

idarece kabule engel olmayan
eksik ve kusurlu imalatlar
nedeniyle *nefaset kesilmesi
uygun görülmüş Ayrıca
tarafklar arasında kesin hak
edişin çıkarılmadığı, alacak
borç ilişkisi konusunda
ihtilaf bulunduğu
anlaşılmalıdır. Tek başına
kesin kabulün hazırlanıp
onaya sunulması, kesin
kabulün yapılmış olması, tek
başına lehtarın sözleşmeden
doğan tüm edimlerini ve
sorumluluklarını yerine
getirdiği anlamına gelmez.
Nitekim, dosyaya, lehtarın bu
işle ilgili tüm SGK ve vergi

borçlarını ödediğine dair savunma ve delil sunulmamıştır. Sözleşmenin diğer hükümlerinden kaynaklanan yükümlülüklerinin de teminat mektubuyla güvence altına alındığı dikkate alındığında, salt hak ediş bulunduğu gerekçesiyle davalı bankanın ödeme yapmaktan kaçınması teminat mektubunun niteliğine aykırıdır. Burada yukarıda alıntı yapılan bilimsel eserdeki istisnanın dar yorumlanması kuralı gözden uzak tutulmamalıdır. İhaleyle yapılan sözleşmeden doğan tüm edimlerin ve

**sorumlulukların yerine
getirildiğine dair Bankanın
elinde kesin (likit) belge
bulunduğundan söz
edilemeyeceğinden, bankanın
ödeme yapmaktan kaçınması
teminat mektubunun niteliğine
ve hukuka aykırı bulunmuştur.**

T.C.

İSTANBUL

BÖLGE ADLİYE MAHKEMESİ

14. HUKUK DAİRESİ

DOSYA NO : 2017/1073

KARAR NO : 2018/399

T Ü R K M İ L L E T İ A D I N A

İ S T İ N A F K A R A R I

İNCELENEN KARARIN

MAHKEMESİ : İSTANBUL ANADOLU 7. ASLİYE TİCARET MAHKEMESİ

TARİHİ : 06/07/2017

NUMARASI : 2014/792 Esas – 2017/665 Karar

DAVANIN KONUSU : Alacak (Kıymetli Evraktan Kaynaklanan)

TARAFLARIN İDDİA VE SAVUNMALARININ ÖZETİ

Davacı vekili dava dilekçesinde özetle; müvekkili ... Tic. A.Ş arasında yapılan ihale sözleşmesini davalı şirketin garantör olarak imzaladığını, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu ve 4735 sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde davalı garantörden 27/04/2009 tarihli ve 092-B2-112316 sayı ile “ilk talepte ödeme kayıtlı” kesin teminat mektubu aldıklarını, dava dışı ...İnşaat şirketinin yaptığı işlerle ilgili düzenlenen

kesin hak edişle yüklenici şirketin 6.310.686,42 TL borçlu olduğunun ortaya çıktığını, bilahare ... İnşaatın iflas ettiğini, müflis şirketten alacaklarını tahsil imkanı bulunmadığını, bu sebeple 24/03/2014 tarihli ve 55869 sayılı yazıyla davalıdan teminat mektubunun bozdurulmasının istendiğini, davalının da her hangi bir ödeme yapmadığını, oysa bu tür teminat mektuplarında “önce öde, sonra dava et” prensibinin geçerli olduğunu, kendilerinin talebi üzerine teminat mektubunun derhal paraya çevrilerek kendilerine ödenmesi gerektiğini belirterek, teminat mektubuna dayalı 1.080.000,00 TL alacağın, ilk talep tarihi olan 24/03/2014 tarihinden itibaren işleyecek reeskont faiziyle davalıdan tahsiline karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili savunmasında özetle; teminat mektubunun, ... İnşaat tarafından yapımı davacıya taahhüt edilen “B...” için verildiğini, ancak dava dışı müflis şirketin teminat konusu işleri tamamen yerine getirdiğini, yaptığı işin sözleşme ve eklerine uygun olduğuna ilişkin, kısmi geçici kabul tutanağı ve geçici kabul tutanağının bulunduğunu, geçici kabul tutanağının düzenlenmesinden sonra, söz konusu işin usulüne uygun hale getirilmesi üzerine, kesin kabul teminat tutanağının düzenlenerek onaylandığını, kesin kabule engel eksik ya da kusurlu işin bulunmadığı, sadece 50.000,00 TL tutarlı nefaset farkı kesilmesinin uygun görüldüğünü, hal böyle olunca teminat mektubu ile garanti edilen rizikonun sona erdiğini, teminat mektubunun hükümsüz hale geldiğini, davacının kötü niyetli olduğunu, işin toplam bedeli 4.827.000,00 TL iken; bunu aşar şekilde 6.130.686,42 TL alacaklı olduğundan bahisle teminat mektubunun paraya çevrilmesinin talep edildiğini, teminat mektubunun “ilk talepte ödeme kaydını” ihtiva etmesinin ise kayıtsız şartsız ödemeyi gerektirmediğini, teminat mektubu ile garanti edilen riziko ortadan kalkmışsa mektubun paraya çevrilmesinin istenemeyeceğini belirterek, davanın reddini savunmuştur.

İLK DERECE MAHKEMESİ KARARININ ÖZETİ

İlk Derece Mahkemesince; “Davalının, yüklenicinin edimini yerine getirdiğini iddia etmesi karşısında, kendiliğinden

kesin hesabın kesinleşmesinin söz konusu olamayacağından cihetle; Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 27/11/2014 tarihli kararı uyarınca kesin hesabın yargılama sırasında çıkarılması gerektiği; hal böyle olunca mahallinde yapılan keşifle belirlenen işlere nazaran, dava dışı yüklenicinin 3.820.673,36 TL alacaklı olduğunun tespit edildiği; ancak yüklenicinin kendi kesin hesabında sadece 3.453.625,76 TL alacaklı olduğunu kabul etmesi; bununla ilgili kalınarak ve bu bedelden % 3 gelir vergisi ve damga vergisi kesilmesi + 50.000,00 TL nefaset bedeli düşülmesi sonucunda; dava dışı yüklenicinin 3.274.114,80 TL alacaklı olduğu; davacının alacaklı değil, borçlu olduğu belirlendiğinden;

Teminat mektubunun paraya çevrilmesi için gereken, davacı belediyenin alacaklı olması şartının gerçekleşmediği" gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Bu karara karşı davacı vekili istinaf başvurusunda bulunmuştur.

İLERİ SÜRÜLEN İSTİNAF SEBEPLERİ

Davacı vekili istinaf başvuru dilekçesinde;

İlk derece mahkemesinin davanın reddine ilişkin kararının teminat mektubunun hukuki niteliğine ve hukuka aykırı olması nedeniyle kaldırılması gerektiğini, çünkü teminat mektubu içeriğine göre 4734 Sayılı Kamu İhale Kanunu ve **4735** Sayılı Kamu Sözleşmeleri Kanunu çerçevesinde ilk talepte ödeme kayıtlı olarak kesin teminat mektubu düzenlendiğini,

Davacının usulüne uygun nakde çevrime talebine rağmen davalı bankanın, herhangi bir ihtiyati tedbir kararı bulunmadığı halde ödemekten haksız olarak kaçındığını,

Uyuşmazlık konusu teminat mektubunun, müteahhidin iznine gerek olmaksızın ve çıkacak herhangi bir uyuşmazlığın sonucu beklenmeksizin derhal ödeme yapılacağı taahhüdünü içerdiğini, bankanın buna rağmen farklı gerekçelerle ödemeyi reddetmesinin hukuka aykırı olduğunu, teminat mektubundaki lehtarın yani kredi borçlusunun iflas idaresinin teminat mektubunun ödenmesini engelleme yetkisinin bulunmadığını, teminat mektubunun ödenmemesi konusunda alınmış bir ihtiyati tedbir kararı da bulunmadığını,

İlk derece mahkemesinin dava dışı yüklenici lehtar ile davacı muhatap arasında akdedilen ve ihale sonucu kurulan eser sözleşmesindeki edimin ifa edilip edilmediği, muhatabın alacağının bulunup bulunmadığı araştırmasına girildiğini, bu araştırmalar sırasında alınan bilirkişi raporlarında hatalı değerlendirmeler yapılarak müvekkilinin yükleniciye borçlu olduğuna dair hesaplar çıkarıldığını, iki ayrı raporda farklı rakamlar bulunduğunu, bilirkişi kurulunun ihale mevzuatını ve yerleşik Yargıtay uygulamasını yanlış değerlendirerek sonuca gittiğini, müvekkilinin alacaklı olduğunu,

İlk derece mahkemesinin, bilirkişi kurulunca yapılan kesin hesabı esas alarak sonuca gittiğini, bu uygulamanın hukuka aykırı olduğunu belirterek;

İlk derece mahkemesinin hukuka aykırı kararının kaldırılarak davanın kabulüne karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili istinaf dilekçesine karşı verdiği 25/10/2017 tarihli cevap dilekçesinde; davacının istinaf sebeplerinin haksız olduğunu, istinaf başvurusunu süresinde yapmadığını, teminat mektubuna konu işlerin yüklenici tarafından yerine getirildiği ve kesin kabul tutanağının düzenlendiği hususlarının ihtilafsız olduğunu, bu nedenle davacını, teminat mektubuyla koruma altına alınan riskinin sona erdiğini, Yapım İşleri Muayene ve Kabul Yönetmeliğinin 13.maddesi uyarınca, kesin kabul tutanağının onaylanması ile birlikte yüklenicinin sorumluluğunun sona erdiğini, alınan bilirkişi raporlarıyla bu hususların tespit edildiğini, yüklenicinin davacıdan alacaklı olduğunun bilirkişi raporlarıyla ortaya konulduğunu belirterek davacı vekilinin istinaf başvurusunun reddine karar verilmesini istemiştir.

İNCELEME VE GEREKÇE

Dava hukuki niteliği itibariyle, teminat mektubunun nakde çevrilmesi talebinin davalı banka tarafından haksız olarak yerine getirilmediği iddiasıyla, teminat mektubu bedelinin tahsili istemiyle açılmış bir alacak davasıdır.

İlk derece mahkemesince davanın reddine karar verilmiş, bu karara karşı davacı vekili tarafından istinaf başvurusunda bulunulmuştur. HMK 355.maddesi uyarınca istinaf incelemesi

istinaf sebepleriyle sınırlı olarak yapılmıştır.

İlk derece mahkemesinin gerekçeli kararının davacı vekiline 22/09/2017 tarihinde tebliğ edildiği, istinaf başvuru dilekçesinin 06/10/2017 tarihinde verildiği anlaşılmaktadır. HMK 'nın 345.maddesi uyarınca, istinaf başvuru süresi 2 haftadır. Bu süre gerekçeli kararın tebliğinden başlar. İki haftalık süre 06/10/2017 tarihinde dolmaktadır. Sürenin son günü istinaf başvurusu yapılmış olup başvuru süresi içinde olduğundan işin esası incelenmiştir.

Dosyadaki delillerin incelenmesinde;

27/04/2009 tarihli dava konusu teminat mektubunun İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığının açtığı ihaleyi kazanan yüklenici dava dışı ... İnşaat... AŞ ile davacı belediye arasında imzalanan Başıbüyük Süreyyapaşa Yolu Yol ve Ortak Altyapı İnşaatı işi nedeniyle, 4734 Sayılı Kanun ve **4735** Sayılı Kanun ile ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerini yerine getirmek üzere yüklenicinin vermek zorunda olduğu kesin teminat tutarı olan 1.080.000,00 TL'nin " yüklenici taahhüdünü anılan kanunlar ve ihale dokümanı ve sözleşme hükümlerine göre kısmen veya tamamen yerine getirmediği taktirde, protesto çekmeye, hükümde adı geçenin iznini almaya gerek olmaksızın ve... İnşaat.. AŞ ile idaremiz arasında ortaya çıkacak herhangi bir uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni sonuçları dikkate alınmaksızın yukarıda yazılı tutarı ilk yazılı talebimiz üzerine derhal ve gecikmeksizin idaremize nakden ve tamamen, talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen günlere ait kanuni faizi ile birlikte ödeyeceğimizi ... Bankası AŞ imzaya atmaya yetkili temsilcisi ve sorumlusu sıfatıyla ve ...AŞ ad ve hesabına taahhüt ve beyan ederiz." şeklinde teminat mektubunun düzenlendiği; ayrıca teminat mektubunun kesin ve süresiz olduğu anlaşılmaktadır.

Davacı kurumun 24/03/2014 tarihli yazıyla davalı bankanın Altunizade Şubesine başvurduğu ve " yüklenicinin ilgili kanun ve sözleşme kapsamındaki yasal sorumluluklarını yerine getirmediği için 1.080.000,00 TL nakde çevrilmesine karar verilmiştir. Söz konusu teminat mektubu tutarının teminat mektubundaki taahhüt ve beyanınıza istinaden İstanbul

Büyükşehir Belediyesinin ... Bankası Valide Sultan Şubesi nezdindeki TR... nolu kurum hesabına derhal yatırılmasını; gecikme olması halinde talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen günlere ait kanuni faiz ödeme yükümlülüğü ile birlikte diğer tüm yükümlülüklerin de (teminat mektubu üzerinde tedbir konulması halinde bu paranın doğrudan bankamız tarafından belediyemize ödenmesi yükümlülüğü gibi) bizzat bankamızın sorumluluğunda olacağı hususunda bilgilerinize rica ederim” demek suretiyle teminat mektubunun nakde çevrilmesini usulüne uygun olarak istediği anlaşılmaktadır.

Davalı banka tarafından davacı kuruma hitaben yazılan 26/03/2014 tarihli cevabı yazıda; teminat mektubuna konu işin yüklenici tarafından sözleşme ve eklerine uygun olarak yerine getirildiği, teminat mektubuna konu işin kesin kabul tutanağının düzenlenmiş, onaya sunulmuş olduğu, yüklenicinin teminat mektubuna konu işe dair sorumluluğunun sona erdiği, kesin kabul sonrası teminatların iadesinin gerekmesi nedeniyle bankanın taahhüdünün de sona erdiği gerekçesiyle teminat mektubunun nakde çevrilmeyeceğinin bildirdiği, ayrıca söz konusu işe dair geçici kabul tutanağının onaylanmasına rağmen teminatların %50’sinin mevzuat hükümleri gereğince iadesi gerekirken iade edilmediğini belirtmiş ve sonuç olarak teminat mektubunu nakde çevirmemiştir.

Bankanın bu yazısı üzerine davacı kurum 02/04/2014 tarihli yazıyla, ” **4735** Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu 13.maddesinde ‘Taahhüdün sözleşme ve ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak yerine getirildiği ve yüklenicinin bu işten dolayı idareye herhangi bir borcunun olmadığı... ’ ve Yüklenicinin bu iş nedeniyle idareye ve SGK’ya olan borçları ile ücret ve ücret sayılan ödemelerden yapılan kanuni vergi kesintilerinin yapım işlerinde kesin kabul tarihine kadar ödenmemesi halinde, pretosto çekmeye ve hüküm almaya gerek kalmaksızın kesin teminatlar paraya çevrilerek borçlarına karşılık mahsup edilir...” hükümlerinin yer aldığını, bahsi geçen işe dair teminat mektuplarının işlevlerinin sona ermesi için ihale dokümanı hükümlerine uygun olarak işin bitirilmiş olması ve SGK ve İdareye de borcunun olmaması gerektiğini,

müteahhidin ihaleye konu iş nedeniyle idareye borcu bulunması nedeniyle teminat mektubunun nakde çevrilmesi gerektiğini belirterek talep tekrarlanmıştır. Davalı banka 04/04/20147 tarihli cevabı yazıyla, nakde çevirme talebini aynı gerekçelerle reddetmiş, bunun üzerine iş bu alacak davası açılmıştır.

Davaya konu teminat mektubunun ihale suretiyle düzenlenen eser sözleşmesi uyarınca yüklenicinin sözleşmeden doğan yükümlülüklerini teminat altına almak üzere davacıya verildiği anlaşılmaktadır. Davacı kurum davalının sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediği gerekçesiyle teminat mektubunun nakde çevrilmesini istemiştir.

Davamıza konu teminat mektubu kesin ve süresiz teminat mektubu olup, teminat tutarının, davacı kurumun ilk yazılı talebi üzerine derhal ve gecikmeksizin ödeneceği taahhüdünü içermektedir. Eser sözleşmesinin tarafları arasında çıkacak uyuşmazlıklar beklenmeksizin ve başkaca bir koşul aranmaksızın ilk talepte derhal ödeme yapılacağı taahhüt edilmiştir.

Teminat mektupları, muhatabın dava veya takiple uğraşmaksızın alacağına derhal kavuşması amacıyla verilen ve niteliği itibariyle garanti sözleşmesi niteliğinde olan belgelerdir. Alacaklı teminat mektubu vasıtasıyla, temel ilişkideki uyuşmazlıkların sonuçlanmasını, kesin hükme bağlanmasını beklemeksizin teminat mektubunu nakde çevirerek alacağına kavuşacaktır. Muhatabın teminat mektubunu haksız olarak paraya çevirmesi halinde ise bu husus, temel ilişkinin tarafları arasında görülecek davayla çözüme kavuşturulacaktır. Teminat mektubunun bu hukuki niteliği dikkate alındığında, teminat mektubunu veren banka, kendisine nakde çevirme talebi ulaştığında sadece şekli bir inceleme yapacak, temel ilişkide lehtarın muhataba borcunun bulunup bulunmadığına dair esas incelemesi ve değerlendirmesi yapamayacaktır. Bu husus Yargıtay 19.H.D'sinin 2015/7848 E.-2016/3620K.sayılı, 02/03/2016 tarihli kararında şöyle ifade edilmiştir;

" Dava konusu kesin ve süreli teminat mektubu ' protesto çekmeye, hüküm ve adı geçen in iznini almaya gerek olmaksızın ve ... ile idareniz arasında ortaya çıkacak herhangi bir

uyuşmazlık ve bunun akıbet ve kanuni sonuçları dikkate alınmaksızın, yukarıda yazılı tutarı ilk yazılı talebimiz üzerine derhal ve gecikmeksizin idaremize nakden ve tamamen, talep tarihinden ödeme tarihine kadar geçen günlere ait kanuni faizi ile birlikte ödeyeceğimizi ... taahhüt ve beyan ederiz. Bu teminat mektubu 31/05/2010 tarihine kadar geçerli olup, ... ' ifadelerini taşımaktadır. Banka teminat mektubu ilk talepte kaydını içermekte olup, muhatap bankadan ödeme talebinde bulunduğu, banka sadece şekli manada bir inceleme yapabilir, riskin gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda esasa ilişkin inceleme yapamaz. Ayrıca teminat mektubu lehtar ile muhatabı arasındaki sözleşmenin ifa edilip edilmediği ya da gerektiği şekilde ifa edilip edilmediği gibi sözleşmenin taraflarınca ileri sürülebilecek def'i ve itirazları ileri sürerek ödeme yapmaktan da imtina edemez. Açıklanan bu yönler gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir ".

Aynı husus Yargıtay 11.H.D'sinin 2015/5005 E.-2015/11755K.sayılı, 09/11/2015 tarihli kararında vurgulanmış ve davalı bankanın garanti sözleşmesinden doğan taahhüt ve sorumluluğunun, dava dışı yüklenici firmanın sorumluluğundan bağımsız ve ayrı bir taahhüt olduğuna işaret edilmiştir.

Davalı vekilinin cevap dilekçesinde, adı geçen ve dipnot olarak gösterilen Yargıtay HGK'nun 2017/11-852E-2017/892K sayılı, 28/11/2007 tarihli kararında da belirtildiği üzere, " davalı banka tarafından düzenlenen teminat mektubu ilk talepte ödeme kaydını havi nitelikte bir mektuptur. 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. Kural olarak ilk talepte ödeme kaydının havi banka teminat mektuplarında banka yalnızca şekli manada inceleme yapma yetkisine haiz olup, esasa ilişkin herhangi bir inceleme hak ve yetkisini haiz değildir. Bu sebeple de ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarının esas

itibariyle muhatap lehine olduğu kabul edilmektedir. Bu kuralın iki önemli istisnası bulunmaktadır. Birincisi, banka teminat mektubu sözleşmesinin tarafı sıfatıyla kendisine ait olan defileri ileri sürerek ödemeden kaçınabilecektir. İkinci istisna da, lehtarın 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. İlk talepte ödeme kaydına havi banka garantilerinde banka, lehtarın her uyarısını değil, likit delillere dayanan uyarısını dikkate almak zorundadır. Örneğin lehtar, asıl ilişkiden doğan borcunu ödediğini ispat eden belgeleri bankaya ulaştırmış ve bankadan teminat mektubunun serbest bırakılmasını istemiş ve bu arada muhatap teminat mektubunu iade etmek yerine bankadan ödeme talebinde bulunmuş ise banka, ödeme yapmaktan kaçınmalıdır. Çünkü, bu halde teminat mektubu ile güvence altına alınan riskin gerçekleşmediği, dolayısıyla da yapılan ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu aşıkadır. Hukuk düzenleri de hakkın kötüye kullanılmasını korumazlar ”.

Ayrıntısı bu emsal kararlarda vurgulandığı üzere, kural olarak, bu tür teminat mektuplarında bankanın ilk talep üzerine derhal ödemeyi yapması gerekir. Davacı vekili bu talebe rağmen ödeme yapılmamasının hukuka aykırı olduğunu iddia etmiş, davalı banka vekili ise işin kesin kabulünün yapılmış olması nedeniyle davacının nakde çevirme talebinin haksız olduğunu, bu talebin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olması nedeniyle nakde çevirme talebini kabul etmediklerini, ayrıca davacının bakiye alacak iddiasına konu tutarların teminat altına alınan alacaklardan olmadığını, çünkü teminat mektubuyla müteahhidin sözleşmedeki edimini yerine getirmemesinin sebebiyet vereceğini, zararları temin ettiklerini oysa davacının bakiye alacak talebinin, kesin hesap kalemlerinde değişiklik yapmak suretiyle oluşturduğunu, teminat mektubunun kapsamında olmayan bir rizikoya dayalı

yapılan nakde çevirme taleplerinin kabul edemeyeceklerini savunmaktadır.

"Teminat mektubu veren banka ilk talepte ödeme yükümlülüğü altında olduğundan ve muhatabın tazmin talebinde haklı olup olmadığını veya hakkını kötüye kullanıp kullanmadığını araştırmadan derhal ödemede bulunduğu; bankanın muhatabın tazmin talebini reddetmesi gereken haller fevkalade istisnai ve sınırlıdır. Garanti edilen yükümlülüğün kesin olarak yerine getirildiğinin veya muhatabın hakkını kötüye kullandığının bankaca bilinmesi hususu kuşkusuz çok dar yorumlanacak, kesin-likit- delillerin bulunduğu ve bankaya ibraz edildiği çok istisnai hallerde kabul edilecektir. Örneğin bankanın, muhatabın kötü niyetinden şüphelenmesi tazmin talebini yerine getirmesini ve lehtara rücu etmesini engellemeyecektir. Muhatabın kötü niyetini lehtar belgeleyecektir. Aksinin kabulü bankanın ilk talepte derhal ödeme yükümlülüğü ile bağdaşmayacağı gibi, teminat mektubu uygulamasını da ortadan kaldıracaktır" (Prof.Dr. Seza Reisoğlu, Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, 4.basım, Ankara, 2003.sy 287).

Bu hukuki açıklamalar ışığında somut olayın değerlendirilmesinde; davacı kurum 24/03/2014 tarihli nakde çevirme talep yazısında, lehtarın sözleşmeden sorumluluklarını yerine getirmediğini ve rizikonun gerçekleştiğini beyan ederek ödeme talebinde bulunmuştur. Teminat mektubunda açıkça sözleşmeye atıf yapılmakta olup, davacı da, lehtarın sözleşmeden doğan yasal sorumluluklarını ihlal ettiğini belirterek tazmin talebinde bulunmuştur. Bu talep usulüne uygun geçerli bir tazmin talebidir.

Davacının tazmin talebinde, sözleşmeye açıkça atıf yaptığı, sözleşme kapsamında yükümlülüklerin ihlal edildiği beyan ettiği dikkate alındığında, davalı bankanın, teminat mektubu dışındaki bir rizikonun tazminin talep edildiğine ilişkin savunması yerinde değildir. Kaldı ki davacı eser sözleşmesi kapsamında alacağının bulunduğu beyan ettiği gibi, sözleşme uyarınca lehtarın SGK borçlarının bulunduğu, teminat mektubunun bu edimi de kapsadığını beyan etmiştir. Teminat mektubu lehtar müteahhidin sözleşmeden doğan tüm

sorumluluklarını ve edimlerini temin etmektedir. Davacı, tazmin talebinde rizikonun gerçekleştiğini beyan ettiğine göre, davalı bankanın, rizikonun gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırma yetkisi ve sorumluluğu yoktur.

Davalı banka teminat mektubuna konu olan işin yapıлып bitirildiğine dair gecici ve kesin kabullerin yapıldığını, bu nedenle davacının tazmin talebinin haksız olduğunu, bankanın bu duruma rağmen ödeme yapamayacağını savunmaktadır. Dosyaya sunulan kesin kabul tutanağında, elle yazılan bölümde " (1)gecici kabulde tespit edilen eksiklerin yapılmadığı yeniden tespit edilmiştir(işçi), (2) Komutanlık için yapılan işlerin kusurları tutanak -3 ile tespit edilmiştir (MSB.İnş.Eml.Blg.Başkanlığı ve Komutanlık), İSKİ, MSB... Başkanlığı ve idaremizce kabule engel olmayan eksik ve kusurlu imalatlar nedeniyle 50.000.00 nefaset kesilmesi uygun görülmüştür". Kaydının düşüldüğü anlaşılmaktadır.

Ayrıca taraflar arasında kesin hak edişin çıkarılmadığı, alacak borç ilişkisi konusunda ihtilaf bulunduğu anlaşılmaktadır. Tek başına kesin kabulün hazırlanıp onaya sunulması, kesin kabulün yapılmış olması, tek başına lehtarın sözleşmeden doğan tüm edimlerini ve sorumluluklarını yerine getirdiği anlamına gelmez. Nitekim, dosyaya, lehtarın bu işle ilgili tüm SGK ve vergi borçlarını ödediğine dair savunma ve delil sunulmamıştır. Sözleşmenin diğer hükümlerinden kaynaklanan yükümlülüklerinin de teminat mektubuyla güvence altına alındığı dikkate alındığında, salt hak ediş bulunduğu gerekçesiyle davalı bankanın ödeme yapmaktan kaçınması teminat mektubunun niteliğine aykırıdır. Burada yukarıda alıntı yapılan bilimsel eserdeki istisnanın dar yorumlanması kuralı gözden uzak tutulmamalıdır. İhaleyle yapılan sözleşmeden doğan tüm edimlerin ve sorumlulukların yerine getirildiğine dair Bankanın elinde kesin (likit) belge bulunduğundan söz edilemeyeceğinden, bankanın ödeme yapmaktan kaçınması teminat mektubunun niteliğine ve hukuka aykırı bulunmuştur. Bu nedenle davacı vekilinin istinaf başvurusu haklı bulunmuştur.

İlk derece mahkemesinin teminat mektubunun hukuki niteliği konusunda hataya düşerek, davacı muhatap ile lehtar müteahhit

arasında tartışma ve dava konusu olabilecek hususlar bu davada tartışılmıştır. Müteahhidin taraf olmadığı bu davada, müteahhidin bakiye borcunun bulunup bulunmadığı araştırılmıştır ki bu durum usul hukukunun kurallarına aykırıdır. Bu nedenle ilk derece mahkemesinin, temel ilişkide davacının bakiye alacağının olup olmadığı, borcunun olup olmadığı konusundaki değerlendirmelerine hukuki değer atfedilemez.

Eser sözleşmesinin tarafları arasında açılacak bir davada ancak bu değerlendirmeler yapılabilir. Nitekim müteahhit müflis ... İnşaat... AŞ iflas masası tarafından, bu eser sözleşmesindeki bakiye alacağın tahsili ile ilgili olarak İstanbul Anadolu 16.ATM'sinin 2014/297E sayılı alacak davası açılmıştır. Mahkemelerin birleşmesi sonucu bu dava dosyasının İstanbul Anadolu 7ATM'sinin 2014/756 esas numarasını aldığı, anılan dosyada Asliye Hukuk Mahkemesinin görevli olduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı verildiği, davanın kendisine gönderildiği 10.AHM'nce de görevsizlik kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesi üzerine Yargıtay 20.H.D'sinin 2016/6530E.-2016/8210K.sayılı 03/10/2016 tarihli kararıyla İstanbul Anadolu 10.Asliye Hukuk Mahkemesinin yargı yeri olarak belirlendiği, davanın henüz derdest olup neticelenmediği anlaşılmaktadır. Temel ilişkideki alacak borç bakiyeleri, yine temel ilişkinin taraflarının yer aldığı o davada değerlendirilebilir. İş bu incelememize konu dava dosyasında temel ilişkideki alacak borç durumlarının tespiti dair değerlendirmelere bu nedenle hukuki bir değer atfedilemez. Bu nedenlerle diğer sebeplerini incelenmesine gerek görülmemiştir.

Yukarıda açıklanan gerekçelerle, teminat mektubunun niteliği dikkate alınarak davalı bankanın, teminat mektubunun nakde çevrilmesi talebini reddetmesi, teminat mektubunun niteliğine ve hukuka aykırı olup ilk derece mahkemesince davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken reddine karar verilmesi isabetsiz bulunmuştur. Bu nedenle, HMK.'nın 353/1.b.2.maddesi uyarınca, ilk derece mahkemesinin kanunun olaya uygulanmasında hata yaptığı anlaşıldığından, ilk derece mahkemesinin istinafa konu

kararının kaldırılarak işin esası hakkında Dairemizce yeniden karar verilmesine ve neticeten davanın asıl alacak yönünden kabulüne, faiz talebi yönünden kısmen kabulüne karar vermek gerekmiştir. Teminat mektubunda temerrüt halinde yasal gecikme faizinin uygulanacağı öngörülmüş olup, bu husus akdi temerrüt faizi niteliğindedir ve davalının faiz sorumluluğu yasal temerrüt faizi ile sınırlıdır.

HÜKÜM; Yukarıda açıklanan gerekçelerle,

HMK 353.1.b.2.maddesi uyarınca davacı vekilinin istinaf başvurusunun kabulü ile ilk derece mahkemesinin istinafa konu kararının kaldırılarak işin esası hakkında Dairemizce yeniden karar verilmesine, bu doğrultuda;

1-Davanın asıl alacak yönünden kabulü, faiz istemi yönünden kısmen kabulü ile 1.080.000,00 TL alacağın 24/03/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal temerrüt faizi ile birlikte davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

2-Gecikme faizinin türüne ilişkin fazla talebin reddine,

3-Alınması gereken 73.774,80 TL harçtan, peşin alınan 18.443,70 TL'den mahsubu ile bakiye 55.331,10 TL harcın davalı Bankadan tahsiline, Hazineye gelir kaydına,

4-Davacı tarafından harcanan ve ayrıntısı UYAP sisteminde gösterilen 8.688,50 TL yargılama giderinin ve 18.468,90 TL harç gideri olmak üzere toplam 27.157,40 TL'nin davalıdan alınarak davacıya verilmesine,

5-Davalı tarafından yapılan yargılama giderlerinin kendi üzerinde bırakılmasına,

6-Davacı kendisini vekille temsil ettirdiğinden AAÜT'ne göre hesaplanan 56.350,00 TL nispi avukatlık ücretinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

7-Davacı tarafından yatırılan 85,70 TL istinaf başvuru harcının Hazineye gelir kaydına,

8-Davacı tarafından yatırılan 31,40 TL istinaf peşin harcının talep halinde ilk derece mahkemesince, karar kesinleştikten sonra iadesine,

9-Davacı tarafından harcanan 85,70 TL istinaf başvuru harcı giderinin davalıdan alınıp davacıya verilmesine,

10-İstinaf yargılaması duruşmasız yapıldığından, istinaf

yargılaması için ayrıca avukatlık ücreti tayinine yer olmadığına,

11-Artan gider avansının karar kesinleştğinde ve talep halinde yatıran tarafa iadesine,

12-Gerekçeli kararın birer örneğinin Dairemiz Yazı İşleri Müdürlüğünce taraf vekillerine tebliğine,

13-Dosyanın, kararın kesinleşmesinden sonra ilk derece mahkemesine gönderilmesine dair;

HMK.'nın 353/1.b.2. maddesi gereğince dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda 12/04/2017 tarihinde oy birliğiyle ve temyiz yolu açık olmak üzere karar verildi.

KANUN YOLU :HMK.'nın 361.maddesi uyarınca, iş bu gerekçeli kararın taraf vekillerine tebliğ tarihlerinden itibaren iki haftalık süre içinde temyiz yolu açıktır.