabın Ödeme Talebinin Hakkın Kötüye Kullanılması Halini Oluşturması

Banka, muhatabın ödeme talebini yukarıdaki gerekçelerle reddedebileceği gibi, muhatap tarafından yapılan talebin hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmesi halinde de ödeme yapmayı reddedecektir.

Medeni Kanun'un 2. maddesi,

Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

düzenlemesini içermektedir.

Maddenin birinci fıkrası uygulamada dürüstlük kuralı, ikinci fıkrası ise hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak bilinmektedir.

Muhatabın ödeme talebinin, hakkın kötüye kullanıldığı anlamına geldiği hallerde, bankanın ödeme yükümlülüğünün doğmayacağı ve bankanın, bu gerekçe ile ödeme talebini reddetmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁷⁴⁸.

Banka, özellikle “ilk talepte ödeme” kayıtlı teminat mektuplarında, muhatabın ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması anlamına gelip gelmediğini değerlendirirken son derece ihtiyatlı olmalıdır. İlk talepte ödeme kayıtlı teminat mektupları açısından ilke “*önce öde sonra dava et*” olarak kabul edilmektedir⁷⁴⁹. Zira bankanın bu tür teminat mektupları ile ilgili inceleme yükümlülüğü, muhatabın

⁷⁴⁶ Oğuzman-Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.1, 12. Bası, İstanbul 2014, s.183

⁷⁴⁷ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.75; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Medeni Usul Hukuku, 12. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s.351

⁷⁴⁸ Doğan, Banka Teminat Mektupları, s.81; Canbolat, İhtiyati Tedbirler, s.215

⁷⁴⁹ Arkan, Hukuki Durum, s.63; Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları, s.269; karşı görüş için bkz. Kaya, İhtiyati Haciz, s.269:“kanaatimizce, ilk yazılı talepte ödeme şeklinde bir garanti taahhüdü de söz konusu olsa, sorunun

kimliğinin tespiti ve eğer teminat mektubunda bir takım belgelerin de ödeme talebine eklenmesi kararlaştırılmış ise, ibraz edilen belgeleri makul bir özenle inceleyerek, dış görünüşleri itibariyle garanti sözleşmesinde belirtilen koşullara uygun olup olmadığını saptamaktır ⁷⁵⁰. Bu nedenlerle, banka, hakkın kötüye kullanıldığı gerekçesi ile ödeme talebini reddedecek ise, ancak elinde bu kötüye kullanımı herhangi bir duraksama olmadan kanıtlayacak likit kanıtların mevcudiyeti halinde ödeme talebini reddetmelidir.

⁷⁵⁰ Arkan, a.g.m., s.68

SONUÇ

Banka teminat mektuplarının ödeme istemiyle ibrazı, banka, lehtar ve muhatabın hukuki çıkarlarını etkileyen bir safhadır. Ancak, banka teminat mektubunun ödeme istemi ile ibrazına kadar, özellikle banka teminat mektuplarına ilişkin yasal düzenleme yokluğundan kaynaklanan sorunların devam etmekte olduğuna değinmek gerekir.

1-) Banka teminat mektupları, ticari hayatta oynadıkları önemli role rağmen pozitif bir düzenlemeye tabi tutulmamış olmaları, bu husustaki ihtiyacın doktrin ve yargı kararları ile giderilmeye çalışılmasının, yasa koyucunun bilinçli bir tercihini yansıttığı olduğu değerlendirilmektedir. Zira, sadece ülkemizde değil, karşılaştırmalı hukukta da banka teminat mektuplarının yasal düzenlemeye tabi tutulmayarak bu alanın doktrin ve yargı kararlarına bırakılmış olması, yasa koyucunun diğer hukuk sistemlerini de gözeterek bilinçli bir tercih ile banka teminat mektuplarına ilişkin bir yasal düzenleme yapmadığını düşündürmektedir.

2-) TBK m.603 ile hukuk sistemimize getirilen ve gerçek kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmelerinin de kefaletin tabi olduğu şekil şartlarına tabi olacağını belirten düzenleme ile, garanti sözleşmesi hiç olmazsa gerçek kişiler açısından bir yasal düzenlemeye tabi hale gelmiştir. Maddede yer alan düzenlemedeki “gerçek kişiler” vurgusu sebebiyle, bu maddenin tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmelerine uygulanmasının mümkün olmadığı açıktır, madde gerekçesine bakıldığında, orada da TBK m.603’deki düzenlemeden tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmelerinde de istifade edilebileceği sonucunu çıkarmak mümkün değildir. Bu itibarla, tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmelerinin ve bu kapsamda banka teminat mektuplarının halen yasal bir düzenlemeye tabi olmadıklarını söylemek gerekir.

Genelde garanti sözleşmeleri ve özelde de banka teminat mektuplarının yasal düzenlemeye tabi olmaları gerektiği, konu ile ilgili bilimsel çalışmalarda 40 yılı aşkın bir süredir dile getirilmektedir. Aradan geçen süreye rağmen, tüzel kişilerin taraf oldukları garanti sözleşmeleri ve banka teminat mektupları açısından yasal bir düzenlemenin yapılmamış olması, yukarıda da belirtildiği üzere, kanun koyucunun bilinçli bir tercihini işaret ediyor olmalıdır. Yine de, özellikle banka teminat mektupları konusunda yasal düzenlemenin bir an evvel yapılmasının, ekonomik hayatta hem kamu

ve hem de özel sektör açısından fevkalade bir rol oynamakta olan banka teminat mektupları ile ilgili olarak uygulamada ortaya çıkan ihtilafları önlemek açısından faydalı olacağı yönündeki görüşümüzü, bu yöndeki görüşümüzün tespiti açısından, ifade ediyoruz.

3-) Banka teminat mektuplarının istisnasız olarak garanti sözleşmesi olarak kabul edilmesinin, bizzat konuyu Türk hukuku açısından sonuca bağlayan İçtihadı Birleştirme Kararı'na aykırılık teşkil etmekte olduğu ve bu nedenle, hukuksal bir ihtilafın doğması halinde, banka teminat mektubu metninin garanti sözleşmesi mi yoksa kefalet niteliğinde mi olduğunun, teminat mektubu metninin incelenmesi suretiyle ve her bir olay özelinde farklı farklı değerlendirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz. Banka teminat mektubunun, bu teminat mektubunu veren banka tarafından “*kefil olma kastı ile*” hazırlanmış olması halinde, TBK’da düzenlenen kefaletle ilişkin şekil şartlarına uygun olarak yapılması gerekeceği ve aksi halde kefalet sözleşmesinin geçersiz olacağı, banka teminat mektubunun kefalet sözleşmesi olarak kabul edilmesi halinde, banka teminat mektubunun metninde defî ve itiraz haklarından feragat edilmemiş olması halinde, lehtara ait defî ve itirazların banka tarafından da ileri sürülebileceği ortadadır. Bu itibarla da, banka tarafından hazırlanmış olan teminat mektubu ile ilgili bir hukuki ihtilafın ortaya çıkması halinde, içtihadı birleştirme kararında da bahsedildiği gibi, teminat mektubunun metni incelenmeli ve banka teminat mektubunun kefalet sözleşmesi olduğuna hükmedilmesi halinde, yasal düzenlemeye uygun olup olmadığı öncelikle denetlenmelidir.

4-) Banka teminat mektuplarının, doğrudan muhataba değil de muhataba ulaştırılmak üzere lehtara teslim edilmesinin, uygulamada pek çok soruna sebebiyet verdiği görülmektedir.

Teknolojinin ilerlemesi ile birlikte, ticari hayatta suiistimali engelleyecek pek çok gelişme, hukuksal olarak da kullanılabilir imkanlar yaratmaktadır. Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Kredi Kayıt Bürosu A.Ş. arasında imzalanan ve 18.03.2015 tarihinde yürürlüğe giren protokol, teknolojik alandaki gelişmelerin hukuksal alanda kullanılmasına güzel bir örnek oluşturmaktadır. Banka teminat mektuplarının teyidi ile ilgili olarak kurulan bu sistemin, tüm bankacılık sektörünü içine alacak şekilde yaygınlaştırılması son derece faydalı olacaktır. Teminat mektubunun, bu mektubu

düzenleyen banka tarafından, teknolojik imkanlar kullanılmak suretiyle doğrudan muhataba ulaştırılması, özellikle resmi kurumlara hitaben verilen banka teminat mektupları ile ilgili olarak uygulamada karşılaşılan suiistimallerin ve olası kamu zararlarının engellenmesinde faydalı olacaktır.

5-) Banka teminat mektuplarının muhataba ulaştırılması ve bunun süresi hususları ile ilgili olarak yasa koyucu tarafından bir yasal düzenleme yapılmasına karar verilmesi halinde, teminat mektubunun muhataba ulaştırılması sorumluluğunun kimde olduğu ve bu sorumluluğun, taraflarca aksi kararlaştırılabilecek olmakla birlikte, azami ne kadar süre içerisinde yerine getirilmesi gerektiğinin yasal düzenlemeye bağlanmasının, sözleşmenin kurulmasına ve hükümlerini ifade etmesine ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçebileceği düşünülmektedir.

6-) Banka teminat mektupları ile ilgili pozitif bir düzenleme bulunmaması, en önemli etkilerini teminat mektubunun ibrazı ve ödeme aşamasında göstermektedir. Ödeme talebi nasıl olmalıdır, Gümrük Yönetmeliği ekindeki örnek teminat mektuplarında olduğu gibi, teminat mektubunun metninde “yazılı talepte bulunulması” yönünde bir açıklama yoksa, bu durumda muhatap tarafından yapılan ödeme talebinin sözlü olması halinde de banka açısından bir ödeme yükümlülüğü oluşacak mıdır? Bu soruya kolaylıkla hayır yanıtını vermek mümkün değildir zira banka ile muhatap arasındaki görüşmenin kayıtlı telefonda yapılması durumunda, muhatabın ödeme talebinde bulunduğunu, bunun tarihini ve içeriğini tespit eden ve HMK gereği belge niteliğini taşıyan kayıt mevcut bulunmaktadır.

Banka teminat mektuplarının metinlerinde, ödeme talebinin “yazılı” olarak yapılmasına ilişkin kaydın mevcudiyeti, bankalar açısından pek çok hukuki ihtilafın önüne geçilebilmesi açısından önem arz eder, bu itibarla, olası bir yasal düzenlemede, banka teminat mektuplarına ilişkin ödeme talebinin “yazılı” olmasının yasal bir zorunluluk haline getirilmesinin uygun olacağı kanaatindeyiz.

7-) Bankalar, şubeleri ile birlikte bir bütün olarak tüzel kişiliği haizdirler. Bu nedenle, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, bankanın herhangi bir şubesine teminat mektubunun ibrazı ve ödeme talebinde bulunulabilmesi mümkün kabul edilmelidir. Günümüzde, teknolojik imkanların geldiği seviye göz önünde bulundurulduğunda,

farklı yerlerdeki şubeler arasındaki iletişim güçlüğünden bahisle, teminat mektubunun ancak o mektubu veren şubeye ibraz edilebileceğini söylemek, banka teminat mektuplarının ticari hayata getirmiş olduğu kolaylık ile bağdaşmamaktadır. Ancak, teminat mektubunu veren şube dışında başka bir şubeye ödeme talebi ile başvurulması durumunda, bankanın daha tedbirli olması ve ibraz edilen belgenin incelenmesi hususunda daha özenli davranması gerekecektir.

8-) Banka teminat mektuplarının, ödeme istemiyle ibrazı sırasında, bankanın ödeme talebini ve ibraz edilen belgeleri özenli bir şekilde inceleme yükümlülüğü vardır. Ancak, gerek doktrinde ve gerekse uygulamada, bankanın bu inceleme yükümlülüğünü ne kadar sürede ifa etmesi gerektiği ile ilgili bir görüş birliği yoktur. İlk yazılı talepte ödeme kaydını havi teminat mektuplarında muhatapın ödeme talebi ile bankanın ödeme borcunun muaccel olduğu, şartlı teminat mektuplarında ise biraz daha uzun bir sürenin söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, hangi tür teminat mektubuna ilişkin ödeme talebi geldiğinde ne kadar süre içinde bankanın incelemesini bitirip ödeme yapması gerektiği ya da muhataba olumsuz yanıt vermesi gerekeceği belirsizdir. Özellikle, banka teminat mektuplarından kaynaklanan alacağın ödenmesine mani olacak ihtiyati tedbir kararları söz konusu olduğunda durum büyük önem arz etmektedir. Bu nedenle de, banka teminat mektupları ile ilgili olarak yapılması muhtemel yasal düzenleme içerisinde, bankanın ödeme talebi ile ilgili azami sürenin tespitine de yer verilmesi uygun olacaktır, doktrinde belirtilen “*makul süre*” kriterinin, sorunun çözümüne katkı sağlamaktan uzak olduğu değerlendirilmektedir. Banka teminat mektupları ile ilgili olarak yapılacak olası bir yasal düzenlemede, bankanın inceleme yapabileceği sürenin kesin olarak tespiti ve sınırlandırılmasının ve bu süre içerisinde ödeme talebine, sebebini de belirtmek sureti ile olumlu ya da olumsuz mutlaka bir yanıt vermesi gerektiği, eğer bu süre içerisinde yanıt vermez de sürenin bitiminden sonra bir ihtiyati tedbir kararı ibraz edilecek olursa, ihtiyati tedbir kararını getiren tarafın yargılama neticesinde haksız çıkması halinde, banka açısından tespit edilecek olan inceleme süresinin bitiminden itibaren bankanın faiz ödeme yükümlülüğü altında olmasının hakkaniyete uygun olacağını düşünüyoruz.

9-) Banka teminat mektuplarının ödeme istemiyle ibrazı aşamasında, banka teminat mektubunun aslının mutlaka ödeme talebine eklenmesi gerekliliği de yasal düzenleme

içerisinde yer almalıdır. Ödeme talebine teminat mektubunun aslının eklenmesinin zorunlu olup olmadığına ilişkin çelişkili Yargıtay kararları mevcuttur. Uygulamada kimi bankaların, boş teminat mektubu kağıtları üzerine güvenliği arttırmak üzere hologram, vb. işlenmesi gibi uygulamalarda buldukları görülmektedir. Banka teminat mektubunun ödeme istemine eklenmesi, banka tarafından yapılacak inceleme sırasında, ibraz edilen teminat mektubunun gerçekliğinin tespitinde kolaylık sağlayacak ve suiistimallerin önüne geçilmesine yardımcı olacaktır. Ayrıca banka tarafından risk çıkışının yapılabilmesi işlemi de daha kolaylıkla yapılabilecek zira risk çıkışının yapılabilmesi için muhataptan alınacak bir ibraya ihtiyaç duyulmayacaktır.

10-) Teknoloji baş döndürücü bir süratle ilerlemektedir. Hukuk düzeninin, teknolojinin değişim hızına ayak uydurmasının mümkün olmadığı tabiidir. Ancak hukuk sistemi, teknolojinin nimetlerinden istifade etme imkanını ısrarla zorlamalıdır. Banka teminat mektuplarının sadece teyidi değil, teminat mektuplarının muhataba ulaştırılmasında da teknolojiden istifade edilmesi elzemdir. Zira, mevcut uygulamada banka, garanti sözleşmesi akdettiği tarafı bilmemekte, ayrıca hazırladığı teminat mektubunu muhataba iletilmek üzere lehtara vermek suretiyle, sözleşmenin kurulmasını da belirsiz bir vadeye ertelemiş olmaktadır. Oysa, yapılacak bir yasal düzenleme ile oluşturulacak teknik alt yapının, teminat mektubu talep eden lehtarın, teminat mektubunun verileceği muhatapın ve bankanın, geniş anlamda teminat mektubu ilişkisini elektronik ortam üzerinden yürütmesini mümkün kılması ve teminat mektubu hazırlanması ve teslimine ilişkin işlemlerin çok daha süratli ve suiistimale fırsat vermeyecek şekilde yapılmasını temin etmesi mümkündür.

KAYNAKÇA

AKİPEK, Jale

AKINTÜRK, Turgut

KARAMAN

Derya Ateş : Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku
Birinci Cilt, Beta Yayınevi, Yenilenmiş 11. Baskı,

AKKANAT,

Halil : Temsilci Aracılığıyla Teminat Sözleşmesi Akdedilebilir mi?
Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, XII Levha Yayıncılık,
İstanbul, 2010, s.55-67

AKYAZAN, Sıtkı : Banka Teminat Mektupları, Batider, 1969, C:V, S:1,
s.16-33

AKYAZAN, Sıtkı : Tatbikatta Banka Teminat Mektuplarının Ortaya Çıkardığı
Çeşitli Sorunlar, Batider, 1974, C:VII, S:3, s.567-569
(Akyazan, Sorunlar)

AKYAZAN, Sıtkı : Teminat Mektuplarında Zamanaşımı, Batider, 1975, C:VIII,
S.1, s.1-13 (Akyazan, Zamanaşımı)

AKYOL, Şener : Banka Sözleşmeleri, Ord.Prof.Dr.Kemaleddin Birsen'e
Armağan, İstanbul, 2001

AKYOL, Şener : Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık,
İstanbul, 2008

ALTIOK, Akın;

EREM, Faruk : Kontrgarantiye Müstenit Teminat Mektubu Muamelelerinin
Bankalar Kanunu Muvacehesindeki Durumu, Batider, 1967,
C:IV, S:1, s.105-108

ARAL, Fahrettin : Teminat Mektuplarında Lehdar İle Muhatap ve Lehtar İle
Banka Arasındaki Hukuki İlişki, Batider, 2007, C:XXIV,
S: 2, s.189-198 (Aral, Hukuki İlişki)

ARAL, Fahrettin : Doğrudan Doğruya Garantilerde Banka İle Muhatap
Arasındaki Hukuki İlişki, Prof.Dr. Ali Naim İnan'a Armağan
Ankara, 2009 (Aral, Armağan)

- ARKAN, Sabih** : Teminat Mektubu Veren Bankanın Hukuki Durumu, Batider, 1992, C:XVI, S:4, s:59-84 (Arkan, Hukuki Durum)
- BAĞCI, Ömer** : Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği ve Uygulama Sorunları, Legal Hukuk Dergisi, Yıl:2, S:15, s.697-716
- BARLAS, Nami** :Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, İstanbul, 1986
- BARLAS, Nami** : Başkasının Sözleşme İlişkisine Müdahale Sebebiyle Sorumluluk, Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, XII Levha Yayıncılık İstanbul, 2010, s.415-440
- BARLAS, Nami** : Kredi Kartı İlişkisinde Bankaya Karşı Verilen Kişisel Teminatın Niteliğinin Belirlenmesi, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C:II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s.937-s.989 (Barlas, Kişisel Teminatın Niteliği)
- BAŞALP, Nilgün** : Sözleşmenin Nisbîliği İlkesi İle Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Beraberinde Getirdiği Sonuçlar Karşısında Sözleşmenin Üçüncü Kişiye Etkisi: Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kuramı İle Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi Teorisi Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Prof.Dr.Rona Serozan'a Armağan, XII Levha Yayıncılık, İstanbul, 2010, s.441-472 (Başalp, Sözleşmenin Nisbîliği)
- BAŞARA, İzzet** : Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, S:83, 2009
- CANBOLAT, Ferhat:** Banka Garantisinde Savunma İmkanları ve İhtiyati Tedbirler Ankara, 2009 (Canbolat, İhtiyati Tedbirler)
- COŞKUN, Hilal Yener:** Banka Teminat Mektuplarında İlgililerin Hak ve Borçları, İstanbul, 2012 (Coşkun, İlgililerin Hak ve Borçları)
- ÇELİK, Esra Ulutaş** : Garanti Sözleşmeleri, Ankara, 2014, AÜHF, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi
- ÇETİN, Abdurrahman;**
- DİNÇ, Yusuf** : Türkiye'de Teminat Mektupları, Uygulamalar ve Hukuki Sorunlar, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C:V, S:9

- ÇINAR, Ömer** : Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2013
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009 (Develioğlu, Garanti Sözleşmeleri)
- DEVELİOĞLU Hüseyin Murat** : Takas, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012
- DOĞAN, Elif** : Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Bahçeşehir Üniversitesi, 2010, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi,
- DOĞAN, Vahit** : Banka Teminat Mektupları, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, Ankara, 2011
- DOĞAN, Vahit** : Mücbir Sebeplerin Teminat Mektubuna Etkisi, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, Makaleler, İstanbul, 2011, s.133-151
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, 14. Baskı Ankara, 2012
- ERYÜREK, Sevgi** : Kambiyo Yönünden Banka Garanti Mektupları, Ankara, 1974 (Eryürek, Kambiyo)
- ERTAN, Füsun Nomer ;**
- HELVACI, Mehmet;**
- KAYA, Arslan ;**
- KENDİGELEN, Abuzer ;**
- ÜLGEN, Hüseyin** : Ticari İşletme Hukuku, XII Levha, 8. Tıpkı Bası, İstanbul 2015
- FERENDECİ, Özden Özkaya** : Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C:XVI, Özel Sayı, İzmir, 2015, s.813-830

Göksu, Mustafa : Hukuk Muhakemelerin Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu, Prof.Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:XVI, Özel Sayı, İzmir, 2015, s.1253-1273

GÖZÜTOK,

Zeki : Faiz Hukuku, Bilge Yayınevi, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Ankara 2015

GÜLER,

Muhammet Ali : Teminat Mektuplarının Paraya Çevrilmesi, AÜHF, 2011, Yüksek Lisans Tezi

GÜMÜŞ,

Mustafa Alper : Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Vedat Kitapçılık, 3. Bası İstanbul, 2014

HATEMİ, Hüseyin;

GÖKYAYLA, Emre : Borçlar Hukuku Genel Bölüm 3. Bası, İstanbul 2015

HELVACI, Mehmet;

KAYA, Arslan ;

KENDİGELEN,

Abuzer ;

ÜLGEN, Hüseyin : Kıymetli Evrak Hukuku, XII Levha, 8. Tıpkı Bası, İstanbul 2013

HAZNEDAR, İ.Murat: Banka Teminat Mektupları, (Garanti Sözleşmesi – Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt), Legal Hukuk Dergisi, C:1, S:1, s.77-81

KAHYAOĞLU,

Emin Cem : Banka Garantileri, Doktora Tezi, İstanbul, 1995

KARAYALÇIN,

Yaşar;

YONGALIK, Aynur : Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Banka Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2008

- KAYA, Arslan** : İlk Yazılı Talepte ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Makalelerim I, Beta Yayınları, İstanbul, 2012
(Kaya, Hakkın Kötüye Kullanılması)
- KAYA, Arslan** : İlk Yazılı Talepte Ödeme Kayıtlı Garantilerde İhtiyati Tedbir Ve İhtiyati Haciz, Makalelerim I, Beta Yayınları, İstanbul 2012
(Kaya, İhtiyati Haciz)
- KAYAK, Sevgi** : İsviçre Federal Mahkemesi'nin 26 Nisan 2007 Tarihli, 4c.24/2007 Sayılı Kararının Çevirisi : Garanti Sebebiyle Mütessesil Borçluluk, Prof.Dr.Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011 (Kayak, Armağan)
- KAYAK, Sevgi** : Üçüncü Kişinin Fiilini Taahhüt, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010
- KOCAMAN, Arif B.** : Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği Üzerine, Batider, 1990, C:XV, S:3, s.49-64
- KENDİGELEN, Abuzer** : Hukuki Mütalaalar, C:X, İstanbul 2012, s.301-357
- KENDİGELEN, Abuzer** : Çek Hukuku, Arıkan Yayınları, 3. Tıpkı Bası, İstanbul 2006
- KURU, Baki** : Teminat Alacakları İçin İlamsız İcra Takibi Yapılması, Batider, 1976, C:VIII, S.3, s.33-40
- KURU, Baki** : İ.İ.K.89. Maddesinde Yapılan Değişiklikler, Bankacılar Dergisi, S.47, s.59-82
- KURU, Baki** : İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Tamamen Yeniden Yazılmış Ve Genişletilmiş İkinci Baskı, Adalet Kitabevi, Ankara, 2013
- MOROĞLU, Erdoğan:** Makaleler I, 2. Tıpkı Bası, İstanbul, 2001
- OĞUZMAN, Kemal;**
- ÖZ, Turgut** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C:I, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014

- ÖZEN,**
Burak : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, Genişletilip Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul, 2014 (Özen, Kefalet Sözleşmesi)
- OMAĞ, Semra** : Banka Teminat Mektuplarının Mahiyetleri ve Hükümleri, Batider, 1971, C:VI, s.325-342
- ÖZEN, Burak** : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, Genişletilip Güncelleştirilmiş 3. Bası
- ÖZEKES,**
Muhammet : İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009
- PEKCANITEZ,**
Hakan;
ÖZEKES,
Muhammet;
ATALAY, Oğuz : Medeni Usul Hukuku, 12.Bası Yetkin Yayınları, Ankara 2011
- POROY, Reha;**
TEKİNALP, Ünal : Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, Gözden Geçirilmiş 21.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013
- REİSOĞLU, Seza** : Garanti Sözleşmesi ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, Ankara Hukuk Fakültesi, Ellinci Yıl Armağanı, Ankara, 1977 s.335-357 (Reisoğlu, Armağan)
- REİSOĞLU, Seza** : Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara, 2003 Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Baskı
- REİSOĞLU, Seza** : Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2007
- REİSOĞLU, Seza** : Banka Teminat Mektubu Uygulamalarında Ortaya Çıkan Başlıca Sorunlar, Bankacılar Dergisi, 2002, S.43, s.94-100
- SEROZAN,**
Rona : Sözleşmeden Dönme, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, Gözden Geçirilmiş 2. Bası

SOMUNCUOĞLU,

Ünal : Teyit Mektubu İle İlgili Bazı Sorunlar, BATİDER, 1975,
C:VIII, S.2, s.31-36

SOMUNCUOĞLU,

Ünal : Bir Yargıtay Kararı İncelemesi ve Banka Teminat
Mektupları, BATİDER, 1975, S.1, s.169

ŞİT, Başak : Türk Hukukunda Banka Kredisi Kavramı ve Buna Bağlı
Sonuçlar, Batider, Ankara, 2011 (Şit, Banka Kredisi Kavramı)

TANDOĞAN, Haluk: Bankaların Akdi Bir Mükellefiyetin Yerine Getirilmesi İçin
Verdikleri Teminat Mektupları Yüzünden Muhataba Ödemede
Bulunmaları Halinde Lehbara Rücu Edebilmeleri Meselesi
Hakkında, Batider, 1970, C:V, S:4, s:655-662

TANDOĞAN, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C:II, İstisna (Eser) ve
Vekalet Sözleşmeleri, Vekaletsiz İş Görme, Kefalet ve
Garanti Sözleşmeleri, (Tandoğan, Özel Borç İlişkileri)

TANRIVER, Süha : Noterlik Hukukuna İlişkin İncelemeler (1993-2011)
Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s.15-22

TEKİNALP, Ünal : Banka Hukuku'nun Esasları, İstanbul 2009, Yeniden
Yazılmış 2. Baskı

TEKİNAY/AKMAN/

BURCUOĞLU/ALTOP: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993

TEOMAN, Ömer : Teminat Mektubunu Teyit Eden Bankanın Hukuki
Sorumluluğu, Otuz Yıl Ticaret Hukuku-Tüm Makalelerim
C:II, s.319-366 (Teminat Mektubunun Teyidi)

TEOMAN, Ömer : Teminat Mektubu, Yaşayan Ticaret Hukuku, C:I,
Hukuki Mütalaalar, Kitap:7, s.215-224

TEOMAN, Ömer : Teminat Mektubu, Yaşayan Ticaret Hukuku, C:I,
Hukuki Mütalaalar, Kitap:7, s.171-178

TEOMAN, Ömer : Basiretli Bir İşadamı Gibi Davranma Yükümlülüğü,
Yaşayan Ticaret Hukuku, Hukuki Mütalaalar, Kitap:15
s.1-13

YAVUZ, Cevdet : Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 11. Bası, Beta
Yayınevi, İstanbul 2012

- YILDIZ, Şükrü** : Doğrudan Doğruya İradi Temsilde Özel Temsil Yetkisi Gerektiren Haller, Makalelerim, 1988-2007, Yetkin Yayınları, Ankara, 2008, s.41-67
- YILMAZ, Ejder** : Makaleler (1973-2013) 1.Cilt, Yetkin Yayınları, Ankara 2014
- ZEREN, Yıldırım** : Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Mahiyeti ve Hacizlerinin Caiz Olup Olmadığı Meselesi, ABD, 1966, S:4, s:869, vd.