

BANKANIN TALEP ETTİĞİ İHTİYATİ HACİZDE TEMİNATA İLİŞKİN

SORUNLAR¹

ANLATIM PLÂNI

A.GİRİŞ.....	2
B. HUKUK GENEL KURULU'NUN 9.6.2004 T, 2004/4-351 E, 2004/339 K. SAYILI KARARININ İNCELENMESİ.....	3
I. HUKUK GENEL KURULU'NUN 9.6.2004 T., 2004/4-351 E, 2004/339 K. SAYILI KARARI.....	3
II. HUKUK GENEL KURULU'NUN 9.6.2004 T, 2004/4-351 E, 2004/339 K, SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ	5
C. İİK'NİN 259'UNCU MADDESİ İLE HUMK'UN 96'NCI MADDESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ	6
D. SÖZLEŞMEDE BANKA LEHİNE TEMİNATTAN MUAFİYET KAYDI KONULMASI.....	8
I. SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI AÇISINDAN İHTİYATİ HACİZDE TEMİNATTAN MUAFİYET KAYDININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	8
1. GENEL BİLGİ	8
2. İHTİYATİ HACİZDE TEMİNATTAN MUAFİYET KAYDININ HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	9
3. BİR İCRA SÖZLEŞMESİ OLARAK İHTİYATİ HACİZDE TEMİNATTAN MUAFİYET KAYDININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU	10
a)Emredici Kurallar Açısından.....	10
b)Amaç ve İlkeler Açısından.....	12
II.BANKANIN İHTİYATİ HACİZ TALEPLERİNDE TEMİNATTAN MUAF OLDUĞUNA İLİŞKİN KAYDIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ.....	12
III. TEMİNAT HAKKINDAN FERAGATİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU	15
E.BANKANIN TEMİNAT OLARAK KENDİ TEMİNAT MEKTUBUNU VERMESİ... 15	
SONUÇ	17

¹ Dr. Mustafa Saldırım, Yargıtay 19.Hukuk Dairesi Tetkik Hâkimi

A.GİRİŞ

İhtiyati haciz, alacaklının bir para alacağının zamanında ödenmesini garanti altına almak için mahkeme kararı ile borçlunun mallarına önceden geçici olarak el konulmasıdır. Alacaklının alacağını almak için yaptığı takip veya açtığı dava sonucunda borçlunun mallarına kesin haciz koydurma yetkisini elde etmesi, uzun bir zamanın geçmesini gerektirmektedir. Dava veya takip sırasında borçlunun kendi malları üzerinde hukukî tasarrufta bulunma yetkisi tamdır. Bu itibarla borçlunun ileride haksız çıkacağını tahmin ettiği bir dava veya takibin sonuçlarından kurtulmak için dava veya takip sırasında mallarını başkasına devretmesi mümkündür. İşte ihtiyati haciz müessesesi; alacaklının, borçlunun mallarını kaçırmamasını önlemek için gerekli tedbirleri almasına olanak tanımaktadır².

İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK'nın) 259,I hükmüne göre, ihtiyati haciz kararı verildiğinde, alacaklıdan "...ileride haksız çıkması hâlinde borçlunun ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları bütün zararları karşılamak için ..." teminat alınır. Alacaklı, ihtiyati haciz kararında takdir edilen teminatı mahkeme veznesine yatırmadıkça ihtiyati haciz kararı kendisine verilmez³. İhtiyati tedbirde ise tedbir isteyeninin teminat göstermesi hâkimin takdirine bırakılmıştır (HUMK m.110)⁴.

² Kuru, B.: İcra ve İflâs Hukuku, C.III. Ankara 1993 (Kuru-İflas), s.2495.; Pekcanitez, H./Atalay, O./Sungurtekin Özkan, M./Özekes, M.: İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2005, s. 305.

³ Kuru-İflâs, s.2510.

⁴ İhtiyati haczin, ihtiyati tedbirden farkı konusunda ayrıntılı bir analiz için bkz. Saldırım, M.: İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbir Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme (ABD, S. 1999/2-3, s.205-224), s. 205.; Saldırım, M. : Öğretide ve Uygulamada Bütün Yönleriyle İhtiyati Haciz, Ankara 1997, (Saldırım-İhtiyati Haciz) s.18-22, 43.

İhtiyati haciz kararı verildiğinde kanunda teminat alınmamasına ilişkin istisnaî bir durum mevcut değilse⁵, İİK'nın 259'uncu maddesi uyarınca alacaklının mahkemece takdir edilen teminatı göstermesi gerektiği açıktır. Ancak bankanın alacaklı olması durumunda, banka lehine kredi sözleşmesine konulan teminattan muafiyete ilişkin kayıtlar nedeniyle uygulamada önemli sorunlar ortaya çıkmaktadır. Hâkimin sorumluluğuna ilişkin bir davada Hukuk Genel Kurulu'nun 9.6.2004 T., 2004/4-351 E, 2004/339 K. sayılı içtihadının değerlendirilmesi de konumuz açısından büyük önem taşımaktadır. Ayrıca bazı hallerde bankanın ihtiyati haciz talep etmesi hâlinde kendi teminat mektubunu verebileceğine ilişkin kayıtlar nedeniyle farklı uygulamalar söz konusu olmaktadır.

B. HUKUK GENEL KURULU'NUN 9.6.2004 T., 2004/4-351 E, 2004/339 K. SAYILI KARARININ İNCELENMESİ

I. HUKUK GENEL KURULU'NUN 9.6.2004 T., 2004/4-351 E, 2004/339 K. SAYILI KARARI

Hukuk Genel Kurulu'nun 9.6.2004 T., 2004/4-351 E, 2004/339 K, sayılı kararı ile hâkimlere karşı açılan tazminat davası hakkında 4. Hukuk Dairesi tarafından ilk derece mahkemesi sıfatıyla verilen karar onanmıştır. Onanan 4. Hukuk Dairesinin kararı özetle şu

⁵ Kural olarak teminatsız ihtiyati haciz kararı verilemez ise de; kanunda teminat alınmayacağına ilişkin hükümlerin bulunması hâlinde, bu istisnaî kuralların amacı ve kapsamı ile sınırlı olarak teminatsız ihtiyati haciz kararı verilebilir. İİK'nın 259'uncu maddesinde ilâma dayanan alacaklarda teminat aranmayacağı, ilâm niteliğindeki belgelerden doğan alacaklarda ise teminatın gerekip gerekmediğinin hâkiminin takdirine bağlı olduğu belirtilmiştir. İİK'nın 301,II hükmünde de konkordatonun reddi hâlinde teminatsız ihtiyati haciz kararı verileceği öngörülmüştür. Teminatsız ihtiyati haciz kararı verilebileceğine ilişkin istisnaî hükümler İİK dışında bazı özel kanunlarda da yer almaktadır. Örneğin, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 140,IV hükmünde kamu tüzel kişiliği olan Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu'na, aynı Kanunun geçici 13'üncü maddesinde, sermayesinin yarıdan fazlası kamu kurum ve kuruluşlarına ait olan ya da hisselerinin çoğunluğu üzerinde bu kurum ve kuruluşların idare ve temsil yetkisi bulunan ve özel kanunla kurulmuş bankalara (Tasfiye Hâlinde T. Emlak Bankası A.Ş. dâhil), 4603 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, Türkiye Halk Bankası Anonim Şirketi Ve Türkiye Emlak Bankası Anonim Şirketi Hakkında Kanunun Geçici Madde 4,II hükmü uyarınca, anılan kanunda sayılan bankalara, bu konuda istisna tanınmıştır.

şekildedir: “Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacı CBC Tekstil Ltd.Şti.'nin dava dışı Türkiye İş Bankası A.Ş. adına Bursa Şubesinden 1990 yılından itibaren kredi kullandığı diğer davacıların alınan kredinin müşterek ve müteselsil kefil oldukları, 2000 yılındaki ekonomik kriz nedeniyle ödemelerde aksamalar olunca banka ile davacılar arasında 29.11.2001 ve 27.03.2002 tarihli yeni ödeme şeklini ve şartlarını belirleyen protokoller yapıldığı, buna rağmen ödeme yapılmayınca davacılar banka tarafından 09.01.2003 tarihli ihtarname ile protokol ve ek protokolün hükümsüz olduğunun bildirildiği ve 31.03.2003 tarihinde 500.000.000.000 TL alacak için davacılar aleyhinde ihtiyati haciz kararı talebinde bulunulduğu görülmektedir. Davalı Mahmut Munyar'ın başkan, diğer davalılar Bünyamin Kalkan ve Abbas Ceran'ın üye olarak görev yaptığı Bursa Asliye 2.Ticaret Mahkemesince 2003/615 D.İş sayılı dosyada ve Bursa İş Bankası Şubesi tarafından düzenlenmiş kati ve süresiz 50.000.000.000 TL'lik teminat mektubu da alınarak 01.04.2003 tarihinde ihtiyati haciz kararı verilmiştir. Davacıların itirazı üzerine davalı başkan Mahmut Munyar, üyeler Bünyamin Kalkan ve İlhan Kuru tarafından 09.06.2003 tarihli kararlar ve mahkemece teminatın şekil ve miktarının yasal yetkiye dayanılarak belirlendiği, Türkiye İş Bankası A.Ş.'nin Bankalar Yasasına göre faaliyette bulunan ve teminat mektubu düzenleme yetkisi olan bir kuruluş olması nedeniyle teminat mektubunun yeterli ve geçerli olduğu gerekçesiyle itiraz reddedilmiştir. Dosyada mevcut kredi sözleşmesinin banka alacağının tahsili ile ilgili hükümler başlığı altında yer alan 75. maddesinde "kredi menkul veya gayrimenkul rehinle sağlanmış olsa veya teminat olarak verilmiş olan senetlerin henüz vadeleri gelmemiş olsa bile, banka her zaman alacağının kısmen veya tamamen muacceliyet kazanması halinde, müşteriye karşı haciz veya iflas yolu ile takibe geçebilir. Ayrıca banka muaccel olsun veya olmasın, her türlü alacağı için ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı alabilir ve uygulayabilir. Müşterinin bu hususta hiçbir itirazı olmayacaktır. Bankanın ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir talebinde bulunması halinde teminat yatırmamasını da müşteri peşinen kabul eder ve bu konudaki itirazlarından peşinen vazgeçer" biçiminde düzenleme getirilmiştir. *Davacılar kredi sözleşmesi ile teminatsız ihtiyati haciz kararı istenmesini bağımsız iradeleri ile kabul etmelerine* rağmen davalılar alacağın %10'u oranında teminat istemişler ve Bankalar Yasası çerçevesinde devletin izni ile faaliyette bulunan alacaklı Türkiye İş Bankası Bursa Şubesi tarafından düzenlenmiş süresiz ve kati teminat mektubuna göre ihtiyati haciz kararı vermişler ve itirazı reddetmişlerdir. Sözü edilen olayda bankanın alacaklı olması, bu yüzden teminatsız haciz yapma olanağı varken, %10 oranında teminat göstermesi ve bu teminat mektubunda yasal ve güvenilir bir banka olan İş Bankasından alınmasında bir usulsüzlük bulunmamaktadır. Bu nedenle davalıların başkan ve üye olarak görev yaptıkları Bursa Asliye

2.Ticaret Mahkemesince verilen karar usul ve yasaya uygun olup HUMK.nun 573. maddesinde sayılan nedenlerden hiçbirini bulunmamaktadır. Bundan dolayı da davanın reddine ve HUMK.nun 576. maddesi gereğince davacıların para cezası ile cezalandırılmalarına ve davalılar yararına tazminata hükmetmek gerektiği sonucuna varılmıştır.”

Hukuk Genel Kurulu da yukarıdaki kararı şu gerekçeyle onamıştır: ”Dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bilgi ve belgelere, daire kararında yer alan gerektirici nedenlere, delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik olmamasına ve *özellikle davalı hakimlerce verilmiş olan ve tazminat istemine konu edilen kararlar ile ilgili olarak HUMK.nun 573 ve devamı maddelerinin uygulanmasını gerektirir yasal unsurların bulunmamasına göre, usul ve yasaya uygun olduğu tespit edilen Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin ilk derece mahkemesi sıfatıyla verdiği kararın onanması gerekir.”*

II. HUKUK GENEL KURULU’NUN 9.6.2004 T, 2004/4-351 E, 2004/339 K, SAYILI KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin kararının gerekçesi, banka tarafından konulan teminattan muafiyet kaydının geçerli olduğu ya da bankanın kendi teminat mektubunu verebileceği şeklinde yorumlanmaya elverişli ifadeler içermektedir. Ancak bu içtihad yorumlanırken, kararın bütünü ve uyumsuzluk konusu ile uygulanacak kanun hükümlerinin de dikkate alınması gerekir. Hâkimlere karşı açılan sorumluluk davasında önemli olan, hâkimin kararının isabetli olup olmadığı değil, HUMK’un 573’üncü maddesinde sayılan hâllerle sınırlı olan sorumluluk sebeplerinin somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğidir⁶. Bu nedenle, hâkime karşı açılan tazminat davasına bakan mahkeme, kararın isabetli olup olmadığını değil, HUMK’un 573’üncü maddesinin koşullarını araştırmak zorundadır. Karar isabetli olmasa da anılan kanun hükmündeki koşullar mevcut değilse, hâkimin sorumluluğuna hükmedilemez.

⁶Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.VI, İstanbul 2001, s.5836; Tercan, E.:Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK m.573-576) “Hâkim” Kavramı Açısından Uygulama Alanı, (AÜHFD, S.1995/1-4, s.233-252), s.234; Aydınalp, S.: Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1997, s.101 vd.; Kılıçoğlu, A. M.: Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu, (AÜHFD, 1973/1-4, s.231-270), s.242; Cumhuriyet savcılarının hukukî sorumluluklarının, hâkimlerin tâbi olduğu hukukî sorumluluk esaslarına göre sınırlandırılması gerektiği yönünde bir çalışma için bkz. Saldırım, M.: Cumhuriyet Savcısının Hukukî Sorumluluğu, Bilge Öztan’a Armağan, Ankara 2008, s.713-758.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin tazminat davasının reddine ilişkin kararını onayan Hukuk Genel Kurulu içtihadında da “*özellikle davalı hâkimlerce verilmiş olan ve tazminat istemine konu edilen kararlar ilgili olarak HUMK.nun 573 ve devamı maddelerinin uygulanmasını gerektirir yasal unsurların bulunmamasına göre*” ifadesi kullanılarak, onama gerekçesi açıklanmıştır. Başka bir anlatımla onama gerekçesi, hâkimlerin verdiği kararın doğru olmasına değil, özellikle HUMK’un 573’üncü maddesinin koşullarının oluşmamasına dayandırılmıştır.

C. İİK’NİN 259’UNCU MADDESİ İLE HUMK’UN 96’NCİ MADDESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

İİK’nin 259,I hükmüne göre, “ihtiyati haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan mesul ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 96’ncı maddesinde yazılı teminatı vermeye mecburdur.” Bu kanun hükmünde atıf yapılan HUMK’un 96’ncı maddesine göre, “Bir davada verilecek teminat mahkemenin takdir edeceği nakit veya mahkemece kabul olunacak sehim ve tahvil veya gayrimenkul rehni veyahut muteber bir banka kefaleti veya katibiadilden musaddak senetle kefil iraesı suretiyle yapılır.-İki taraf teminatın nevi ve şeklini mukavelenamelerinde tasrih etmişlerse teminat ona göre tayin olunur. Kanunun başka şekilde teminat gösterilmesine müsaade ettiği haller bundan müstesnadır.”

İİK’nin 259’uncu maddesinde HUMK’un 96’ncı maddesine yapılan atıf, ihtiyati hacizde alacaklının teminat olarak neleri gösterebileceğine ilişkindir. Özellikle “...Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 96’ncı maddesinde yazılı teminatı vermeye mecburdur.” ifadesi, sadece bu maddede yazılı olan şeylerin teminat olarak gösterilebileceğini, bu maddede yazılı olmayanların teminat olarak gösterilemeyeceğini öngörmektedir. Diğer bir ifadeyle, ihtiyati hacizde teminat gösterilmesi konusunda HUMK’un 96’ncı maddesinin uygulanacağına ilişkin genel bir yollama yapılmamıştır. İhtiyati haciz kararının içeriğini düzenleyen İİK’nin 260’ncı maddesinin 5’nci bendine göre “...Alacaklının zararın tazmini ile mükellef olduğu ve gösterilen teminatın nelerden ibaret bulunduğu...” ibaresinin karar metninde yazılması zorunluluğunun öngörülmesi de bu görüşü desteklemektedir.

HUMK'un 96,II hükmündeki "İki taraf teminatın nevi ve şeklini mukavelenamelerinde tasrih etmişlerse teminat ona göre tayin olunur." ifadesi nedeniyle, tarafların sözleşme ile teminat gösterme yükümlülüğünü kaldırmalarının olanaklı olup olmadığı tereddüt uyandırabilir. Öncelikle hükmün lafzı itibarıyla tarafların ancak teminatın nev'ini ve şeklini kararlaştırabilecekleri, teminat gösterilip gösterilmeyeceğini kararlaştıramayacakları anlaşılmaktadır⁷. Ayrıca HUMK'un 96'ıncı maddesi genel bir hüküm olup, teminat gösterme konusunda İİK'da öngörülen bir zorunluluğun bu şekilde kaldırılabilirliğinin mümkün olmadığı kanısındayım. Ancak Yargıtay'ın bir kararında, HUMK'un 96,II hükmüne göre sözleşme ile ihtiyati hacizde teminat gösterme yükümlülüğünün kaldırılabilirliği sonucuna varılmıştır⁸. Öğretide ise teminat göstermenin zorunlu olduğu konusunda görüş birliği mevcuttur⁹.

⁷ Nitekim öğretilerde HUMK'un 96,II hükmü, tarafların teminat gösterme zorunluluğunu ortadan kaldıracabilecekleri anlamında yorumlanmamaktadır. Bkz. Yılmaz, E.: Davada İnanca, (Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C.I, s.381-407), s.396.; Yılmaz, E.: Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Ankara 2001, (Yılmaz-Tedbirler), s.908.; Kuru'ya göre, İsviçre'de alacaklının teminat gösterip göstermeyeceği ihtiyati hacze karar veren makâmın takdirine bağlı olduğu için, elinde geçici veya kesin aciz belgesi bulunan alacaklıdan teminat istenmemektedir. Bizde de aynı usulün kabulü doğru olursa da m.259'un kesin ifadesi karşısında, bu ancak bir kanun değişikliği ile sağlanabilir. Bkz. Kuru-İflâs, s.2510, dn.62; Ayrıca bkz. Kuru, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV, s. 4155, 4156.

⁸ "Taraflar arasındaki "İhtiyati Haciz" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; İstanbul Asliye 13.Ticaret Mahkemesince "Talebin %15 teminatla kabulüne" dair verilen 20.01.2006 gün ve 2006/28 D. İş sayılı kararın incelenmesi ihtiyati haciz isteyen/alacaklı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 11.Hukuk Dairesinin 14.03.2006 gün ve 2006/1828-2652 sayılı ilamı ile; - ("...İhtiyati haciz isteyen alacaklı banka vekili, müvekkilinin alacaklı olduğu genel kredi sözleşmesi uyarınca borçluların yatırması gereken taksitleri yatırmadığını ileri sürerek, teminatsız olarak borçluların menkul ve gayrimenkul malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacakları üzerinde ihtiyati haciz kararı verilmesini talep etmiştir.-Mahkemece; %15 teminatla isteminin kabulüne karar verilmiştir.-Kararı, ihtiyati haciz isteyen vekili temyiz etmiştir.-Uyuşmazlık, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisine dayalı ihtiyati hacizde teminat istenilip istenilemeyeceği hususuna ilişkindir.- HUMK'nun 96/2.maddesinde, bir sözleşmede, teminata ilişkin bir düzenleme bulunduğu takdirde, teminata ilişkin hususların sözleşme hükmüne göre kararlaştırılması öngörülmüştür.-Somut olayda, ihtiyati hacze konu genel kredi ve teminat sözleşmesinin 48 nci maddesinde, müşteriye karşı ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararı alınmasına gerek görülürse, "bankanın bu takdirde teminat göstermekten vareste tutulmasını... kabul eder" şeklinde düzenleme bulunmaktadır. -Bu durumda, mahkemece, anılan yasa hükmüne göre, taraflar arasındaki sözleşme uyarınca, teminat hususunun değerlendirilmesi gerekirken, sözleşmedeki

D. SÖZLEŞMEDE BANKA LEHİNE TEMİNATTAN MUAFİYET KAYDI KONULMASI

Bazı kredi sözleşmelerinde, ihtiyati haciz talep edilmesi hâlinde bankanın teminat göstermekten muaf olduğu şeklinde bir kayıt konulmakta ve bu sözleşme hükmü dayanak gösterilmek suretiyle mahkemeden teminatsız ihtiyati haciz kararı verilmesi talep edilmektedir. Bu tür bir kayıt, sözleşme serbestisinin sınırları çerçevesinde emredici hukuk kuralları ile icra hukukunun amaç ve ilkeleri karşısında bazı hukukî sorunlara neden olmaktadır. Ayrıca söz konusu muafiyet kaydının haksız ihtiyati haciz nedeniyle zarar görme riski altında olan üçüncü şahıslar açısından da incelenmesi gerekir.

İhtiyati hacizde teminat, maddî hukuka ilişkin değil, icra ve iflâs hukukuna ilişkin bir mesele olup, konunun ticaret hukuku (maddî hukuk) ile ilgili bir sözleşmede (kredi sözleşmesinde) düzenlenmesi farklı bir yorum şeklinin kabulüne gerektirmez. İhtiyati haczin ilk olarak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 102'nci maddesinde, daha sonra da İcra ve İflâs Kanunu'nun 257-268'inci maddelerinde düzenlenmesi de bu müessesenin ait olduğu hukukî alanın tespiti açısından belirleyici olmalıdır.

I. SÖZLEŞME SERBESTİSİNİN SINIRLARI AÇISINDAN İHTİYATİ HACİZDE TEMİNATTAN MUAFİYET KAYDININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1. GENEL BİLGİ

Anayasada yer alan “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir” hükmü ile sözleşme özgürlüğü anayasal güvence altına alınmıştır (m.48,I). Borçlar Kanununun 19'uncu maddesinin 1'nci fıkrasına göre, “Bir sözleşmenin içeriği, kanunun gösterdiği sınırlar dairesinde serbestçe tayin olunabilir.” Borçlar Kanunu, bu maddeyle bireyci ve liberal hukuk anlayışının etkisinde kalarak sözleşme hürriyeti ilkesini aslî bir kural olarak

bu husus üzerinde durulmadan yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.” Bu direnme kararı usulden bozulmuş, bozma nedenine göre esastan inceleme yapılmamıştır. (HGK, 26.9.2007 T, 2007/11-652 E, 2007/624 K.)

⁹ Kuru-İflâs, s. 2510; Deynekli, A.-Saldırım, M.: Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, Ankara 2005, s.46; Özkes, M.: İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1998, s.246.

düzenlemiştir¹⁰. Sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin kurulması ve koşullarının belirlenmesinde kişilerin özgür iradeleriyle karar verebilme serbestisini ifade eder¹¹. Diğer bir deyişle sözleşme özgürlüğü, kişilerin hukukî ilişkilerini, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar çerçevesinde yapacakları sözleşmelerle bizzat düzenleme yetkisidir¹². Tarafların bir sözleşmeyi yapmak zorunda bulunmamaları, sözleşmenin muhtevasını serbestçe tespit edebilmeleri, sözleşmenin tarafını seçebilmeleri, sözleşmenin tipini serbestçe belirleyebilmeleri, sözleşmeyi karşılıklı olarak ortadan kaldıracabilmelerine ilişkin özgürlükler bu kavram içinde yer alır¹³.

Sözleşme özgürlüğünün en geniş şekilde uygulandığı alan, tamamlayıcı ve yorumlayıcı kuralların egemen olduğu borçlar hukukudur. Ancak sözleşme özgürlüğü, hukukun ortak ve genel bir müessesesi olup, icra ve iflâs hukukunda daha sınırlı şekilde uygulanabilmektedir. Yetkili icra dairesinin belirlenmesi (İİK m.50; HUMK, m.22), taksitle ödeme sözleşmesi (İİK m.78;111) icra hukukunda öngörülen sözleşme özgürlüğü ilkesine ilişkin örnekler arasında sayılabilir.

2. İHTİYATİ HACİZDE TEMİNATTAN MUAFİYET KAYDININ HUKUKİ NİTELİĞİ

Genel kredi sözleşmesinde ya da tip sözleşmede yer alan ihtiyati haciz talep edilmesi hâlinde bankanın teminattan muaf olacağı şeklindeki kayıt, genel işlem şartları arasında yer almakla birlikte icra hukukuna ilişkin bir sözleşme hükmüdür. Bu nedenle icra sözleşmelerinin tâbi olduğu hukukî esaslar çerçevesinde meselenin değerlendirilmesi gerekir.

İcra sözleşmeleri, alacaklı ile borçlunun karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla meydana gelen, kanun tarafından belirlenmiş olan icra hukuku kurallarından ayrılmayı öngören ve dolayısıyla icra sürecini etkilemeyi amaçlayan sözleşmelerdir. Bu sözleşmelerle tarafların, icra sürecini bir şekilde etkilemesi ve yasal olarak öngörülmüş kurallardan ayrılarak cebri icra imkânlarını genişletmesi veya sınırlandırması ya da bertaraf etmesi söz konusudur. Buna uygun olarak Alman hukuk öğretisinde icra sözleşmeleri için,

¹⁰ Eren, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006, s. 267.

¹¹ Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002, s.149.

¹² Başpınar, V.: Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 16.

¹³ Tekinay, S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altıp, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993, s.362.

icrayı genişleten, icrayı daraltan ve icrayı engelleyen sözleşmeler şeklinde bir ayrıma gidilmiştir. En azından teorik olarak bu ayrımın genel kabul gördüğü belirtilmiştir¹⁴.

İİK'da sözleşme yapılmasına izin veren ya da sözleşme yapılmasını yasaklayan kuralların uygulandığı hâllerde, irade özgürlüğünün sınırları kanun hükmü ile çizilmiş olduğundan sözleşme hükümlerinin geçerliliğinin değerlendirilmesinde bir sorun yaşanmaz. İİK'da düzenleme bulunmayan durumlarda ise özellikle de sözleşme özgürlüğüne yer veren genel bir hükmün kanunda (İİK'da) bulunmaması nedeniyle sözleşmenin hukukî değeri tartışmalara yol açmaktadır. İcra sözleşmeleri, etkisini icra hukukunda gösterdiği için sınırlarının tespitinde de icra hukukuna ilişkin düzenlemeler, emredici kurallar ile amaç ve ilkeler belirleyici olmalıdır¹⁵. Bankaların genel işlem koşullarında yer alan icra sürecine ilişkin hükümler, genellikle alacaklının icra imkânlarını genişletme amacıyla konulmuş olduğundan icrayı genişleten sözleşmeler çerçevesinde değerlendirilmeleri gerekir¹⁶.

3. BİR İCRA SÖZLEŞMESİ OLARAK İHTİYATİ HACİZDE TEMİNATTAN MUAFİYET KAYDININ GEÇERLİLİĞİ SORUNU

a) Emredici Kurallar Açısından

Diğer hukuk alanlarında olduğu gibi icra hukukunda da emredici kurallara aykırı olan sözleşme hükümlerinin geçerli kabul edilmemesi gerekir. Emredici kurallar, tarafların aksini sözleşmeyle kararlaştıramayacakları, sözleşme serbestisinin sınırlarını oluşturan, genellikle kamu düzeni nedeniyle veya hukukî ilişkide zayıf durumdaki kişileri koruma amacıyla düzenlenen normlardır¹⁷.

İcra hukuku açısından hangi kuralların emredici olduğuna ilişkin birtakım ölçütler geliştirilmiştir. Bu ölçütlerden biri de kamu düzeni veya kamu yararadır. Bu ölçüte göre,

¹⁴ Aşık, İ.: İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006, s. 8, 9.

¹⁵ Aşık s. 60-62.

¹⁶ Aşık s. 176,177.

¹⁷ Edis, S.: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997, s.155; Öztan, B.: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2004, s.18,20.; Özsunay, E.: Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986, s.183,184.; Hatemi, H.: Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s.42,43.

sadece tarafların menfaatlerini ilgilendiren kurallar emredici olmayıp, toplumun yararını ve kamu düzenini ilgilendiren kurallar da emredicidir. Ancak bu ölçüt, kamu düzeni veya kamu yararının sınırlarının¹⁸ çok net bir şekilde belirlenmesinin her zaman mümkün olmaması nedeniyle eleştirilmiş ise de bu tespitin her somut olaya göre yapılması gerektiği ve kanundaki ifade biçiminden bazı hâllerde emredici normların belirlenebileceği ileri sürülmüştür¹⁹. İİK'nın 259'uncu maddesinin 1'nci fıkrasını yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde değerlendirdiğimizde; "... *teminatı vermeye mecburdur.*" hükmünün yazılış biçimi ve ifade ettiği kesinlik nedeniyle emredici nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Konuyu kamu düzeni veya kamu yararı açısından irdelediğimizde de söz konusu teminat verme zorunluluğunun sadece borçluyu korumaya yönelik değil, üçüncü kişileri de korumaya yönelik olduğu dikkate çekmektedir²⁰. Söz konusu hükmün sadece taraf menfaatlerini değil, üçüncü kişilerin ve dolayısıyla kamunun da menfaatlerini koruması nedeniyle kamu düzeni veya kamu yararına ilişkin olduğu şüphesizdir. Bu nedenle bankanın ihtiyati haciz talep etmesi hâlinde teminattan muaf olacağına dair sözleşmeye koyduğu hüküm, kamu düzeni veya kamu yararına ve kanun metnindeki ifade biçimi nedeniyle emredici hukuk kuralına (İİK m.259,I) aykırıdır.

Emredici hukuk normlarının belirlenmesinde kullanılan ölçütlerden biri de kanunda açıkça taraflardan birini, onun zayıflığından veya bilgisizliğinden korumak amacıyla

¹⁸ Kamu düzeni ile ilgili öğretideki tanımlar ile içtihatlar için bkz. Saldırım, M.: Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara 2005 s.59-62.

¹⁹ Konuyla ilgili görüşler ve tartışmalar için Bkz. Aşık s. 63-67.

²⁰Kuru-İflâs, s.2509; Saldırım-İhtiyati Haciz s. 45; Özkes, s.243,244;Yılmaz-Tedbirler, s.1109; Aşık s.181,182; "Koçbank A.Ş'nin ihtiyati haciz talebi teminat gösterilmesi kaydıyla kabul edilmiş, Koçbank A.Ş vekili sözleşme ile müvekkilinin teminattan muaf tutulduğunu, teminat istenmesinin sözleşmeye aykırı olduğunu belirterek hükmü temyiz etmiştir.-İİK.nun 259.maddesine göre ihtiyati haciz isteyen alacaklı haczinde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları zarar için teminat göstermek zorundadır. *Teminat sadece borçlunun ihtiyati haciz nedeniyle uğrayacağı zararlar için değil üçüncü kişilerin de uğrayacakları zarar için gösterilmelidir.* Bu nedenle alacaklı ve borçlu arasındaki teminattan muafiyetle ilgili sözleşme hükmü alacaklıyı teminat gösterme zorunluluğundan kurtaramaz. Mahkemece teminat gösterilmesi kaydıyla ihtiyati hacze karar verilmesi açıklanan nedenlerle isabetlidir. İhtiyati haciz isteyen alacaklının temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmemiştir.-Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün ONANMASINA ... "(19.HD, 15.11.2007 T, E. 2007/5895, K.2007/10122).

koruyucu hükme yer verilmesidir. Kanunun ifadesinden taraflardan birini korumaya yönelik hüküm olduğu anlaşılabilirse, bu durumda emredici hükmün varlığı kabul edilmelidir. İİK'da özellikle borçluyu koruyucu çok sayıda hüküm bulunduğundan, bu hükümler icra sözleşmeleri açısından önem taşımaktadır²¹. Bu çerçevede İİK'nın 259,I hükmünün hem borçluyu hem de üçüncü kişileri koruyucu nitelikte olması nedeniyle de emredici nitelikte olduğu ve aksine sözleşme yapılamayacağına kabulü gerekir.

b) Amaç ve İlkeler Açısından

İcra hukukunda sözleşme özgürlüğünün çerçevesi, icra hukukunun amacına ve dayandığı ilkelere aykırı olmamalıdır²². İcra hukukunun temel ilkelerinden biri de Anayasanın 10'uncu maddesinde anayasal güvence altına alınan eşitlik ilkesidir. Alacaklı ve borçlunun eşit hukukî korumadan yararlanması ve menfaatlerin dengelenmesi gerekir. Taraflardan biri aleyhine ölçüsüz bir şekilde hukukî korumanın sınırlandırılması veya tamamen kaldırılması eşitlik ilkesine aykırı olup, eşitliği sağlayan norma aykırı olan sözleşme hükümleri de geçersiz kabul edilmelidir. İhtiyati hacizde, henüz alacaklıya kesin haciz yetkisinin gelmediği bir aşamada, alacağını tam olarak ispat etmesi de aranmadan borçlunun malvarlığına el konulma imkânı sağlanırken, ileride alacaklının haksız çıkma ihtimaline karşı borçlunun hukukî emniyetini sağlamayı amaçlayan ve zararının giderilmesini güvence altına alan teminattan yoksun bırakılması alacaklı ve borçlu arasındaki menfaatler dengesinin bozulması ve dolayısıyla da eşitlik ilkesine aykırılık oluşturur. Ayrıca borçlunun uğrayacağı zararın tazmin edilememesi, borçlunun diğer alacaklılarının da menfaatlerine aykırıdır. Bu açıdan konu değerlendirildiğinde de İİK'nın 259'I hükmüne aykırı olarak yapılan anlaşmaların geçerli olmadığına kabulü gerekir.

II.BANKANIN İHTİYATİ HACİZ TALEPLERİNDE TEMİNATTAN MUAF OLDUĞUNA İLİŞKİN KAYDIN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE ETKİSİ

İİK'nın 259,I hükmüne göre, "ihtiyati haciz isteyen alacaklı hacizde haksız çıktığı takdirde borçlunun ve üçüncü şahsın bu yüzden uğrayacakları bütün zararlardan mesul ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK'un) 96'ncı maddesinde yazılı teminatı vermeye mecburdur." Bu kanun hükmünde yer alan ve incelenen hukukî sorun açısından

²¹ Aşık s.67-72.

²² Aşık s.73.

dikkate alınması gereken iki önemli öge bulunmakta olup, bunların ayrıntılı şekilde irdelenmesi, konunun bütünlüğü açısından yararlıdır. Birincisi; teminat, sadece borçlunun haksız ihtiyati haciz nedeniyle uğrayacağı zararları karşılamak için değil, üçüncü şahısların da zararlarını karşılamak amacı ile alınmaktadır. İkincisi; alacaklının teminat verme yükümlülüğü “mecburdur” şeklinde bir kelime ile ifade edilmiştir.

Yukarıda değinilen ilk öge açısından sorun incelendiğinde; İİK’nın 259,I hükmünün ihtiyati haciz müessesinin bütünlüğü içerisinde ve konuyla ilgili diğer kanun hükümleri ile bir tutarlılığının bulunduğu dikkate alınmalıdır. İhtiyati haciz kararı verilirken, borçlunun malvarlığı değerlerinin neler olduğu mahkemece önceden bilinmediğinden, “... borçlunun borcuna yetecek miktarda taşınır ve taşınmaz malları ile üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının ihtiyaten haczine ...” şeklinde genel bir ifade kullanılmaktadır. Üçüncü kişilerin de zarar görme ihtimali bulunduğundan kanun koyucu, bu kişilerin zararlarının da güvence altına alınması gerekli görmüş ve ayrıca üçüncü kişilere de ihtiyati hacze itiraz etme olanağı sağlamıştır (İİK m.265,I)²³. Üçüncü kişi, kendi hakları söz konusu olduğunda bağımsız hareket etme yetkisine sahip olup, aleyhine ihtiyati haciz kararı verilen borçlu tarafından temsil edilen veya ona yardımcı olan ya da fer’i müdahil gibi sınırlı usulî yetkileri bulunan bir kişi değildir²⁴. Ayrıca kanun hükmünde belirtilen üçüncü kişi, borçlunun küllî veya cüzî halefi

²³ 17/7/2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun ile İİK’nın 265’inci maddesinin 2’nci fıkrasına, “Menfaati ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde ihtiyati haczin dayandığı sebeplere veya teminata itiraz edebilir.” hükmü eklenmiştir. Bu değişiklikle ilgili açıklamalar için bkz. Özekes, M.: İcra ve İflâs Kanununda İhtiyati Hacze İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi, (YÜHFD, S.2005/2, C.I, s.445-457), s.452.

²⁴ Erişim Finans Faktoring Hizmetleri A.Ş. vekili, keşidecisi, Zeki Ünver, cirantası Ortak Tekstil Ltd. Şirketi olan olan 15/04/2007 tarihli ve 34.250.000.YTL bedelli çekin süresinde ödenmemesi nedeniyle keşideci ve ciranta hakkında ihtiyati haciz talep etmiş, mahkemece talep uygun görülerek ihtiyati haciz kararı verilmiştir.-İhtiyati hacze itiraz eden Arya Tekstil Emprime Nakış Sanayi...Ltd Şirketi Vekili, müvekkili hakkında ihtiyati haciz kararı bulunmamasına rağmen, müvekkilinin şirketindeki makinelere ihtiyati haciz uygulandığını belirterek ihtiyati hacze itiraz etmiştir.-Mahkemece, ihtiyati hacze itiraz eden Şirket hakkında bir ihtiyati haciz kararı bulunmadığı, itirazı da sadece aleyhine ihtiyati haciz kararı verilen borçluların yapabileceği, ayrıca ihtiyati haczin çeke dayalı olarak verilmesi ve alacağın rehinle temin edilmemiş olması nedeniyle itirazın reddine karar verilmiş, karar itiraz eden vekili tarafından temyiz edilmiştir. -İcra ve İflâs Kanunu’nun (İİK) 265’inci maddesine 17/03/2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun’un 63’üncü maddesiyle eklenen değişik 2’nci fıkra gereğince “Menfaati

de olmayıp, sınırları öngörülebilien, nitelikleri veya özellikleri ile ayırt edilebilien, borçlunun yakın çevresinde bulunan bir gerçek veya tüzel kişi ya da kişiler grubu olarak da nitelendirilemez. Bu kanun hükmünde yer alan üçüncü kişi, herkes olabilir.

Sözleşmede bankanın ihtiyati haciz talep etmesi hâlinde teminattan muaf olacağına ilişkin kayıt geçerli kabul edilse bile bu sözleşme hükmünün üçüncü kişileri nasıl bağlayıcı açıklanmaya muhtaçtır. Her sözleşme kural olarak, sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur. Banka ile sözleşme imzalayan borçlunun teminattan muafiyete ilişkin kaydı kabul etmesi, ancak temsil yetkisinin bulunması hâlinde üçüncü kişileri bağlayabilir. Borçlar Kanununun 32,II hükmüne göre ise akit yapılırken kural olarak mümessil sıfatının açıkça bildirilmesi gerekir. Ancak ileride uygulanacak bir ihtiyati haczin zarar verebileceği üçüncü kişiler bilinemeyeceğinden, borçlunun mümessil sıfatıyla hareket etmesi de mümkün değildir. Ayrıca bir kimsenin banka ile sözleşme yaparken tüm üçüncü kişileri de temsil edebileceğine ilişkin kanun hükmü ya da faraziye de bulunmamaktadır. İhtiyati hacizde teminat üçüncü

ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde ihtiyati haczin dayandığı sebeplere veya teminata itiraz edebilir.” hükmü gözetilmeden yazılı gerekçeyle ihtiyati hacze itirazın reddinde isabet görülmemiştir.” (19.HD. 26.10.2007 T. E.2007-9208, K.2007/9287); “Somut olayda ihtiyati haciz talep eden vekilinin istemi üzerine aleyhine ihtiyati haciz kararı verilen firmanın işleticisi olduğu iddia edilen geminin İİK.nun 257 nci maddesi uyarınca ihtiyaten haczine karar verilmiştir. Anılan bu karara karşı üçüncü kişi durumunda bulunan Mariner Mak.San.ve Tic.Ltd.Şti.vekili, geminin müvekkili tarafından satın alındığını, yağ ve yakıt satıldığına dair kesin belgelerin bulunmadığını, ihtiyati haczi gerektirir bir durumun olmadığını ileri sürerek itiraz etmiştir. Mahkemece, gemi alacaklarında gemi aidiyeti nazara alınmadan ihtiyati haciz kararı verilebileceği gerekçesiyle itirazın reddine karar verilmiştir. Ancak ihtiyati haciz kararı, İİK.nun 257 nci maddesi ve devamı maddeleri uyarınca tesis edilmiştir. Aynı Yasa'nın 265/1 nci maddesinde ihtiyati hacze itiraz sebepleri sınırlı şekilde sayılmış olup, anılan maddenin 2 nci bendinde menfaati ihlal edilen üçüncü kişilerin de ihtiyati haczi öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde haczin dayandığı sebeplere veya teminata itiraz edebileceği hükme bağlanmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda üçüncü şahıs konumunda bulunan itiraz eden vekili ihtiyati haczin dayandığı sebeplere de itiraz etmiştir. O halde mahkemece, İİK.nun 257 nci maddesindeki koşulların bulunup bulunmadığı değerlendirilmeden yazılı gerekçeyle hüküm tesisi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir....” (Y.11.H.D., 28.03.2005 T., 2005/2597 E., 2005/2910 K.)

kişilerin zararlarını da karşılamak amacıyla verildiğine göre, bankanın bu kişilerle önceden teminattan muafiyete ilişkin bir sözleşme imzalaması veya imzaladığının varsayılması da kabul edilemez. Bu nedenle teminatın üçüncü kişilerin de haksız ihtiyati haciz nedeniyle zararlarını güvence altına aldığı dikkate alındığında, sadece borçlu ile imzalanacak sözleşmedeki teminattan muafiyete ilişkin bir hükmün geçerli olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir.

III. TEMİNAT HAKKINDAN FERAGATİN GEÇERLİLİĞİ SORUNU

İcra sözleşmeleri ile bir haktan feragat edilip edilmeyeceği tartışmalıdır. Ancak icrayı genişleten sözleşmeler söz konusu olduğunda, diğer bir ifadeyle yapılan sözleşmenin alacaklının icra imkânlarını genişletmesi, buna karşılık olarak da borçluya tanınan koruyucu hükümlerin bertaraf edilmesi hâllerinde irade özgürlüğünün dar yorumlanması gerektiği genel kabul görmektedir²⁵.

Özellikle borçlunun ailesinin ve diğer kamusal yararların söz konusu olduğu durumlarda, bu kanun hükümlerine aykırı olan sözleşme hükmünün geçerli olmayacağı sonucuna ulaşılmalıdır. Örneğin, İİK'nın 83/a maddesinde, hacz edilmezlikten önceden yapılan feragatin geçerli olmadığı açıkça belirtilmiştir. İİK'nın 259'uncu maddesinde de üçüncü kişilerin ve dolayısıyla kamusal yararın varlığı inkâr edilemeyeceğinden, henüz ihtiyati haciz aşamasına gelinmeden teminattan feragate ilişkin icrayı genişleten sözleşmenin geçerli olmayacağı kanısındayım.

E.BANKANIN TEMİNAT OLARAK KENDİ TEMİNAT MEKTUBUNU VERMESİ

Bankanın ihtiyati haciz talep etmesi durumunda teminat olarak kendi teminat mektubunu kullanabileceğine ilişkin sözleşme hükümlerine de rastlanmaktadır. Yukarıda bankanın teminattan muaf olduğuna ilişkin kayıtların hukukî değeri ile ilgili yaptığımız açıklamalar çerçevesinde ve gereksiz tekrardan da kaçınmaya özen göstererek bu soruna da konunun bütünlüğü açısından kısaca değinmek gerekir.

²⁵ Konuyla ilgili görüş ve tartışmalar için bkz. Aşık s.108-140.

Öncelikle sözleşme hükümlerinin sadece sözleşmenin taraflarını bağlayacağı dikkate alındığında, bankanın teminat olarak kendi teminat mektubunu verebilmesine ilişkin kaydın üçüncü kişiler açısından bağlayıcı olmadığı ve bu nedenle üçüncü kişilerin olası zararlarını da güvence altına alan İİK'nın 259,I hükmüne uygun düşmeyeceği açıktır.

Bankanın kendi teminat mektubunu verebileceğine ilişkin sözleşme hükmünün, teminat mektubunun niteliği ile de bağdaştırmak kolay değildir. Öğretide belirtildiği üzere, bir bankanın kendi borcu için teminat mektubu vermesi hukukî herhangi bir sonuç doğurmaz. Bir kimse nasıl kendi borcu için kefalet veremezse, kendi borcu için garanti vermesi de geçerli olamaz. Bu nedenle bankanın kendi borcunu (lehtar) teminen, örneğin mahkemeye verdiği teminat mektubu – bankanın (A) şubesinin (B) şubesi (lehtar) lehine teminat mektubu vermesi- bir garanti niteliği taşımaz. Bir teminat mektubunda aynı kişinin hem garanti veren, hem de fiilî taahhüt edilen kişi (lehtar) olması mümkün değildir²⁶. Nitekim, 11.6.1969 tarih 1969/4 E, 1969/6 K. sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında, “Banka teminat mektuplarının mahiyet itibarıyla Borçlar Kanununun 110’uncu maddesinde sözü edilen 3’üncü kişinin fiilini taahhüt niteliğinde bir garanti akdi olduğu” belirtilmiştir.

Her teminat mektubu mutlaka belirli bir riski garanti eder²⁷. İhtiyati hacizde ise Banka, teminat mektubu ile haksız ihtiyati hacizden doğan zararları belirlenen sınırlar içerisinde karşılayacağını taahhüt etmekte ve bağımsız bir borç yüklenmektedir. İhtiyati haciz uygulatan alacaklının ileride haksız çıkması hâlinde, borçlu veya üçüncü kişilerin uğrayacakları zararların giderilmesi taahhüt edilmektedir. Bu nedenle bankanın verdiği teminat mektubu, ihtiyati haciz kararı alınabilmesi için yerine getirilen biçimsel bir koşul değil, ileride zararın kısmen veya tamamen karşılanamaması hâlinde zarara uğrama ihtimali olan borçlu veya üçüncü kişiler için gerçekleşmesi muhtemel riskleri teminat altına alan bir işleve sahiptir. Bankanın ihtiyati haciz taleplerinde kendi teminat mektubunu verebileceğinin kabulü hâlinde, teminat mektubunun bir riski garanti ettiği ileri sürülemez. Bilakis, riskin garanti edilmediği, bankaların ihtiyati haciz taleplerinde teminat aranmayacağı şeklinde kabul edilmesi mümkün olmayan bir sonuç ortaya çıkar. Kamu bankalarının yanı sıra Tasarruf Mevduat Sigorta Fonu gibi kamu tüzel kişiliği olan bir kurumun dahi ihtiyati haciz taleplerinde teminat aranmayacağı, ancak özel kanun hükümleri ile yapılan düzenlemeler sayesinde mümkün hâle

²⁶ Reisoğlu, S.: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 1997, s.67,69, özellikle dn.153.

²⁷ Reisoğlu, s.18.

gelmişken, özel hukuk tüzel kişisi olan bir bankanın, teminat mektubunun mahiyetiyle bağdaşmayan bir yorumla teminattan muaf tutulmasına benzer bir hukukî sonuca ulaşılması isabetli değildir.

Kişiler arasında Anayasanın 10'uncu maddesinde güvence altına alınan eşitlik ilkesine aykırı şekilde bankalara, kanunlarla tanınmayan bir imtiyazın sağlanması da isabetli olmaz. Bankalar, kural olarak özel hukuk hükümlerine tâbi olup, ancak kanunlarda açıkça belirtilen imtiyazlardan yararlanabilirler.

SONUÇ

İİK'nın 259'uncu maddesinde ihtiyati haciz isteyen alacaklının teminat gösterme zorunluluğu, "... teminatı vermeye mecburdur." şeklinde ifade edilmiş olup, hâkimin takdirine veya taraf iradelerine bırakılmamıştır. Alacaklının teminat verme yükümlülüğünü ortadan kaldıran sözleşme hükümleri icra sözleşmesi niteliğinde olup, emredici hukuk kuralları ile icra ve iflâs hukukunun temel ilkelerine aykırı niteliği nedeniyle geçerli kabul edilmemelidir. Öte yandan, henüz alacaklının ihtiyati haciz isteme hakkının bulunmadığı bir dönemde borçlunun teminattan feragat etmesi, henüz doğmamış yasal bir haktan feragat edilmesi anlamına gelir ki koruyucu hükümlere uygun düşmeyen bu feragatin geçerli olduğunu savunmak da zordur.

İhtiyati hacizdeki teminatın bir özelliği de haksız ihtiyati haciz nedeniyle sadece borçlunun değil, üçüncü kişilerin de zararının güvence altına alınmasıdır. Bu husus İİK'nın 259,1 hükmünde açık bir şekilde belirtilmiştir. Dolayısıyla borçlunun alacaklı ile yaptığı sözleşmenin teminattan muafiyete ilişkin hükmünün geçerli olduğu kabul edilse dahi, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişileri bağlayacağını kabul etmek isabetli olmaz.

Bankaların ihtiyati haciz taleplerinde uygulamada karşılaşılan bir sorun da bankanın sözleşmeye koyduğu bazı hükümlere istinaden teminat olarak kendi teminat mektubunu ibraz etmesidir. Hukukî niteliği hangi teorik temele dayanırsa dayansın, teminat mektubunun belli bir riski garanti etmesi veya güvence altına alması zorunludur. Özellikle ihtiyati hacizde teminat, borçlunun veya üçüncü kişilerin haksız ihtiyati haciz nedeniyle uğrayabilecekleri zararlara karşı bir güvence olup, teminat mektubunu veren banka bağımsız bir borç üstlenmektedir. Bu nedenle, bir şahsın kendi borcu için kendisini güvence göstermesi nasıl ki

bir hukukî sonuç doğurmazsa, bir bankanın kendi borcu için garanti vermesi de hukukî bir sonuç doğurmaz. Teminat mektubu ile bağımsız bir borç yüklenilmekte ise de bu belge bir kıymetli evrak ya da soyut bir borç ikrarı niteliğini taşımadığı için bankanın ihtiyati hacizde haksız çıkması hâlinde zaten kanunen sorumlu olacağı bir borçtan dolayı ayrıca bağımsız bir taahhüt altına girmesi zarar görenler açısından bir güvence oluşturmaz.

Çalışmamızda incelenen HGK'nın 9.6.2004 T., 2004/4-351 E, 2004/339 K. sayılı kararına istinaden sözleşme hükümlerine göre bankanın teminattan muaf olabileceği veya kendi teminat mektubunu teminat olarak verebileceği sonucuna ulaşmak isabetli olmaz. Her ne kadar HGK tarafından onanan 4. Hukuk Dairesinin kararının gerekçesindeki bazı ifadeler, bu görüşün aksine bir kanaat oluşmasına elverişli ise de, hükmün hâkimin hukukî sorumluluğuna ilişkin olduğu ve ancak bu konuyla sınırlı olarak emsal karar teşkil edebileceği dikkate alınmalıdır.

KAYNAKÇA

- Aşık, İ. : İcra Sözleşmeleri, Ankara 2006.
- Aydınalp, S. : Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu, Ankara 1997.
- Başpınar, V. : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998.
- Deynekli, A.-
Saldırım, M. : Öğretide ve Uygulamada İhtiyati Haciz, Ankara 2005.
- Edis, S. : Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1997.
- Eren, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006.
- Hatemi, H. : Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976.
- Kılıçoğlu, A. M. : Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğu, (AÜHFD, S. 1973/1-4, s.231-270).
- Kılıçoğlu, A. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2002.
- Kuru, B. : İcra ve İflâs Hukuku, C.III. Ankara 1993 (Kuru-İflas).
- Kuru, B. : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.IV-VI, İstanbul 2001.
- Pekcanitez, H./Atalay,
O./Sungurtekin Özkan,
M./Özekes, M. : İcra ve İflâs Hukuku, Ankara 2005.
- Özekes, M. : İcra İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1998.
- Özekes, M. : İcra ve İflâs Kanununda İhtiyati Hacze İlişkin Değişikliklerin Değerlendirilmesi, (YÜHFD, S.2005/2, C.I, s.445-457).
- Özsunay, E. : Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1986.
- Öztan, B. : Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2004.
- Reisoğlu, S. : Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, Ankara 1997.
- Saldırım, M. : Cumhuriyet Savcısının Hukukî Sorumluluğu, (Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s.713-758).
- Saldırım, M. : Özel Hukukta Cumhuriyet Savcısının Görevleri, Ankara 2005.
- Saldırım, M. : İhtiyati Haciz ve İhtiyati Tedbir Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme, (ABD, S.1999/2-3, s.205-224).
- Saldırım, M. : Öğretide ve Uygulamada Bütün Yönleriyle İhtiyati Haciz, Ankara 1997, (Saldırım-İhtiyati Haciz).
- Tekinay, S./Akman,
S./Burcuoğlu, H./
Altıp, A. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1993.
- Tercan, E. : Hâkimlerin Hukukî Sorumluluğuna İlişkin Hükümlerin (HUMK

m.573-576) “Hâkim” Kavramı Açısından Uygulama Alanı, (AÜHFD, S.1995/1-4, s.233-252).

Yılmaz, E. : Davada İnanca, (Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, C.I, s.381-407).

Yılmaz, E. : Geçici Hukukî Himaye Tedbirleri, Ankara 2001, (Yılmaz-Tedbirler).