

TEMİNAT AKREDİTİFLERİ¹

Doç. Dr. Vahit DOĞAN²

ÖZET

MTO bankacılık komisyonu tarafından 6 nisan 1998 tarihinde onaylanarak 590 sayılı yayın olarak basılmış olan “Uluslararası Teminat Akreditifi (Standby) Uygulamaları” 1 Ocak 1999 tarihinden itibaren onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Amerikan uygulamasında, teminat akreditiflerinin kapsamlı bir uygulama alanı bulması, Amerikan bankalarının kefalet veya garanti sözleşmesi yapmamlardan kaynaklanmaktadır. Amerikan bankacılık uygulamasında, teminat akreditifleri bir çıkış yolu olarak uygulama alanı bulmaktadır.

Bu kuralların, teminat mektupları ve akreditif yanında uygulama alanı bulup bulmayacağı zaman içinde belli olacaktır. Ancak, yalnızca ABD’deki yabancı bankaların standby bakiyeleri Amerikan bankalarının bakiyelerini aşmıştır. Ayrıca standby’ın dünya çapında kullanımı gittikçe yaygınlaşmaktadır.

Bu çalışmada, teminat akreditifleri hakkında ana hatları ile bilgi verilecektir. Çalışmamızda kurumun bizce önemli olan yönlerini ana hatları ile ele alıp inceledikten sonra, Türk hukukunda uygulama kabiliyetini ele almaya çalıştık. Bize göre, ISP 98 Türk hukukunda uygulama kabiliyetini haiz değildir.

ZUSAMMENFASSUNG

Am 6. April 1998 wurden auf der Sitzung der ICC Comission Rules of International Standby Practices verabschiedet und am 1. Januar 1999 sind die mit der ICC-Publ. Nr. 590 veröffentlichten ISP 98 in Kraft getreten. Die Entwicklung des Standby Letters of Credit ist darauf zurückzuführen, daß den amarekanischen Banken das Bürgschaftsgeschäft und garantiegeschäft grundsätzlich untersagt war. Sie sind auf den ausweg des Garantieakkreditivs in der form des Standby letters of Credit verfallen, weil ihnen aber das Akkreditivgeschäft erlaubt ist.

Die Notwendigkeit der Verabschiedung neuer Richtlinien, die sowohl auf das Garantie- als auch für das Akkreditivgeschäft anwendbar sind, war umstritten. Befürworter verweisen auf die wirtschaftliche Bedeutung des Standby als das am meisten angewandte dokumentäre Zahlungsinstrument sowie darauf, daß die bisherigen Richtlinien der ICC einschließlich der an sich auch auf Standby's anwendbaren Richtlinien für Akkreditive (ERA 500) in weiten Teilen nicht auf das Garantiegeschäft zugeschnitten sind.

Der vorliegende Arbeit wird dem Leser ermöglichen, die neue Richtlinien der ICC Publ. Nr. 590 im Vergleich zu den bisher veröffentlichten Richtlinien objektiv zu bewerten und ob die neu Richtlinien im Türkischen Recht verwenden würde.

¹ ISP 98’in Yayın no. 590 hakkında MTO Türkiye Komitesi’nin Çevirisi Esas Alınmıştır.

² G.Ü. Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Ana Bili Dalı

MTO bankacılık komisyonu tarafından 6 nisan 1998 tarihinde onaylanarak 590 sayılı yayın olarak basılmış olan “Uluslararası Teminat Akreditifi (Standby) Uygulamaları” 1 Ocak 1999 tarihinden itibaren onaylanarak yürürlüğe girmiştir. Amerikan Bankacılık Enstitüsü tarafından hazırlanan tasarı, Alman delegasyonunun muhalefetine rağmen MTO tarafından kabul edilmiştir¹. Teminat akreditifleri önceleri yalnızca Amerikan bankacılık uygulamasında ve mahkeme kararlarında kabul görmüş ve çok büyük meblağlarda uygulama alanı bulmuştur. Amerikan uygulamasında teminat akreditifleri, ilk talepte ödeme kaydını havi milletlerarası unsurlu teminat mektuplarının karşıtı olarak, “belgeli ödeme mükellefiyeti” şeklinde uygulama alanı bulmaktadır. İlk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarında, lehdarın² bankadan ödeme talebinde bulunması için herhangi bir belge ibraz etmesi gerekli değildir. İstisnaî olarak sözleşmede öngörülmüş olması halinde, belge karşılığında ödeme yapılabileceği de kabul edilmektedir³. Ancak, teminat akreditiflerinde taraflar arasındaki sözleşmede, ödeme talebinde bulunabilmek için herhangi bir belge ibrazını şart koşmasalar da, ödeme talebinde bulunabilmek için belge ibrazı gerekmektedir (4.08).

Bu kuralların, teminat mektupları ve akreditif yanında uygulama alanı bulup bulmayacağı zaman içinde belli olacaktır. 590 sayılı yayının gerekçesinde yer alan ifadeye göre, “standby, kaynağı olan ve kullanımının yaygın olduğu ABD. ile ilişkili görülse bile uluslararası nitelikli bir kurum olarak kabul edilmektedir. Yalnızca ABD’deki yabancı bankaların standby bakiyeleri Amerikan bankalarının bakiyelerini aşmıştır. Ayrıca standby’ın dünya çapında kullanımı gittikçe yaygınlaşmaktadır”⁴. Amerikan uygulamasında, teminat akreditiflerinin kapsamlı bir uygulama alanı bulması, Amerikan bankalarının kefalet veya garanti sözleşmesi yapmamalardan kaynaklanmaktadır⁵.

¹ ZAHN, J./EHRlich, D./NEUMANN, K.: Zahlung und Zahlungssicherung im Außenhandel, 7. Aufl., Berlin-New York 2001, s.326.

² Teminat akreditiflerinde, sözleşmenin tarafları banka teminat mektuplarından farklı olarak nazara alınmaktadır. Türk hukukunda banka teminat mektuplarında **Muhatap = Begünstigten** olarak tercüme edilmiş olmasına rağmen, teminat akreditiflerinde akreditifte olduğu gibi „lehdar“ olarak tercüme edilmiştir. Bu durum kavram kargaşasına sebep olmaktadır. Biz bu çalışmada Begünstigten kavramını lehdar olarak nazara almayı uygun görmekteyiz.

³ Bkz. REİSOĞLU, S.: Banka Teminat Mektupları ve Kontrgarantiler, b.4, Ankara 2003, s.247 vd.; DOĞAN, V.: Banka Teminat Mektupları, b.2, Ankara 2002, s. 176 vd.; KAHYAĞLU, E.C.: Banka Garantileri, İstanbul 1996, s.62 vd.

⁴ BYRNE, J.: ISP Çalışma Grubu Direktörü, ISP 98 Önsöz.

⁵ von WESTPHALEN, F.: Die Bankgarantie im internationalen Handelsverkehr, 2.Aufl. Heidelberg 1990, s.400; SCHÜTZE, R.A.: Das Dokumentenakkreditiv im Internationalen Handelsverkehr, 5.Aufl., Heidelberg 1999, s.60; EBERT, R.: Der

ABK. 500'den farklı olarak ISP 98 gereksiz detaylar ihtiva ettiği gibi, ileride de görüleceği gibi bu detayların bir kısmının Türk hukukuna göre geçersiz hükümler olduğu da görülmektedir. Ayrıca, bu kurallar, çok sıkı bir formalistliği kabul etmiştir. Bu durum Avrupa hukuk düşüncesine uygun değildir.

Bu çalışmanın konusu, teminat akreditifleri olarak Türkçe'ye çevrilen "Rules of International Standby Practices", ISP 98'dir. Çalışmanın amacı, teminat akreditiflerini kapsamlı olarak ele alıp incelemek değil, aksine kurum hakkında ana hatları ile bilgi vermektir. Takdir edilmeli ki, milletlerarası ticarete güvenli ödeme aracı olarak kabul edilen bir kurumun bir makalede kapsamlı olarak ele alınıp incelenmesi zaten mümkün değildir. Bu çalışmada kurumun bizce önemli olan yönlerini ana hatları ile ele alıp inceledikten sonra, Türk hukukunda uygulama kabiliyetini ele almaya çalışacağız.

I. TANIM VE UYGULAMA ALANI

A) Tanım

590 sayılı kurallarda teminat akreditifleri, "dönülemez, bağımsız, belgelere dayalı ve bağlayıcı bir taahhüt"(1.06-a) olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımlama kapsamı itibarıyla ABK. m.2 ile uyumludur¹. 590 sayılı yeknesak kuralların uygulama alanı hem ABK.'da tespit edilmiş olan teminat akreditifleriyle hem de belgeli akreditif veya kara Avrupa'sı ülkelerinde kullanılan teminat mektupları ile uyumludur.

Ayrıca, Standby kavramı farklı anlamlarda kullanılmıştır. 1.01-a ve b'de "teminat akreditifi" olarak nitelendirilmesine rağmen, "Balgeli Akreditif" ile sınırlarının tespitindeki güçlük sebebi ile tanımlamadan kaçınılmıştır. "Teminat Akreditifleri"nin farkı 1.01 d'de "bu kurallara

Standby Letter of Credit im Recht der Vereinigten Staaten von Amerika, ZvgIRWiss. 80(1981) s.31 vd.; ZAHN/EHRLICH/NEUMANN, s.321.

¹ "Akreditifin Anlamı" başlığını taşıyan 2. maddeye göre, "Bu maddenin amaçlarına yönelik olarak, "Vesikalı kredi(ler)" ve "Teminat Kredileri" (standby L/Cs)" (bundan böyle "Akreditif(ler)") ifadeleri, müşterinin ("Amir") talep ve talimatı üzerine veya bizzat kendi adına işlem yapan bir bankanın ("Amir Banka") Akreditif şartlarına uyulması kaydıyla ve Akreditifte şarta bağlanan vesaikin (belgelerin) ibrazı karşılığında, i. üçüncü bir tarafa (Lehdara) veya onun emrine ödeme yapacağı veya Lehdarın çekeceği (poliçe(leri)) kabul edeceği ve ödeyeceği, veya ii. böyle bir ödemeyi yapması veya çekilen (poliçe(leri)) kabul etmesi ve ödemesi için diğer bir bankayı yetkili kıldığı, veya iii. diğer bir bankayı iştirak işlemi yapmaya yetkili kıldığı, adı ve tanımlaması ne olursa olsun, herhangi bir düzenleme anlamına gelir".

tabi bir taahhüt bundan sonra “standby” olarak anılacaktır” şeklinde ifade edilmiştir².

Bununla beraber, (herhalükârda ISP 98 anlayışına göre) milletlerarası unsuru havi teminat mektupları ile klasik “Teminat Akreditifleri” özdeş değil, aksine ISP 98 şimdikiye kadar kabul edilen ödeme mükellefiyetlerinden bağımsız yeni bir ödeme mükellefiyeti olarak kabul edilmiştir.

B) Uygulama Alanı

Uluslararası alanda, kural olarak Belgeli Akreditife İlişkin Birörnek Kuralları düzenleyen ABK. 500 gelecekte de uygulama alanı bulacak olmasına rağmen, istisnaî olarak ISP 98 de uygulama alanı bulabilecektir. Bununla birlikte, ISP 98 ve teminat mektupları için daha önceden kabul edilmiş olan standart formlar ve Birörnek Kurallar rekabet içinde olacaktır. Çünkü, MTO. tarafından garantiler hakkında yayınlanmış olan 325 ve 458 uygulamada önemli bir yer tutamamıştır. Bu sebeple gelecekte banka teminat mektupları ile ilgili olarak aşağıda tespit edilen ihtimaller gündeme gelebilecektir:

-Herhangi bir kuralla (Birörnek Kuralla) bağlantılı olmaksızın milletlerarası alanda tanınmakta olan standart formlara uygun tanzim edilmiş olabilir. Milletlerarası alanda tanınmakta olan standart formlara uygun tanzim edilmiş ve fakat ABK. ile bağlantı kurulmuş ise, bu halde ABK. m.1'e göre 500 sayılı birörnek kurallar uygulanacaktır.

-Amerikan hukukundaki Standby uygulamasına göre tanzim edilmiş ve ISP 98 ile bağlantı kurulmuş olabilir. Bu halde, ISP 98 uygulama alanı bulacaktır.

Her ne kadar tahmin etmek zor olsa da, her halükarda Anglo-Amerikan bankaları ISP 98'de düzenlenen teminat akreditiflerinin uygulamasına meyledeceklerdir. Çünkü, teminat akreditifleri hem Uniform Commercial Code (UCC. m.5). ve hem de 1995 tarihli BM sözleşmesinde düzenlenmiştir³. Komisyon başkanı, ISP 98'in milletlerarası alanda uygulanmak üzere kabul edildiğini, yalnızca Anglo-Amerikan bankacılık uygulaması ile sınırlı kalmayacağını veya kalmaması gerektiğini ifade etmiştir. Ancak, bu görüşlere rağmen, bankacılık uygulamasında ISP 98'in kabul görebilmesi için, banka garantilerine ilişkin kurallar ve ABK. 500 ile kıyaslama yapılması uygun olacağı gibi, zaman içinde uygulanıp uygulanmayacağı da görülecektir.

² Bu çalışmada da kurumu ifade etmek için “standby” ya da “teminat akreditifi” kavramı kullanılacaktır.

³ 11.1.2.1995 Tarihli New York sözleşmesi.

II. TEMİNAT AKREDİTİFLERİNİN HUKUKÎ MAHİYETİ

Milletlerarası Ticaret Odasınınca yayınlanan Birörnek kuralların hukukî niteliği hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır¹. Bir görüşe göre, teminat akreditifleri hakkındaki kuralların, kesin olarak genel işlem şartı olduğu kabul ediliyor². Diğer bir görüş ise, ISP 98'in önsözünde yer alan, "Uluslararası teminat akreditifi uygulamaları teminat akreditiflerinin genel olarak kabul görmüş uygulamasını, teamülünü ve kullanımını yansıtmaktadır" ifadesinden hareketle ticarî teamül olarak kabul etmektedir. Buna göre, yeni ISP'nin bütün kurallarıyla, özellikle bir stanby'nin tanzimi ve talebe ve dokümanlara bağlılık temel kuralına göre ödeme talebi mümkün olduğundan ticarî teamül olarak kabul edilmektedir³.

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre, teminat akreditiflerinin hukukî kurum olarak, garanti sözleşmesi karakterinde olduğu kabul edilmektedir. Teminat akreditiflerinin garanti sözleşmelerinden farkı, ödeme talebinde bulunmak için, belgeli akreditifte olduğu gibi, belge ibrazı şartı aranmasıdır⁴.

Bizim de katıldığımız görüş, MTO tarafından yayınlanan birörnek kuralları Lex Mercatoria olarak niteleyen görüştür. Lex mercatoria içerik olarak milletlerarası ticaret hukuku alanında uygulamaya gelebilecek yeknesak kurallardan oluşmaktadır⁵. Başka bir anlatımla lex mercatoria, milletlerarası ticaretin bağımsız, kendine özgü bir hukuk düzenini ifade etmektedir⁶. Milletlerarası alanda bu tür kuralların en güzel örneklerinden birisi, MTO tarafından yayınlanan Birörnek Kurallardır. Teminat akreditiflerine ilişkin olarak yayınlanan ISP 98'de yer alan kuralların da lex mercatoria olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.

¹ Birörnek Kuralların hukukî niteliği hakkında bkz. **DOĞAN, V.:** Milletlerarası Ticarete Ödeme Aracı Olarak Akreditif, Ankara 2003, s.20 vd.; **KAYA, A.:** Belgeli Akreditifte lehdarın Hukukî Durumu, İstanbul 1995, s.21 vd.

² Bkz. **ZAHN/EHRLICH/NEUMANN**, s.328

³ **ZAHN/EHRLICH/NEUMANN**, s.328

⁴ **NIELSEN, J.:** Internationalen Bankgarantie, Akkreditiv und Anglo-Amerikanisches Stanby nach Inkrafttreten der ISP98, <http://www.wvk-lawyers.de/partner/nielsen.htm>, s.3.

⁵ **KAPPUS, A.:** "Lex Mercatoria" als Geschäftsstatut vor staatlichen Gerichten im deutschen internationalen Schuldrecht, IPRax 1993, s.(137-142)139; **REITHMANN,C./MARTINY,D.:** Internationales Vertragsrecht, 4.Aufl., Köln 1988, s.54 vd.

⁶ **Von HOFFMAN, B.:** Grundsätzliches zur Anwendung der <<Lex Mercatoria>> durch internationale Schiedsgerichte, Festschrift für Gerhard KEGEL zum 75. Geburtstag, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978, s. 217 vd.; **REITHMANN/ MARTINY**, s. 56 vd.; **KAPPUS**, s.139.

III. TEMİNAT AKREDİTİFLERİNİN KURULUŞU

ABK.500'ün aksine¹ ISP 98'de teminat akreditiflerinin kuruluşu açık bir şekilde düzenlenmiş ve Anglo-Amerikan hukukunda geçerli olan Mailbox teorisine uygun olarak teminat akreditifinin açılma iradesinin lehdara ulaşmasıyla sözleşmenin kurulacağı kabul edilmiştir. ISP 98'de yer alan hükme göre, "Bir standby, ... açanın kontrolünden çıktığı anda açılmış sayılır"(2.03). Dolayısıyla, standby'ı açanın kontrolünden çıktığı, başka bir ifade ile, gönderdiği anda sözleşme kurulmuş olacaktır². Gönderilen standby metninde, Standby için kullanılmayan ya da efektif olmayan sınırlayıcı hükümlerin bulunması halinde, bunların nazara alınmayacağı kabul edilmiştir. Dolayısıyla, "Bir standby'nın "available", "operative", "effective" (kullanılabilir, üzerinde işlem yapılabilir, geçerli) olmadığı veya benzeri ifadeler standby'nın, açanın kontrolünden çıktığı anda standby'nın dönülemez ve bağlayıcı doğasını" etkilemeyecektir"(2.03). Ancak, standby'nın ödenmesinin sınırlanması ifadesi, verilerde bulunuyor veya bankanın tutanaklarından anlaşılıyor ise, farklı bir durum söz konusudur. Bu hal uygulama için önemlidir.

ISP 98 2.03'ün girişinde, standby'nın hiçbir şekilde "issued" veya "enforceable" olmadığını öngören sınırlama uygulama için daha ziyade teorik bir imkan olarak görülebilir. Bu sebeple ISP 98'de ABK. 500 m.11'deki gibi ihtiyari bir ön ihbar mükellefiyeti öngörülmemiş olmasına rağmen, aynı sonuca ulaşmak mümkündür.

Banka garanti sözleşmelerinde ise, bankanın garanti mükellefiyetini içeren iradesini gönderdiği anda kural olarak sözleşme kurulmuş olacaktır. Şöyle ki, garanti sözleşmeleri, tek tarafa borç yükleyen üçüncü kişi yararına sözleşmelerden birisidir. Lehdar, muhatap ile aralarında yapılmış olan asıl sözleşmeye istinaden, bankadan kendi lehine muhataba garanti vermesini talep etmektedir. Banka da lehdar ile yapılan sözleşmeye uygun olarak muhataba garanti vermektedir. Banka, lehdarın talebi doğrultusunda muhatap ile garanti sözleşmesi yapmak için ona bir icapta bulunur. Bankanın muhataba yapmış olduğu icap uygun bir zamanda reddedilmemiş ise, kabul edilmiş ve sözleşme icapta tespit edilmiş olan şartlar çerçevesinde kurulmuş nazarıyla bakılmalıdır. Ancak, uygulamada bankalar muhataba gönderdikleri icapta icapları ile bağlı oldukları süreyi açıkça tespit etmekte ve bu sürede açık bir ret beyanında bulunulmadığı takdirde kabul edilmiş sayılacağını hüküm altına

¹ REİSOĞLU, S.: Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Akreditif, Ankara 1995, s.66 vd.; DOĞAN, Akreditif, s.75 vd.; KAYA, Akreditif, s.64 vd.

² ZAHN/EHRLICH/NEUMANN, s.328.

almaktadırlar³. Dolayısıyla, öngörülen süre içinde icabın reddedildiği açık veya zımnî olarak bankaya bildirilmediğinde muhatap ile banka arasında teminat mektubu sözleşmesi kurulmuş olmaktadır⁴.

ISP 98’de teminat akreditiflerinin kuruluşu bakımından milletlerarası alandaki garanti uygulaması ve ABK. 500’den önemli farklılıklar bulunmaktadır. Mevcut düzenlemeye göre, bir standby’ı tanzim edenin sorumluluğu, onun gönderilmesiyle başlıyor. Aynı durum sonraki değişiklikler bakımından da geçerlidir⁵. Ayrıca ISP 98 2.06 bir “otomatik değişiklik” imkanını da, örn. anlaşmada yer alan şartların gerçekleşmesi ile garanti bedelinin yükselmesini veya düşürülmesini öngörüyor. Hatta tarafların kapsamlı açıklamaları gerekli görülüyor. Bütün diğerleri, garanti metninde önceden öngörülme yen değişiklikler akde uygun olarak değiştirilebilir ve bunun için muhatapın açık muvafakatine ihtiyaç bulunmaktadır⁶. Aynı şekilde akreditif için ABK. 500 m.9/d-iii’deki kurala uygun olarak, değişiklik talebi karşısında lehdarın susması kabul anlamında değildir. O halde standby’ın ödenmesine kadar bütün taraflar için sıkça istenmeyen muallak durumlar söz konusu olmaktadır.

IV. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

ISP 98 de Amerikan standby uygulamasındaki eğilime uygun olarak standby’ın, şekli kriterlere göre milletlerarası unsuru havi banka garantileri ile kapsamlı bir karşılaştırması çerçevesinde bunlardan her biri güvence fonksiyonları bakımından birbirinden ayrılıyor. Örnek olarak ISP 98’in önsözünde standby’ın sınıflandırılması yapılmaktadır¹. Yapılan

³ Von WESTPHALEN, s.111; DOĞAN, Teminat Mektupları, s.96.

⁴ Banka garanti sözleşmelerinin kuruluşu hakkında geniş bilgi için bkz. DOĞAN, Teminat Mektupları, s.94 vd. Açık irade beyanı ile kabul hususunda herhangi bir ihtilâf bulunmamaktadır. Ancak, zımnî irade beyanı ile kabul söz konusu olur ise, bir kısım tereddütler ortaya çıkabilir. Yabancı ülkedeki muhataplara verilecek teminat mektuplarında, susmanın ne anlama geldiği, muhatapın bulunduğu ülke hukukuna göre tespit edilecektir. Geniş bilgi için bkz. DOĞAN, Teminat Mektupları, s.366 vd.

⁵ ZAHN/EHRLICH/NEUMANN, s.329.

⁶ “Bir Değişikliğin Onaylandığı ve Bağlayıcı Olduğu An” başlığını taşıyan ISP 98 2.06-b’ye göre, “Otomatik değişikliğe ilişkin şart bulunmadığı takdirde bir değişiklik, i. standby’ı açanın kontrolünden çıktığı anda açanı baplar; ve ii. teyit eden değişikliği teyit etmediğini belirtmediği sürece teyit edenin kontrolünden çıktığı anda teyit edenı bağlar”. 2.06-c’ye göre ise, “Otomatik değişikliğe ilişkin şart bulunmadığı takdirde, i. lehdarı bağlayıcı olması için lehdarın değişikliği kabul etmesi şarttır; ii. lehdar standby’ın değiştirilmiş biçimine uygun ve değişiklikten önceki biçimine uygun olmayan belgeleri ibraz etmediği sürece lehdarın kabulü değişikliği ihbar eden kişiye muhatap açık bir haberleşme yoluyla yapılmalıdır; ve iii. bir değişikliğin standby’ı açan, teyit eden veya lehdar yönünden bağlayıcı olması için amirin onayı gerekmez”.

¹ Yapılan sınıflandırmaya göre;

sınıflandırma esas itibarıyla teminat mektuplarıyla ilgili olarak yapılan sınıflandırmayla uyumludur². Bu sebeple burada bir problemle karşılaşılmaktadır: bir ödeme mükellefiyeti ne zaman teminat mektubu ne zaman teminat akreditif olarak nitelendirilecektir. Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşmenin içeriğinden hareketle tespit edilecektir. ISP 98 1.01'de ISP 98'in uygulanması için belli nitelikte bir ilişkinin olmasının önemi olmadığı ifade edilmiştir. Bir belgeli ödeme mükellefiyetine ISP 98'in uygulanabilmesi için, sözleşmede açıkça atıf yapılmış olması şartı aranmaktadır.

V. TEMİNAT AKREDİTİFLERİNDEN DOĞAN BORCUN ÖDENMESİ VE ÖDEMELERE İLİŞKİN ÖZEL DURUMLAR

Hakkın kötüye kullanımı niteliğindeki ödeme talebi ihtimali, yalnızca teminat mektuplarına veya teminat akreditiflerine ilişkin bir özellik olmayıp, soyut nitelikli bütün ödeme mükellefiyetlerinde gündeme gelebilecektir¹.

BM sözleşmesinden farklı olarak ISP 98 de hakkın kötüye kullanılması itirazının kaldırılması için mahfuz tutulan ön şartlar milli

-Bir „Performance Standby“ (kesin teminat akreditifi), para ödeme taahhüdü dışında, ilgili işin tamamlanmasında amirin başarısızlığı sonucu oluşan zarar-ziyanı karşılama amacı dahil bir eylemin yerine getirilmesi taahhüdünü güvence altına alır.

-Bir „Advance Payment standby“ (peşin ödeme teminat akreditifi), lehtar tarafından amire yapılan peşin ödemenin hesabının verilmesine ilişkin bir taahhüdü güvence altına alır.

-Bir “Bid Bond/Tender Bond Standby” (geçici teminat akreditifi) Amirin bir ihaleyi kazanması halinde o işe ait sözleşmeyi imzalama taahhüdünü güvence altına alır.

-Bir “Counter Standby” (kontrgaranti), kontrgaranti lehtarının münferit bir standby açmasını veya diğer bir taahhüde girmesini güvence altına alır.

-Bir “Financial Standby” (mali teminat akreditifi), ödünç alınmış paranın geri ödenmesi taahhüdünü kanıtlayan herhangi bir araç dahil, para ödeme taahhüdünü güvence altına alır.

-Bir “Direct Pay Standby” (doğrudan ödeme teminat akreditifi), tipik olarak bir mali standby ile ilgili olarak, iş konusu ödeme taahhüdünün yerine getirilme zamanı geldiğinde ödeme yapılacağını doğrudan, yani ödememe hali (temerrüt) ile ilişki kurmadan güvence altına alır.

-Bir “Insurance Standby” (sigorta teminat akreditifi), amirin bir sigorta veya reasürans taahhüdünü güvence altına alır.

-Bir “Commercial Standby” (ticari teminat akreditifi), mallar veya hizmetler için diğer yöntemlerle ödeme yapmaması halinde amirin ödeme taahhüdünü güvence altına alır.

² Teminat mektuplarının sınıflandırılması hakkında Bkz. **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s.48 vd.

¹ **DOHM, J.:** Bankgarantien im internationalen Handel, Bern 1985, s.67; **MÜLBERT, P. O.:** Missbrauch von Bankgarantien und einstweiliger Rechtsschutz, Tübingen 1985, s.32; **NIELSEN, J.:** Rechtsmißbrauch bei der Inanspruchnahme von Bankgarantien als typisches Problem der Liquiditätsfunktion abstrakter Zahlungsverprechen, ZIP 1982, 253.

hukuklara bırakılıyor. Bununla beraber, sübjektif zarar verme kastının varlığı nazara alınmıyor. (ISP 1.05-c). Ancak, Amerikan hukukuna göre muhatabın zarar kastı olmaksızın objektif olarak haksız bir ödeme talebinde bulunması, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilmemektedir. Maalesef ISP 98 hakkın kötüye kullanılması vakiasıyla uyumlu değildir. Banka hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki talepleri kabul ederse, ISP 98 8.01’de, akreditif talebinde bulunan ve rambursman vereni de açıkça sorumlu tutuyor. Şayet akreditifi açan banka için hakkın kötüye kullanımı tanınmıyorsa, bu kural geçerlidir. Buna karşılık teminat akreditifinin ödenmesi talebi, teminat akreditifini açanın, kurulan akdin ihlalini bilip bilmemesinden bağımsızdır. ISP 98 1.06’da ifade edildiği gibi, “Bir standby açıldığı anda dönülemez, bağımsız, belgelere dayalı ve bağlayıcı bir taahhüttür ve bu niteliklerini belirtmesi gerekmez”. Başka bir anlatımla, teminat akreditiflerinin temel ilişkiden bağımsız karakterde olduğu kabul edilmiştir. MTO’nın resmi yorumunda, Türk-Alman hukukunda kabul edilen, hakkın kötüye kullanımının aşikar ya da likit delillerle ispat edilmesi halinde, ödemededen kaçınılacağına ilişkin esasın teminat akreditifleri bakımından geçerli olmadığı kabul ediliyor. Başka bir anlatımla, ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı aşikar ve likit delillerle sabit olsa da, banka ödeme yapmakla mükelleftir². Ancak, milletlerarası özel hukuk kurallarına göre tespit edilecek akit statüsünde hakkın kötüye kullanımı kabul ediliyor ise, hakkın kötüye kullanımının aşikar ve likit delillerle sabit olması halinde ödemededen kaçınılmalıdır. Bu ise ISP 98 1.06’nın geçersiz olduğu sonucunu ortaya çıkarıyor.

A) Teminat Akreditiflerinin Ödenmesi

ISP 98 2.01’e göre, aksine bir düzenlemenin olmaması halinde, teminat akreditifleri, görüldüğünde ödenecektir. Bununla beraber, akreditifte olduğu gibi ertelemeli ödeme veya poliçe yolu ile ödemenin kabul edilebileceği benimsenmiştir(ISP 98 2.01/b-i-iii)³. Diğer Tasfiye

² NIELSEN, www, s.10.

³ 2.01/b’ye göre, “Talebin karşılanması için standby aşağıdaki şartları içermediği sürece standby’ı açan, talep edilen tutarı ibraz anında ödemek suretiyle kendisine yapılan uygun ibrazı karşılar:
i. Lehdarın standby’ı açan üzerine çektiği bir poliçenin kabulü; bu durumda standby’ı açan,
(a) poliçeyi zamanında kabul ederek; ve
(b) daha sonra da poliçenin vadesinde veya vadesinden sonra poliçenin ibrazı üzerine hamiline ödeme yaparak,
talebi karşılar.
ii. Lehdarın standby’ı açana yaptığı bir vadeli ödeme talebi; bu durumda standby’ı açan,
(a) zamanında vadeli ödeme taahhüdüne girerek, ve
(b) daha sonra ödeme vadesinde ödeme yaparak,
talebi karşılar.

şekillerinin, özellikle ertelemeli ödemenin ya da poliçeli ödemenin kabulü için açık hükme yer verilmesi gereklidir. Şöyle ki, teminat akreditifleri kural olarak garanti karakterini haiz olmasına rağmen, istisnaî durumlarda garanti karakterini haiz değildir. Çünkü, garanti sözleşmesinin lehdarı, ertelenmiş ödeme veya iştiraya yolu ile ödemeyi kabul etmeyebilir. Aksine derhal ödeme talebinde bulunur.

Üçüncü kişiye ihbar bakımından ABK. 500 ile ISP 98 2.04 ayniyet göstermektedir. ISP 2.04-a'ya göre, "Bir standby, ihbar etmek, bir ibrazı almak, devir yapmak, teyit etmek, ödemek, iştiraya etmek, vadeli ödeme taahhüdüne girmek veya bir poliçe kabul etmek üzere bir kişiyi görevlendirebilir". Açık bir görevlendirmenin söz konusu olduğu hallerde, görevlendirilen kişinin lehdar karşısında bağımsız herhangi bir mükellefiyeti bulunmamaktadır. Bu durum ABK. m.10-c ile uyumludur.

Görevlendirilen makam, teminat akreditifin ihbarına karar verir ise, ABK. 500 m.7'deki ihbar bankası gibi "teminat akreditifinin geçerliliğini" kontrol etmekle mükelleftir(ISP 98 2.05 a). Bundan başka almış olduğu ihbarı, kendisine ihbar edilen metin gibi tam olarak vermek zorundadır(ISP98 2.05 a-ii). Kendisinden bir teminat akreditifini ihbar etmesi istenen makam, kendisine gelen metni "print-out" tekrar veriyor ise, sorumluluğu sınırlıdır.

Bir teminat akreditifinin teyit edilmesi, teyit bankası ya da teyit makamı için, teminat akreditifini açan bankadan bağımsız bir ödeme mükellefiyetini oluşturur. Aynı durum ABK. 500 9 (c)'ye göre akreditifi teyit edenin akreditif bankasından bağımsız yükümlülük altına girmesinde de söz konusudur. Mutat olduğu üzere teminat akreditifini teyit eden makam ödenebilir olarak tanzim edebilir. Öyle ki, belgeler oraya ibraz edilmiştir. Ancak, ISP 98 lehdara bir hak vermektedir; kendi seçimine göre ya teminat akreditifini tanzim eden ya da teyit eden makamdan tazmin talebinde bulunabilir. Standby'ın teyit edilmesi halinde, teyit eden makamın ödemeyi de yapacağını açıkça ifade edilmesi halinde, çifte ödeme talebine karşı tedbir alınmalıdır.

1. Ödeme Talebinin Şekli ve Zamanı

Ödeme talebinin nasıl yapılacağı, ISP 98 kural 3'de kapsamlı olarak tespit edilmiştir. Birörnek kuralda yer alan hükme göre, ibrazın yapılma zamanı, yeri ve şekli gibi hususların standby'da açık olarak tespit edilebileceği kabul edilmiştir. Dolayısıyla taraflar, ibraza ilişkin düzenlemeleri kapsamlı olarak diledikleri gibi yapabilirler. Ancak,

iii. İştiraya şartı; bu durumda standby'ı açan, talep edilen tutarı rücu hakkı olmaksızın ibraz anında ödemek suretiyle talebi karşılar".

taraflar ibraz hakkındaki düzenlemeyi yapmamışlar ise, tespit edilen kurallar geçerli olacaktır.

a) Ödeme Talebinin Şekli

aa) Genel Olarak

ISP 98’de yer alan kurallara göre, standby’ın şartlarına uygunluğun tespiti bakımından incelenmesi gereken bir belgenin alınmasının, gerekli belgelerin tümü ibraz edilmese dahi, ibraz işlemini oluşturacağı kabul edilmiştir(3.02).

ISP 98’e göre, ödeme talebinde bulunulabilmesi için, ibrazın şekli taraflarca kararlaştırılmamış ise, bu halde, ödeme talebi için “kağıt” belge ibrazı istenip istenmediği nazara alınmaktadır. Şayet ödeme talebi için “kağıt” belge ibrazı öngörülmemiş ise, modern haberleşme araçlarıyla da ödeme talebinde bulunulabileceği kabul edilmiştir Bu anlamda ISP 98 3.06 b-i’de yer alan ifadeye göre; “SWIFT üyesi veya banka olan bir lehdar tarafından SWIFT, şifreli teleks veya diğer benzer şifreli araçlarla ibraz edilen bir talep uygundur”. Böyle bir beyan gerçekte doküman karakterine sahip olmamasına rağmen bu kuralla, Amerikan bankacılık uygulamasına göre standby’ın basit talebini de doküman olarak kabul eden durum nazara alınmıştır. Diğer bütün olaylarda standby’da tespit edilmiş olan belgelerin kağıt formunda ibraz edilmesi zorunludur(ISP 98 3.06 b ii)⁴. Buna göre, standby’ı açan, standby’da elektronik sunumun kabul edilmeyeceğini açıkça ifade etmemiş ise, kendi değerlendirmesine göre elektronik ibrazı da kabul edebilir. Burada, lehdar için güvensizlik ortamı bulunmaktadır. Çünkü, lehdar, teminat akreditifini açanın kendi değerlendirmesine göre kullanılabilir olarak kabul edeceğine güvenemeyebilir. ISP 98 3.06 c’de; şayet belgeler elektronik haberleşme araçlarıyla (teleks, telefax veya e-mail)gönderilmiş ise ve alıcı kendisi “kağıt belgelere”e geçirmiş ise, bu belgeler kağıt belge olarak kabul edilemez⁵. Bununla beraber ISP 98 elektronik sunumu teşvik etmek istiyor. Ayrıca, standby’da elektronik sunum kabul edilmek zorundadır. Teminat akreditifini açan ISP 98 3.06 d’ye göre sunumun gözle görülebilir gerçekliğinin tespitini yapacak durumdadır. Görüldüğü gibi, ISP 98 ödeme talebinde bulunma hususunda, kıta Avrupa’sında kabul

⁴ “İbrazın yapıldığı ortamın uygunluğu” başlığını taşıyan ISP 98 3.06-b,ii’de, “kağıt belge olarak ibraz edilmeyen bir talep, standby’ı açan sadece kendi kararı ile ibrazın yapıldığı ortamın kullanılmasına izin vermediği sürece ibraz uygun yapılmamış demektir”.

⁵ ISP 98 3.06-c’ye göre, “Bir belge elektronik araçla iletirse ve standby’ı açan veya görevli kişi onu aldığı anda ondan kağıt belge üretse bile kağıt belge olarak ibraz edilmemiş demektir”.

edilen esaslardan tamamen farklı, amerikan hukukuna uygun bir düzenleme getirmiştir.

bb) İmzanın ve Temsil Yetkisinin İncelenmesi

Lehdarın kimliğinin saptanmasında sorumluluk alınmaması başlığını taşıyan ISP 4.13 a'ya göre, “bir ibrazı kabul ederek ödeme yapan bir kişinin, ibrazı yapan herhangi bir kişinin veya temlik lehdarının kimliğini saptamak konusunda amire karşı yükümlülüğü yoktur”. Hükümden de açık olarak anlaşıldığı gibi, ibrazı yapan kişinin gerçek lehdar olup olmadığını araştırma hususunda garantör bankanın sorumluluğu kabul edilmemiştir⁶. Böyle bir düzenleme Türk-İsviçre hukukuna aykırıdır. Türk hukukunun akit statüsü olması halinde bu kural mutlak anlamda nazara alınmayacaktır. Çünkü, mahkeme kararlarında, bankanın ödeme talebinin hak sahibi lehdar tarafından yapıp yapılmadığını incelemekle mükellef olduğu kabul edilmektedir⁷. Ayrıca, bankanın sorumsuzluğuna ilişkin düzenlemeler, bankaların, gerekli özeni göstermesine rağmen tespit edemediği eksikliklerden sorumlu olmayacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Aksinin kabulü mümkün değildir. Çünkü, bankalar hükümetçe verilen bir imtiyaz olarak sanatlarını icra etmektedirler⁸. Dolayısıyla, bankalar inceleme yükümünü ifa ederken kendilerinden beklenen özeni göstermelidirler. Yapılan inceleme sonucunda eksiklik ya da yanlışlığı tespit edememişler ise, sorumlu olmayacaklardır. Ancak, özen yükümünü ihlâl etmişler ise, doğacak zararlardan sorumluluklarının kabulü gereklidir(BK. m.99/II)⁹.

cc) Talebin Dili

MTO'nun şimdiye kadar yapmış olduğu Birörnek düzenlemelerde ödeme talebinin dili hususunda açık bir düzenlemeye yer vermemiştir. Aynı durum, ABK 500'e göre düzenlenen teminat akreditifleri bakımından da geçerlidir. Ancak, ISP 98 4.04'de standby'ın ödeme talebi için öngörülmüş olan bütün belgelerin, standby'ın yazıldığı dilde olması zorunluluğu kabul edilmiştir. “Belgelerde kullanılan dil” başlığını taşıyan ISP 98 4.04'e göre “Lehtarca düzenlenen bütün belgelerde kullanılan dil standby'ın dili olacaktır”. Onların içeriğine riayet etmeksizin bütün belgelerin standby'ın dilinde olmasının zorunlu olarak talep edilmesi,

⁶ ISP 98 4.13 b'ye göre, “ismi belirli bir lehtara, devir lehdarına, yasal mirasçıya, standby'da veya lehdarın ya da görevli kişinin talep yazısında belirtilen bir hesaba veya hesap numarasına yapılan ödeme standby altındaki ödeme taahhüdünü yerine getirmiş demektir”.

⁷ DOĞAN, Teminat Mektupları, s.136 vd.; KAHYAOĞLU, s.27.

⁸ TEKİNALP, Ü.; Banka Hukukunun Esasları, İstanbul 1988, s.291.

⁹ DOĞAN, Akreditif, s.115 vd.

yalnızca milletlerarası ticarete bütün dillerin eşitliği esasına karşı olmayıp garantör bankadan başka bir ülkede oturan lehdar için, sakıncaları da beraberinde getirecektir. Teminat akreditifini açanın ve lehdarın farklı ülkelerde oturuyor olması halinde, lehdarın ibraz edeceği belgeler, özellikle kendisi tarafından hazırlanmayan üçüncü kişilerce hazırlanacak belgelerin söz konusu olduğu hallerde, böyle bir uygulama bir dünya ticaret dilini beraberinde getirme riskini içermektedir.

b) Ödeme Talebinin Zamanı

ISP 98 3.05’de, teminat akreditifinin açılmasından sonra ve vadenin sona ermesinden önce yapılmış bir ödeme talebi, zamanında yapılmış bir ödeme talebi olarak kabul edilmektedir. Teminat akreditifin vade tarihi veya son ibraz günü çalışma günü değil ise, müteakip iş gününde yapılan ibraz, süresinde yapılmış, geçerli bir ibraz olarak kabul edilmektedir(ISP 98 3.13). ISP 98’de yer alan kurala göre, “İbraz yerindeki mesai bitiminden sonra yapılmış bir ibraz müteakip iş gününde yapılmış sayılır”(3.05). Böyle bir kural, Türk hukuk anlayışına göre geçerli değildir. Şayet Standby’da farklı bir düzenleme yer alıyor ise, teminat akreditifini açan ISP 98 3.11-a.iv’e göre iş bitiminden sonra ibrazı kabul edebilir¹⁰. Bu bağlamda ISP 98’in ticarî iş günü veya bankanın çalışma günü arasındaki farklılığın nasıl tespit edileceği meselesi açıklığa kavuşturulmak zorundadır. Bu konuda, ibrazın yapılacağı yer hukukundaki kurallar nazara alınacaktır.

Ayrıca, ibrazın posta aracılığı ile yapılması da kabul edilmiştir. Ancak postadaki gecikme rizikosunu lehdarın taşıdığı öngörüldüğünden, tabii olarak açık bir kural koyma gereği duyulmamıştır.

İbraz için kabul edilen son iş gününde ibraz yeri kapalı ise, ABK. m.17’den farklı olarak, ibraz bankasının kapalı olma rizikosunun lehdarın üzerinde olmadığı kabul edilmiştir¹¹. Bu gibi durumlarda, teminat akreditifinde aksine bir düzenlemeye yer verilmemiş ise, teminat akreditifinin süresi otomatik olarak ticari faaliyetin yeniden başlamasından 30 takvim günü sonrasına gelen güne kadar uzatılmaktadır¹².

¹⁰ ISP 98 3.11-a,iv’e göre, “mesai bitiminden sonra yapılan bir ibrazın müteakip iş gününde yapılmış gibi işleme tabi tutulması”

¹¹ ZAHN/EHRLICH/NEUMANN, s.329; NIELSEN, www., s.19.

¹² “İş Gününde Kapalı Olma Hali ve İbraz İçin Diğer Bir Makul Yer Konusunda Yetki Verilmesi” başlığını taşıyan ISP98 3.14-a’ya göre “İbraz için öngörülen son iş gününde standby’da belirtilen ibraz yeri herhangi bir nedenle kapalı ise ve bu kapalı olma hali nedeniyle ibraz zamanında yapılamıyorsa standby aksine bir şart içermediği sürece ibraz için son gün ibraz yerinin iş için açılmasından otuz takvim günü sonrasına denk gelen güne kadar otomatikman uzatılır”.

2. Kurallara Uygun Ödeme Talebi

ISP 98 4.01'e göre, bir standby'ın ödenme talebi için, münhasıran ödeme şartları ile ibraz edilen belgelerin dış görünüş itibarıyla şeklen uyumlu olması gereklidir. Uygunluğun saptanması için inceleme başlığını taşıyan ISP 98 4.01-b'de, "Bir ibrazın uygun olup olmadığı ibraz belgelerinin dış görünüş itibarıyla standby'da belirtilen ve standart standby uygulaması çerçevesinde okunacak olan bu kurallar tarafından açıklanmış ve bütünlenmiş şartlar karşısında incelenmesi ile saptanır" ifadesi yer almaktadır. Akreditifte, bankanın ibraz edilen belgeler arasındaki uyumu inceleme yükümü olmasına rağmen (ABK. m.13-a), standby'da açıkça öngörülmüş olması halinde, bankanın belgeler arasındaki uyumu inceleme yükümü kabul edilmiştir. "Belgeler arasındaki uyumsuzluk açısından inceleme" başlığını taşıyan ISP 4.03'e göre, "Standby'ı açanın veya görevli kişinin belgeleri kendi aralarındaki uyumsuzluk için sadece standby'ın içeriği ölçüsünde incelemesi gerekir". Belgeler arasındaki uyumu inceleme yükümünün bankaya verilmemesinin sebebi, akreditifin ödeme amacına hizmet etmesine rağmen, standby her zaman için ödeme amacına hizmet etmeyebilir. Bazı durumlarda, kredi mektubu veya garanti işlevini görebilir. Bu sebeple, bankaya ibraz edilen belgeler arasındaki uyumu inceleme yükümü verilmemiş, ancak tarafların öngörmesi halinde, uyumu inceleme yükümü kabul edilmiştir¹³. Dolayısıyla, standby ödeme amacına hizmet edecek ise, tarafların ibraz edilen belgeler arasındaki uyumu inceleme yükümünü kabul etmeleri isabetli olacaktır.

Akreditifte olduğu gibi, standby'da da, ibraz edilmesi gerekli belgelerin bir defada ve tam olarak ibraz edilmesi arzu edilmektedir. Ancak uygulamada, lehdar akreditifte olduğu gibi, belge temin ettikçe bankaya ibraz etmektedir. Akreditife ilişkin 500 sayılı kurallarda kısmî ibraz düzenleme dışı bırakılmış olmasına rağmen, ISP 98'de kısmî ibrazın yapılabileceği kabul edilmiştir¹⁴. Kısmî ibraz halinde, bankalar belgelerin tamamen ibraz edilmesinden sonra incelemekle yükümlüdürler. Kısmî ibraz edilen belgeleri bankaların inceleme yükümü kabul edilmemiştir. Ancak, lehdar belgeleri bankaya ibraz etmesine rağmen, incelemenin daha sonraki bir tarihte yapılmasını isteyebilir¹⁵.

¹³ NIELSEN, www. s.25; ZAHN/EHRLICH/NEUMANN, s.330.

¹⁴ "İbraz Oluşturan Eylem" başlığını taşıyan hükme göre, "Bir standby altında ve onun gereğine göre ibraz edilip standbyın şartlarına uygunluğu yönünden incelenmesi gereken bir belgenin alınması, gerekli belgelerin tümü ibraz edilmese dahi ibraz eylemini oluşturur".

¹⁵ "Standby'ı Açanın İbraz Kurallarından Vazgeçmesi ve Bu Hususta Amirin Onayı" başlığını taşıyan ISP 3.11'a-i'ye göre, "alınmış olan belgelerin, ibraz eden tarafın isteği

Bununla beraber bu prosedür, ödeme yöntemleri bakımından ilk defa kabul edilen bir durum olarak karşımıza çıkıyor. Şöyle ki, bir taraftan kısmi ibraz kabul edilmekte, diğer taraftan kısmen ibraz edilen belgelerin incelenmesi ibrazdan sonraki bir tarihe ertelenebilmektedir. Bu hal bir kısım karışıklıkları beraberinde getirebilecektir. Bu sebeple, ya belgeler arasındaki çelişkinin incelenmesinden ya da kısmi ibrazın kabul edilmesinden vazgeçilmesi isabetli olacaktır.

3. Ödeme Talebinin Reddi

Standby'ın ödenmesi için yapılan talebin kurallara uygun olmadığı, dolayısıyla ödeme talebinin reddedileceği hallerde, red kararının uygun sürede yapılması gerektiği kabul edilmektedir. MTO'nun yayınlamış olduğu ABK. 500'de olduğu gibi, ISP 98'de de uygun süreden neyin anlaşılması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Buna göre, bir standby'ın incelenmesi ve ödemenin reddedilmesi için üç iş günü ile yedi iş günü arasında yapılan bildirim uygun sürede yapılmış olduğu kabul edilmiştir(ISP 98 5.01-a). Süresinde yapılacak ödemeyi reddetme ihbarı, ret gerekçelerinin tamamını ihtiva etmelidir. Şayet red bildirim kurallarda öngörülen sürede yapılmaz ise, bildiri yapılmamış sayılmakta ve standby'ı açanı vadesinde ödeme yapmakla yükümlü kılmaktadır. Ödeme talebinin reddedilmesinden sonra, standby'ı açan kendisine sunulan belgeleri lehbara iade etmelidir. Tabii ki, lehdarın ödeme talebi hakkın kötüye kullanımı niteliğinde ise, standby'ı açanın öngörülen sürede ret bildiriminde bulunmaması ödeme yükümlülüğünü doğurmayacaktır¹⁶.

B) Standby'da Devir

Standby'da devir, akreditife paralel olarak, standby'dan doğmuş veya doğacak alacakların devri ile standby'ın devri olmak üzere esas itibarıyla iki ana başlık altında ele alınmıştır. İlk halde standby'dan doğan alacağın devri söz konusu iken, ikinci halde standby'ın bir bütün olarak devri, başka bir ifade ile standby'da alacaklı konumunda bulunan tarafta değişiklik olmaktadır. Bu iki hali ayrı ayrı ele almakta fayda vardır.

1. Standby'ın Devri

Pratik gerekçelerle uygulamada ortaya çıkmış ve MTO'ca Birörnek Kurallarda da nazara alınmış olan akreditifin devri, ABK.'da bir kısım şartlara bağlanmıştır. Birörnek Kurallara göre bir akreditifin

üzerine daha sonraki bir tarihte ibraz edilmiş gibi işleme tabi tutulması;”.

¹⁶ Ödeme talebinin hakkın kötüye kullanımı teşkil ettiği kabul edilen haller hakkında bkz. **DOĞAN**, Teminat Mektupları, s.182 vd.; **KAYA, A.:** İlk Yazılı Talepte Ödeme Klotunu İhtiva Eden Banka Garantilerinde Hakkın Kötüye Kullanılması Sorunu, Prof.Dr. Reha POROY'a Armağan, İstanbul 1995, s.222 vd.

devredilebilmesi için, “âmîr banka tarafından sadece açık biçimde “devredilebilir” (transferable) (übertragbar) olarak adlandırıldığı takdirde devir yapılabilir. “Bölünebilir”, “parçalanabilir”, “temlik edilebilir” ve “aktarılabılır” (divisible/ fractionable/ assignable/ transmissible) gibi terimler akreditifi devredilebilir hale getirmez” hükmüne yer verilmiştir(ABK. m.48-b)¹⁷.

Bir Standby’ın devredilebilirliği sözleşmede açıkça ifade edilmiş ise kabul edilmektedir(ISP 98 6.02). ABK. 500’ün aksine, ISP 98 garantör bankanın hangi şartlar altında devri yapabileceğini detaylı olarak düzenlemiştir. Devrin şartları başlığını taşıyan ISP 98 6.03 ‘e göre;

“Aşağıdaki hususlar sağlanmadıkça devredilebilir bir standby’ı açanın veya görevli kişinin devri gerçekleştirilmesi gerekmez:

- a. orijinal standby’ın varlığından ve gerçekliğinden emin olması,
- b. lehdarın aşağıdakileri sağlaması:
 - i. fiili devir tarihi ve devir lehtarının adı ve adresi dahil, standby’ı açan veya görevli kişi için kabul edilebilir biçimde bir devir talebi;
 - ii. standby’ın aslı;
 - iii. lehdar adına imza atan kişinin imzasının kontrolü;
 - iv. lehdar adına imza atan kişinin yetkisinin kontrolü;
 - v. devir komisyonunun ödenmesi; ve
 - vi. gerekli görülen diğer makul hususlar”.

Yukarıya alınan metin göstermektedir ki, standby’ı açan banka veya onun tarafından yetkili kılınan makam, lehdar belirli formaliteleri yerine getirmişse, diğer bir ifade ile orijinal standby’ı vermek suretiyle devri gerçekleştirebilir.

2. Ödeme Talebinin Devri

ISP 98’de devrin geçerliliği için mükellefiyet altında bulunan bankanın açık bir onayının gerekli olduğu kabul edilmiştir(6.06). Böyle bir tanıma olmadan, devir ihbarının nazara alınması için bir mükellefiyet yüklememektedir. Devrin açıkça tanınmasının gerekliliği hukukî güven bakımından önem arz etmektedir. Çünkü, teyitsiz akreditifte ödeme bankası olarak ikinci bankanın ilişkiye katılmasıyla, akreditif bankasının hukukuna tabi olmaya devam edip etmeyeceği veya ödeme yeri

¹⁷ Akreditifin devri için geniş bilgi için bkz. ZAHN/EHRLICH/NEUMANN, s.128; KAYA, Akreditif, s.209; DOĞAN, Akreditif, s.349 vd.

hukukuna tabi olup olmayacağı malum olduğu üzere tartışmalıdır¹⁸. Konuyla ilgili olarak şöyle ki, alacağı devralan yalnızca bedelin ödenmesini talep ediyorsa, bu ödeme talebi yalnızca kurallara uygun belgelerin ibrazına bağlı olmayıp aynı zamanda standby'ın önceden değiştirilmemiş veya tamamen feshedilmemiş olmasına da bağlıdır. Buna ilişkin olarak “alındı bildirisini için talep” başlığını taşıyan ISP 98 6.07 de yer alan ifadeye göre;

“a. Amir yasa aksini gerektirmediği sürece standby'ı açan veya görevli kişi,

i. alındı bildirisini yapmadığı bir temlik işlemini sonuçlandırmak zorunda değildir; ve

ii. temlik alındı bildirisini yapmak konusunda yükümlülük altında değildir.

b. Bir temlik için alındı bildirisini yapıldığı takdirde,

i. alındı bildirisini, kendisine temlik yapılan kişiye standby ile ilgili hiçbir hak vermez. Bu kişi sadece temlik konusu paralar (varsa) üzerinde hak kazanmış olup değişiklik veya iptalle hakları etkilenebilir; ve

ii. kendisine temlik yapılan kişinin hakları aşağıdakilere tabidir:

(a) temlik alındı bildirisini yapan kişi tarafından lehdara ödenebilecek durumdaki net para tutarının varlığına;

(b) görevli kişilerin ve devir lehdarlarının haklarına;

(c) kendilerine temlik alındı bildirisini yapılmış diğer temlik lehdarlarının haklarına; ve

(d) amir yasa altında öncelik sahibi olabilen diğer hak ve çıkarlara”.

Hükümde ifade edilen amir yasadaki maksat, teminat akreditifinin tabi olduğu hukuktur. Yetkili hukukun Türk hukuku olması halinde, BK. m.162 vd. uygulama alanı bulacaktır¹⁹. Türk hukukunda, alacağın devri sözleşmeye dayalı bir tasarruf işlemi olarak kabul edildiğinden, alacağı devreden alacaklının devir sözleşmesinin yapıldığı anda tasarruf yetkisine sahip olması gereklidir. Alacaklının alacak üzerinde tasarruf yetkisi, devir sözleşmesinin yapıldığı anda mevcut olmalıdır. Alacaklının alacak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmuyor ise, yaptığı devir işlemi

¹⁸ Geniş bilgi için bkz. SCHÜTZE, R.A.: Rechtsfragen der Avisierung von Dokumentenakkreditiven, DB 1987, s.2189; DOĞAN, Akreditif, s.365 vd.

¹⁹ Geniş bilgi için bkz. DAYINLARLI, K.: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, b.2, Ankara 2000, s.54 vd; EREN, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, b.5 C.II, İstanbul 1999, s.1212 vd.;

geçersiz olacaktır. Ancak, alacaklı alacağı devrettiği anda tasarruf yetkisine sahip olmamakla birlikte, bu yetkiyi daha sonradan kazanırsa, devir sözleşmesi geçerli hale gelir. Kanun koyucu alacağın devrinin yazılı şekilde yapılmasını bir geçerlik şartı olarak kabul etmemiştir(BK. m.163/I).

ISP 98’de yalnızca alacağın devri değil, bankadan ödeme talebinde bulunma hakkının devri de öngörülmüştür. Lehdarın bankadan olan talep hakkının niteliğinden hareketle iki farklı görüş savunulmaktadır. Bir görüşe göre, talep hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır ve başkalarına devredilmez²⁰. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre ise, muhatap bankadan ödeme talebinde bulunmadığı için henüz doğmamış bir alacak vardır. Bu alacağın tek başına devredilmesi bir anlam ifade etmeyecektir. Dolayısıyla, teminat mektubunda tespit edilmiş şartların gerçekleşmesi ile doğacak alacağın devri, talep hakkını da içermesi halinde bir anlam ifade edecektir²¹.

VI. TEMİNAT AKREDİTİFLERİNİN BENZER HUKUKİ MÜESSESELERDEN FARKI

MTO, ISP 98’in önsözünde, diğer bağımsız ödeme mükellefiyetlerinde kullanılabilir olduğu ifade edilmiştir. Aynı şekilde, teminat akreditiflerinin garanti sözleşmeleri ve akreditiflere ilişkin yeknesak kurallar ile rekabet edebilecek durumda olduğu da ifade edilmektedir. Akreditif, garanti ve standby için öngörülen bir örnek kuralların taraflara bir seçim imkanı tanıdığı kabul edilmektedir. Başka bir deyişle, MTO, milletlerarası unsuru havi ilişkilerde taraflara üç değişik ihtimal sunuyor. Taraflar menfaatlerine uygun gelen seçeneklerden birisini tercih edeceklerdir. MTO, milletlerarası alanda uygulanmak üzere garanti ve akreditife ilişkin bir kısım bir örnek kurallar yayınlamıştır. Bu bir örnek kurallar hakkında burada kısaca bilgi vermek, teminat akreditiflerinin kabul gerekçeleri ve uygulama alanı bakımından yararlı olacaktır. Çünkü, her bir bir örnek kurallar farklı gerekçelerle kabul edilmiştir.

A) 325 Sayılı Akdi Teminatlara İlişkin Bir örnek Kurallar

1978 Yılında kabul edilen kurallar, haksız, hakkın kötüye kullanımı niteliğindeki taleplere engel olmak için kabul edilmiştir. Bu kurallar, ihtilaf halinde muhataba ödemede bulunmak için mahkeme veya hakem kararının varlığını şart koşmaktadır. Ödeme mükellefiyetine getirilen bu şart, garanti sözleşmesinin temeli olan likidite fonksiyonunu ortadan

²⁰ DOHM, s.96 vd.; REİSOĞLU, Teminat Mektupları, s.161.

²¹ von WESTPHALEN, s.131 vd.; 243 vd.; DOĞAN, Teminat Mektupları, s.145 vd.; KAHYAĞLU, s.103.

kaldırmıştır. Bu sebeple de, akdi teminatlara ilişkin birörnek kurallar uluslararası alanda uygulama alanı bulamamıştır.

B) 458 Sayılı Talep Garantilerine İlişkin Birörnek Kurallar

325 Sayılı birörnek kurallara yöneltilen eleştiriler neticesinde, MTO 458 sayılı kuralları yayınlamıştır. Ancak, bu kurallarda da ödeme talebine ilişkin kuralların sistematik olmadığı görülmektedir. İlk talepte ödeme kaydını havi garantilerde, lehdarın mükellefiyetlerini ihlal ettiği ve muhatapça ihlalin şeklinin belgelerle tespiti, talep için ek şartlar olarak aranmaktadır. Doktrinde bir kısım yazarlar, bu kuralı caiz olmayan ve geçersiz sürpriz kurallar olarak nitelendirmektedirler. Banka garantilerinin ödenmesi için TGİBK.'da öngörülen ek şartlar, garantiye ödeme şartları olarak ilave edilir ise, bankalar MTO 458'e göre garanti veremezler. Bu sebeplerle, bankacılık pratiğinde TGİBK. çok fazla uygulama alanı bulamamıştır.

TGİBK. m.2'de, garantide tespit edilmiş belgelerin yazılı ödeme talebi ile ibraz edilmesi durumunda, garantörün garanti bedelini ödeme yükümünün ortaya çıkacağı kabul edilmiştir. Garantör bankanın, garanti bedelini ödeme yükümü, garanti sözleşmesinde belirlenmiş belgelerin yazılı ödeme talebi ile ibraz edilmesi halinde ortaya çıkacaktır(TGİBK. m.2). Bu sebeple, banka teminat mektuplarını belgeli muamele olarak kabul etmek mümkündür. Belgeli muamelelerde, belgeye dayanılmadan bir talepte bulunulamaz. Özellikle, garanti sözleşmesi "ilk talepte" ödeme kaydını ihtiva ediyor ise, burada açıkça belgeli muamelenin olduğunun kabulü gereklidir. Dolayısıyla, garanti sözleşmesinde tespit edilmiş şartlar çerçevesinde usulüne uygun yazılı ödeme talebi ile bankanın ödeme yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır.

C) 500 Sayılı Vesikalı Krediler İçin Yeknesak Teamüller ve Uygulamalar

Belgeli Akreditife ilişkin yeknesak kuralların 1983 revizyonunda ilk defa teminat akreditiflerine ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Ancak, bu kurallarda teminat akreditifleri temel ilişkiden doğan para borcunun ödenmesini düzenlememekte, aksine akdi mükellefiyetin ifa edilmemesini güvence altına alan koruma kuralları olarak nazara alınmaktaydı¹. Teminat akreditiflerine ilişki özel düzenleme ve onun garanti karakteri, MTO 500 m.1'de² yer alan akreditife ilişkin kurallara

¹ NIELSEN, www. s.5.

² Uygulama Alanı" başlığını taşıyan 1. maddeye göre, "1993 revizyonu, MTO yayın No. 500 konusu Akreditife İlişkin yeknesak Teamüller ve Uygulama, Akreditif metninde belirtildiğinde (uygulanabildikleri kapsamda Teminat Akreditifleri dahil) bütün Akreditiflere uygulanacaklardır. Aksi Akreditifte açıkça şarta bağlanmadığı sürece Akreditifin bütün tarafları için bağlayıcıdır".

tabi tutulmaktadır³. Bu sınırlama ile, ABK.ın bir kısım hükümlerinin uygulanması, vade tarihi, taşıma belgelerinin keşide edilmesiyle bağlantılı olarak sürenin tespiti gibi bir kısım sınırlamalar nazara alınacaktır.

D) Anglo-Amerikan Hukuk Çevresi Dışında ISP 98'in Kabulü

Gelecekte belgeli akreditifin kural olarak uygulama alanı bulacağı, istisnaî olarak, ISP 98'in uygulanacağı kabul edilmektedir. Dolayısıyla ISP 98 ile daha önceden var olan standart şekiller ve garantiye ilişkin birörnek kurallar arasındaki rekabet ortaya çıkacaktır. MTO tarafından yayınlanan birörnek kurallardan garantiler için kabul edilen kuralların uygulama kabiliyeti olmadığı kabul edilmektedir. Ancak, akreditife ilişki birörnek kurallar ile teminat akreditiflerine ilişkin birörnek kurallar arasında bir kısım alternatif problemler gündeme gelebilecektir:

-Herhangi bir kuralla bağlantı kurulmaksızın garanti sözleşmesinin yapılması,

-Milletlerarası alanda kabul gören standart uygulamalara göre, ABK. ile bağlantı kurulması,

-ISP 98 ile bağlantı kurularak Anglo-Amerikan hukukunda uygulama alanı bulan teminat akreditifleri sözleşmesinin yapılması.

Milletlerarası unsuru havi ödeme ilişkisinin tarafları, aralarındaki ödeme ilişkisi bakımından belli bir birörnek kural ile bağlantı kurular ise, bu kurallar uygulama alanı bulacaktır. Ancak, tarafların belli bir birörnek kural ile bağlantı kurmadan sözleşme yapmaları halinde, uygulanacak kuralların tespiti bir vasıflandırma problemi olarak karşımıza çıkacaktır⁴. İhtilafı çözmekle görevli hakim, taraflar arasındaki ödeme ilişkisinin vasıflandırılması sonucunda, hangi birörnek kuralın uygulanabileceği hususunda karar verecektir.

³ Belgeli Akreditifler Hakkında geniş bilgi için bkz. **KAYA**, Akreditif, s.5 vd.

⁴ Milletlerarası unsuru havi hukukî olay veya ilişkilere uygulanması söz konusu olan birden fazla hukukun, o hukukî olay ve ilişkiye farklı hukukî nitelik tanınmasından doğan ihtilâflardır. Milletlerarası özel hukukta, hakimin önüne gelen müşahhas olaya hangi bağlama kuralının uygulanacağını belirlemede büyük bir önemi olan bağlama konusunun hukukî niteliğinin tespiti, vasıflandırma hususunda karşılaştırmalı hukukta; lex fori, lex causae, kademeli vasıflandırma, mukayeseli hukuka göre vasıflandırma ve nihayet milletlerarası özel hukuk bakımından vasıflandırma olmak üzere beş farklı görüş bulunmaktadır. Günümüzde lex foriye göre vasıflandırma esası hakimdir. Geniş bilgi için bkz. **GÖGER, E.**; Devletler Hususî Hukuku, b.4, Ankara 1977, s.82 vd.; **ÇELİKEL, A.**; Milletlerarası Özel Hukuk, b.4, İstanbul 1995, s.70 vd.; **NOMER, E.**; Devletler Hususî Hukuku, b.8, İstanbul 1996, s.88 vd.

E) Garanti Benzeri Ödeme Mükellefiyetinin Soyutluğu

a) ISP 98'e Göre Standby

ISP 98 1.06'da Standby bağımsız, dönülemez ve belgeli bir ödeme mükellefiyeti olarak ifade edilmektedir. Ayrıca 1.06 d'de kapsamlı açıklama bulunmaktadır ("Bir standby belgeye dayalı olduğundan standby'ı açanın yükümlülükleri belgelerin ibrazına ve istenen belgelerin dış görünüşleri itibarıyla incelenmesine bağlıdır"). Şöyle ki, ABK. 500 ve ISP 98'in temel ilişkiden bağımsız hukukî karakteri hemen hemen aynı kavramlarla ifade edilmiştir. Buna ilave olarak, ISP 98 1.07'de talepte bulunan ile teminat akreditifini açanın (imza edenin) hukukî ilişkisinden standby'ın bağımsızlığı kabul ediliyor.

b) Diğer Ödeme Yöntemleri İle Kıyaslama

Aynı Değerde Likidite Fonksiyonu: Banka teminat mektuplarının herhangi bir bir örnek kurullarla bağlantı kurulmaksızın iç hukuk anlamında kabul edilen "soyut ödeme mükellefiyeti" olduğu yönündeki vasıflandırma, aynı şekilde akreditif ve teminat akreditifleri bakımından da geçerlidir. Alman hukukunda bir kısım yazarların "dışsal" yada "içsel" soyutluğa göre soyutluk kavramını asgari veya azami ölçüde araştırma teşebbüsleri diğer hukuklarda ve Türk hukukunda tanınmamaktadır. Bununla beraber, soyut ödeme mükellefiyeti için "soyutluk silsilesi" maksada uygun değildir. Her halükârda, iç ya da dış sebeplere binaen ifade edilmelidir. Kendine özgü bir ödeme mükellefiyetinin üstlenilmesi kesindir. Bu sebeple, garantinin (teminat mektubu) temel ilişkiden bağımsızlığı sebebi ile, kendine özgü bir ödeme aracı olduğu kabul edilmektedir⁵.

İtiraz ve defilerin gereğinden fazla vurgulanması: kesin olarak ifade edilen ödeme mükellefiyetinin yer aldığı bir teminat mektubu için her türlü itiraz ve def'ilerden feragat kurucu mahiyettedir; bunun açıkça ifade edilmesine gerek yoktur. Aynı şekilde çok sayıda teminat mektubu metninde bulunduğu gibi, "without any objection", "without any contestation" vb. ifadelerle yer verilmesi gereksizdir. Bununla beraber ISP 98 1.10 da, "şartsız" "soyut" "kesin" vb. ifadelerin gereksiz olduğu hususunda uyuşum bulunmaktadır.

VII. SONUÇ

Teminat akreditifleri, esas itibarıyla malların güvenli olarak taşınması ve ödemenin yapılmasına değil, kara Avrupa'sı hukukunda garanti sözleşmelerinde olduğu gibi, lehdarın zarara uğramasına engel olma

⁵ MÜLBERT, s.32; DOHM, s.67; NIELSEN, Rechtsmißbrauch, s.253.

amacına hizmet etmektedir. Çünkü, teminat akreditiflerinde temel ilişkinin mal satımını konu alması zorunlu değildir. Başka bir anlatımla, teminat akreditifleri, kara Avrupa'sı hukukundaki banka teminat mektuplarının Anglo-Amerikan hukukundaki uygulamasından başka bir şey değildir¹. Bankadan ödeme talebinde bulunmak için belge ibrazına gerek olmaması, yalnızca ödeme talebinde bulunmanın yeterli görülmesi, teminat akreditiflerinin ilk talepte ödeme kaydını havi banka teminat mektuplarına benzer bir karakter taşıdığını göstermektedir. Bu sebeplerle, teminat mektubu ve akreditifin uygulama alanı bulunduğu ülkeler bakımından teminat akreditiflerinin uygulama alanı bulması oldukça zor gözükmektedir. Her ne kadar Komisyon başkanı, ISP 98'in milletlerarası alanda uygulanmak üzere kabul edildiğini, yalnızca anglo-Amerikan bankacılık uygulaması ile sınırlı kalmayacağını veya kalmaması gerektiğini söylemiş olsa da, teminat mektupları ve akreditifin uygulama alanı bulunduğu ülkelerde ve bu arada Türk hukukunda uygulama alanı bulup bulamayacağını zaman gösterecektir.

¹ SCHÜTZE, Akkreditiv s.60; ZAHN/EHRLICH/NEUMANN, s.321; EBERT, s.31 vd.