



Public and Private International Law Bulletin

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

Mücbir Sebeplerin Akreditife Etkisi

The Effects of Force Majeure on Accreditive

Vahit Doğan^{*}

Öz

Aralık 2019’da başlayan ve bütün dünyaya yayıldığı için de DSÖ tarafından yaygın salgın hastalık (pandemi) olarak ilan edilen süreç, hukuki ilişkilerin kahr ekseriyetini etkilediği gibi, milletlerarası ticarî ilişkileri de etkilemiştir. DSÖ’nün yaygın salgın hastalık ilanından sonra, hemen her ülke, salgından korunmak ya da asgarî zararlar çıkmak için bir kısım tedbirler almıştır¹. Alınan tedbirlerin ülke içi ticarî ilişkilere etkisi kadar milletlerarası ticarete de etkisi olmuştur. Bu bağlamda ülkelerin sınırlarını dış dünyaya kapatmaları ya da belli mal veya hizmetlerin ihracı ya da ithaline sınırlamalar-yasaklamalar getirilmesi milletlerarası ticarete tarafların yükümlülüklerini yerine getirmelerinin önünde önemli engeller oluşturmuştur.

Yaygın salgın hastalıktan korunmak amacı ile ülkeler tarafından alınan tedbirlerin, milletlerarası ticarete yaygın olarak kullanılan ödeme araçlarından birisi olan akreditife de etkileri olacağı muhakkaktır. Çalışmamızda, yaygın salgın hastalığın akreditife etkileri ele alınmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Akreditif, mücbir sebep, ifa imkânsızlığı, yaygın salgın hastalık, ABK, MTO

Abstract

The process that started in December 2019 and was declared a common epidemic (pandemic) by the World Health Organization (WHO) because of its worldwide prevalence has affected the majority of legal relationships as well as international commercial relationships. After the WHO’s announcement of a widespread epidemic, nearly every country has taken some measures to protect itself from the epidemic or to minimize the damage. The measures taken had an impact on international trade as well as on domestic commercial relations. In this context, countries closing their borders or imposing restrictions and prohibitions regarding the import-export of certain goods and/or services have raised major obstacles to parties fulfilling their obligations in international trade.

It is certain that the measures taken by governments to prevent the pandemic will have effects that regard the letter of credit that is one of the most important widely used payment instruments in international trade. In our study, the accreditation effects of the said pandemic will be addressed.

Keywords

Letter of credit, force majeure, impossibility of performance, pandemic, ICC, UCP

¹ Ülkemizde de, 11 Mart 2020 tarihinde ilk vakanın görülmesinden sonra bir kısım tedbirler alınmıştır. Sözleşmelere etkisi ile ilgili olarak, 7226 ve 7244 sayılı Kanunlar ve 2020/5 sayılı Cumhurbaşkanlığı genelgesinden bahsedilebilir. Ancak ele aldığımız konu ile ilgili bir düzenleme yapılmamıştır.

^{*} Sorumlu Yazar: Vahit Doğan (Prof. Dr.), İstanbul Aydın Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: dvahit@gmail.com ORCID: 0000-0001-8223-2128

Atf: Doğan V, “Mücbir Sebeplerin Akreditife Etkisi” (2021) 41(2) PPII 559. <https://doi.org/10.26650/ppil.2021.41.2.943435>



Extended Summary

A letter of credit is a system that serves the buyer and seller in fulfilling the obligations that arise from contractual relationships. It especially helps the buyer fulfil debt payment in international commercial relations, especially in contracts dealing with the sale of goods. It is accepted that payment is to be made on the goods subject to the contract in the letter of credit in accordance with the document presentation. This will significantly eliminate the risks of international trade for both the buyer and seller. In this way, possible risks that may arise between the buyer and seller will be minimized. When the seller-exporter presents the documents representing the goods to the authorized bank, that party can receive the payment, while the buyer-importer is assured that no payment will be made before the presentation of the proper documents in accordance with the contract.

Although the “Letter of Credit” is defined throughout different doctrines, the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (UCP) defines it as “any arrangement however named or described, that is irrevocable and thereby constitutes a definitive undertaking of the issuing bank to honor a complying presentation” (Art. 2).

Commercially, the parties want to secure themselves against the risk of the opposite party’s noncompliance with the contract. However, in some situations the debtor may not be able to pay their debt, and this does not always lead to a defective performance or a nonperformance. The problem of trust between parties in international trade is more intense than in domestic commercial relations. One of the parties (the seller) will send the goods to the other party (the buyer), but the seller will not know whether the other party (the buyer) will pay on time. Likewise, in the event that the cost of the goods is paid in advance, the buyer will not know whether the goods will be sent in the predetermined time and quality. Although various systems have been developed to eliminate this problem over the years, one of the most important and secure payment systems is the letter of credit, which enables performance between parties without using cash in international trade.

However, the letter of credit has not been subject to positive regulation in most countries active in international trade. This is because the Uniform Rules on Letters of Credit that the International Chamber of Commerce (ICC) has kept up-to-date since 1933 by considering the developments in international commercial relations, are accepted almost all over the world. The ICC last updated the Uniform Rules on Letters of Credit in 2007 and published Brochure Number 600, “Uniform Customs and Practice for Documentary Credit” (UCP) at that time.

These ICC regulations are accepted as the regulations embedded in the standard contracts issued by the letter of credit bank in the form of general transaction conditions. However, it is impossible to say that all aspects of the letter of credit are accounted for

in the regulations issued by the ICC. The matters excluded from the regulations will be resolved materially within the framework of the law to be determined based on the conflict of laws regulations due to the international nature of the issue. Today, the letter of credit holds an important function in terms of the development of international trade.

With the world going through a pandemic, nonessential and, sometimes, even essential works are being suspended depending on how bad the situation is in various countries. It is quite possible that debtors may not be able to pay their debts even in the event of a successful presentation that constitutes a force majeure or a circumstance that is highly unusual and unexpected. The provisions and consequences of nonperformance of the debt due to force majeure are accepted both in national law and international texts. Even hardships that do not constitute force majeure can be considered as the international regulations such as the International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) and ICC suggest, considering the current pandemic. The Turkish regulation regarding hardship is in line with UNIDROIT and ICC. With the categorization of COVID-19 as a pandemic, it became necessary that the circumstances of performance with the letter of credit be interpreted accordingly. While the private relations were trying to survive the pandemic, governments closed borders, limited exports and imports, and changed work shifts as well as workdays if such conditions constituted force majeure or hardships.

It has been stipulated in UCP that the bank will not be responsible for force majeure. However, if the rules published by the ICC are contrary to the mandatory legal rules and fairness of the judge's law, these rules will not be considered. For this reason, it would be appropriate to consider the effect of force majeure on the letter of credit, considering the characteristics of the concrete case, and that the rule regarding the bank's absence of liability due to force majeure is not absolute..

I. Kavramsal Boyut

Pandemi ya da yaygın salgın hastalık; bir kıta veya tüm dünyaya, yani çok geniş bir alanda yayılan ve etkisini gösteren salgın hastalıklara (epidemi) verilen genel addır. Yaygın salgın hastalık ilanı için, hastalığın kaynağı ve sebebi önemli olmayıp, canlıdan canlıya bulaşabilmesi yeterli olup, şahıs ve mal varlığı haklarında zarara yol açması, önlenememesi ya da önlenebilmesinin belli bir zamana yayılması gerekli görülmektedir². Yaygın salgın hastalık, diğer alanları olduğu gibi, ticarî hayatı da doğrudan etkilemekte ve tarafların yükümlülüklerini zamanında veya hiç yerine getirmelerine engel olmaktadır.

Kavramsal boyut başlığı altında, çalışma konumuz olan akreditif hakkında kısaca bilgi verildikten sonra, Covid 19'un yaygın salgın hastalık ilan edilmesinin hukukî ilişkilere ve özellikle akreditife etkisi, özellikle mücbir sebep olarak kabul edililmeyeceği ele alınmaya çalışılacaktır.

A. Akreditif

Tarihi süreç içinde en eski ödeme yöntemlerinden birisi olan akreditif³, milli hukuklarda düzenlenmemiş olup (milli hukukunda pozitif düzenlemeye yer veren nadir ülkelerden birisi ABD olup, UCC §5/101-118 arasında akreditife ilişkin hükümlere yer verilmiştir.), MTO tarafından yayımlanan Birörnek Kurallar çerçevesinde işlem aşamaları gerçekleştirilen bir ödeme aracıdır. MTO tarafından konuyla ilgili yapılan düzenlemelerin, istisnalar bir tarafa bırakılırsa, dünya genelinde bankalar tarafından yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir. MTO'nun akreditife ilişkin yürürlükteki düzenlemesi 2007 yılında güncellenerek yayımlanmış olan “Akreditife İlişkin Birörnek Usuller ve Uygulama Kuralları” (ABK) başlığını taşıyan 600 sayılı broşürdür.

MTO'nun yapısı dolayısıyla, yayımlanmış olduğu kuralların hukukî niteliği hususunda görüş farklılıkları bulunmaktadır⁴. Bizim de katıldığımız hâkim anlayışa göre, genel olarak MTO kuralları, özelde ise ABK milletlerarası ticaretin kendine özgü kuralları içinde olup, pozitif hukuk kuralı olarak kabul edilmektedir⁵.

Akreditif doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır⁶. ABK'da yapılan tanımlamaya göre akreditif, “adı ve tanımlaması nasıl olursa olsun, amir bankanın

2 Bkz. <http://www.euro.who.int/en/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19> Erişim Tarihi 19 Mayıs 2020.

3 Akreditife ilgili geniş bilgi için bkz. Wedemann, “Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch”, Schmidt K. (Heraus), (4th edn. 6 2019), H. “Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handel” (1) vd. ; Jage Haas, G. Schmansky, H. Bunte ve J.H Lwowski Bankrechts Handbuch (5th edn 9 2017) 120, Vahit Doğan, Uluslararası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, (4th edn 2016) , S. reisoğlu, Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif (2nd edn 2009), A. Kaya, Belgeli Akreditife Lehdarın Hukuki Durumu (1995), Sibel Özel, Akreditif ve Hukuki Niteliği (1991), E. Göger, Akreditif Muamelesi ve Hukuki Mahiyeti (2nd edn 1980).

4 Wedemann, (n 3) 63 vd.

5 Wedemann (n 3) 1 vd, Reisoğlu (n 3) 22 vd, Doğan (n 3) 37 vd.

6 Doğan (n 3) 33 vd.

uygun bir ibrazı karşılayacağına ilişkin kesin yükümlülüğünü oluşturan dönülemez nitelikte herhangi bir düzenleme”dir (ABK m.2). Yapılan tanım, akreditifin hukukî niteliğinden çok fonksiyonlarını ön plana çıkarmıştır. Tanımda önem arz eden “ibrazın karşılanması”ndan ne anlaşılması gerektiği de aynı maddede açıklanmıştır. Buna göre,

- Akreditif belgelerin ibrazı üzerine ödeme yöntemiyle kullanımda ise ibrazda ödeme yapmak,
- Akreditif, vadeli ödeme yöntemiyle kullanımda ise vadeli ödeme yükümlülüğüne girmek ve ödeme vadesinde ödeme yapmak,
- Akreditif poliçe kabulü yöntemiyle kullanımda ise lehtar tarafından çekilen poliçeyi kabul etmek ve poliçenin ödeme vadesinde ödeme yapmak,

ibrazın karşılanması anlamına gelecektir.

Bu tanımlamadan hareket edildiğinde, milletlerarası ticarete, özellikle menkul satımını konu alan sözleşmelerde, temel ilişkinin para borçlusunun (amir) borcunu, sözleşmeye taraf olmayan bir banka ya da finans kurumu (amir ya da akreditif bankası) aracılığı ile ve önceden tespit edilen belgelerin ibrazı karşılığında para alacaklısına (lehtar) ödemeyi sağlayan bir ödeme yöntemidir.

Milletlerarası ticarî ilişkilerde, özellikle menkul satımını konu alan sözleşmelerde, taraflar ödemenin akreditifle yapılması hususunda mutabakata varmışlar ise, temel ilişkinin edim alıcısı konumunda olan para borçlusu, bankasına müracaat ederek, temel ilişkinin edim borçlusu-para alacaklısı lehine akreditif açılması için talimat verecektir. Akreditif amirinin bankaya vereceği talimat, tam ve kesin olmalıdır. Banka, talimatı değerlendirecek ve uygun görmesi hâlinde, müşterisi, temel ilişkinin para borçlusu adına, para alacaklısına akreditif açmayı kabul edecektir. Farklı bir ifade ile banka, müşterisi olan akreditif amiri ile yapacağı sözleşmeye bağlı olarak onun alacaklısı ile onun para borcunu ödeme bağlamında bir yükümlülük üstlenmektedir. Banka bu şekilde, bir nev’i amir lehine gayrınakdi kredi açmış kabul edilmektedir.

Akreditif amirinin talebini kabul eden akreditif bankası, temel ilişkinin para alacaklısının ülkesinde bulunan bir banka (muhabir banka) ile irtibata geçecek ve para alacaklısına, öngörülen belgelerin süresinde ve usulüne uygun olarak ibraz edilmesi hâlinde, ödeme yapacağını taahhüt eden, yani akreditif açma icabında bulunacaktır. Temel ilişkinin para alacaklısı ya da bankanın dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi yapacağı kişi, kural olarak yabancı ülkede olduğu için, onun bulunduğu ülkedeki bir banka devreye girmekte ve dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesi bu banka aracılığı ile yapılmaktadır. Kural olarak, taraflar arasında aksine bir düzenlemeye yer verilmemiş ise, para alacaklısı lehtarın ülkesindeki banka (muhabir

banka), akreditif bankası ile lehtar arasındaki muhaberatı gerçekleştirecek olup, bu bankanın lehtara karşı amir bankadan ayrı bir ödeme yükümünden bahsedilemez. Para alacaklısı, akreditif bankasının muhabir banka aracılığı ile kendisine ulaşan icabı kabul edebileceği gibi temel ilişkiye uygun olmaması gerekçesi ile reddedebilir. İcabın reddi hâlinde, akreditif bankası, amirin de görüşünü alarak temel ilişkiye uygun yeni bir icapta bulunabilir. Bankanın icabının lehtar tarafından kabul edilmesi ile, banka ile para alacaklısı lehtar arasında dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi de kurulmuş olacaktır. Para alacaklısı ile akreditif sözleşmesi yapılması ile, edim borçlusu-para alacaklısı, edimini temel sözleşmeye uygun olarak ifa ettiğini tevsik eden belgeleri bankaya ibraz edecektir. Banka, ibraz edilen belgelerin içerik olarak doğruluğunu incelemeyecek, yalnızca şekli anlamda, ibrazı öngörülen belgeler olup olmadığını inceleyecektir. Yapılacak inceleme sonucunda ibraz edilen belgelerin akreditif ilişkisinde öngörülen belgeler olduğu tespit edildiğinde, akreditif sözleşmesinde öngörülen usule uygun olarak amirin para borcu ifa edilecektir. Görüldüğü gibi temel ilişkinin edim borçlusunun edimini sözleşmeye uygun olarak ifa ettiğini tevsik eden belgeler, ilişkiye taraf olmayan bir banka veya özel finans kurumuna ibraz edilmekte, banka ya da özel finans kurumu da alıcının vekili sıfatı ile satıcıya satış bedelini ödemektedir⁷.

Kısa açıklamadan da anlaşılacağı gibi, temel ilişkinin tarafları arasında ödemenin akreditifle yapılması hususunda anlaşmanın varlığı ve tabii ki, para alacaklısının hangi belgeleri ibraz ederek banka ya da özel finans kurumundan ödeme talebinde bulunacağını tespit edilmesi gereklidir. Bu sebeple amirin akreditif bankasına yapacağı talep tam ve kesin olmalı ki, lehtar ödeme talebinde bulunabilmek için ibrazı gerekli belgeleri tereddütsüz sağlayarak bankaya ibraz edip ödemeyi alabilsin. Elbette ibrazın hangi süre içinde yapılacağını da tespit edilmesi gereklidir.

Bankanın para alacaklısına yaptığı ödemenin, temel ilişkinin para borçlusunun borcunun ifası yerine değil, ifası amacına hizmet ettiği kabul edilmektedir. Para borcunun akreditifle ödenmesinin kararlaştırılması hâlinde, edim borçlusu ile edim alacaklısı edimlerini bir anlamda karşılıklı ve aynı zamanda ifa etmiş kabul edilmektedir. Zira sözleşme konusu emtiayı temsil eden belgelerin ibrazı karşılığında, banka ödeme yapacaktır. Edimlerin karşılıklı ve aynı anda ifa ediliyor olması, özellikle mesafeli satımlarda taraflar arasındaki güven bunalımını da önemli ölçüde bertaraf edecektir. Bu yönü ile akreditif, bir anlamda edim borçlusu ile para borçlusu arasındaki mesafe sebebi ile var olan güvensizlik duygusunu belli ölçüde bertaraf etmeye yardımcı olan hukukî araçlardan birisidir⁸.

7 Taraflar arasındaki ilişkilerin hukukî niteliği hususunda bkz. Bkz. Wedemann (n 3) 175 vd, Doğan (n 3) 97 vd, Kaya (n 3) 35 vd.

8 J. Zahn, J. Ehrlich ve D. Neumann, *Zahlung und Zahlungssicherung im Aussenhandel*, (2001) 7 46.

B. Mücbir Sebep Kavramı

Sözleşmenin taraflarının iradesi dışında gerçekleşen bir olay sebebi ile borçlu borcunu ifa edemeyebilir. Tarafların iradesi dışında ortaya çıkan ve borçlunun borcunu ifa etmemesi ya da edememesine rağmen, onun sorumluluğunu sınırlayan ya da ortadan kaldıran hâllerden birisi de mücbir sebeplerin varlığıdır. Mücbir sebeplerle borcun ifa edilmemesinin hüküm ve sonuçları hem milli hukuklarda hem de milletlerarası metinlerde kabul edilmektedir.

Normal şartlarda, borçlu borcunu vadesinde hiç veya gereği gibi ifa etmez ise, temerrüde düşecek ve kendisi hakkında temerrüdün hüküm ve sonuçları uygulama alanı bulacaktır (TBK m.117 vd.). Borçlu, borcunu mücbir sebeplerden dolayı zamanında veya hiç ifa edemediğini ileri sürerek temerrüdün hüküm ve sonuçlarından kurtulabilme imkânına sahiptir.

Borçlunun borcunu ifa etmesine engel olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi hususunda, objektif ve subjektif teori olmak üzere iki farklı teori bulunmaktadır. Subjektif teori sözleşmenin taraflarını nazara almakta ve taraflar azamî ölçüde özen gösterse de gerçekleşmesine engel olunamayan olaylar mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Doktrinde hâkim olan objektif teoriye göre gerçekleşme tarzı itibarıyla, olayların normal akışına göre beklenilmesi mümkün olmayan, kaynağını sorumlunun işletmesi ve faaliyet alanı dışında bulan olaylar mücbir sebep olarak kabul edilmektedir⁹. Bu anlayışa göre mücbir sebep; “sorumlu veya borçlunun faaliyet ve işletmesi dışında meydana gelen, genel bir davranış normunun veya borcun ihlâlîne, mutlak ve kaçınılmaz bir şekilde yol açan, öngörülmesi ve karşı konulması mümkün olmayan olağanüstü bir olay”¹⁰ olarak tanımlanmaktadır.

Mücbir sebebin borç ilişkisine etkisi, hukuk sistemlerinde farklı düzenlenmiş olabileceği gibi, hangi tür olayların mücbir sebep olarak kabul edilebileceği hususunda da farklı yaklaşımlar söz konusu olabilir¹¹. Ancak hemen her hukuk sisteminde; sözleşmenin ifasına engel olan ve illiyet bağımlı kesmesi sebebi ile sorumluluğu bertaraf edeceği kabul edilen bir olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için aranan şartlar aynıyet göstermektedir. Bunlar; tarafların kontrolü dışında gerçekleşme ya da

9 Geniş bilgi için bkz. D. Zetsche, Münchener Kommentar Zum BGB (2020) 8, BGB 676 (c), F. Graf von Westphalen, “Vertragsrecht AGB-Klauselwerke”, Graf von Westphalen ve G. Thusing (eds), Vertragsrecht Höhere Gewalt (2020) 2, Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16th edn 2014) 557, Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (12th edn 2016) 45 vd., A.P. Gözübüyük, Hukuki Mesuliyet Bakımından Mücbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller (3rd edn 1977) 29 vd.

10 S. Tekinay, S. Akman, S. Burcuoğlu ve A. Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler (1993) 1002, Ş. B. Özçelik, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve Mücbir Sebep Kayıtları (2009) 85 vd., Eren (n 9) 518.

11 Türk hukukunda, mücbir sebebin borç ilişkilerine etkisi ile ilgili genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Farklı hukuk sistemlerindeki bakış açısı için bkz. Ingebor Schwenzer, Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts, VUWLR (2008) 39(39) 710 VD, H. Schmidt, “Covid 19 Rechtsfragen zur Corone-Krise”, (2020) 1.

haricilik, öngörülememe, kaçınılması mümkün olmamadır¹². Bu unsurlardan bir ya da birkaçının bulunmadığı ifaya engel hâl, mücbir sebep olarak kabul edilmeyip, şartların varlığı hâlinde beklenmeyen hâl olarak kabul edilebilir¹³. Elbette sözleşmenin ifa edilmemesi ile mücbir sebep olarak kabul edilen olay arasında sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gereklidir. Başka bir ifade ile, mücbir sebep olarak kabul edilen vakıa gerçekleşmemiş olsa idi, borçlunun borcunu usulüne uygun olarak ifa edebilecek olması gereklidir.

Milletlerarası ticarete, UNIDROIT prensipleri (7.1.7), Avrupa Sözleşmeler Hukuku Prensipleri (8.108), ICC (MTO) model mücbir sebep maddesinde mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü hâllerine ilişkin düzenlemelerin de, yukarıda iç hukuk bağlamında verilen unsurları ihtiva ettiği görülmektedir. Milletlerarası alanda hangi sebeplerin mücbir sebep olarak kabul edilebileceği hususunda en kapsamlı düzenleme, MTO'nun 2003 yılında yayımlanmış olduğu model mücbir sebep düzenlemesinde yer almaktadır (ICC Force Majeure Clause 2003 m.3)¹⁴. Buna göre; savaş, silahlı çatışma, işgal, askeri seferberlik, iç savaş, isyan, ihtilal, darbe, halk ayaklanması, sivil itaatsizlik, terör, sabotaj, korsanlık, hükümet emri, yetkili otoriteler tarafından gerçekleştirilen meşru ya da gayrimeşru faaliyetler, sokağa çıkma yasaklaması, kamulaştırma, millileştirme, el koyma, şiddetli fırtına, tayfun, tufan, kasırga, hortum, tipi, volkanik aktiviteler, heyelan, tsunami, sel, kuraklık gibi doğal afetler, bulaşıcı hastalıklar, salgınlar, patlama, yangın, ulaşım, iletişim ya da elektrik akımının uzun süreli kesintisi, grev, lokavt, boykot, fabrika ya da yerleşkenin işgali gibi sebepler mücbir sebep olarak kabul edilen örneklerdir.

Mücbir sebeplerin yanında aşırı ifa güçlüğü'nün de ele alınmasında fayda vardır. Aşırı ifa güçlüğü'nden maksat, sözleşmenin taraflarının sözleşmenin yapıldığı andaki durumlarında değişiklik yapan öngörülemeyen sebep nedeniyle ifanın orantısız ölçüde güçleşmesi olarak ifade edilebilir. Milletlerarası düzenlemelerde aşırı ifa güçlüğüne ilişkin hükümlerin de ele alınmasında fayda vardır. UNIDROIT ve ICC'nin aşırı ifa güçlüğüne ilişkin düzenlemelerinde, sözleşmenin yapılmasından sonra önceden öngörülemeyen ve kontrol edilemeyen sebepler ifayı aşırı derecede güçleştiriyor ise, aşırı ifa güçlüğü olduğu kabul edilmektedir. Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğüne ilişkin yer alan düzenleme, UNIDROIT ve ICC ile paraleldir¹⁵.

12 S. Akyazan "Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmeyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", (1973) VII BATIDER 291 vd, Eren (n 9) 519 vd, Graf von Westphalen, Vertragsrecht (n 9) 2, Zetzsche (n 9) 6.

13 Geniş bilgi için bkz. Göztübüyük (n 9) 157 vd.

14 ICC Force Majeure Clause için bkz. <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-Force-Majeure-Hardship-Clause.pdf> Erişim Tarihi 17 Mayıs 2020.

15 Geniş bilgi için bkz. K. Oğuzman ve T. Öz, "Borçlar Hukuku-Genel Hükümler" (14th edn 2016) I 45-197.

Aşırı ifa güçlüğünün sözleşmelere etkisi TBK’da düzenlenmiştir¹⁶. Buna göre, aşırı ifa güçlüğüne düşen tarafın hâkimden sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir. Bu düzenlemeden hareket edildiğinde, sözleşmenin karşı tarafına müracaat edilerek uyarılama talebinde bulunulması, TBK kapsamında uyarılama talebi olarak kabul edilemez. Kanunda, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasının mümkün olmaması hâlinde, sözleşmeden dönme hakkı tanınmıştır. Sürekli borç ilişkilerinde ise, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması mümkün değilse sözleşmeden dönme değil sözleşmenin ileriye dönük olarak feshedilebileceği hükme bağlanmıştır (TBK m.138)¹⁷.

Borçlu borcunu zamanında ve öngörülen usul ve standartlara uygun olarak hiç veya gereği gibi ifa etmez ise, borca aykırı davranmış, temerrüde düşmüş olur. Borca aykırılık sebebi ile borçlunun sorumluluğu gündeme gelecektir. Borca aykırılık hâlleri; imkânsızlık, temerrüt ve gereği gibi ifa etmeme olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Her bir aykırılığa bağlanan müeyyide de farklılaşmaktadır. Tabii ki, borçlunun borcunu ifa etmemesine bağlanan müeyyidenin uygulanabilmesi için, ifa engelini mücbir sebep olarak kabul edilen, yani borçlunun kontrolü dışında, öngörülemeyen ve kaçınılması imkânsız bir olaya dayanmaması gereklidir¹⁸.

Mücbir sebep ve aşırı ifa güçlüğü hâllerinin taraflar arasındaki sözleşmede tespit edilmesinin yanında, sözleşmeye etkisi ve elbette mücbir sebep ya da aşırı ifa güçlüğünün ortaya çıkması hâlinde, diğer tarafa hangi süre içinde ihbarda bulunulması gerektiğinin de taraflar arasındaki sözleşmede düzenlenmesi isabetli olacaktır.

II. Mücbir Sebebin Sözleşmelere Etkisi

Sözleşmenin tarafları, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini sözleşmede öngörülen süre içinde hiç ya da gereği gibi ifa etmezler ise, normal şartlarda, temerrüde düşmüş kabul edilecek ve temerrüdün hüküm ve sonuçları uygulama alanı bulacaktır¹⁹. Ancak borcun ifası ya da zamanında ifası, borçluya atfedilebilecek bir kusur olmaksızın yani tarafların kontrolü dışında gerçekleşmiş, öngörülemeyen ve kaçınılması mümkün olmayacak şekilde ortaya çıkar ise, borçlunun sorumluluğundan da bahsedilemeyecektir. Zira bu hâlde, ifa etmeme ya da gereği gibi ifa etmeme, borçluya atfedilemeyecek bir sebebe, yani mücbir sebebe dayanmakta, dolayısıyla da illiyet bağımlı kesmektedir.

Burada üzerinde durulması gerekli husus, borcun ifasına ya da zamanında ifasına engel olan hangi tür olayların mücbir sebep olarak kabul edileceğinin tespit

16 Akreditif bağlamında aşırı ifa güçlüğü gündeme gelmeyeceği için, burada ele alınmayacaktır.

17 Bkz. Oğuzman ve Öz (n 15) 202, Eren (n 9) 330.

18 Eren (n 9) 329.

19 S. Lorenz, Covid 19 Rechtsfragen zur Corone Krise, (15th edn 2020).

edilmesidir. Konuyla ilgili olarak milli hukuklarda ya da milletlerarası metinlerde, sözleşmenin ifasına ya da gereği gibi ifasına engel olan hâllerden hangilerinin mücbir sebep olarak kabul edileceği hususunda genel ilkeler bağlamında ortak kabuller bulunmasına rağmen, somut olayın özelliklerinin de nazara alınması gerektiği kabul edilmektedir. Zaten milli hukuklarda ya da milletlerarası metinlerde tarafların aksini kararlaştırmadıkları hâllerde, hangi tür olayların mücbir sebep olarak kabul edileceği örnekleme mahiyetinde sayılmaktadır. Borcun ifasına ya da usulüne uygun ifasına engel olan olay, taraflar arasındaki sözleşmede mücbir sebep olarak sayılmadığı gibi milli ya da milletlerarası metinlerde de öngörülmemiş olabilir. Borcun ifasına engel olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için genel ilkelere uygun olması, yani, tarafların kontrolü dışında gerçekleşmiş, öngörülemeyen ve kaçınılması mümkün olmayan bir olay olması yeterli olacaktır. Farklı bir ifade ile meydana gelen olay ile borcun ifası ya da zamanında ifanın yapılamaması arasında sebep- sonuç ilişkisinin, illiyet bağının varlığı gerekli ve yeterlidir. Dolayısıyla meydana gelen bir olay, bütün hukukî ilişkiler bakımından aynı şekilde değerlendirilip, mücbir sebep olarak kabul edilemez. Somut olayın özelliklerine bakılarak, meydana gelen olayın borcun ifasına etkisinin nazara alınarak mücbir sebep değerlendirmesinin yapılması gereklidir²⁰. Yargıtay kararlarında da aynı esas kabul edilmektedir. Farklı bir ifade ile edimin ifasına engel olan olayın mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için varlığı gerekli; haricilik, öngörülemelik ve kaçınılmazlık unsurlarının gerçekleşip gerçekleşmediği somut olayın özelliklerine göre tespit edilecektir. Yargıtay kararına konu olayda, Körfez krizinin çıkmasından uzun zaman geçmesine rağmen sınırların kapatılmaması ve taraflar arasındaki sözleşmenin imzalanmasından sonra sınır kapatma kararının mücbir sebep teşkil edip etmeyeceği hususunda ihtilaf çıkmıştır. İlk derece mahkemesinin, *“krizin kapsam dalgalanmasıyla sürüp bu arada sözleşme yapılmış olması karşısında tacir yönünden kestirilebilir olgunun mücbir sebep sayılamayacağı”* yönündeki kararı Yargıtay’ca onandıktan sonra karar düzeltme talebinde bulunulmuştur. Bu sefer Yargıtay²¹, *“Mücbir sebep, doğal, sosyal ya da hukuksal kaynaklı, öngörülme olasılığı bulunmayan oluşumlardır. İthal ve ihraç yasakları, bunlara olanak vermeyen sınır kapatmaları, hukuksal kaynaklı”* mücbir sebepler olarak kabul edilmiş ve, *“Yaklaşık yedi yıldır süren körfez krizi, kapsam dalgalanmaları göstermiş ve fakat hiçbir zaman sınır kapatmalarına kadar gitmemiştir. Bu durum, kapatmayı beklenir duruma getirmemiş, aksine benzer nedenlere yol açmayacak düzeyde süreceğine ilişkin işaretler vermiş olmaktadır. Öyleyse olaydan öngörülemelik unsurunun varlığının kabulü”*nün gerekli olduğu yönünde hüküm kurmuştur.

Taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasından sonra, taraflara atfedilebilecek kusur olmaksızın meydana gelen bir olay sebebi ile borçlu borcunu hiç ya da sözleşmede öngörülen usule uygun olarak gereği gibi ifa edememiş olabilir. Farklı bir ifade ile

20 Eren (n 9) 559.

21 19. HD 25.10.2002 T ve E. 2002/4558-K. 2002/6953.

mücbir sebep borçlunun üstlendiği borcun ifasını imkânsız kılabilceği gibi, borcun zamanında ifasına engel olmuş da olabilir. İfanın ertelenmesi sonucunu doğuran mücbir sebep ile ifayı imkânsız hâle getiren mücbir sebebin borç ilişkilerine etkilerinin farklı olacağına kuşku yoktur. Uygulamada sözleşmelerde yer alan mücbir sebep kayıtlarında, kural olarak, borçlunun sorumlu olmadığı sebeplerle borcun ifasının imkânsız hâle gelmesi düzenlenmekte olup, borçlunun temerrüdü ve gereği gibi ifa etmeme hâlleri nazara alınmamaktadır. Çalışma konumuz bakımından, gereği gibi ifa etmeme, kural olarak, söz konusu olmayacağından, burada ele alınmayacaktır.

A. Borcun İfasının İmkânsız Hâle Gelmesi

Borçlu, borcunu sözleşmeye uygun olarak vadesinde hiç veya gereği gibi ifa etmez ise, temerrüde düşecek ve temerrüdün hüküm ve sonuçları uygulama alanı bulacaktır (TBK m.117 vd.). Ancak borçlu, borcunu mücbir sebeplerden dolayı zamanında veya hiç ifa edemediğini ileri sürerek temerrüdün hüküm ve sonuçlarından kurtulabilme imkânına sahiptir. Farklı bir ifade ile taraflar arasındaki sözleşmenin kurulmasından sonra borcun ifası, borçluya atfedilemeyecek bir olay sebebi ile imkânsızlaşır ise borçlu, aynen ifa yükümünden kanun gereği kurtulacaktır. İfanın imkânsız hâle gelmesi ile birlikte borçlu borcun konusunun kusursuz imkânsızlık sebebi ile sona erdiği itirazında bulunabilecektir. Bu sonuç, aynen ifa yükümüne ilişkindir. Tabii ki aynen ifa yükümünün sona ermesi bakımından önemli olan, borcun ifasını imkânsız kılan olayın sürekli nitelik arz etmesi ve edimin tamamına ilişkin olmasıdır²².

Borçlunun kusuru olmadan borcun ifası sürekli imkânsız hâle gelmiş ise TBK m.136 hükmüne istinaden borçlunun borcundan kurtulacağına kuşku yoktur. Çünkü borç borçluya isnat edilemeyecek bir sebepten dolayı, sözleşmenin yapılmasından sonraki bir dönemde imkânsız hâle gelmiştir. Ancak karşılıklı ya da iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, taraflardan birisi borcunu sözleşmeye uygun olarak ifa etmesine rağmen diğer tarafın borcu imkânsızlık sebebi ile sona ermiş ise, borcunu ifa eden taraf, yapmış olduğu ifayı sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde talep edebilecektir. Elbette borcu imkânsızlık sebebi ile sona eren taraf, diğer taraftan borcunu ifa etmesini de talep edemeyecektir. Yani borç ifa edilmiş ise sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade talep edilecek, borç henüz ifa edilmemiş ise, borcun ifası talep edilemeyecektir (TBK m.136/2).

Taraflar arasındaki sözleşmede mücbir sebep olarak kabul edilmiş olayın borç ilişkisine etkisinden bahsedebilmek için, mücbir sebep olarak kabul edilen olayın vukuu ile borcun ifa edilememesi arasında illiyet bağı ya da sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gereklidir. Şayet mücbir sebep olarak kabul edilen olay gerçekleşmesine rağmen, borçlu borcunu ifa edebilecek durumda ise, mücbir sebebin borç ilişkisine etkisi olmamış kabul edilecektir.

²² Lorenz (n 19) 20.

B. Borcun Zamanında İfasının İmkânsız Hâle Gelmesi

Milletlerarası ticarî ilişkilerde, özellikle menkul satımını konu alan sözleşmeler ve buna bağlı olarak ödeme yöntemleri bağlamında, mücbir sebeplerin ortaya çıkması, kural olarak ifaya engel olmayıp, zamanında ifaya engel teşkil edecek şekilde ortaya çıkmaktadır. Örneğin, geçici bir süre için ihracatçı ya da ithalatçı ülkenin sınırlarını kapatması, sözleşme konusu emtianın ihracına ya da ithalatına sınırlama ya da yasaklama getirilmesi gibi hâller borcu sona erdirmeyecek, ancak borcun zamanında ifasına engel olacaktır²³. Burada konuyla ilgili doktriner tartışmalara girilmeden, ithalat ya da ihracat yasakları sebebi ile ortaya çıkan imkânsızlığın, sonraki imkânsızlık kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin ifade edilmesiyle yetinilecektir.

Normal şartlarda, borcunu zamanında ödemeyen borçlu temerrüde düşecek ve temerrüdün alacaklıya verdiği yetkilerden hareketle alacaklı, gecikmiş de olsa aynen ifayı talep edebileceği gibi kanunda tespit edilmiş olan diğer imkânlardan yararlanmayı da tercih edebilecektir (TBK m.125). Ancak borcun sözleşmede öngörülen sürede ifasına engel olay, mücbir sebebin varlığı için aranan, haricilik, öngörülemelik ve kaçınılmazlık unsurlarını taşıyor ise, borçlu mücbir sebep def'inde bulunacak ve temerrüdün hüküm ve sonuçlarından kurtulacaktır²⁴.

Milletlerarası ticarî ilişkilerde, özellikle ödeme yöntemlerinde borcun zamanında ifasını engelleyen mücbir sebeplerin ortaya çıktığı gözlenmektedir.

Taraflar, aralarındaki sözleşmede zamanında ifaya engel mücbir sebeplerin ortaya çıkması hâlinde, nasıl bir çözüm bulunacağını kararlaştırabilirler. Uygulamada mücbir sebep sayılan olayların borcun ifasını engellemesi hâlinde, ifa zamanının belli bir süre erteleneceği; engelin bu süre içinde ortadan kalkmaması hâlinde taraflardan birinin veya her ikisinin sözleşmeden dönme hakkının olacağı kabul edilmektedir. Taraflar arasındaki sözleşmede hangi hâllerin mücbir sebep olarak kabul edileceği ve mücbir sebebin sözleşmeye etkisi hususunda hükme yer verilmemiş ise, problem bu hâlde çıkmaktadır. Bu sebeple zamanında ifaya engel olan mücbir sebeplerin sözleşmenin ifasına etkisinin ele alınması isabetli olacaktır.

Elbette borcun zamanında ifasına engel olayın mücbir sebep kaydının kapsamı içerisinde olup olmadığı, her somut sözleşme ilişkisi bakımından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmede belirleyici olan unsur tarafların anlaşması ve somut olayın özellikleridir. Örneğin, doğal afetler mücbir sebep olarak kabul edilmektedir. Ancak doğal afetlere rağmen, borçlu borcunu ifa edebilecek durumda ise, yani sebep-sonuç ilişkisi bulunmuyor ise, zamanında ifa etmeme sebebi ile alıcının haklarını kullanmasına engel oluşturmaz.

23 İhracat veya ithalat yasakları, doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirilmektedir. Özellikle, yaygın salgın hastalık döneminde medikal malzemelerin ithal ya da ihracına getirilen sınırlamalar doğrudan uygulanan kurallar kapsamında değerlendirilecektir. Bkz. Musa Aygül ve Vural Çelenk, "Ekonomik Yaptırımlar ve Akreditif, TFM (2018) 1 (4) 3 vd. Lorenz (n 19) 64 vd.

24 Lorenz (n 19) 23.

Borcun zamanında ifasına engel olabilecek nitelikteki mücbir sebeplerin ortaya çıkması hâlinde, borçlunun mücbir sebep klozunun kendisine verdiği hakları kullanabilmesi için alacaklıya bildirim yapması gerekli midir? Borcun ifasına engel nitelikli bir mücbir sebebin ortaya çıkmasından sonra borçlu, sözleşmenin diğer tarafına bildirim yapmakla yükümlüdür. Bildirim yükümünün süresi ile ilgili olarak farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Uygulamada bir kısım sözleşmelerde hangi sürede ve hangi şekilde bildirim yapılacağı açık olarak tespit edilmesine rağmen, genellikle “gecikmeksizin” veya “derhâl” bildirim yapılması gerektiği yönünde hükümlere yer verildiği görülmektedir. Sözleşmede yer alan “derhâl” veya “gecikmeksizin” kavramlarının içeriğinin, somut olayın özelliklerine göre hâkim tarafından tespit edileceği kabul edilmektedir. Diğer taraftan bildirim yükümüne uyulmamasının sonuçları hususunda da farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre, bildirim yükümüne uyulmaması, mücbir sebebin ileri sürülmesine engel olacaktır. Doktrinde hâkim olan diğer görüşe göre ise bildirim yükümüne uymama mücbir sebebin ileri sürülmesine engel olmayacak, ancak bildirim yükümüne uyulmaması bir zararın doğmasına veya doğmuş olan zararın artmasına sebep olmuş ise, kendisine bildirim yükümü düşen taraf bu zarara katlanacaktır²⁵.

III. Mücbir Sebeplerin Akreditife Etkisi

DSÖ tarafından, Covid 19’un yaygın salgın hastalık (pandemi) olarak ilan edilmesinden sonra, özellikle milletlerarası alanda menkul satımını konu alan sözleşmelerin ifa süreci ile para borcunun ifa süreci bağlamında bir kısım hukukî problemlerin çıkması muhtemeldir. Ülkemiz dâhil birçok ülke, belli özelliklere sahip malların ihracı ya da ithaline yasaklama ya da kısıtlama getirdiği gibi²⁶, para borçlusu ile para alacaklısı arasındaki ödemeye aracılık eden bankaların çalışma gün ve saatlerinde de değişiklikler olmuştur.

ABK’da doğal afetler, isyan, ayaklanma, iç karışıklık, savaş hâli, terör eylemleri veya grev veya lokavtlar veya kendi kontrolleri dışındaki diğer nedenler mücbir sebep olarak kabul edilmiştir (m.36)²⁷. Akreditif ilişkisi bağlamında mücbir sebepler muhtelif şekillerde gündeme gelebilir: Temel ilişkinin ifasına ya da zamanında ifasına engel olabileceği gibi amir ile banka arasındaki ilişkiye ya da lehtar ile banka arasındaki ilişkiye etki etmiş de olabilir. Nihayet zamanında ve usulüne uygun olarak belge ibraz edilmesine rağmen, mücbir sebeplere dayalı olarak, ibraz edilen belgeler banka tarafından öngörülen beş banka iş günü içinde incelenemeyebilir. Bu hâllerin ayrı ayrı ele alınmasında fayda vardır.

25 Özçelik (n 10) 111 vd.

26 Ekonomik yaptırımların akreditife etkisi için bkz. Aygül ve Çelenk (n 23) 3 vd.

27 Haas Jager, Schmanky, Bunte ve Lwowski (n 3) 225.

A. Temel İlişki Sebebi ile Ortaya Çıkan Mücbir Sebebin Akreditife Etkisi

Mücbir sebep olarak kabul edilen hâller, lehtarın temel ilişki sebebi ile üstlendiği borcun hiç ifa edilmemesine neden olabileceği gibi zamanında ve usulüne uygun ifa edilmesine de engel olmuş olabilir. Temel ilişkinin ifasına engel olacak nitelikli mücbir sebepler ABK’da nazara alınıp düzenlenmemiştir. Ancak bu bir eksiklik teşkil etmez. Zira akreditifin temel ilişkiden bağımsızlığı kabul edilmiştir²⁸. Dolayısıyla, amir ile lehtar arasındaki temel ilişkiden doğan borcun hiç ya da zamanında ifa edilememesi, kural olarak, banka ile lehtar arasındaki dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesine etki etmeyecektir. Banka ile lehtar arasında dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesinin yapılmasından sonra, lehtarın temel ilişkiden doğan borcunu mücbir sebebin etkisi ile ifa edememesi, bankanın borcunu sona erdirmeyecektir. Lehtar, bankaya usulüne uygun belge ibraz eder ise, banka gerekli incelemeleri yapacak ve ibrazın usulüne uygun olduğu sonucuna varır ise, lehtara ödeme yapacaktır.

Amir ile lehtar arasındaki ilişkinin ifasına engel olan mücbir sebep borcun sona ermesine sebep olabilecek nitelikli bir mücbir sebep olabileceği gibi (örneğin, ithalat ya da ihracat yasakları), borcun zamanında ifasına engel bir mücbir sebep de olabilir. Banka açısından mücbir sebebin niteliğinin herhangi bir önemi yoktur. Banka belgelerle bağlı olduğuna göre, akreditife uygun olarak, usulüne uygun belge ibraz edilmiş ise, banka ödeme yapmakla yükümlüdür. Tabii ki, bu hâlde ödeme talebinin hakkın kötüye kullanılması def’i ile karşılaşılabileceği²⁹ gibi amir de, mahkemenen tedbir kararı olarak bankanın ödeme yapmasına engel olabilir.

B. Mücbir Sebebin Amir ile Banka Arasındaki İlişkiye Etkisi

Mücbir sebebin amir ile akreditif bankası arasındaki ilişkiye etkisi ABK’da nazara alınmamıştır. Dolayısıyla yetkili hukuk kapsamında mücbir sebebin etkisi nazara alınacaktır. Amir ile akreditif bankası arasındaki ilişkide, kural olarak, yabancı unsur bulunmayacağından akreditif talebinde bulunulan bankanın bulunduğu ülke hukuku kapsamında mücbir sebebin etkisi nazara alınacaktır. Türk bankalarının akreditif bankası olduğu olaylarda, mücbir sebebin amir ile akreditif bankası arasındaki ilişkiye etkisi bakımından Türk hukuku uygulama alanı bulacaktır³⁰.

1. Bankanın Akreditif Talebine Makul Sürede Cevap Vermemesi

Amir ile akreditif bankası arasındaki akreditif talebi, ABK’da düzenlenmemiştir. Dolayısıyla akreditif talebine ilişkin sözleşmenin kuruluşu hususunda genel hükümler uygulama alanı bulacaktır³¹. Akreditif açma sözleşmesinin hukukî niteliği hususunda

28 Bkz. Wedemann (n 3) 55, Doğan (n 3) 254 vd.

29 Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı niteliğinde olması ile ilgili olarak bkz. Doğan (n 3) 298 vd.

30 Amir ile banka arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk için bkz. Doğan (n 3) 164 vd.

31 Zahn, Ehrlich ve Neumann (n 3) 53, Reisoğlu (n 3) 195.

karşılaştırmalı hukukta ve Türk hukukunda “eser” ve “vekâlet” sözleşmesi olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır. Her iki sözleşmenin kuruluşu bakımından taraf iradelerinin uyuşması haricinde pozitif düzenlemelerde kabul edilen herhangi bir şart mevcut değildir³². Temel ilişkinin para borçlusu, borcunu ödemek amacıyla akreditif açılması için bankasına müracaat ettiğinde, banka amirin talebine makul süre içinde cevap vermekle mükelleftir. Banka makul süre içinde cevap vermemiş ise, tevdi edilen işin icrası bankanın mesleği icabı olduğu gibi, bu gibi işleri kabul edeceğini de ilan ettiğinden, icap kabul edilmiş nazarıyla bakılacaktır (TBK m.6). Şayet banka makul süre içinde cevap vermez ise TBK m.6’dan hareketle, amir ile banka arasında akreditif talebine ilişkin sözleşmenin kurulduğu kabul edilecektir. Banka sözleşmeden doğan yükümünü yerine getirmeyen ise amirin uğrayacağı zararları tazmin yükümünün olduğu kabul edilecektir³³.

Bankanın, akreditif talebine makul süre içinde cevap verememesi mücbir sebeplere dayanabilir. Bankayı etkileyen mücbir sebebin niteliği nazara alınarak banka ile amir arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığı tespit edilmelidir. DSÖ tarafından Covid 19’un yaygın salgın hastalık olarak ilan edilmesinden sonra, bankanın faaliyette bulunduğu ülkede alınan tedbirler (örneğin, sokağa çıkma yasağı ya da çalışmaya ara verme) sebebi ile banka, akreditif talebine makul süre içinde cevap veremez ise, kural olarak, banka ile amir arasında akreditif talebini içeren sözleşmenin kurulmadığının kabulü gereklidir. Ancak bu hâlde mücbir sebep bankanın borcunu sona erdirmeyecek, borcun zamanında ifasına engel olabilecektir. Dolayısıyla mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra, amirin de talebinin devam etmesi hâlinde, banka amirin talebine makul süre içinde cevap vermelidir. Makul süre içinde cevap verilmemesi hâlinde, TBK m.6’ya istinaden banka ile amir arasında akreditif talebine ilişkin sözleşmenin kurulduğu kabul edilmelidir.

2. Bankanın Akreditif Açma Yükümünü Yerine Getirememesi

Banka ile amir arasında usulüne uygun olarak akreditif açma sözleşmesi yapılmış ve fakat banka, mücbir sebebin etkisi ile öngörülen süre içinde lehtar ile dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesini yapamamış olabilir. Bankayı etkileyen mücbir sebebe binaen, öngörülen süre içinde bankanın lehtar ile dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi yapamaması sebebi ile bankanın sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Yargıtay’ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Karara konu olayda, temel ilişkinin borçlusu, bankasından üçüncü kişi ile akreditif sözleşmesi yapması için talepte bulunmuş, talep banka tarafından kabul edildikten sonra, TMSF bankaya el koyduğu için, banka lehtar ile akreditif sözleşmesini zamanında yapamamıştır. Temel ilişkinin borçlusu diğer bir bankaya müracaat ederek lehine akreditif sözleşmesi yapılmasını

32 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (1982) II (2) 22-194.

33 Bkz. Doğan, s.86 vd.

sağlamıştır. Ancak, ikinci banka ile yapılan akreditif temin etme sözleşmesi, ilk banka ile yapıldığından daha ağır şartlar taşıdığı için, aradaki fark sebebi ile uğradığı zararın tazmini talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi “*davalı bankanın geç gelen akreditif talimatını alır almaz teklifini geri aldığı bildirmediği, 6 gün geçtikten sonra teklifle bağlı bulunmadığını bildirmesinin iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığı gerekçesiyle davayı*” kabul etmiştir. Temyiz üzerine Yargıtay³⁴, “*davacı firmanın ithalat işlemlerinin gerçekleştirilmesine ilişkin akreditif talimatı ve gerekli belgeleri sunması ile davalı bankanın TMSF’na devredilmesi aynı tarihe (15.3.2001) denk gelmiş, bankanın yönetim ve denetiminin Fona geçmesi yürütülen işlemler için bir dezavantaj oluşturmuştur. Yeni yönetimin bankadaki olumsuzluklar nedeniyle işlemlerin kontrol ve denetiminde daha hassas davranması, önceden alınmış kararları gözden geçirmesi doğal olduğundan bu durum kısa süreli de olsa mücbir sebep sayılmalıdır. Mahkemece, önceki yönetim döneminde verilmiş olan teklifin üzerinden ithalat işlemleri için uzun sayılan 45 günlük bir süre geçtiği için yönetimin yeni devralındığı gün bir cevap verilmemesinin doğal olduğu ve akreditif açtırma talimatının gönderilmesiyle cevap verilmesi arasında geçen 6 günlük sürenin de bu şartlar altında makul sayılması gerektiği gözetilme*” diğinden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.

Türk bankalarından akreditif talebinde bulunulduğunda, Yargıtay kararından da anlaşıldığı gibi, mücbir sebeplerden dolayı banka, öngörülen süre içinde lehtar ile dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi yapamamış ise amirin uğradığı zarardan dolayı bankanın sorumluluğundan bahsedilemeyecektir. Lehtar ile akreditif sözleşmesi yapılmasına engel mücbir sebep, akreditif bankasını etkileyeceği gibi, muhabir bankayı da etkilemiş olabilir. Muhabir bankayı etkileyen mücbir sebebe binaen, lehtar ile dar ve teknik anlamda akreditif sözleşmesi yapılamaması da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Dolayısıyla DSÖ tarafından Covid 19’un yaygın salgın hastalık olarak ilanından sonra, ülkelerce alınan tedbirlere binaen, amir bankanın ya da lehtarın ülkesinde bulunan muhabir bankanın çalışma sürelerinde yapılmış olan değişiklikler sebebi ile, lehtar ile akreditif sözleşmesi yapılamamış ise, doğacak zararlardan dolayı banka sorumlu tutulamaz. Ancak mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra, bankanın derhâl amiri bilgilendirmesi gereklidir. Amirin, akreditif açılması yönünde talebi devam ediyor ise, bankanın lehtar ile akreditif sözleşmesi yapmakla yükümlü olduğu kabul edilmelidir.

C. Mücbir Sebebin Lehtar ile Banka Arasındaki İlişkiye Etkisi

Akreditif ilişkisinde bankanın ödeme yükümünün doğabilmesi için, lehtarın, borcun sözleşmeye uygun olarak ifa edildiğine tevsik eden belgeleri, ibraz süresi içinde bankaya ibraz etmesi ve bankanın da beş banka iş günü içinde yapacağı inceleme sonucunda, ibraz edilen belgelerin akreditife uygunluğunu tespit etmesi gereklidir

34 11. HD, 25.10.2004 T. ve E. 2004/1011-K. 2004/10271 Benzer karar, 11. HD, 08.03.2005 T. ve E. 2005/1989-K. 2005/2217.

(ABK m.14/b). Başka bir ifade ile banka, edim borçlusunun edimini gerçekte ifa edip etmediğini incelemeyecek, edimin ifa edildiğini tevsik eden belgelerin akreditife öngörülen belgeler olup olmadığını inceleyecektir. İbraz edilen belgelerin akreditife uygun olduğu tevsik edilmekle, banka ibrazı karşılamak, yani akreditife öngörülen usule uygun olarak lehtara ödeme yapmakla mükelleftir (ABK m.15).

Mücbir sebebin akreditife olan etkisi, esas itibarıyla lehtar ile banka arasındaki dar ve teknik anlamdaki akreditif ilişkisi sebebi ile ortaya çıkabilecektir. Bununla birlikte ABK’da mücbir sebeplerden dolayı bankanın hiçbir şekilde sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. ABK’da yer alan hükme göre, “*Bir banka doğal afetler, isyan, ayaklanma, iç karışıklık, savaş hali, terör eylemleri veya grev veya lokavtlar veya kendi kontrolleri dışındaki diğer nedenlere bağlı olarak faaliyetinde meydana gelecek kesintiden kaynaklanan sonuçlardan dolayı hiçbir yükümlülük ve sorumluluk üstlenmez*” (m.36/1). Ancak MTO tarafından yayımlanan kurallar, hâkimin hukukunun emredici kurallarına aykırı olmamak şartı ile uygulama alanı bulabileceğinden burada yer alan sorumsuzluk kayıtlarının mutlak olmadığı kabul edilmelidir³⁵.

Açıklanan sebeplerle mücbir sebebin, banka ile lehtar arasındaki dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesine etkisinin ibraz aşaması ve ibraz edilen belgelerin incelenmesi aşaması olmak üzere iki başlıkta ele alınması isabetli olacaktır.

1. İbraz Aşamasında Mücbir Sebebin Ortaya Çıkması

Bankasından lehine akreditif açılması için talepte bulunan temel ilişkinin para borçlusu akreditif amiri, geçerlik şartı olan akreditifin vadesinin yanında³⁶, sözleşme konusu emtianın yükleme süresi ve emtianın sözleşmeye uygun olarak taşıyıcıya teslim edildiğini gösteren vb. belgelerin ibraz süresini de açık olarak tespit etmelidir. Akreditifte ödeme, poliçe kabulü veya iştirah için bir vade tarihi şart koşulmuş ise, vesaikin ibrazı, bu vade tarihinden önce veya en geç vade tarihinde yapılmalıdır (ABK m.6/d)³⁷. Diğer bir ifade ile akreditifte vade tarihi ile ibraz süresi birbirinden farklı olarak düzenlenebilir. Belge ibraz süresi akreditifin vadesinden önceki bir süre olabileceği gibi en geç vade tarihi olmalıdır. Akreditifin vadesi içinde ve ibraz süresinde belgelerin akreditif bankasına ibrazı, uygun ibraz olarak kabul edilmektedir.

Covid 19 korona virüsün DSÖ tarafından yaygın salgın hastalık olarak ilan edilmesinden sonra, ülkemizin de içinde bulunduğu bir kısım ülkelerde sokağa çıkma yasağı ya da çalışma sürelerinde değişiklik yapılması yönünde kararlar alındığı bilinmektedir. Milletlerarası ticarî ilişkilerde temel ilişkinin edim borçlusu, akreditif ilişkisinin lehtarının edim borcunu temel ilişkiye uygun olarak ifa etmesine rağmen,

35 Doğan (n 3) 142 vd.

36 A. R. Schütze, Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr, (5th edn. 1999) 72, Zahn, Ehrlich ve Neumann (n 3) 65.

37 Schütze (n 36) 72.

alınan tedbirler sebebi ile ifayı tevsik eden belgeleri süresinde bankaya ibraz edememiş olabileceği gibi banka da mücbir sebeplerden dolayı geçici süre için çalışmasına ara verdiği için, belge ibrazını da kabul edememiş olabilir. Bu hâlde, ibraz süresinin dolup dolmadığına göre bir ayırım yapılması isabetli olacaktır.

Mücbir sebebin ortadan kalkmasından, yani bankanın tekrar çalışmaya başlamasından sonra, ibraz süresi henüz sona ermemiş ise, mücbir sebebin ibraza etkisinin kabulü mümkün değildir. Zira bu ihtimâlde lehtar, bankanın çalışmaya başladığı dönemde hâlâ devam eden ibraz süresi içinde belge ibrazını gerçekleştirebilecek ve bankadan ödeme talebinde bulunabilecektir.

İbraz bankasının faaliyetlerine mücbir sebep dolayısıyla verdiği arada, ibraz süresi sona ermiş ise, lehtar mücbir sebebin ortadan kalkıp, bankanın tekrar faaliyete geçmesinden sonra ibraz yapıp ödeme talebinde bulunabilecek midir? ABK’da yer alan düzenlemede buna cevaz verilmemektedir. ABK’da yer alan hükme göre, “*Bir banka tekrar faaliyete geçtiğinde faaliyetinin kesintiye uğradığı süre içinde vadesi son bulmuş bir akreditif altında ibraz karşılamayacak veya iştira etmeyecektir.*” (m.36/2). Hükümden net olarak anlaşıldığı gibi, banka mücbir sebebin etkisi ile faaliyetlerine ara vermiş ise, artık ibrazı karşılamayacağını kabulü gerekir³⁸. Bu hükmün uygulanması bakımından bir kısım hususların ele alınmasında fayda vardır.

Malum olduğu üzere ülkemizde 16-19 Mayıs 2020 tarihleri arasında sokağa çıkma yasağı ilan edildi. Ancak bir kısım işyerleri bakımından sokağa çıkma yasağına istisna getirildi. Bankalar bu istisna kapsamında olmamasına rağmen, üretim yapan bir kısım fabrikalar ve kargo şirketleri istisna kapsamına alındı. Örneğin, lehtar temel ilişki sebebi ile üstlendiği edimin ifası bağlamında gerekli hazırlıkları yapıp, sözleşme konusu emtiayı taşıyıcıya teslim ettiğini, ancak akreditif bağlamında sözleşme konusu emtianın taşıma aracına yüklendiğine ilişkin gözetim sertifikasının ibrazının şart koşulduğunu düşünelim. Sözleşme konusu emtia 14 Mayıs 2020 Perşembe günü taşıyıcıya teslim edilsin. Emtianın taşıma aracına yüklenmesi de 15 Mayıs 2020 Cuma günü mesai saati bitiminden sonra tamamlansın. Gözetim şirketinin emtianın tamamı taşıma aracına usulüne uygun olarak yüklenmeden gözetim raporu hazırlamayacağı nazara alındığında, lehtar 18 Mayıs 2020 Pazartesi günü belge ibrazını gerçekleştirecekti. Oysa kamu otoritesince alınan karar gereği, 18 Mayıs 2020 Pazartesi günü bankalar çalışmamaktadır. Verdiğimiz örnek kapsamında bankanın ibrazı karşılamayacağını kabul edilmesi hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu sebeple, ABK’da yer alan mutlak sorumsuzluk kaydının nazara alınmaması gereklidir. Bize göre mücbir sebepten dolayı lehtar, ibraz bankasına süresinde belge ibrazını yapamamış ise, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra, ibrazı yapabileceğinin ve dolayısıyla da bankanın bu ibrazı kabul edip ibrazı karşılayacağını kabul edilmesi isabetli olacaktır³⁹. Aksini kabul etmek,

38 Haas, Schimansky, Bunte ve Lwowski (n 3) 226.

39 Doğan (n 3) 223 vd.

temel ilişkinin edim borçlusunu, para alacaklısını uzun ve meşakkatli bir hukukî sürece sokacaktır.

Diğer bir ihtimal, temel ilişkiye uygun olarak borcun ifa edilmiş olmasına rağmen, lehtarın etkileyen mücbir sebeplerden dolayı belge ibrazı yapılamamış olabilir. ABK'da lehtarın mücbir sebepten etkilenerek ibraz yapamaması da nazara alınmamıştır. Lehtarın etkileyen mücbir sebebin usulüne uygun olarak süresinde ibraz yapılamamasına etki edip etmeyeceğini ibrazın niteliğinden hareketle tespit etmek isabetli olacaktır. Bir görüşe göre ibraz, bizzat lehtar veya onun nam ve hesabına tam yetkili temsilcisi tarafından yapılmalıdır. Doktrinde hâkim olan ve bize de uygun gelen diğer görüşe göre, belgelerin ibrazı, hukukî bir işlem değil fiili bir irade izharı olduğu için lehtar tarafından bizzat yapılması gerekli değildir⁴⁰. Ayrıca bizzat lehtar tarafından ibrazın yapılacağı kabulü, milletlerarası ticarî ilişkilerde kabul gören sürat unsurunun da bertaraf edilmesine anlamına gelecektir. Dolayısıyla ibraz, lehtar ya da lehtarın temsilcisi aracılığı ile yapılabilir. Bu sonuç 600 sayılı ABK'da da kabul edilmiştir. Buna göre, ibraz eden, ibrazı yapan bir lehtar, banka veya diğer taraf anlamına gelir (ABK m.2).

Açıklamalardan da anlaşıldığı gibi, ibrazın bizzat lehtar tarafından yapılması gerektiği kabul edilir ise, mücbir sebepten etkilenen lehtarın, mücbir sebebin ortadan kalkmasından sonra ibraz yapabileceğinin kabulü gereklidir. Bu ihtimâlde, gecikmiş ibrazı kabul eden banka, derhâl durumu akreditif amirine bildirmelidir. Ancak bizim de kabul ettiğimiz hâkim fikre göre, ibraz lehtar dışında onun temsilcileri aracılığı ile de yapılabilirdiğinden, kural olarak, mücbir sebepten etkilenme söz konusu olmayacaktır.

2. Ödeme Talebinden Sonra Mücbir Sebebin Ortaya Çıkması

Bankanın akreditif sebebi ile ödeme yükümünün doğabilmesi için, öngörülen belgelerin süresi içinde bankaya ibraz edilmiş olması tek başına yeterli değildir. Banka, yapacağı inceleme sonucunda, ibraz edilen belgelerin dış görünüş itibarıyla akreditife uygun olduğunu tespit etmekle, bankanın akreditif sebebi ile ödeme yükümü doğacaktır. ABK'ya göre banka, kendisine ibraz edilen belgeleri, ibrazı takip eden beş banka işgünü içinde incelemekle yükümlüdür (m.14/b). Öngörülen inceleme süresinin kesin olduğu kabul edilmiştir. Yapılacak inceleme sonucunda, ibrazın akreditife uygun olduğu tespit edilir ise, banka akreditifte öngörülen usule uygun olarak lehtara ödeme yapacaktır. Beş banka işgünü içinde yapılacak inceleme sonucunda belgelerin akreditife uygun olmadığı tespit edilir ise, banka, ödeme talebinin usulüne uygun olmadığına ilişkin bir rezerv koyacak ve durumu lehtara bildirecektir. Banka, öngörülen inceleme süresi olan beş banka işgünü içinde ibraz edilen belgelerin usulüne ya da akreditife uygun olmadığı yönünde lehtara bildirim yapılmamış ise ibraz edilen belgelerin ve ödeme talebinin usulüne uygun olduğu kabul edilmektedir (ABK m.16).

40 Bkz. Doğan (n 3) 242 vd.

Görüldüğü gibi, ibraz edilen belgelerin incelenmesi için bankaya tanınmış olan süre beş banka işgünü ile sınırlıdır. Bu süre içinde banka incelemeyi tamamlamakla yükümlüdür. Beş banka işgünü içinde, inceleme tamamlanıp, varsa tespit edilen eksiklikler lehtara bildirilmemiş ise, ibrazın usulüne uygun olduğu yönünde bir karine kabul edilmiştir.

ABK’da bankanın, etkisinde kaldığı mücbir sebep dolayısıyla inceleme yükümünü beş banka işgünü içinde tamamlayamamış olması da nazara alınmamıştır. Banka inceleme yükümünü, mücbir sebebin etkisi ile beş banka işgünü içinde tamamlayamamış ve banka ile lehtar arasındaki dar ve teknik anlamdaki akreditif sözleşmesinde aksine bir düzenleme de bulunmuyor ise, bankanın inceleme süresinin, bankanın tekrar faaliyete başlamasına kadar askıya alındığı kabul edilmelidir. Başka bir ifade ile mücbir sebebin etkisi ile inceleme yükümünün zamanında yerine getirilmemesi hâlinde, ibrazın usulüne uygun olduğuna dair kabul edilen karine nazara alınmayacaktır. Ancak unutulmaması gereken husus, bankanın inceleme süresi, beş banka işgünüdür. Banka işgünü, bankanın faaliyette bulunduğu ülke hukukuna göre tespit edilecektir. Örneğin, ülkemizde Covid 19 yaygın salgın hastalık döneminde zaman zaman sokağa çıkma yasağı ilan edilmiştir. Sokağa çıkma yasağının ilan edildiği günler, bankanın işgünü olarak kabul edilemeyecektir.

IV. Sonuç

ABK’da mücbir sebeplerden dolayı bankanın sorumlu olmayacağı hükme bağlanmıştır. Ancak, MTO tarafından yayımlanan kurallar, hâkimin hukukunun emredici hukuk kurallarına ve hakkaniyete aykırı olması hâlinde, bu kurallar nazara alınmayacaktır. Bu sebeple, ABK’da mücbir sebeplerden dolayı bankanın sorumluluğunun olmayacağına ilişkin kuralın mutlak olmadığı, somut olayın özellikleri nazara alınarak, mücbir sebebin akreditife etkisinin nazara alınması isabetli olacaktır.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

Akyazan S, “Taahhüt Sözleşmelerinde Görülen Götürü Bedel, Sabit Fiyat, Mücbir Sebepler, Önceden Tahmin Edilmiyen Haller ve Bunlardan Peşinen Feragat Hükümleri Üzerine Bir İnceleme” VII (1973) BATİDER 291-310.

Aygül M ve Vural Çelenk B, “Ekonomik Yaptırımlar ve Akreditif” 4 (2018) TFM 1.

- Doğan V, “Uluslararası Ticarete deme Aracı Olarak Akreditif” (4th edn. 2016).
- Eren F, “Borçlar Hukuku Genel H¼k¼mler”, (16th edn. 2014).
- Göđer E, “Akreditif Muamelesi ve Hukukî Mahiyeti”, (2nd edn. 1980).
- Gz¼b¼y¼k A. P, “Hukukî Mesuliyet Bakımından M¼cbir Sebepler ve Beklenmeyen Haller”, (3rd edn. 1977) .
- Westphalen F, “Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke”, Graf von Westphalen ve Thusing G (Heraus.) M¼nchen 2020.
- Haas J, Schimansky H, Bunte J. H ve Lwowski J, Bankrechts Handbuch (5th edn 2017).
- Kaya A, “Belgeli Akreditife Lehdarın Hukukî Durumu”, 1995.
- Lorenz S, Covid 19 Rechtsfragen zur Corone Krise (2020).
- Oğuzman K ve z T, “Borçlar Hukuku-Genel H¼k¼mler”, (12th edn. II 2016).
- zelik Ő. B, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sebeplerle Borcun İfa Edilmemesi ve M¼cbir Sebep Kayıtları (2009).
- Özel S, Akreditif ve Hukuki Niteliği (1991).
- Reisoğlu S, T¼rk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif (2nd edn 2009).
- Schmidt H, Covid 19 Rechtsfragen zur Corone Krise (2020).
- Sch¼tze R.A, Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr (5th edn 1999).
- Schwenzer I, “Force Majeure and Hardship in International Sales Contracts”, (2008) VUWLR 39.
- Tandoğan H, Borçlar Hukuku zel Borç İlişkileri (2nd edn 1982).
- Tekinay Ő, Akman S, Burcuoğlu H ve Altop A, Borçlar Hukuku Genel H¼k¼mler (1993).
- Wedemann F, M¼nchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch (4th edn 2019).
- Zahn J, Ehrlich D ve Neumann K, Zahlung and Zahlungssicherung im Aussenhandel, (7th edn 2001).
- Zetzsche D, m¼nchener Kommentar zum BGB (8th edn 2020).

