

TÜRKİYE’DE TEMİNAT MEKTUPLARI: UYGULAMALAR VE HUKUKİ SORUNLAR

*Abdurrahman ÇETİN**
*Yusuf DİNÇ***

ÖZ

Teminat mektupları, ilk defa 1927’de Bakanlar Kurulu Kararıyla Türk hukuki ve iktisadi hayatında yer almasına rağmen konuyla ilgili müstakil bir düzenleme hala mevcut değildir. Türk mali sektöründe 200 milyar TL toplam büyüklüğe ulaşan teminat mektuplarına ilişkin müstakil bir düzenleme eksikliği sebebiyle ortaya çıkabilecek risklerin azaltılamaması konunun önemini öne çıkarmaktadır. Ekonomik sistemde yaygın kullanım alanı bulunan teminat mektuplarının tarihçesi bankaların kuruluşuna götürülebilecek kadar eski olmasa da uluslar arası anlamda standart bir düzenleme ancak 1990’lı yıllardan sonra yapılmıştır.

Ülkemizde uygulama zemini genel mevzuata ve süregelen uygulamalara dayanan teminat mektuplarından doğabilecek riskler, risk yönetiminin etkinsizliğine, banka bilançolarında bozulmaya ve iflaslara varabilecek likidite sıkışıklıklarına ve güven kurumu olan bankalar için en az diğer riskler kadar önemli olan itibar ve sistemik risklerin doğmasına yol açabilecektir. Bu çalışmanın amacı; teminat mektuplarının, mevcut hukuki alt yapısının ortaya konularak tanımı, niteliği, tarafları, uygulama alanları ve zamanaşımı kavramlarının belirlenmesi ve hukuki sorunları çerçevesinde alınabilecek önlemlere ilişkin önerilerin yapılmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Teminat Mektupları, Banka, Muhatap, Lehtar, Kontrgaranti

Jel Sınıflaması: G21, K20

LETTER OF GUARANTEES IN TURKEY: APPLICATIONS AND LEGAL PROBLEMS

ABSTRACT

Even though letter of guarantees (LGs) were initially referred in the Turkish law by a cabinet decision in 1927 and subsequently experienced in the economic life, there is still not a specific legislation about letter of LGs in Turkey. The total of LGs in Turkish economy was TRL 200 billion in 2011. Therefore the magnitude of this figure justifies legislation in order to eliminate uncertainties. LGs are common in the current economic environment and the first examples can be found in the first days of banking. However, the first international standard was issued in 1990s.

* Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Bankacılık Uzmanı, acetin@bddk.org.tr

** Albaraka Türk Katılım Bankası A.Ş., ydinc@albarakaturk.com.tr

Problems stemming from LGs, whose application is based on general laws and established practices, can cause inefficiency in risk management, balance sheet deterioration, liquidity shortages that result in bankruptcies, reputation and systemic risks which are as important as other bank risks because of their damage to confidence in banks. The purpose of this paper is to define such terms about LG as; *feature, description, application area, barring*, by explaining the legal basis of LGs and to make recommendations for preventing judiciary issues.

Key words: Letter of Guarantees, Bank, Acceptor, Beneficiary, Counterguarantee

Jel Classification: G21, K20

GİRİŞ

Teminat mektupları Türk hukukunda ilk defa 1025 sayılı ve 12.03.1927 tarihli Kanun'un 1. maddesi uyarınca Bakanlar Kurulu'nca yürürlüğe giren 08.01.1928 tarih ve 6048 sayılı Kararname ile "teminatı katiye mektubu, teminatı muvakkate mektubu" şeklinde yer almıştır. Bugüne kadar teminat mektuplarının tümünde yer alan ve niteliğini belirleyen muhatabın ilk yazılı talebinde 'protesto keşide etmesine; hüküm istihsaline ve borçlunun rızasını almaya gerek olmaksızın' derhal ödeme taahhüdü ilk olarak bu metinlerde yer almıştır.

Gayrinakdi krediler banka yönünden sorumluluk kredileridir. Bu tür krediler, banka müşterilerine ne nakit ne de mal şeklinde kredi verir; sadece müşteri adına bir taahhüt altına girer ve bir garanti yüklenir. Banka tarafından düzenlenen teminat mektupları ve kontrgarantiler başta olmak üzere garanti sözleşmesinden doğan tüm yüklenimler ile bankanın verdiği kefaletten, avalden, cirodan, kabulden, akreditif teyidinden ve bu niteliği haiz yükümlülüklerden doğan krediler gayrinakdi krediler şeklinde kabul edilmektedir.¹

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun (Kanun) "**krediler**" başlıklı 48 inci maddesinde;

"Bankalarca verilen nakdî krediler ile teminat mektupları, kontrgarantiler, kefaletler, aval, ciro, kabul gibi gayrinakdî krediler ve bu niteliği haiz taahhütler, satın alınan tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette verilen ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler, tahakkuk etmekle birlikte tahsil edilmemiş faizler, gayrinakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ters repo işlemlerinden alacaklar, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler nedeniyle üstlenilen riskler, ortaklık payları ve Kurulca kredi olarak kabul edilen işlemler izlendikleri hesaba bakılmaksızın bu Kanun uygulamasında kredi sayılır.

...."

nelerin kredi sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Kanun'un 48 inci maddesi uyarınca teminat mektuplarının gayrinakdi krediler kapsamında değerlendirilmesi gerektiği açıklanmıştır. Ancak,

¹ TEKİNALP, Ünal, (2009), Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, sf. 224, İstanbul.

teminat mektubunun tanımı, unsurları ve şekil şartında neler olması gerektiğine ilişkin Kanun’da detaylı bir izaha gidilmemiştir.

Diğer taraftan, **“Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İçin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”**in (Karşılıklar Yönetmeliği) 7 nci maddesinde Genel Karşılık’a ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Yönetmeliğin 7/4 maddesinde gayrinakdi krediler arasında teminat mektupları da sayılmıştır.

“Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik” in (Sermaye Yeterliliği Yönetmeliği) 5 inci maddesi ile gayrinakdi kredilerin krediye dönüştürme oranları verilmiştir. Yönetmeliğin bu maddesine istinaden teminat mektuplarının gayrinakdi bir kredi türü olarak değerlendirildiği anlaşılmaktadır.

Yukarıda anılan her iki yönetmelikte teminat mektuplarına ilişkin açıklayıcı bilgilere yer verilmemekte, sadece gayrinakdi kredi sayılan teminat mektuplarının hesaplamada nasıl dikkate alınması gerektiği dolaylı bir şekilde açıklanmaktadır.

1967 ve 1969 yılındaki iki İçtihadı Birleştirme Kararından (İBK) ilk talepte tazmin garantisi taşıyan banka teminat mektuplarının başkasının fiilini taahhüt niteliği taşıdığı, garanti sözleşmesi oluşturduğu ve kefalet sayılamayacağı hüküm altına alınmıştır. Uygulamada İBK ile garanti sözleşmesi sayılan ve ilk talepte tazmin garantili teminat mektupları şeklinde tanımlanan garantiler için yasal bir düzenleme² bulunmamaktadır. Teminat mektuplarının unsurları, nitelikleri ve hukuki sonuçları Öğreti ve Yargıtay Kararları ile belirlenmiştir.

Bu haliyle Türk Ticaret Kanunu (TTK), Borçlar Kanunu (BK), Medeni Kanun (MK), Bankacılık Kanunu, Kamu İhaleleri Usul Kanunu (KİK), Devlet İhaleleri Usul Kanunu (DİK) gibi birçok hukuki metnin unsurları arasından varlığını sürdürecektir yasal zemine oturtulan teminat mektupları kendine özgü bir yasal düzenlemeden mahrum olup Türk Hukuk Sistemi içinde bu özelliğiyle **nevi şahsına münhasır** bir özelliğe sahiptir. Ancak, konu ile ilgili yasal düzenleme yapılmasıyla birlikte gelişen bankacılık sistemimiz risklerini daha sağlıklı yöneterek etkinliğini arttıracaktır.

1. TEMİNAT MEKTUBUNUN TANIMI

Teminat Mektubu, lehtarın muhataba karşı yüklendiği bir edimin yerine getirilmesini garanti etmek amacıyla banka tarafından muhataba hitaben verilen mektuplardır. Bankanın lehine garanti verdiği, gerçek veya tüzel kişiye “lehtar”, edimin yerine getirilmesini aksi takdirde tazminat ödemeyi taahhüt ettiği gerçek veya tüzel kişiye ise “muhatap” denilmektedir.

Teminat mektubu, yurt içinde veya yurt dışında yerleşik gerçek ya da tüzel kişiler lehine bir malın teslimi, bir işin yapılabilmesi ya da bir borcun vadesinde ödenmesi v.b. konularda, söz konusu

² BAŞARA, İzzet, (2009) Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, Sayı 83, sf. 302-303, İstanbul.

yüklenimin yerine getirilememesi halinde, belirli bir tutarın kayıtsız şartsız ödeneceğinin bir mektupla muhataba taahhüt edildiği kredi uygulamasıdır.³

Yargıtay'ın tanımına göre; teminat mektubu 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 işin tehlikelerini kısmen veya tamamen üzerine almaktadır.”

Garanti veren, garanti sözleşmesi ile lehtarın sözleşme metninde belirtilen ve muhatap için ekonomik açıdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi veya zararlı bir olayın gerçekleşmesi sebebi ile ortaya çıkabilecek riskler güvence altına alınmaktadır.⁴ Teminat mektubu muhatapın uğrayacağı muhtemel bir zararın tazmini durumunda mektupta belirtilen tutar garanti edilmekte ve ödeme yapılmaktadır.⁵ Banka müşterinin itibarına ve kredibilitesine göre müşteriden teminat almaktadır. Bankalar teminat mektubunu tanzim ederken genellikle teminat olarak blokeli mevduat, menkul, gayrimenkul rehini gibi kıymetlerde almaktadırlar. Ayrıca, itibarlı müşteriler için tek/çift imza karşılığı da tanzim edilmesi mümkündür. Diğer taraftan, lehtar kendisinden teminat mektubu talep eden tarafa nakdi para benzeri teminat verme yükümlülüğünü devretmekle beraber muhatap, teminat mektubu dışındaki teminatlara ilişkin riskleri bankaya devretmiş olur. Bankanın böyle bir işleme taraf olma saiki ise lehtardan belirli tutarda tahsil ettiği komisyonur.

Teminat mektubu verilmesi durumunda bankalardan bir nakit çıkışı olmamakta, ancak riskin doğması halinde muhataba mektup tutarının ödenmesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle bankalar düzenledikleri teminat mektubu karşılığında müşterilerden faiz yerine yaptıkları hizmet karşılığında komisyon alırlar. Ancak, ileride mektupta belirtilen yüklenimin yerine getirilmemesi durumunda bir para borcu söz konusu olacağından, teminat mektubu verilmesi bir kredi işlemidir. Bu durumda banka, teminat mektubu tutarını muhataba nakit olarak öder ve ödediği tutarı lehtardan faiziyle birlikte geri alma yoluna gider.

2. TEMİNAT MEKTUPLARININ TARAFLARI

2.1. Garanti Veren (Banka)

Teminat mektubunda garanti veren muhatap karşısında borçlu tarafını oluşturmaktadır. Garanti sözleşmesi pozitif düzenlemeye konu olmadığından sözleşme yapabilme ehliyeti genel hükümlere tabidir.⁶ Gerçek veya tüzel kişinin garanti sözleşmesinde garantör olması hukuken mümkün olmakla birlikte uygulamada sadece bankaların teminat mektubu verdiği görülmektedir.

³ REİSOĞLU, Seza, (2002) Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, TBB Sempozyum, İstanbul.

⁴ DOĞAN, Vahit, (2002) Banka Teminat Mektupları, sf. 34, Ankara.

⁵ ALAGÖZLÜ, Nurray, (2007/14) Türkbilig: Türkoloji Araştırmaları, Banka Teminat Mektupları:Türk Bankacılık Diline Bir Bakış.

⁶ DOĞAN, Vahit, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, Banka Teminat Mektupları, sf. 62.

Banka teminat mektuplarında banka, garanti veren taraftır. Banka, temsili yetkili personelinin imzalarını taşıyan teminat mektuplarından sorumludur. Uygulamada banka dışı gerçek ve tüzel kişilerin teminat mektubu vermesini yasaklayan genel hükümler bulunmamaktadır. Ancak, 10 Ekim 2006 tarih ve 26315 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “*Finansal Kiralama, Faktoring Ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik*”in 22 nci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendine göre söz konusu şirketlerin teminat mektubu veremeyecekleri hüküm altına alınmıştır.

2.2. Garanti Alan (Muhatap)

Banka teminat mektubunda bir başka taraf ise muhataptır. Banka, lehtar ile kredi ilişkisi çerçevesinde ve lehtarın isteği üzerine muhataba hitaben teminat mektubu düzenlenir. Teminat mektubu düzenlenmeden önce, banka ile muhatap arasında bir hukuksal ilişki yoktur. Düzenlediği teminat mektubu ile garantör (banka), lehtar ile muhatap arasındaki sözleşme çerçevesinde lehtarın yükümlülüklerini yerine getireceğini garanti etmektedir..

2.3. Eylemi Garanti Edilen (Lehtar)

Lehtar bankaca, teminat mektubunda eylemi muhataba karşı garanti edilen, gerçek veya tüzel kişidir. Lehtar aynı zamanda bankaya teminat veren ve tazmin halinde bankanın başvuracağı, yani kredi ilişkisi kurulan kişidir. Teminat mektubu ile garanti edilen riskin doğup doğmaması ve kapsamı da lehtar ile muhatap arasındaki sözleşme ilişkisine yakından bağlıdır. Birden çok leharda bulunan teminat mektubu verilmesi de mümkündür.

2.4. Kontrgaranti Veren (Garantör)

Teminat mektuplarında sadece lehtarın tek başına garantör olduğu durumlar haricinde lehtarla birlikte veya lehtarın dışında bağımsız olarak üçüncü kişiler de garantör olabilmektedir. Garantör, bankaya kefalet veya teminat yoluyla garanti veren gerçek ve tüzel kişidir. Teminat mektubunun tazmini halinde, bankanın tazmin edilen tutarı geri almak için başvurabileceği, kontrgarantiyi veren, lehtara kefil olan veya lehtara kullanılan kredinin teminatı olarak taşınır veya taşınmaz malları rehin veren yurtiçi veya yurtdışı yerleşik gerçek veya tüzel kişilere denilmektedir.

3. TEMİNAT MEKTUPLARINA İLİŞKİN SAYISAL VERİLER

Türk Bankacılık sektöründe teminat mektupları, akreditifler, garanti ve kefaletler yıldan yıla artmaktadır. Kamu kurumları genellikle birbirinden farklı ancak matbu teminat mektupları kabul ederken özel sektör ise genel hukuk kuralları veya borçlar kanunu çerçevesinde teminat mektubu almaktadır. Teminat mektupları, akreditifler, kabul kredilerinden alacaklar ile diğer garanti ve kefaletlere ilişkin veriler aşağıdaki tabloda görülmektedir.

Tablo 2:
Türkiye’de Garanti ve Kefaletler Toplamı

(Milyon TL)	2012/12	2012/6	2011	2010	2009	2008	2007	2006
Teminat Mektupları	176.716	165.386	156.811	120.367	101.606	93.291	70.922	62.654
Akreditifler	40.083	40.464	40.811	30.393	22.762	23.863	18.482	16.721
Diğer Garanti ve Kefaletler	24.217	24.433	20.896	12.810	9.668	8.683	7.339	7.346
Toplam Garanti - Kefaletler	241.016	230.283	218.518	163.570	134.036	125.837	96.743	86.721

Kaynakça: BDDK, Bankacılık Sektörü İnteraktif Aylık Bülten

Yukarıdaki tablodan da görüleceği üzere, Aralık 2012-2006 dönemlerinde teminat mektupları %182 oranında artarak 176.716 milyon TL’ye yükselmiştir. Akreditif, diğer garanti ve kefaletler kalemlerine bakıldığında son 6 yılda sırasıyla %140 ve %230 oranlarında artarak 40.083 milyon TL’ye ve 24.217 milyon TL’ye çıktığı görülmektedir. Kümülatif bazda toplam garanti ve kefaletler kalemine bakıldığında Aralık 2012-2006 dönemleri arasında %178 ve Aralık 2010 dönemine göre de %47 oranında artarak 241.016 milyon TL’ye yükseldiği anlaşılmaktadır. Yukarıdaki verilerden de anlaşılacağı üzere, 176 Milyar TL’yi bulan teminat mektupları ve 241 Milyar TL’yi bulan toplam garanti ve kefaletlerin genel hukuk kuralları çerçevesinde düzenlenmesi ve vuku bulan ihtilaflarda özel hukuk kurallarının bulunmaması hukuki eksiklik olarak düşünülmektedir.

Nitekim garantilere ilişkin düzenlemelerin varlığına ihtiyaç duyulmuş evrensel bazda ICC kuralları ilk defa 1978 yılında düzenlenmiş ve 1992 yılında Talep Garantileri İçin Yeknesak Kurallar (Uniform Rules Demand Guarantees-URDG 458) adı altında revize edilmiştir. 1 Temmuz 2010 tarihinden itibaren URDG 458 yerine Garantilere İlişkin Birörnek Kurallar Model Formları Kapsayan 2010 Revizyonu (URDG 758) şeklindeki değişiklik yürürlüğe girmiştir.⁷ Ülkemizde halen teminat mektuplarının ve garantilerin düzenlenmesi konusunda ortak standartların bulunmaması bu konuda yeni düzenleme yapma ihtiyacını doğurmaktadır. Bu sebeple, sadece teminat mektubu ve garanti müessesesine yönelik müstakil düzenlemenin yapılması veya ICC Kurallarının benimsenerek kabul edilmesi bu alandaki ihtiyacın giderilmesi bakımından son derece önemlidir.

4. TEMİNAT MEKTUBUNUN TÜRLERİ

Teminat mektubu çeşitleri genellikle geçici ve kesin teminat mektupları, avans teminat mektubu, gümrük idarelerine verilen mektuplar olarak sayılır. Bayilik ve distribütörlük için verilen mektuplarla, çok yaygın olmasa da kira sözleşmelerine bağlı olarak verilen teminat mektuplarıyla

⁷ EKŞİ, Nuray, Mayıs 2011, Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları, sf. 109, İstanbul.

da karşılaşılmaktadır. Kapsam olarak limit içi ve limit dışı, süre olarak da süreli veya süresiz mektup türü tanımları yapılmaktadır.⁸

4.1 Konularına Göre Teminat Mektupları

Konularına göre teminat mektupları işin alım ihalesi veya yapımı veya muhatabın niteliği bakımlarından farklılık gösterir.

4.1.1. Geçici Teminat Mektupları (Tender Guarantees, Bid Bonds)

KİK ve DİK kapsamında ihaleye katılmayı sağlamak amacıyla verilen, ihale kazanıldığı takdirde lehtarın kesin teminat verme ve sözleşmeyi imzalama fiillerini garanti eden teminat mektuplarıdır. Kamu ihalelerine giren firmalar teklif ettikleri bedelin %2’si ile %4’ü arasında değişen tutarda geçici teminat mektubu vermek durumundadırlar. İhale neticesinde seçilen asil ve yedek yüklenici dışındaki teminat mektupları iade edilmektedirler.

Resmi Kuruluşlar tarafından geçici teminat mektubu alınmasının nedenleri devletle işe girecek kişi ve kuruluşların bu işlere daha çok önem vermelerini sağlamak ve sözleşme gereklerini yerine getirmemek ya da kesin teminat vermeye yanaşmamaları durumunda devlet kuruluşlarının bu işin geç yapılmasından doğan zararları karşılamak amacıyla geçici teminat mektubu alınır.

4.1.2. Kesin Teminat Mektupları (Performance Guarantees, Performance Bonds)

İhale üzerinde kalan lehtarın muhatap idareye olan taahhüdünün sözleşme ve şartname hükümlerine uygun olarak yerine getireceğini garanti etmek ve yatırılması gereken kesin teminat tutarının yerine geçmek üzere verilen mektuplar. KİK m. 43’e göre oran ihale bedelinin % 6’sıdır. DİK’te de aynı oran korunmuştur. Resmi ve yarı resmi müesseselere ihale yoluyla verilmiş kesin mektuplar ayrıca metinde belirtilen işle ilgili SSK prim ve gecikme zamlarına da karşılık teşkil eder.

4.1.3. Avans Teminat Mektupları (Advance Payment Guarantees)

Müteahhitlerin kazandıkları kamu veya özel sektör ihalelerinde, işe başlamaları için aldıkları peşin avans miktarının, bir banka tarafından garanti edilmesidir. Sözleşme hükümlerine uygun olarak müteahhit taahhütlerini yerine getirdikçe, avans, hak edişlerinden mahsup edilmek suretiyle geri alınır.

4.1.4. Mahkeme ve İcra Dairelerine Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Mahkemeler veya icra dairelerince kovuşturulan kişiler lehine yükümlülüğün yerine getirileceğinin banka tarafından garanti edildiği teminat mektupları türüdür. Bu tür teminat mektuplarının konusu çok çeşitli olabilir: Menfi tespit, ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir, yürütmenin durdurulması (tehiri icra), icralardaki ihaleye katılmak, yurt dışındaki bir kişinin Türkiye’de dava açması, vs. gibi çeşitli konularda ilgili mahkeme veya icra müdürlüğüne hitaben düzenlenir. Bu konularda mahkemelere

⁸ KUNTALP, Erden, (1995), Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bundan Doğan Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, sf. 264-280, İstanbul.

hitaben verilen teminat mektupları vadesiz mektuplardır. Lehdarın lehine verilen kararlarda mektup tazmin edilerek alacağı karşlanır.

4.1.5. Vergi Dairelerine Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Vergi mükellefinin vergi dairelerine ödemesi gereken vergi, ceza, faizler için veya verginin takside bağlanmasını sağlamak amacıyla ilgili vergi dairesine hitaben düzenlenen teminat mektuplarıdır.

4.1.6. Gümrüklere Hitaben Verilen Teminat Mektupları

Gümrük İdareleri genellikle normal banka teminat mektuplarını kabul etmemekte kendilerine has kapsamlı teminat mektuplarını tercih etmektedirler.

Gümrük Yönetmeliği'nin 253 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında; Fişli *bireysel teminata*, kefil kuruluştan, tutarı teminat idaresince belirlenecek olan banka teminat mektubu ile *ek-39*'da yer alan örneğe uygun taahhütname alınır. Teminat mektubu tutarının artışı, her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen *yeniden değerlendirme oranı* esas alınarak hesaplanır.

“Kabul olunabilecek teminat ve değerlendirilmesi” başlıklı 495 inci maddesinin (3) üncü fıkrasında;

“Teminat mektuplarının 497 nci maddedeki kayıt ve şartlara uygun, alacak miktarını karşılayacak değerde ve süresiz olması gerekir.”

ifadelerine yer verilmiştir.

4.1.7. Kamu İhale Kanunu ve Devlet İhale Kanunu Kapsamında Verilen Mektuplar

Kamu harcamalarını gerektiren mal ve hizmet alımı ve yapım işleri Kamu İhale Kanunu kapsamı içindedir. Buna karşılık; gelir getirecek mal ve hizmet satımı, aynı hak verilmesi ile ilgili ihalelere Devlet İhale Kanunu uygulanacaktır.

4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 10 uncu Maddesine göre ihaleye katılacak isteklilerden, ekonomik ve malî yeterlik ile mesleki ve teknik yeterliklerinin belirlenmesine ilişkin olarak çeşitli bilgi ve belgeler istenmektedir.

İhalenin karara bağlanması, onaylanması, kesinleşen ihale kararlarının bildirilmesi, sözleşmeye daveti takiben idare tarafından taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, sözleşmenin yapılmasından önce ihale üzerinde kalan istekliden ihale bedeli üzerinden hesaplanmak suretiyle % 6 oranında kesin teminat alınır. Danışmanlık hizmet ihalelerinde ise ihale dokümanında belirtilmesi kaydıyla, kesin teminat sözleşme yapılmadan önce alınmayabilir. Bu durumda, düzenlenecek her hak edişten % 6 oranında yapılacak kesintiler teminat olarak alıkonulur.

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun 34 üncü maddesinde teminat olarak kabul edilecek değerler tedavüldeki Türk Parası, bankalar tarafından verilen teminat mektupları ve Hazine Müsteşarlığınca ihraç edilen Devlet İç Borçlanma Senetleri ve bu senetler yerine düzenlenen belgeler şeklinde sayılmıştır.

Öte yandan, söz konusu Kanun’un 35 inci maddesinde de; “*Bu Kanun kapsamında (...) verilecek teminat mektuplarının kapsam ve şeklini tespite Kamu İhale Kurumu yetkilidir.*” hükmüne yer verilmiştir.

4.1.8. Serbest Konulu Teminat Mektupları

Teminat mektupları, yukarıda anlatılanlardan başka her çeşit konuda resmi dairelere, özel kişi veya kuruluşlara hitaben de verilebilir. Kiralanan taşınmazın depozitosu, acentelik, bayılık, herhangi bir borcun teminatı gibi çok çeşitli konular için özel metinli teminat mektubu düzenlenebilir.

4.2 Sürelerine Göre Teminat Mektupları

Sürelerine göre teminat mektupları değişik vade uzunlukları değil süreli veya süresiz olmaları bakımından ayrılır.

4.2.1. Süreli (Vadeli) Teminat Mektupları

Bu tür teminat mektupları belirli bir vadeye tabi olup, belirtilen vadeye kadar mektubun tazmini yazılı olarak bankadan istenilirse mektupta yazılı olan meblağ muhataba ödenir. Bankaların sorumluluğunun belli bir vade ile sınırlandığı bu tür mektuplarda bankanın sorumlu olabilmesi için mektup ile güvence altına alınmış olan riskin, öngörülmuş olan vade içinde gerçekleşmesi gerekir. Aksi halde bankanın sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. 4734 sayılı Kamu İhale Kurumu (KİK) kapsamında düzenlenen mektuplar genellikle vadeli mektuplardır.

4.2.2. Süresiz (Vadesiz) Teminat Mektupları

Metninde belirli bir geçerlilik süresi bulunmayan ve süresiz olarak yürürlükte kalan mektuplardır. Süresiz teminat mektupları, Borçlar Kanunu’nun da belirtilen 10 yıllık genel zaman aşımı süresine tabidirler. Süresiz mektuplar tanzim tarihinden itibaren 10 yıl içinde tazmin talep edilmediği takdirde, zaman aşımına uğrar. Gümrük idaresine muhatap olarak düzenlenen teminat mektupları ile 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu (DİK) kapsamındaki mektuplar vadesiz olarak düzenlenmek zorundadır.

4.3 Garanti Verenin Ödemekle Yükümlü Olduğu Meblağa Göre Teminat Mektupları

Bankanın ödemekle yükümlü olduğu meblağa göre teminat mektupları limitli teminat mektupları ve limitsiz teminat mektupları olarak ikiye ayrılmaktadır.

4.3.1. Limitli (Ödeme Tutarı belirli) Teminat Mektupları

Limitli teminat mektuplarında bankanın ne kadar risk üstlendiği kesin olarak bellidir. Başka bir ifadeyle, tazmin talep edilmesi halinde bankanın en çok ne kadar para ödeyeceği mektup metninde kesin bir şekilde yer alır.

4.3.2. Limitsiz (Üstü Açık – Ödeme Tutarı belirsiz) Teminat Mektupları

Bu çeşit mektuplarda, bankanın ödemeyi garanti ettiği belirli bir meblağ yer almakla birlikte “... verildiği tarihten itibaren hesaplanacak kanuni faiz ve gecikme cezası ile birlikte ödeneceği ...”

şeklinde bir ibare de yer aldığından; tazmin anında mektup bedelinin çok daha üstünde bir taleple karşılaşılabılır. Bu nedenle üstü açık mektup olarak tabir edilirler.

Genellikle gümrük idarelerine hitaben verilen teminat mektupları bu tip mektuplardır. Mektup metninde belirli bir meblağ yer almakla beraber; bu meblağa ek olarak, mektubun düzenlendiği tarihten itibaren hesaplanacak faiz ve gecikme cezalarının da ödeneceği garanti edildiğinden, bazen mektupta belirtilen miktarın bir kaç katı tazmin riskiyle karşılaşmak mümkündür. Bu sebeple bankalar bu çeşit mektupların verilmesine taraftar olmadıkları gibi muhtemel risklere ilişkin olarak sağlam bir teminat talep etmektedirler.

5. TEMİNAT MEKTUPLARINDA RİSKLER VE HUKUKİ SORUNLAR

5.1 Mektup Riskinin Üstlenilmesi

Türk hukukunda doktrin ve mahkeme kararlarında teminat mektupları önceden kefalet sözleşmesi niteliğinde kabul ediliyordu. Kefalet ile garanti sözleşmesi arasındaki en önemli fark, teminat verenin temel ilişkiye bağımlı veya temel ilişkidenden bağımsız bir borç altına girmesine göre tespit edilir. Bankanın verdiği teminat mektuplarında bankalar, temel ilişkidenden ayrı bir borç altına girmektedir. Bankanın vermiş olduğu teminatlar ile temel ilişki arasında bağlantı var ise kefalet sözleşmesinden, temel ilişki ile bağımlılık bulunmuyor ise garanti sözleşmesinden bahsedilmelidir.⁹

Bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için, onun taraflara yüklediği hukuki hak ve borçların tereddüde yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olamaz. Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir.¹⁰ Garanti sözleşmesi ile güvence altına alınan risklerin hangi durumda ortaya çıkacağı ve risk nedeniyle uğranılan kayıp tutarının önceden taraflarca belirlenmesi gerekmektedir. Ayrıca, teminatın tutarı da, yani bankanın ödemekle yükümlü olacağı paranın da önceden belirlenmesi esastır.

Yargıtay bir kararında, “Banka teminat mektuplarının bunu veren bankanın itibarı ile çok sıkı biçimde bağlı bulunduğu da kuşkusuzdur. Bu mektupla taahhüt edilen bedelin muhatap tarafından talebi halinde ödenmemesi banka için onarılması güç ve itimadı sarsıcı sonuç doğuracağı, hatta olayın tekrar edip durması halinde bankayı kaçınılmaz mali zorluklara düşüreceği aşikârdır. Bankalar Kanunu’na göre ülkede tüm bankacılık işlemlerini yapmakta yetkili bulunan bir bankanın kendi güvenilirliği ile doğrudan ilişkili bulunan ödememezlik durumuna düşmek istemeyeceği muhakkaktır. Bu gün ülkedeki ekonomik düzen itibarıyla nakit yerine kıymetli evrak gibi banka teminat mektuplarının da geniş bir uygulama alanı bulduğu gözlenmektedir. Ne var ki mektup karşılığının ödenmesi talep edildiğinde mektubun sahte olduğu ya da zamanaşımına uğradığı gibi

⁹ DOĞAN, Vahit, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, Banka Teminat Mektupları, Yenilenmiş 4. Basım, sf. 32-33.

¹⁰ REİSOĞLU, Seza, (2002), Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, TBB Sempozyum, İstanbul.

itirazlarla ödemededen çekinebileceği ve bu halde alacaklının ancak yasal yola başvurabileceği bunun da mektup karşılığının alınmasını geciktirebileceği düşünülebilir.” demektedir (HGK. 28.2.1990 6-1/141).

5.2 Teminat Mektuplarından Doğan Riskler

Bankacılık Kanunu’nun 3 üncü maddesinde kredi kuruluşu, mevduat bankalarını ve katılım bankalarını; banka, mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade eder. Finansal kuruluş ise, kredi kuruluşları dışında kalan ve sigortacılık, bireysel emeklilik veya sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunmak veya bu Kanunda yer alan faaliyet konularından en az birini yürütmek üzere kurulan kuruluşlar ile kalkınma ve yatırım bankaları ve finansal holding şirketlerini ifade etmektedir.

Banka bilançosunun aktifî ağırlıklı olarak nakit, hazır değerler¹¹, menkul değerler, krediler, takibe intikal etmiş alacaklar, zorunlu karşılıklar, iştirakler ve repo işlemlerinden oluşmaktadır. Banka pasifi ağırlıklı olarak mevduat, bankalara borçlar¹², repo, ihraç edilen menkul kıymet, sermaye benzeri krediler ve özkaynaklardan oluşmaktadır.

Bankanın şirketlere kullandığı nakdi krediler genellikle kurumsal, ticari ve KOBİ kredileri şeklinde sınıflandırılmaktadır. Bunun haricinde gerçek kişilere kullanılan krediler ise ihtiyaç, konut, kredi kartı ve taşıt gibi bir takım sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Gayrinakdi kredi kullandırımında bankadan herhangi bir nakit çıkışı olmamakta sadece bir edimin veya bir hizmetin yerine getirilmesine yönelik taahhütlerden oluşmaktadır. Bu sebeple, gayrinakdi krediler bilanço dışında tasnif edilmekte ve kredi tazmin olmadığı müddetçe bilanço ile ilişkilendirilmemektedir.

Bankanın vermiş olduğu teminat mektubunun tazmin olması durumunda bankadan nakit çıkışı gerçekleşmekte ve gayrinakdi kredi bir anlamda nakdi krediye dönüşmektedir. Gayrinakdi kredi kullandırıldığında tahsis edilen limitin üst sınırına kadar ödeme durumuyla karşı karşıya kalma ihtimali bulunan bankanın teminat mektubu vermesi aşamasında son derece dikkatli davranması gerekmektedir. Ayrıca, bankanın kendisini güvence altına alabilmesi için alınacak teminatlara ve teminatların paraya dönüştürülebilme kabiliyetine bakılması önem arz etmektedir.

Her kredi işlemi gibi gayrinakdi bir kredi türü olan teminat mektuplarında da Banka risk yönetiminde etkinliğin sağlanmasına ve sağlıklı bir bilanço yapısına ulaşılmasına dair riskler bulunmaktadır. Ancak, bankacılık sistemimiz ile ilgili teminat mektupları hariç her risk unsurunun yasal zeminini ve gerçekleşmesi durumunda bankanın hak ve yükümlülüklerini belirleyen konulara ilişkin özel hukuki metinler mevcuttur.

Karşılaşılabilecek risk türleri arasında nitel olarak ölçülebilecek veya nesnel değerlendirmelere konu olabilecek banka bilançosunun ve aktif kalitesinin bozulması, likidite riskinin baş göstermesi, itibar ve sistemik risklerin doğurabileceği sonuçlar gibi bankanın faaliyetlerini sürdürmez konuma gelmesine yol açabilecek unsurlar vardır.

¹¹ Hazır değerler; Nakit değerler, TCMB, para piyasası ve bankalardan alacakları ifade etmektedir.

¹² Bankalara Borçlar; Merkez Bankasına Borçlar, Para Piyasalarına Borçlar, Menkul Kıymet Ödünç Piyasasına Borçlar, Bankalar Mevduatı ile Bankalardan Sağlanan Fonları ifade etmektedir.

Bankanın ilk yazılı talepte ödeme yükümlülüğünün bulunması teminat mektuplarının istismarına yol açabilmektedir. Bu duruma engel olmanın tek yasal yolu, lehtarın muhataba karşı ihtiyati tedbir kararı olarak teminat mektubu üzerine ihtiyati tedbir koydurmasıdır. Lehtarın teminat mektubu üzerine ihtiyati tedbir kararı koydurması Hukuk Usul Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK) 101-113/A maddelerine göre gerçekleşir. Banka ihtiyati tedbir kararına rağmen ödemede bulunursa kontrgarantiye dayanarak lehbara başvurulamaz.¹³ Teminat mektupları kıymetli evrak olmadığından Banka ödeme yapmadan önce riskin doğup doğmadığını, zaman aşımının olup olmadığını ve ihtiyati tedbirin bulunup bulunmadığı gibi hususları göz önünde almak zorundadır.

Gayrinakdi krediler özkaynaklardan verilen krediler olup bunların aşırı ölçülerde tazmini bankalara hücum benzeri etki doğurur. Özkaynaklarda yaşanacak aşınma, banka bilanço yapısının bozulmasına ve rasyolarının olumsuz etkilenmesine yol açarak likidite sıkışıklığının ortaya çıkmasına sebep olacaktır. Ortaya çıkan bu likidite sıkışıklığı nedeniyle bankalar borçlanma araçlarına ve mevduata yöneleceklerdir. Bu durum borçlanma ve mevduat toplama maliyetlerinin artmasına ve buna yönelik artan faaliyetlerinin maliyetlerine katlanılmasına neden olacaktır. Dolayısıyla bu kısır döngü bilançodaki bozulmayı hızlandıracaktır.

Aşırı mektup tazmini talebi ile karşı karşıya kalan banka, risk yönetiminin, istihbarat ve değerlendirme kabiliyetinin etkin çalışmamasının oluşturacağı algı ile itibar ve sistemik riskin konusu olacaktır. Aşırı tazmin taleplerinin karşılanması durumunda yukarıda bahsedilen kısır döngünün içinde etkinliğini kaybedecek olan banka tazmin taleplerinin reddi durumunda güven kurumu olması hasebiyle sistemik ve itibar risklerinin kaçınılmaz muhatabı olacaktır.

Denetim otoritesi tarafından yapılan incelemelerde aktif kalitesinin bozulduğunun tespit edilmesi durumunda 5411 sayılı bankacılık Kanunu'nun 67, 68, 69, 70 ve 71 inci maddeleri gündeme gelecektir. Kanun'un 67 inci maddesi uyarınca; Yapılan denetimler sonucunda bir bankanın;

- a) *Aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi ya da likiditeye ilişkin düzenlemelere uymaması,*
- b) *Gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin bozulması nedeniyle kârlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması,*
- c) *Özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması veya bu durumun gerçekleşmek üzere bulunması,*
- d) *Aktif kalitesinin malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde bozulması,*
- f) *Risk yönetim sistemlerini kurmaması veya bu sistemleri etkin ve yeterli bir şekilde işletmemesi veya denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunması,*
- g) *Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle bu Kanun ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması,*

¹³ ALIŞKAN, Murat ve ÇAKICI, Cemal, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Haziran 2005, Hukuk ve Muhasebe Açısından Teminat Mektupları.

hâllerinden herhangi birinin tespit edilmesi durumunda, bu Kanunun 68 inci, 69 uncu ve 70 inci maddelerinde öngörülen tedbirler derhal alınır. Ekonomik olarak zafiyet yaşamaya başlayan bankada bu durum bankanın iflasına kadar yol açabilecektir.

Bilançolardaki bozulmanın bankaların faaliyetini etkileyecek en önemli tesiri sermaye yeterliliği rasyosu üzerinedir. Bu öyle bir rasyodur ki %12’nin altında yeni şube açılmasına engel teşkil edecek olup, %8’in altına düşmesi durumunda bankanın faaliyetleri denetim otoritesi tarafından sona erdirilebilir. Sermaye Yeterliliği Standart Rasyosu (SYSR), özkaynakların risk ağırlıklı varlıklara bölünmesiyle bulunur. SYSR, dünya çapında bankacılık ve ekonomi alanındaki otoritelerden oluşan ve toplandığı şehrin ismiyle anılan Basel Komitesi tarafından ilan edilen tavsiye niteliğindeki kararların sonucu olarak evrensel çapta banka bilançosunun sağlıklı yapısı ile ilgili referans kabul edilir. SYSR aşağıdaki gibi hesaplanır:

$$\text{SYSR} = \frac{\text{Özkaynaklar}}{\text{Risk ağırlıklı Varlıklar}} (\text{KRET} + \text{PRET} + \text{ORET}) \geq \%8$$

Yukarıdaki Formülde;

KRET: Kredi Riskine Esas Tutar

PRET: Piyasa Riskine Esas Tutar

ORET: Operasyonel Riske Esas Tutar anlamına gelmektedir.

1 Kasım 2006 tarih ve 26333 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan “Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik’in 5 inci maddesinde teminat mektuplarının risk ağırlıklarının hesaplanmasında nakit temini için verilen teminat mektuplarında krediye dönüştürme oranı %100, nakit temini amacıyla verilenler dışında kalan diğer teminat mektuplarında ise %50 olarak dikkate alınacağı açıklanmıştır. Bu durumda teminat mektupları yüksek bir risk ağırlığı taşımakta ve diğer kredi türlerinin teminat yapısına göre taşıdığı daha düşük risk ağırlıklarından bağımsız olarak kendi kredi türü itibarıyla daha yüksek bir sermaye gereğine neden olmaktadır. Sonuç olarak sermaye ihtiyacının artması bankaların maliyetlerini artıran bir unsur olarak önümüze çıkar. Düzenlemeler bankaları, risk ağırlığı hesaplaması yoluyla mektup arzını kısmaya yönlendirir.

5.3 Teminat Mektuplarının Hukuki Sorunları

Bankalar tarafından verilen teminat mektupları, bir nevi kişisel teminat olmasına rağmen, bankaların kredibilitelerinin yüksek olması, ekonomik güçleri ve piyasadaki güvenilirlikleri göz önüne alındığında, banka teminat mektupları, sözleşme tarafları arasında banka güvencesi sokan bir bankacılık hizmetidir. Teminat mektupları, banka güvencesinin yanı sıra paraya çevrilmesinde sağladığı kolaylıklar nedeniyle ipotek gibi nakde çevrilmesi zaman alan teminatlara göre daha fazla tercih edilmektedir. Bankaların ödeme taahhütlerini ilk talepte yerine getirmeleri itibarıyla açısından büyük önem taşımaktadır. Ödeme taahhütlerini talep edilmesine rağmen zamanında

yerine getirmeyen bankalar itibarlarından değer kaybedecekleri gibi, komisyon gelirlerinden de mahrum kalma tehlikesi ile karşı karşıya kalabilecekleridir.¹⁴

Süresiz olarak düzenlenen teminat mektupları başlı başına belirsizlik unsuru olup, lehine teminat verilen şirketlerin hukuken ortadan kalkmasına rağmen banka açısından hukuki mükellefiyetin devam etmesi ve sözleşmelerin sona erdirilememesi ciddi riskler doğurmakta, bilanço dipnotlarında yatırımcılar açısından tereddütler oluşturmaktadır.

Teminat mektubu düzenlenirken hangi dilin kullanılacağı hususunda ise 1926 tarih ve 805 sayılı İktisadi Müesseselerde Mecburi Türkçe Kullanılması Hakkında Kanunun ilgili maddeleri uygulanmalıdır. Söz konusu kanunun ilk maddesi, tarafların her ikisi Türk olması halinde teminat mektubunun Türkçe düzenlenmesi gerektiği sonucuna rahatça varılır. Türkiye’de faaliyet gösteren yabancı bankaların düzenlediği teminat mektuplarında öteki tarafın Türk olması halinde, teminat mektubunun Türkçe düzenlenmesi gerekmektedir. Fakat bir sonraki maddeyle bir istisna getirip, teminat mektubunun yabancı dilde düzenlense dahi, asıl olan Türkçe metindir ve imzaların ona atılması gerektiği ifade edilmektedir. İmzalar yabancı metin üzerine atılmış olsa dahi yabancı dildeki metin nazara alınmayacaktır. Yabancı dildeki metnin nazara alınması sadece muhatap lehine olan hükümler için geçerlidir.¹⁵

Kamu İhale Genel Tebliği’nde yabancı para cinsinden verilen ve tazmin olan teminat mektuplarında ödemenin yapılacağı tarihteki Merkez Bankası alış kurunun geçerli olması gerektiğinden bahisle yabancı para üzerinden teminat mektubunun da düzenlenebileceği kanaatine varılmaktadır. Merkez Bankasının alış-satışını yaptığı bir para birimi cinsinden verilecek yabancı teminat mektuplarında art niyet olmadığı müddetçe mektup geçerli olacaktır.

Benzer belirsizliklere haiz olan ve limitsiz olarak düzenlenen teminat mektupları da zamanla ölçülemeyen ve hukuki süreç sonucunda öngörülemeyen ilave maliyetler getirmektedir. Yüksek enflasyon dönemlerinde özellikle 2000’li yıllardan önce mali tablolarında enflasyon düzeltme farkları olarak dikkate alınan varlık ve yükümlülüklerin, teminat mektuplarında dikkate alınamaması bilanço bozucu bir etki göstermektedir.

Teminat mektupları ile ilgili lehtarın ortadan kalkmasından daha önemli bir sorun da bankanın faaliyetlerinin sona erdirilmesidir. Türkiye’de yaşanan 1994 ve 2001 krizlerinde sırasıyla 3 ve 21 adet banka kapanmış veya fona devrolmuştur. İflas eden bankaların düzenlemiş olduğu mektuplar hala canlı olup belirsizlik devam etmektedir.

Ortadoğu ülkelerinin büyük bir kısmında bankacılık sisteminin gelişmemiş olması nedeniyle muhabir banka bulunmasında sıkıntı yaşanabilmekte ve istenen doğrultuda teminat mektubu temin edilememektedir. Temin edilse bile teminat mektupları için ödenen komisyonlar çok yüksek tutarlara ulaşabilmektedir. Teminat mektuplarının içeriği Türk hukukuna aykırılık gösterebilmekte ve bu nedenle de Türk Bankacılık sistemi içerisinde bu mektupların işleme konulması mümkün

¹⁴ Doğan, Elif, Bahçeşehir Üniversitesi, 2010, Yüksek Lisans Tezi, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, sf 18.

¹⁵ PELLUMBI, Sokol, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006, Banka Kredi Hukukunda Teminatlar.

olmamaktadır. Gerek sözleşmelerde gerekse de düzenlenmesi gereken teminat mektuplarında uluslararası hukuk kuralları geçerli olmamaktadır. Türk Hukuku’na uyumlu olmayan, tahkim mahkemeleri imkânı olmayan ve ihaleye katılan firmaların tam olarak hâkim olmadıkları hukuk sistemleri uygulanabilmektedir. Ayrıca ihalelerin para birimleri ülke para birimleri olabilmekte ve bu da temin edilmesi gereken malzemelerde, işçilik ödemelerinde firmaların kur riskine maruz kalabilmesine yol açmaktadır.¹⁶

Yurtdışında iş yapan Türk müteahhitlik firmalarının bir kısmının teknik yeterlilikte olmaması, deneyimsiz olması veya yükümlülüklerini zamanında yerine getirememesi bazı Türk müteahhitlik firmalarının imaj kaybına uğramasını sağladıkları gibi, Türk bankaları da teminat mektupları karşılığı olan tazminat taleplerini karşılamayarak Türk bankacılık sektörüne güveni zedelemişlerdir. Tazminat taleplerini yerine getiren Türk bankaları da, müteahhitlik firmalarının teminat mektubu taleplerine soğuk bakmaya başlamışlardır. Teminat mektubu ile ilgili yaşanan sorunlar neticesinde, iş yapılan ülkeler kendi bankalarının ya da birinci sınıf Avrupa veya Amerika bankalarının teminat mektuplarını talep etmektedir.¹⁷ Türk bankalarının teminat mektuplarının bazı ülkelerde teminat mektubu veya kontrgaranti olarak kabul edilmemesi ve yurt dışı başka bankanın garantisinin alınması yurtdışında faaliyet gösteren firmalar için ilave maliyet ve kaynak dağılımının yurtdışına gitmesine yol açmaktadır. Hâlbuki bu sorun giderildiği takdirde teminat mektubu ve kontrgaranti için ödenecek komisyon ve masrafların yurtiçinde kalması kaynak dağılımının daha etkin kullanılmasına yol açabilmektedir.

Libya’da Kaddafi yönetimine karşı halk ayaklanması başlamadan önce Türk şirketlerinin 118 proje için vermiş olduğu teminat mektubu tutarı 1,5 milyar USD’dir. Libya bankaları Türk bankalarının verdiği teminat mektuplarını doğrudan kabul etmedikleri için Libya bankalarından veya Arap Türk Bankası’nın verdiği kontrgaranti sayesinde bu sorun çözülebilmiştir. Savaşın devam ettiği dönemde pek çok ülke gibi ülkemiz de vatandaşlarını tahliye etmiştir. Öte yandan, Türk sefaretî, Birleşmiş Milletler (BM) kararlarına referans vererek, Libya’da mevcut koşullar dolayısı ile şirketlerin çalışma koşullarının bozulduğu ve asayiş sağlandıktan sonra şirketlerin geri döneceğini ve taahhütlerini yerine getireceklerini ve bu sebepten dolayı teminat mektuplarına el atılmaması gerektiğine ilişkin nota vermiştir. Libya tarafından verilen karşı notada ise Türk devletinin pozisyonunu değiştirmesi gerektiği aksi takdirde Türk firmalarının artık Libya’dan iş almasının mümkün olmayacağı bildirilmiştir.¹⁸ Birleşmiş milletlerin aldığı yaptırım kararı gereğince, Libya’lı pek çok şirket ve bankaya el konulmuş ayrıca uçuşa yasak bölge ilan edilmiştir. BDDK’nın aldığı karar gereğince siyasi istikrar sağlanana kadar Arap Türk Banka’sının yönetim ve idaresi Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu’na (TMSF) devredilmiştir. Kaddafi’nin devrilmesinden ve siyasi istikrarın sağlanarak seçime gidilmesinden sonra Libya Elçiliğimiz tekrar açılmış ve Arap Türk Banka’sının yönetim ve idaresi Libya Hükümeti’ne iade edilmiştir. Libya olayında da görüldüğü üzere, savaş

¹⁶ Işık, M.Banu, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, 2008, Yüksek Lisans Tezi, Orta Doğu-Kuzey Afrika Ülkelerinde Türk İnşaat Firmalarının Üstlendiği Müteahhitlik Hizmetlerinde Karşılaşılan Finansal Sorunlar ve Libya Örneği, sf 35.

¹⁷ EKİNCEK, Mimar Emre, İstanbul Teknik Üniversitesi, Haziran 2006, Yüksek Lisans Tezi, Uluslararası Türk Müteahhitlik Hizmetleri İçin Türk Eximbank Uygulamalarının Değerlendirilmesi, sf 18.

¹⁸ Kenanoğlu, M.Macit ve YEŞİLİRMAK, Ali, Küre Yayınları, 2011, Uluslar arası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi, sf. 21-24.

veya olağanüstü durumlar nedeniyle firmaların taahhütlerini zamanında yerine getirememesi nedeniyle teminat mektuplarının hemen tazmin edilmemesi gerektiği ortaya çıkmıştır.

Uluslararası pazarlarda faaliyette bulunan rakip firmalar risklerini devlet destekli sigorta sistemleri ile giderebilmektedir. Ancak bu pazarlarda faaliyetlerini sürdüren Türk müteahhitlik firmaları, gelişmiş ülkelerin firmalarının sahip olduğu ticari ve politik risk sigortası olanaklarına sahip değildir. Devlet destekli sigorta olanakları ile ilgili Türkiye’de muhatap olarak görülen ve kuruluş amaçları arasında “sigorta” da bulunan Türk Eximbank’ın, yurtdışında faaliyet gösteren Türk müteahhitlik firmalarına yönelik uyguladığı tek program ise Teminat Mektuplarının Haksız Nakde Çevrilme Sigorta Programı’dır.¹⁹ Başka ülkelerin yurtdışı müteahhitlik firmalarını sigortalamasına karşın ülkemizde sigorta sisteminin bulunmaması yurtdışında faaliyet gösteren Türk müteahhitlik firmalarının rekabet avantajını kaybetmelerine yol açabilmektedir.

Teminat mektupları yukarıda sayılan risklerin yanı sıra hukuki problemlere de haizdir. Bu problemlerin temelini kanuni zeminin derleme olması teşkil eder. Kendine özgü bir kanunu bulunmayan teminat mektuplarında özellikle limitsiz mektuplar, süresiz mektuplar ve batan bankaların düzenlemiş olduğu mektuplar tartışılan konular olup bankacılık sistemimiz açısından çözüm bekleyen hukuki sorunlardır.

5.4 Teminat Mektuplarının Haczi ve İhtiyati Tedbir Konulması

29.04.2010 tarihli Yargıtay Kararına göre, “*Teminat mektuplarının kıymetli evrak niteliği bulunmamaktadır. Banka ile muhatap arasında garanti sözleşmesi niteliğinde olan teminat mektubunda lehtar, akit durumunda değildir. Başka bir anlatımla teminat mektubu ile lehtar lehine doğmuş veya doğacak bir hak bulunmadığından lehtarın borcu için teminat mektubunun haczedilmesine yasal imkan yoktur. Ancak teminat mektupları hangi iş için verilmiş ise onun için haczedilip paraya çevrilebilir.*”²⁰ Yargıtay kararlarından da görüleceği üzere, teminat mektubunun bizatihi kendisi haciz edilemez; ancak, teminat mektubundan doğan alacaklar haczedilebilir.

Bankaların ilk yazılı talepte muhatabın beyanını yeterli görerek ödeme yapmaları teamülü bazen teminat mektuplarının haksız olarak tazminine yol açmaktadır. Mahkeme kararıyla konulan ihtiyati tedbir bankanın teminat mektubu bedelini muhataba ödemesini durduracak tek hukuki imkândır. İhtiyati tedbir kararının bankaya tebliği halinde, teminat mektubunun tazmin talebi reddedilebilir.

Mektup metninde; “... *ihtiyati tedbir kararına rağmen ödeme taahhüdü*” ibareleri bulunsa dahi, muhataba ödeme yapılmasından imtina edilebilir. İhtiyati tedbir kararının varlığına rağmen ödeme yapılması halinde, tedbir kararına uymayan yetkililer, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu uyarınca, bir aydan altı aya kadar hapis cezasını gerektiren suç işlemiş olurlar.²¹

¹⁹ EKİNCEK, Mimar Emre, İstanbul Teknik Üniversitesi, Haziran 2006, Yüksek Lisans Tezi, Uluslararası Türk Müteahhitlik Hizmetleri İçin Türk Eximbank Uygulamalarının Değerlendirilmesi, sf 19.

²⁰ DOĞAN, Vahit, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, Banka Teminat Mektupları, 4. Basım, sf. 305.

²¹ REİSOĞLU, Seza, (2003), Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, sf. 315, Ankara.

5.5 Teminat Mektuplarının Temliki

Teminat mektupları ile banka asli ve bağımsız bir yükümlülük altına girdiğinden, fer’i nitelikteki kefaletten farklı olarak muhatabın, lehtardan olan alacağının temliki ile birlikte teminat mektubu da yeni alacaklıya geçmemektedir. Teminat mektubu muhatabının değişmesi ancak bankanın muhatabın değişikliğine *muvafakat etmesi* ile mümkündür.²²

Uluslar arası hukukta teminat mektuplarının devri lehtarın devredilebilir nitelikli teminat mektubu açması yönünde talepte bulunmasına ve banka ile muhatap arasında devredilebilir nitelikli sözleşmenin imzalanması ile mümkündür. Türk hukukunda ise sözleşme serbestisi prensibi çerçevesinde banka ile muhatap anlaşarak sözleşme gerçekleştirebilir. Yargıtay Kararına göre, teminat mektubunun devri bankanın muvafakati ile mümkündür.²³ Teminat mektubu metninde *“transfer edilebilir”, “devredilebilir”* gibi ibarelerin yer alması halinde, banka devre başlangıçta muvafakat vermiş olduğundan, bankanın mükerrer muvafakatine gerek bulunmamaktadır. Teminat mektupları ciro benzeri şekil şartlarına haiz değildir. Buna karşılık, teminat mektubu nedeniyle doğmuş veya doğacak bir alacak, diğer alacaklar gibi temlik edilebilir, ancak bankanın yeni alacaklıya ödeme yükümlülüğü, alacağını temlik etmiş bulunan muhatabın usulüne uygun tazmin talebine bağlıdır. Öte yandan, avans teminat mektupları, vergi dairelerine verilen teminat mektupları ile mahkeme ve icra dairelerine verilen mektuplar temlik edilemez ve ihtiyati tedbir konulamaz.

5.6 Gümrük İdarelerine Verilen Mektuplardan Doğan Sorunlar

Gümrük İdareleri genellikle normal banka teminat mektuplarını kabul etmemekte kendilerine has kapsamlı teminat mektuplarını tercih etmektedirler. Gümrük İdarelerinin dosya incelemelerinin uzun süre alması ve uygulamada uzun yıllar sonra muhatapların bankalardan garanti tutarını ve buna ilave olarak gecikme faizi ve diğer zararların tazmini nedeniyle çok büyük risklerle karşılaştığı görülmüştür. Örneğin, 1 milyon TL’lik bir mektup için beş-altı yıl sonra 10 milyon TL’lik tazmin talebi ile karşılaşmak olasıdır.

Gümrük Yönetmeliği’nin 253 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasında; Fişli *bireysel teminata*, kefil kuruluştan, tutarı teminat idaresince belirlenecek olan banka teminat mektubu ile *ek-39*’da yer alan örneğe uygun taahhütname alınır. Teminat mektubu tutarının artışı, her yıl 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca belirlenen *yeniden değerlendirme oranı* esas alınarak hesaplanır.

“Kabul olunabilecek teminat ve değerlendirilmesi” başlıklı 495 inci maddesinin (3) üncü fıkrasında;

“Teminat mektuplarının 497 nci maddedeki kayıt ve şartlara uygun, alacak miktarını karşılayacak değerde ve süresiz olması gerekir.”

ifadelerine yer verilmiştir.

Yönetmeliğin “Teminatın kabulü” başlıklı 497 nci maddesinin 1 numaralı fıkrasında;

²² REİSOĞLU, Seza, (2003), Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, sf. 202-207, Ankara.

²³ DOĞAN, Vahit, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, Banka Teminat Mektupları, 4. Basım, sf. 289-291.

Gümrük işlemleri dolayısıyla, **vergilerin teminatı** olarak kabul edilebilecek teminat mektupları, idareye ibraz olunduktan sonra, ait oldukları tahakkuku yapılmış vergiler tutarını karşılayıp karşılamadıkları incelenir ve **ek-77**'de yer alan örneğe uygun görüldüğü takdirde kabul edilir. **Götürü teminat sisteminden yararlanmak** için ibraz edilmiş teminat mektupları ise 494 üncü madde uyarınca belirlenecek teminat tutarını karşılamaları ve **ek-77/A**'da yer alan örneğe uygun görülmeleri durumunda kabul edilir.

Üstü açık teminat mektuplarında, bankanın ödemeyi garanti ettiği bir tutar yer almakla birlikte “...verildiği tarihten itibaren hesaplanacak kanuni faiz ve gecikme cezası ile birlikte ödeneceği... veya... tahsili gereken tutarın % 20 fazlasıyla... gümrük idaresine yapılacak ilk istek üzerine bu durumu ispat eden başka bir belge aramaya lüzum görmeksizin itirazsız ödemeyi taahhüt ettiğini ve tahsili istenen tutarın istek tarihinden itibaren 7 gün içinde ödenmemesi halinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre faiz ödeneceği şeklinde” ifadelere yer verilmektedir.²⁴ Gümrük idarelerine hitaben verilen teminat mektuplarının genellikle bu ibareleri taşıması nedeniyle üstü açık mektupların tazmin olması durumunda mektup bedelinin misillerine ulaşan tazmin bedeline maruz kalılabilmektedir.

5.7 KİK ve DİK Kapsamında Düzenlenen Mektuplardan Kaynaklanan Sorunlar

22.08.2009 tarih ve 27327 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren “4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ile 4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanununun Uygulanmasında Karşılaşılan Tereddütlere Açıklık Getirilmesi ve Bu Hususlarda Uyulması Gerekli Esasların Belirlenmesi Hakkında Kamu İhale Genel Tebliği”nin 18 inci maddesinde teminatlar açıkça zikredilmiş²⁵ ve 1 inci fıkrasında; “teminat mektuplarının şekli, tazmin durumunda ödemenin nasıl yapılacağı, yabancı para cinsinden verilen ve tazmin olan teminat mektuplarında ödemenin yapılacağı tarihteki Merkez Bankası alış kurunun geçerli” olacağı, teminat mektuplarında teyidin nasıl yapılacağı hususları detaylı bir şekilde ele alınmıştır.

Teminat mektuplarının tazmini halinde geri ödemenin, teminatın verildiği para biriminden bankaca ödenmesi esas olup, yabancı para cinsinden teminat idarece kabul edilmekle birlikte idarenin mali mevzuatı gereği tahsilâtın sadece tazmin tarihindeki TCMB’nin döviz satış kuru üzerinden Türk Parası cinsinden yapılabildiği durumlarda ise idareler, bu hususu ihale dokümanı ekinde yer alan standart teminat mektubu formlarının ödemeye ilişkin bölümünde belirteceklerdir.

İş tamamlandığı halde ilgilisi tarafından iadesi istenmemiş, ancak mektup üzerinde öngörülen geçerlilik süresini doldurduğu için teminat olma vasfını yitirmiş olan kesin teminat mektupları ile Sosyal Güvenlik Kurumu (SGK) tarafından sosyal güvenlik borcu bulunmadığına ilişkin yazıların geç verilmesi ve kesin teminat mektuplarının geçerlilik süresinin dolması durumunda geçerlilik süresi dolan kesin teminat mektuplarına ilişkin olarak, idarelerce 4735 sayılı Kanunun 13 ve 14 üncü maddeleri gereğince işlem yapılacaktır. 13 üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince, yükleniciler tarafından yapım işlerinde kesin kabul tarihine, diğer işlerde kabul tarihine veya varsa

²⁴ Gümrük Yönetmeliği Ek:77

²⁵ <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=9.5.13354&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0>, Kamu İhale Genel Tebliği.

garanti süresinin bitimine kadar SGK’dan ilişiksiz belgesi getirilmemesi halinde kesin teminatlar paraya çevrilerek borçlarına mahsup edilecek, varsa kalan yükleniciye geri verilecektir.

5.8 Teminat Mektubunun Tazmini

Banka, sözleşmede belirtilen riskin gerçekleşmesi halinde muhatabın ilk tazmin talebi üzerine, belirli bir meblağa kadar ödemede bulunmayı garanti etmektedir. Bankanın söz konusu ilişkiden doğan ödeme taahhüdü, taraflar arasındaki her türlü hukuki ilişkiden bağımsızdır. Ancak, bankaların kayıtsız şartsız ödeme taahhütleri uygulamada zaman zaman kötüye kullanılabilmekte veya teminat mektubunun paraya çevrilmesi hususunda taraflar arasında görüş ayrılığı olabilmektedir. Bu gibi durumlarda, lehine teminat mektubu verilen kişilerin bankanın ödeme yapmasını durdurmada hukuki yararı bulunduğu kabul edilmektedir, çünkü lehdarın bankanın ödeme yapmasını bekleyip sonradan dava açması uzun yıllar alabilecek bir süreçtir.²⁶

Garanti sözleşmesi niteliği taşıyan teminat mektuplarındaki temel unsur belli bir riskin garanti edilmesidir. Yargıtay kararlarından görüleceği üzere, belirli olmayan risklerin taahhüt edilmesi mümkün değildir. Kesin delil bulunmadığı müddetçe lehtar ve garantör teminat mektubuna ilişkin riskin gerçekleşmediği imkânsızlık, mücbir sebep, sözleşmenin yapılmamış olması, ehliyetsizlik ve zamanaşımı gibi def’ileri ileri sürebilirler. İtibar kuruluşu olan bankaların bu niteliklerinin devamlılığı ve kanuni yükümlülükten kaynaklanan ilave maliyetlere katlanmamak amacıyla usulüne uygun olarak tazmini yazılı talep edilen teminat mektubuna konu alacağı muhataba ödenmesini müteakip hukuki yollara başvurma eğilimindedirler. Ancak, “önce öde, sonra dava et” şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira garantör def’i iddiasını kullanabilecek iken ödeme yapmaktan imtina etmelidir. Bankalar genellikle tazmin talebini yerine getirdikten sonra lehtarla aralarındaki kontrgarantiye dayanarak lehtara rücu emektedirler.

Teminat mektubunu veren bankanın yükümlülüğü garanti edilen risk tutarı ile sınırlıdır. Bunun dışında kalan borçların tazmini istenemez. Yargıtay’ın 12. HD.6.4.2000 4332/5403 sayılı kararı uyarınca; *“teminat mektupları nitelikleri itibarıyla hangi iş için verilmiş ise o iş için geçerlidir.”* Örneğin baraj dolgusu için ve çevre düzenlemesi için ayrı ayrı tanzim edilen teminat mektupları birbirlerinden bağımsızdır. Herhangi bir mektubun tazmin olması diğer mektubun tazmini anlamına gelmeyecek olup iki yükümlülüğün gerçekleşmemesi durumunda her iki mektup için tazmin talebinde bulunulabilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1981 yılında verdiği bir kararda; *“Banka teminat mektubu muhteviyatı meblağı alacaklıya ilk talebinde ödeme zorundadır. Bununla beraber banka sırf kendisine ait def’ilerle mektubun bedelini ödemekten imtina edebilir. Teminat mektubunun zamanaşımına uğraması, sahte olması gibi def’ileri ileri sürebilir.”* (HGK. 21.7.1981 11-1941/560)

Objektif iyi niyet kuralları çerçevesinde hareket etmesi gereken banka teminat mektubunun sahte olması, bankayı borç altına sokan kişilerin yetkili olmaması, riskin sona ermesi veya

²⁶ TÜRKÇÜ, Ayşe Nilüfer, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005. Yüksek Lisans Tezi, Banka Teminat Mektuplarının Tazmininin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması, sf: 2, 93.

gerçekleşmemesi, teminat mektubunun ahlaka, adaba, kamu düzenine aykırı olması durumunda banka ödeme yaparsa lehtara başvuramayacaktır. Yargıtay, “banka şube müdürlerinin veya banka genel müdürünün bankalar Kanunu’ndaki limitleri aşarak verdikleri teminat mektuplarını geçerli sayması muhatapların iyi niyetli olmaları ile sınırlamıştır.” (HGK. 21.3.1962 tarihli karar.)

Keza garanti veren banka risk doğmuş olsa dahi, Medeni Kanunun 2. maddesinde düzenlenen “Hakkın kötüye kullanılmasını kanun himaye etmez” kuralına da dayanabilecektir. Yargıtay’ın bir kararında; “Teminat mektubunun istenmesi herhangi bir şarta bağlı olmasa dahi, haklı sebebe dayanmadıkça ve karşı tarafın zararını mucip olacak şekilde dermeyanı halinde, hakkın kötüye kullanılması olayını meydana getirir.” (TD. 19.3.1968 3008/1543) ifadelerine yer verilmiştir. Bu nedenle, risk gerçekleşmezse veya yükümlülüğün ifa edilmesine rağmen muhatabın teminat mektubunu tazmin etme isteği bulunursa, banka muhatabın hakkın kötüye kullanıldığını ileri sürerek tazmin yükümlülüğünü yerine getirmeyecektir.

Tazmin talebini reddeden banka muhatabın başvuracağı hukuki süreç sonucu haklı bulunması halinde itirazın iptali ve %40 olan icra inkar tazminatı ile karşı karşıya kalabilir. Ancak, %40 icra inkar tazminatının ödenip ödemeyeceği konusunda hukuki tartışmalar mevcuttur. Yargıtay’ın bu konuda çelişkili kararları vardır. Yargıtay yerleşik içtihatlarında icra inkar tazminatına karar verilmesi için mutlaka likit, kesin bir borcun varlığını haklı olarak aramaktadır. Mektuptaki meblağ, bankanın azami sorumluluğunu belirlemekte; ihtilaf halinde riskin doğup doğmadığı ve ne miktar için doğduğu mahkeme kararı ile saptanmakta; Yargıtay kararlarında ise teminat mektubunun bir kıymetli evrak olmadığı, borç ikrarı oluşturmadığı ve ileride doğabilecek bir riski ihtiva ettiği şeklinde açıklanmıştır. Burada likit, kesin bir borçtan söz edilmeyecek ve banka davayı kaybetse dahi %40 icra inkar tazminatına hükmetme kanuna aykırılık oluşturacaktır.

Teminat mektubu sözleşmesinin sona ermesi; bankanın usulüne uygun tazmini istenen teminat mektup bedelini ödemesi, lehtarın borcunu ifa etmesi, vadenin sona ermesi, kusursuz imkansızlık, muhatabın kusuru, teminat mektubunun bankaya iade edilmesi ile mümkündür.²⁷

5.9 Teminat Mektubunda Zamanaşımı

Banka teminat mektupları vadeli veya vadesiz olabilmekte, vadeli teminat mektuplarında bankaların sorumluluğu vade sonunda sona ermektedir. Borçlar Kanunu’nun 125 inci maddesinde; “Bu kanunda başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde, her dâva on senelik müruru zamana tâbidir.” ifadelerine yer verilmiş olup, aksine bir hüküm bulunmayan durumlar için zaman aşımı süresi 10 yıl olarak belirlenmiştir.

Söz konusu Kanun’un 128 inci maddesinde; “Müruru zaman alacağın muaccel olduğu zamandan başlar, alacağın muacceliyeti bir ihbar vukuuna tabi ise müruru zaman bu haberin verilebileceği gündün itibaren cereyan eder.” hükmüne yer verilmiş olup, zamanaşımının başlangıç süresinin alacağın muaccel olduğu tarihten itibaren başlayacağı ifade edilmiştir. Ancak ne zaman zamanaşımının başladığı da tartışmalıdır. Prensipite borcun muaccel olduğu tarihten başlamakla

²⁷ DOĞAN, Vahit, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, Banka Teminat Mektupları, sf. 425-430.

birlikte tarafların muacceliyet tarihini tespit etmesi zor olduğundan genellikle düzenlenme tarihi dikkate alınır.

Yargıtay kararları uyarınca teminat mektubunda “Bu teminat mektubu vade sonuna kadar yazılı tazmin talebinde bulunulmadığı takdirde hükümsüz olacaktır” şeklinde veya benzeri bir ibareye yer verilmelidir. “Bu teminat mektubu 31.12.2012 tarihine kadar vadeli” ibaresi ile yetinilmesi halinde ise muhatap, riskin vade içinde doğduğunu ispat koşulu ile on yıl içinde bankadan mektubun tazminini isteme hakkına sahip olmaktadır.

Uygulamada teminat mektuplarının hangi tarihte zamanaşımına uğradığı da sorun yaratmaktadır. Vadesiz teminat mektuplarında, on yıllık zamanaşımının başlangıç tarihi, mektubun tazmin edildiği tarih değildir. Borçlar Kanununa göre bir borç muaccel olduğu tarihten itibaren zamanaşımı işlemeye başladığından; teminat mektuplarında da on yıllık zamanaşımı, garanti edilen *riskin muaccel* olduğu tarihten itibaren başlayacaktır. Oysa taraflar arasındaki ilişkinin dışında olan bankanın muacceliyeti belirlemesi çok zordur. Böylece 15-20 sene evvel verilmiş olan bir teminat mektubunun dahi zamanaşımına uğrayıp uğramadığını tespit sorun yaratabilmektedir.

BK. 110/2 maddede öngörülen şartı içeren vadeli bir teminat mektubunun tazmini vade içinde istenmez ise, vade sonunda bankanın yükümlülüğü son bulacağından zamanaşımı söz konusu olmayacaktır. Teminat mektubunda vadeye ilişkin herhangi bir hüküm yoksa söz konusu teminat mektubu en geç düzenleme tarihinden itibaren on yıl sonunda zamanaşımına uğrayacaktır.

6. TEMİNAT MEKTUPLARI SORUNLARINA İLİŞKİN ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

İnşaat, gemi yapımı, turizm, gıda ve hizmet sektöründe faaliyet gösteren firmaların mevcut pazarlarda hayatını idame ettirebilmesi ve yeni pazarlara açılabilmesi amacıyla gerek yurt içi ve gerekse yurt dışında üstlenilen projelerin veya edimin teminat mektubu ile desteklenmesi talep edilmektedir. Pek çok Türk firmasının Libya, Kuveyt, Katar, Suriye, Irak ve Mısır gibi Ortadoğu ülkelerinde inşaat faaliyetleri bulunmaktadır. Bu şirketlerin yaptıkları otoyol, baraj, köprü ve diğer inşaat taahhütleri için yüksek miktarda teminat mektuplarına başvurabilmektedirler. Arap Baharı ile yükümlülük altına giren Türk firmalarının büyük bir kısmı bu ülkelerde patlak veren savaşlar yüzünden taahhütlerini yerine getiremez duruma düşmüşlerdir. Türk bankacılık sektörünün Türk firmalarına vermiş olduğu teminat mektuplarının elde olmayan nedenler yüzünden tazmin olması bankacılık sektörünü ciddi sorunlarla yüz yüze gelmesine yol açabilecektir. Türk inşaat firmalarının Libya ve Suriye’de yüksek taahhütleri bulunduğundan BDDK Karşılıklar Yönetmeliği’nde geçici süre ile değişiklik yapmıştır. Buna göre, Libya ve Suriye’de iş yapan firmaların kredi faiz ve anapara ödemeleri 90 günü geçen şirketlerin hemen takip hesaplarına intikal ettirilmeyerek kredilerinin yeniden yapılandırılması gibi imkânlar getirilmiştir.

Banka teminat mektuplarının Aralık 2012 dönemi itibarıyla 200 milyar TL’lik bir bakiyeyi geçmesine rağmen kendine has bir kanun, tebliğ ve yönetmelik ile düzenlenmemesi zaman zaman sorun teşkil etmektedir. Çünkü Gümrük İdaresinin, KİK, DİK, Maliye Bakanlığı ve diğer kamu kuruluşları ile özel sektör farklı farklı teminat mektupları talep etmesi karışıklığa yol açmaktadır.

Bu konuda yeknesaklığın sağlanması, kanuni alt yapısının güçlendirilmesi amacıyla gerekli düzenlemelerin yapılması elzemdir.

Konu ile ilgili yasal düzenlemelerin oluşturulmaması ve mevcut yapının devam etmesi durumunda limitsiz ve süresiz mektupların oluşturduğu belirsizliklerin giderilmesine katkı sağlayacak yöntemlerden biri Garanti Fonu uygulamasıdır. Bunun en güzel örneği tasarruf mevduatı sigortasıdır. Bu Fonun işleyiş sistemi, tasarruf mevduatında olduğu gibi teminat mektuplarında da belli bir limite kadar riskin teminat altına alınması ve lehtara ilişkin hukuki problemlerin ortaya çıkması durumunda bankanın riskinin belli bir tutarının bu Fon'dan karşılanması şeklinde olabilir. Teminat mektupları üzerinden belli bir miktarda prim ödenmesi yoluyla Fon'a kaynak sağlanması sistemi işlevsel hale getirebilir.

Garanti Fonu kapsamında mektupla sağlanan teminatın 100 bin TL'ye kadar olan kısmı için %50, 500 bin TL'ye kadar olan ilave tutar için %25, 1.000 bin TL'ye kadar olan ilave kısım için %10 oranında sigorta uygulamasına geçilebilir. Garanti Fonu'nun tazmin olmuş ve tahsili mümkün olmayan mektuplara sağladığı garanti kapsamını belirleyen bu formülasyon 500 bin TL'ye kadar olan mektuplara sağlayacağı oransal getirinin daha yüksek olması nedeniyle riskin bankalara dağılması açısından ilave faydalar sağlayabilir.

Örneğin X bankası tarafından Y muhatabına hitaben Z lehtarına 750 bin TL tutarında teminat mektubu düzenlemiştir. Z edimini yerine getirmemiş ve mektup, Y tarafından yazılı başvuru ile tazmin talebinde bulunulmuş ve X bankası tarafından ilgili bedel ödenmiştir. Banka'nın Z' den alacağını tazmin edememesi durumunda başvuracağı garanti Fonu'nun karşılayacağı sigorta tazmin tutarı aşağıda hesaplandığı gibidir:

Tablo 1:
Sigorta Tazmin Örneği

Mektup Tutarı	Yüzde Oranı (%)	Sigorta Tazmin Tutarı
100.000	50	50.000
400.000	25	100.000
250.000	10	25.000
750.000	Toplam	175.000

Yukarıdaki örnekte, 750 bin TL tutarında tazmin olmuş mektuba Sigorta Fonu'nun ödeyeceği garanti tutarı 175 bin TL'dir. Aynı Fon, bankanın ortadan kalkmış olduğu durumlarda benzer güvenceleri muhataba sağlayabilir.

Dış ticaret işlemleri ve müteahhitlik hizmetlerinde yaygın şekilde kullanılan banka garanti ve kontrgarantilerde uyulması gereken kurallar International Chamber of Commerce (ICC-Milletler

Arası Ticaret Odası) tarafından 1992 yılında yayımlanmış ve zamanla revize edilmiştir.²⁸ Birleşmiş Milletler, Dünya Bankası, meslek kuruluşları, ticaret odaları, bankacılık sektörünün ve uluslar arası ticaretle uğraşan firmaların bu kuralları benimseyip kabul etmeleri bu kuralların yaygınlık kazanmasına yol açmaktadır. Söz konusu kuralların ülkemizde henüz benimsenmemesi ve yasal eksiklik nedeniyle mezkûr kurallar pek yaygınlık kazanmamıştır. Dünya Bankası gibi kurumlarca finanse edilecek projelerde URDG 758 kurallarının uygulanma zorunluluğunun bulunması bu kuralların benimsenmesini hızlandıracaktır.

7. SONUÇ ve GENEL DEĞERLENDİRME

Türk hukukunda teminat mektupları ilk defa 1025 sayılı ve 12.03.1927 tarihli Kanun’un 1. maddesi uyarınca yürürlüğe giren 08.01.1928 tarih ve 6048 sayılı Kararname ile “teminatı katiye mektubu, teminatı muvakkate mektubu” şeklinde yer almıştır.

İçtihadı birleştirme kararına göre; ilk talepte tazmin garantisi taşıyan teminat mektuplarının başkasının fiilini taahhüt niteliği taşıdığı, garanti sözleşmesi oluşturduğu ve kefalet sayılamayacağına hükmedilmiştir. Türk hukuk sistemine bakıldığında banka teminat mektupları şeklinde tanımlanan garantiler için genel kabul görmüş standart herhangi bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Kamu ve özel sektör tarafından kabul edilen teminat mektuplarının unsurları, nitelikleri ve hukuki sonuçları farklılık arz etmektedir.

Kamu kurumları genellikle 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu hükümlerine istinaden teminat mektubu kabul etmektedir. Yapım İşleri İhaleleri Uygulama Yönetmeliği’ne göre, yüklenici tarafından verilecek teminat mektuplarında yönetmelik ekinde yer alan standart formlara uygun düzenlenme şartı aranmaktadır. Banka teminat mektuplarının söz konusu şekillere göre düzenlenmemesi durumunda kamu kurumları açısından geçerli sayılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Diğer taraftan gümrük müdürlüklerine muhatap olarak düzenlenecek banka teminat mektuplarında Gümrük Yönetmeliği’nin ekinde yer alan maktu formlar şeklinde olması gerekmektedir.

Limitsiz ve süresiz diye tabir edilen ve genellikle gümrük idareleri tarafından talep edilen teminat mektuplarında riskin tutarı önceden tam olarak hesaplanamadığı için teminat mektubunun tazmini aşamasında bankalar yüksek tazmin ile karşı karşıya kalabilirler. Bu tür mektuplarda hesaplanan faiz tazmin tarihinden itibaren değil, mektupların verildiği tarihten itibaren başlar. Bu sebeple, düşük meblağlı verilen bir mektup enflasyonun yoğun yaşandığı ve faizlerin yüksek olduğu bir dönemde riskin varlığı daha da artmaktadır.

Teminat mektuplarına ilişkin olarak hukuki alt yapının oluşturulması, teminat mektuplarının kanuni düzenlemelerle regüle edilmesi, bu konudaki belirsizlikleri ortadan kaldıracaktır. Bankacılıkta şeffaflığın öne çıkması ve mali bilançoların üzerindeki riskin kesin olarak hesaplanabilmesi için bu konuda düzenleme yapmak elzemdir. Yapılacak düzenleme ile birlikte teminat mektubunu

²⁸ Durukanoğlu Nihayet, ICC’nin Garantilere İlişkin Bir Örnek Kuralları ve Bu Kuralların Kamu Sektörüne Uygulanması adlı makale.

kullandıran bankanın riskini daha doğru hesaplayabilmesi, sermaye yeterliliği ve karşılıklar yönetmeliğine uyum bakımından da daha isabetli olacaktır. Ayrıca, Arap Baharı gibi olağanüstü durumlar nedeniyle Libya ve Suriye’de patlak veren savaşlar yüzünden burada faaliyet gösteren bir takım Türk firmalarının taahhütlerini yerine getirmemesi nedeniyle mektupların tazmin edilmemesi ve Karşılıklar Yönetmeliğinde yapılan geçici düzenlemeler bu soruna çözüm getirilmiştir. Savaş ve olağanüstü beklenmedik durumlarla karşılaşıldığında risk odaklı düzenlemelere yer verilmesi, mevzuat hükümlerinin gevşetilmesi ve yönetmeliklerde yapılacak esnek düzenlemeler ile taahhüt altına giren firmaların iflaslarını önlemek mümkündür.

Teminat mektuplarında, lehtar ve bankacılık sektörü bakımından ortaya çıkabilecek riskleri minimuma indirebilmek amacıyla mektup tutarlarının belli bir kısmı Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu gibi bir kuruluşa sigorta ettirilmesi sektör açısından önem arz etmektedir. Tazmin olmuş mektuplara ilişkin alacakların lehtardan tahsil edilememesi veya garanti veren bankanın ortadan kalkması durumunda lehtarın edimini yerine getirememesi nedeniyle muhatabın uğrayacağı zararın belli oranlarda tazmini temin edilebilir. Mektupla sağlanan teminatın 100 bin TL’ye kadar olan kısmı için %50, 500 bin TL’ye kadar olan ilave tutar için %25, 1.000 bin TL’ye kadar olan ilave kısım için %10 oranında sigorta tazmin tutarı hesaplanarak ödeme yapılır.

Sonuç olarak, ülkemizde de standart kuralları önceden belirlenmiş teminat mektuplarına ilişkin müstakil düzenlemelerin yapılması, şayet bu düzenlemeler yapılmayacak olsa bile dünyada pek çok ülke tarafından benimsenen International Chamber of Commerce (ICC-Milletler Arası Ticaret Odası)’nın bu hususa ilişkin yaptığı düzenlemenin benimsenmesinin önemli olduğu düşünülmektedir. Ayrıca, teminat mektubu ve kontrgarantiler için sigorta sisteminin hayata geçirilmesinin son derece isabetli olacağı kanaatine varılmıştır.

KAYNAKÇA**Kitap, Makaleler ve Tezler:**

1. DOĞAN, Vahit, Seçkin Yayınevi, Ankara 2011, Banka Teminat Mektupları, Yenilenmiş 4. Basım.
2. BAŞARA, İzzet, (2009) Banka Teminat Mektuplarının Hukuki Niteliği, TBB Dergisi, Sayı 83, sf. 302-303, İstanbul.
3. EKŞİ, Nuray, (2011), Banka Teminat Mektuplarına İlişkin ICC Kuralları Makaleler, Mayıs, sf. 109, İstanbul.
4. KUNTALP, Erden, (1995), Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bundan Doğan Sorumluluk, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, sf. 264-280 İstanbul.
5. REİSOĞLU, Seza, (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, Yaklaşım Yayınları, sf. 679, Ankara.
6. DOĞAN, Vahit, (2002) Banka Teminat Mektupları, sf. 34, Ankara.
7. REİSOĞLU, Seza, (2003), Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, sf. 73-80, Cem Web Ofset, Ankara.
8. REİSOĞLU, Seza, (2003), Banka Teminat Mektupları ve Kontgarantiler, İstanbul 2003.
9. REİSOĞLU, Seza, (2002), Banka Teminat Mektupları ve Uygulamada Ortaya Çıkan Sorunlar, TBB Sempozyum, İstanbul.
10. TEKİNALP, Ünal, (2009), Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, sf. 224, İstanbul.
11. ALIŞKAN, Murat ve ÇAKICI, Cemal, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, Haziran 2005, Hukuk ve Muhasebe Açısından Teminat Mektupları.
12. Kenanoğlu, M.Macit ve YEŞİLIRMAK, Ali, Küre Yayınları, 2011, Uluslar arası Yatırım Hukuku Bağlamında Libya Krizi.
13. DURUKANOĞLU, Nihayet, ICC’nin Garantilere İlişkin Bir Örnek Kuralları ve Bu Kuralların Kamu Sektörüne Uygulanması adlı makale.
14. ALAGÖZLÜ, Nuray, Türkbilig: Türloji Araştırmaları, 2007/14: 22-40, Banka Teminat Mektupları: Türk Bankacılık Diline Bir Bakış.
15. IŞIK, M.Banu, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Anabilim Dalı, 2008, Yüksek Lisans Tezi, Orta Doğu-Kuzey Afrika Ülkelerinde Türk İnşaat Firmalarının Üstlendiği Müteahhitlik Hizmetlerinde Karşılaşılan Finansal Sorunlar ve Libya Örneği.
16. PELLUMBI, Sokol, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006, Banka Kredi Hukukunda Teminatlar.
17. TÜRKÇÜ, Ayşe Nilüfer, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005, Yüksek Lisans Tezi, Banka Teminat Mektuplarının Tazminin İhtiyati Tedbir Kararı Alınarak Durdurulması.

18. Doğan, Elif, Bahçeşehir Üniversitesi, 2010, Yüksek Lisans Tezi, Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları.
19. EKİNCEK, Mimar Emre, İstanbul Teknik Üniversitesi, Haziran 2006, Yüksek Lisans Tezi, Uluslararası Türk Müteahhitlik Hizmetleri İçin Türk Eximbank Uygulamalarının Değerlendirilmesi.

İnternet ve Diğer Kaynaklar:

1. 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
2. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu
3. 818 sayılı Borçlar Hukuku.
4. 4458 sayılı Gümrük Kanunu
5. 07.09.2009 tarihli ve 27369 sayılı (mükerrer) Resmi Gazete’de yayımlanan Gümrük Yönetmeliği.
6. 11.06.1969 tarih ve 1969/4 Esas Nolu İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı.
7. 26.01.2001 tarih ve 2000/6686 Esas Nolu 19. Hukuk Dairesi Kararı.
8. 14.11.2001 tarih ve 2001/11-996 Esas Nolu Hukuk Genel Kurulu Kararı.
9. 13.12.1967 tarih ve 1966/16 Esas Nolu İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu Kararı.
10. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, www.bddk.org.tr,
11. 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu, www.kik.gov.tr,
12. <http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.aspx?MevzuatKod=9.5.13354&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0>, Kamu İhale Genel Tebliği,
13. www.gumruk.gov.tr
14. www.tcmb.gov.tr
15. www.tbb.org.tr