

BANKA TEMİNAT MEKTUPLARININ ÖDENMESİ İHTİYATİ TEDBİR KARARLARI İLE DURDURULABİLİR Mİ?

İlhan E. POSTACIOĞLU (*)

Sayın Profesör Ragıp Sarıca'nın yaş haddi dolayısı ile emekliye ayrılması üzerine kendisine İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi'nin bir nüshasının ayrılması suretile armağan tertibine gidildiğini öğrenince, İcra Hukuku Kitabımın yeni baskısının yorgunluğundan henüz sıyrılmamış olmaklığıma rağmen, buna katılmakta bir an tereddüt etmedim.

Zira, Sayın Sarıca ile aramızda daima, benim kendisine karşı sevgi ve hayranlıkla karışık saygı, ondan da hakkımda esirgemediği ilgi ve sevgi hisleri hâkim olmuştur. Her ikimizin müşterek hobby'si olarak çağdaş Fransız edebiyatı mahsullerine derece derece onun benimkinden kat kat üstün ve yaygın ilgisi aramızdaki bağları ayrıca kuvvetlendirmiştir.

Fakülteye intisabımı müteakip, Fakülte Mecmuasında Demir Yolları ardiyesine bırakılan eşyanın uzun müddet çekilmemesi üzerine hesaplanacak ardiye ücretine hakkın suistimali nazariyesini kabili tatbik gören bir içtihatları birleştirme kararının eleştirisi hakkında yazdığım tahlil yazısını, sahasına taallûk etmemesine rağmen okuyup bana intibalarını bildirmesi, beni çok duygulandırmış ve şevke getirmiştir. Bizden sonra gelen gençlerin yazıları ile ilgilenmenin onları teşvik yolunda en etkin bir vasıta olduğunu bana şahsî misali ile öğreten Sayın Sarıca olmuştur.

(*) Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi İcra - İflâs Hukuku öğretim üyesidir.

Fakülte Kurullarında bazan ezici bir çoğunluğa karşı ilk sınıfa alınacak öğrenci adedinin 2000'e çıkarılması hakkında olduğu üzere, aynı istikamette ve bazen de karşılıklı görüşleri temsil ederek konuştuğumuz vakit dahi hiç bir zaman kırıcı olmamayı öğreten de yine Sayın Sarıca'dır. Zaten kendisi toplantı sonrası yorumlarını etrafındakilere bildirmekten geri kalmaz ve diğer hatiplerin konuşmasında takdir ettiği noktaları da çerçevelemekten haz duyardı.

Fakülte hayatını beşerî cephesi ile bana sevdiren etkenlerin başında yer alan Sarıca'nın İdare Hukuku sahasında katkılarını meslektaşları herhalde dile getirecektir. Fakat Fransız Hukukundan mülhem olan idarî kaza üzerinde çok değerli çalışmaları olan Sarıca me haz hukukumuz denilecek derecede tesiri altında kaldığımız Fransız Danıştayının kararlarını gereken dikkatle takip etmek yönünden de diğer hukuk dallarındaki arkadaşlarına canlı bir örnek olmuştur. Seneler evvel bir konferans için İstanbul'a gelen Prof. Maury, aziz dostumuz Sarıca'nın Fransız Devlet Şûrası içtihatlarına bu kadar yakın vukufu karşısında hayretini gizleyememiştir.

Diğer cihetten Sayın Ragıp Sarıca'nın mahkeme içtihatlarından hareketle ve kılı kırk yararcasına yaptığı tahliller hukuk diyalektiğinin ivicalarının nerelere kadar götürülebileceği hususunda yine diğer hukuk sahasına mensup arkadaşlar için dahi çok düşündürücü ve imrendirici bir misal teşkil etmiştir. Buna mukabil Sayın Sarıca'nın Paul Valéry'nin "bir eser ikmal edilmez, terkedilir" sözündeki hakikati adeta ispat etmek istercesine bir davranış içine girmesi de aşırı bir titizliğin müellifler için nasıl bir tehlike teşkil ettiğini de bilfiil kanıtlamış ve bu yönden de uyarıcı olmuştur.

Kendisinin ilmî ve insanî meziyetlerine hayranlık duyan arkadaşlar kafilesi arasında yer almamaklığım gönlüm razı olmadığı gibi, bu kafile dışında kalmaklığımın tabiî olarak davet edeceği haklı ve muahaezeye maruz kalmamak için vev alevâcele kaleme alınmış bir inceleme ile bu kollektif çalışmaya katılmak isteğim, umarım ki, gerekli müsamaha ile karşılanacaktır.

I

Bilindiği gibi, banka teminat mektubu bunu tanzim eden bankaya lehtar firmanın bizzat veya üçüncü bir şahsın verdiği kontrga-

ranti karşılığında bankanın muhataba karşı, muayyen bir paranın muhatabın ilk yazılı talebi üzerine ödenmesi hakkında giriştiği taahhüttür.

Bu taahhüdün niteliği hadisede 3. şahsın (lehtar firma) muhataba karşı olan borçlarının yerine getirilmesi zımında bankanın müstakil olarak yüklendiği bir borçtur. Bankanın taahhüdü hattizatında 3. şahsın ediminin yerine getirileceği yolunda bir taahhüdü tazammun etmekte ve 3. şahsın bu edimi yerine getirmediği takdirde, hatta sadece getirmemiş olduğunun muhatap tarafından yazı ile bildirilmesi halinde banka muhataba mektupta yazılı muayyen bir parayı ödemek borcuna girmiş bulunmaktadır.

Bankanın bu taahhüdü her ne kadar üçüncü şahsa (mektup lehtarı) ait bir borcun yerine getirilmemesi olayı ile ilgili bulunmakla beraber bu üçüncü şahsa ait borcun yerine getirilmediğinin isbatına mütevakıf değildir. Mücerret muhatabın bu yoldaki, yani mektup lehtarının borcunun yerine getirilmediği yolundaki beyanı mektubun tazmini için kâfi gelmekte ve herhalde üçüncü şahsın (mektup lehtarı) muhatap ile olan borç münasebetinden bu sebeple müstakil bir mahiyet arz etmektedir. Bu müstakil mahiyetinin bir gereği ve neticesi olarak mektup mümzisi banka, mektup lehtarı ile muhatap arasındaki hukukî münasebetten doğabilecek defî ve itirazları serd etmek yetkisini haiz olmamakta ve mektup içinde yer alan taahhüt bu vasıfları ile kefaletten açıkça ayrılmaktadır. Teminat mektubundaki yer alan borcun bu mahiyeti 11.6.1969 tarihli İçtihatları Birleştirme Kararı ile kabul edilmiştir.

Zikri geçen İçtihatları Birleştirme Kararı muvakkat ithal sureti ile yurda getirilmiş olan çuval ve kanaviçelerin muayyen bir süre zarfında ihraç edilmemesi üzerine tahakkuk edecek gümrük resminin ödenmesini natık teminat mektubu dolayısıyla ittihaz edilmiş bulunmaktadır (Resmî Gazete N. 13317, tarih 3.10.1969). Banka bu mevzuda teminat mektubu vermesi için muayyen bir şahıstan —ki bunun ithalatı yapan şahıs olması zarurî değildir— aldığı kontrgarantiye müsteniden bu teminat mektubunu vermiş olmakta başka bir deyişle, teminat mektubunun hukukî sebebini mezkûr kontrgarantiyi imzalayan kişinin taahhüdü teşkil etmektedir. O kadar ki, bankanın muhatabın yazılı beyanı üzerine tediyesini müteakip rücu hakkını kontrgaranti veren şahsa karşı kullanmağa mezun olduğun-

da şüphe yoktur. Bunun yanında gümrük idaresine karşı gümrük resmini borçlanmış olan ithalâtçı firmaya, bu firmaya ait borcun ödenmiş olması sebebiyle haksız iktisap kaideleri mucibince rücu edebileceği düşünülebilirse de bu görüş mektubun hukukî sebebinin kontrgaranti taahhüdünde bulunduğu için şayanı kabul görülmeyebilir.

Nitekim, muvakkat ithal edilen çuval mevzuunda fiiliyatta çuvaları ithal eden kişi bunları kontrgaranti vermiş alıcıya bütün riskoları ve bu meyanda gümrük resmine ait mükellefiyetleriyle devretmiş olması keyfiyeti karşısında bankanın tediyesi münhasıran kontrgarantide sebebi hukukisini bulan bir tediye olmakta ve ithalâtçıya nazaran sebepsiz bir iktisap teşkil etmemektedir. Çünkü banka kontrgarantiye müsteniden, teminat mektubunu ödemediği sürece bunun gerektirdiği komisyonları tahsil etmekte ve ödeme halinde de rücu hakkını kontrgaranti vermiş şahsa karşı kullanmaktadır. Başka deyişle, banka ithalâtı yapan mektup lehtarını şahıstan katan nazar böyle bir taahhüde girmiş ve bundan böyle tediyesi halinde münhasıran kontrgarantiyi imzalayan kişiye müracaat etmeyi göze almıştır.

Bu bakımdan bahis konusu içtihatları birleştirme kararının şu ibareleri kayda değer. "Hak ve nısfetle takdir edilmesi gerekecek rücu ilişkin konuyu hâkim hallederken meselenin oluş şeklini de gözönünde tutacaktır. Banka bu teminat mektubunu verirken borçlu ile herhangi bir kredi anlaşması yapmamıştır. Banka bu teminat mektubunu üçüncü kişiler ile yaptığı kredi anlaşmasına ve kontrgaranti taahhütnamesine dayanarak gümrük idaresine vermiştir. Bu suretle doğacak zararını akdî bir ilişki ile temin etmiş durumdadır. Bankadan muvakkat ithalâtçı lehine mektubu alan kimseler ile üçüncü şahıs mevkiinde olan ithalâtçı arasında mektup verilmesi hususunda bir anlaşmanın mevcut olması gerekir. Çoğunlukla muvakkat ithal edilen bu mallar kanaviçe jüt gibi ambalaj malzemesine ait olduğundan muvakkat ithalâtçı çoğunlukla bu malları başkalarına satmakta, onlar da harici bu satışla kendilerine ait olan bu malların gümrük resmini temin için bu vergi ile kanunen ve resmen sorumlu olan ithalâtçı lehine bankadan teminat mektubu almaktadırlar. Şu halde gerçekten borçlu, banka ile anlaşma yapan bu kişilerdir. Böyle olunca muvakkat ithalâtçıya rücu hakkının tanın-

ması MK. nun 4 maddesinde anlamını bulan hakkaniyet ve nısfet kaidelerine aykırı olur. Bu sebeple BK. nun 51. ve dolayısı ile 50. maddesine rayanarak rücu hakkı benimsenmeyerek bu yönden rücu edilemeyeceği sonucuna varılmıştır. Garanti alanın garanti tediyesinden sonra üçüncü şahısta olan alacağının garanti veren bankaya temlike mecbur tutulmasının iyiniyet kaidelerine uygun olacağına dair görüşün de gümrük idaresinin alacağı vergi borcuna taallük etmesi sebebiyle Borçlar Kanununun 162. maddesinin birinci fıkrası hükmü açısından temliki kabil bulunmamakla kanunun bu yönden de tartışılmasına lüzum görülmemiştir. Yukarıda 51. maddeye göre kanunun tartışılması sırasında belirtildiği gibi, üçüncü şahıs olan muvakkat ithalâtçının sebepsiz iktisabı söz konusu edilemez ve garanti veren banka aktî mükellefiyetini yerine getirdiği cihetle Borçlar Kanununun vekâletsiz iş görmeye ilişkin 410. ve müteakip maddelerine göre de üçüncü şahıstan ödenen parayı isteyemez.”

II

Teminat mektubunun mekanizması, 11.6.1969 tarihli Yargıtay İçtihatları Birleştirme Kararından yukarıda yaptığımız nakillerle tebeyyün ettiği üzere, bu olduğuna göre, ekonomik bakımdan fonksiyonu da kendiliğinden belli olmaktadır.

Nasıl ki, (A) ve (B) birbirleriyle akdî münasebete girerken (A) anlaşmaya girmesini evvelemerde (B)'ye düşen edimin (B) tarafından peşin ödenmesi şartına bağlı tutabilir ve ancak bu şartın yerine getirilmesinden sonra muayyen bir taahhüt altına girebilirse, bunun gibi (A) âkidi (B)'ye terettüp eden edimin peşin yerine getirilmesini, gireceği anlaşma ve taahhüdün şartı haline getirecek yerde (B)'nin ediminin kendi ediminden önce yerine getirilmesi şartının gerçekleşmemesi halinde uğrayacağı zararın götürü bir kısmının evvelemerde akit sırasında kendi nezdinde depozito edilmesini de pekâlâ isteyebilir. Böyle bir şartın akit serbestisine uygun düştüğüne ve âmme intizamına aykırı bir ciheti bulunmadığında şüphe yoktur.

İşte bunun gibi akitten önce peşin depozitoya muadil olacak ve bilâhare mektup lehtarı (misalimizde B'nin) mektup muhatabı (misalimizde A) ile hesaplaşması imkânını mahfuz tutacak şekilde

muhatapın (A'nın) akdin teşekkülünden sonra tek taraflı beyanı ile bu depozitonun bu defa mektup mümzisi üçüncü şahıstan yapılmasını istemek yetkisini elde etmek şartıyla mektup lehtarı (B) ile akdî münasebete girmesi, yani bu mealde bir teminat mektubu verilmesi şartını akdî münasebetin kuruluş şartı haline getirmesi ve mezkûr teminat mektubu verilmiş olmadıkça bahis konusu akdî münasebetin kurulmasına muvafakat etmemesi de pekâlâ mümkündür. Ve bu akit serbestisi prensibinin normal olarak sağladığı bir neticedir.

Dikkat edilsin, teminat mektubunun kurduğu hukukî münasebet mektup mümzisi ile mektup muhatapı arasındadır. Mektup muhatapı bu akdî münasebet gereği mektup mümzisine karşı herhangi bir borç altına girmiş değildir. Yani, mektup muhatapının tediye kabiliyetini kaybetmesi gibi bir hal mektup mümzisinin teminat mektubundan muhataba karşı doğan borcunun Borçlar Kanununun 82. maddesi çerçevesinde yerine getirmemesi için bir sebep teşkil etmez.

Keza, mektup muhatapının malî kudretini kaybetmesi ve binaenaleyh mektup kendisine tazmin edildikten sonra mektup lehtarına karşı giriştiği borcu ifa edemeyecek duruma düşmesi bu mektubun tazminini gerektiren sebebin nihayet bulduğunun kabulüne yol açmaz. Çünkü, mektubun mektup mümzisi tarafından muhataba verilmesiyle kurulan hukukî münasebet mektup lehtarının *dışında* olarak kurulmuştur.

Şüphesiz, muhatap mektubun tazmini isteğini lehtar ile arasındaki olan münasebete ve bu münasebetin tazammun ettiği şartlara uygun olarak ileri sürmelidir. Bu lüzuma riayet etmez ise ve haksız olarak tazmin talebinde bulunmuş olursa, bu haksız talebi ile âkidine yani mektup lehtarına iras ettiği zararı tazmin ile mükellef olacaktır. Tıpkı aldığı depozito seviyesinde mal teslim etmediği takdirde depozitonun zimmetinde kalan kısmını iadeye borçlu olması kabilinden.

Fakat, depozito misalinde görüldüğü üzere, mektup lehtarı ile mektup muhatapı arasında bu yolda bir hesaplaşmaya girişilebilmesi için *evvelemirde mektubun tazmin şartının gerçekleşmiş olması lâzımdır*. Bu şart gerçekleşmedikçe mektup lehtarının mektup mu-

hatabına karşı hesaplaşmayı istemek bakımından bir hakkı doğmuş olmaz. Bir hak doğmadan dava yolu ile talep edilemeyeceği gibi ihtiyatî tedbir yolu ile de dermeyan edilmesine imkân bulunmamak gerekir. Muaccel olmayan bir hakkın ihtiyatî tedbire konu olması ise ancak ihtiyatî haciz bakımından, o da İİK. nun 257. maddesindeki şartlar çerçevesinde caiz görülmüştür ki, bunlar da muayyen ikametgâhı bulunmamak veya borçlunun taahhütlerinden kurtulmak maksadı ile mallarını gizlemek ve kaçırmak veya bu fiilleri yapmaya hazırlanmak şikârlarıdır.

Demek oluyor ki, mektup lehtarının mektup muhatabı ile münasebetinin hususiyetlerine dayanmak suretiyle mektup münderecatının ödenmemesi yolunda mektup muhatabına karşı bir dava hakkı ile mücehhez olması beklenilmemelidir. Mektup lehtarı böyle bir dava hakkını haiz olmayınca, evveliyetle tedbir yolu ile mektup mümzisiyle lehtar arasındaki münasebete müdahale etmek yetkisinden mahrum kalmalıdır.

İtiraf etmek gerekir ki, tatbikatımız yeknesak olmaktan uzaktır. Bazı mahkemeler mektup münderecatının muhataba ödenmemesi yolunda aldıkları ihtiyatî tedbir kararlarını yukarıda belirtmeye çalıştığımız sebeplerle veya buna benzer sebeplerle vâki itiraz üzerine kaldırmakta, fakat diğer bazı mahkemeler ise attıkları adımdan geri dönmekte, tedbirin mukadderatını esas hakkındaki hükme talik etmektedirler. İhtiyatî tedbirlerin ittihazı üzerine verilen kararlara karşı uygulamayı yeknesak hale getirecek bir kanun yolu olmadığından bu halin böylece devamına seyirci kalmak zarureti ile karşılaşılmaktadır. Belki mektup münderecatının ödenmesinin tedbir yolu ile bertaraf edilemeyeceği hakkında yasama organının çıkaracağı bir kanun maksadı sağlayacaktır. Zira bu kanuna muhalefetin hâkim bakımından bir mesuliyet kaynağı teşkil etmesi mahkemeleri böyle bir istikametten alıkoyacaktır. Aksi takdirde teminat mektuplarının kendilerinden beklenen ekonomik denge sarsılmaya devam edecek olursa, mektup muhatapları bu kabil mektuplara bel bağlayacak yerde kendi âkitlerini bilfiil peşin tediye zorlamak temayülünü duymaları ihtimal dahilindedir. Bu da iktisadî hayatın esnekliğine lüzumsuz yere bir gölge düşürebilecektir.

Doğrusu ihtiyatî tedbirlerin ittihazında hakikate benzerlik karnesi ile yetinilmesi kuralının çok defa gereği gibi anlaşılmaması

bu kabil yanlış uygulamalara müsait bir zemin hazırlamaktadır. Aynı tehlikeyi idarî yargıda hele bir zamanlar çok kolaylıkla verilen ihtiyatî tedbirler vesilesi ile müşahade etmek imkânı vardır. Bu itibarla, incelediğimiz konunun kamu hukukuna yansımaları olabileceği gözden kaçırılmamalı ve bu yazımızın sayın arkadaşımız Ragıp Sarıca'nın emekliliği dolayısı ile kendisine hazırlanan armağanda yer alması fazla yadırganmamalıdır.