

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (DEVLETLER ÖZEL HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

**SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNE
UYGULANACAK HUKUK**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

H. NİHAL BERKER

ANKARA 2002

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....vi

GİRİŞ.....1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SENDİKASYON KREDİLERİ

I. SENDİKASYON KREDİSİ VE SENDİKASYON KREDİSİ
SÖZLEŞMESİNİN TANIMI VE ORTAK UNSURLARI.....4

II. SENDİKASYON KREDİSİ TÜRLERİ.....5

A) Oluşumuna Göre Sendikasyon Kredisi Sözleşmeleri.....10

1. Doğrudan Kredi Sendikasyonu.....10

2. Katılım Sendikasyonu.....11

3. Karma Sendikasyon.....13

B) Borçlunun Kredi İhtiyacına Göre Sendikasyon Kredisi Türleri.....14

1. Belirli Vadeli Kredi.....14

2. Devredilebilir Kredi.....15

3. Rotatif Kredi.....16

4. Teminat Kredisi.....17

5. Kabul Kredisi Sendikasyonu.....18

6. İhale Kredileri.....19

III. SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMESİNDE TARAFLAR.....20

A) Lider Banka.....	21
1. Kredi Kaynağının Temini ve Yapılandırılması.....	21
2. Kredinin Diğer Bankave Kredi Kuruluşlarına Devri.....	21
B) Yöneticiler.....	21
C) Yardımcı Yöneticiler.....	22
D) Katılımcılar.....	22
E) Temsilci Vekil (Ajan Banka)	22
F) Borçlu.....	24

IV. SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMESİNİN OLUŞUMU.....26

A) Teklif.....	26
B) Yetkilendirme.....	28
C) Sendikasyona Davet.....	29
D) Kredi Sözleşmesinin İmzalanması.....	30

V. SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ.....37

A) Genel Olarak Kredi Sözleşmesinin Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşler.....	39
1. Karz Vaadi Görüşü.....	39
2. Karz Sözleşmesi Görüşü.....	39
3. Çok Aşamalı Sui Generis Sözleşme Görüşü.....	40
4. Karma Sözleşme Görüşü.....	41
5. Kendine Özgü Yapısı Olan Sözleşme Görüşü.....	42
B) Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerinin Hukukî Niteliğinin İrdelenmesi.....	43

VI. SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNİN ULUSLARARASI NİTELİĞİ VE YABANCILIK UNSURU.....	44
--	-----------

İKİNCİ BÖLÜM

SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

I. AKDÎ BORÇ İLİŞKİLERİNE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ.....	49
A) Genel Olarak.....	49
B) Hukuk Seçimi.....	50
C) Objektif Bağlama Kurallarına Dayanarak Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	58
D) Türk Hukukunda Durum.....	64
1. Açık Hukuk Seçiminin Bulunması Halinde.....	65
2. Açık Hukuk Seçiminin Bulunmaması Halinde.....	67
II. SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMESİNİN AKİT STATÜSÜNÜN BELİRLENMESİ.....	70
A) Genel Olarak.....	70
1. Hukuk Seçimi.....	70
2. Objektif Esaslara Göre Sendikasyon Kredisi Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Tespiti.....	80
a) Genel Olarak.....	80
b) Kredi Verenler ve Borçlu Arasındaki İlişki.....	87

c) Temsilci Vekil ve Kredi Verenler Arasındaki İlişki.....	93
d) Kredi Verenler ve Borçlu Arasındaki Teminat İlişkisi.....	96
e) Katılımcı Bankaların, Lider Banka ve Borçlu ile Olan İlişkileri.....	98
3. Yabancı Para Kayıtlarına Uygulanacak Hukuk.....	101
B) Türk Hukukunda Sendikasyon Kredisi Sözleşmesine Uygulanacak Hukuk.....	104
1. MÖHUK m. 24 ve Yetkili Hukukun Tayini	
a) Açık Hukuk Seçiminin Bulunması Halinde.....	105
b) Açık Hukuk Seçiminin Bulunmması Halinde.....	106
2. Yetkili Hukukun Uygulama Alanına Giren Hukukî Sorunlar.....	113
a) Sözleşmenin Meydana Gelişi.....	113
b) Sözleşmenin Maddî Geçerliliği.....	114
c) Borçların İfası.....	119
d) Alacağın/Borcun Temlik.....	120
3. Yetkili Hukukun Uygulama Alanının Sınırlandırılması ve Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	120
a) Genel Olarak.....	120
b) Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerinde Doğrudan Uygulanan Kurallar.....	122
4. Yetkili Hukukun Uygulama Alanı Dışında Kalan Hukukî Sorunlar.....	127
a) Ehliyet.....	127
b) Şekil.....	129
c) Temsil.....	130
d) Gayrimenkul Teminatı.....	131
SONUÇ.....	132

ÖZET.....	137
İNGİLİZCE ÖZET.....	144
KAYNAKÇA.....	150

KISALTMALAR CETVELİ

ABA.:	American Bar Association
ABD.:	Amerika Birleşik Devletleri
AET.:	Avrupa Ekonomik Topluluğu
AJIL.:	American Journal of International Law
A.Ü.:	Ankara Üniversitesi
AÜHFD.:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ATAUM.:	Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi
B.:	Bası
Bkz.:	Bakınız
C.:	Cilt
Dn.:	Dipnot
EGBGB.:	Alman Medenî Kanunu
FIBOR.:	Frankfurt Interbank Offered Rate
HD.:	Hukuk Dairesi
ICSID.:	Interantional Centre for Settlement of Investment Disputes
ICQL.:	International and Comparative Law Quarterly
IPRG.:	İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Kanun
İ.Ü.:	İstanbul Üniversitesi
Karş.:	Karşılaştırma

LIBOR.:	London Interbank Offered Rate
m.:	Madde
MÖHUK.:	Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
Örn.:	Örnek
R.G.:	Resmî Gazete
S.:	Sayı
s.:	Sayfa
UNIDROIT.:	International Institute for the Unification of Private Law
vc.:	Ve civarı
vd.:	Ve devamı
Yarg.:	Yargıtay
YHGK.:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD.:	Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

Ticari ve ekonomik faaliyetlerde gözlenen gelişmeler, krediyi günlük hayatın bir parçası haline getirmiş ve kredi kullanımını en küçük alış-veriş ilişkisinden, büyük ölçekli projelerin finansmanına kadar yaygınlaştırmıştır.

Yatırımcıların ve hatta hükümetlerin büyük çapta projelere girerken kendi öz kaynaklarını değil, sahip oldukları kredi olanaklarını değerlendirdikleri görülmektedir. Özellikle az gelişmiş ülkelerde, dış ticaretin, altyapı ve enerji projelerinin finansmanı dış kaynaklı krediler ile sağlanmaktadır. Bu konuda, Dünya Bankası, *European Bank for Reconstruction and Development (EBRD)*, *Asian Development Bank*, *Inter-American Development Bank* gibi uluslararası kuruluşların yanısıra, ticari bankaların sağlamış oldukları krediler de kullanılmaktadır.

Ülkemizde dış borçlanmanın tarihine bakıldığında, 1980'li yıllardan itibaren ekonomideki liberalizasyon ile paralel olarak alınan dış borçların niteliğinde belirgin bir değişim görülmekte ve yabancı bankalardan ticari nitelikte sağlanan kredilerin ağırlık kazanmaya başladığı gözlenmektedir. Yakın zamanda uluslararası sermaye piyasalarından da borçlanabilme imkân dahiline girmiş ve uluslararası sermaye piyasalarında tahvil ihraçları yolu ile alternatif borçlanma gerçekleştirilmiştir. Bununla birlikte, bu tür tahvil ihraçlarının, tahvil ihraç eden ülkenin kredibilitesi ile doğrudan ilgili olmasının yanısıra diğer bazı unsurlar nedeni ile yabancı bankalardan program veya

proje kredileri olarak temin edilen krediler Hazine'nin başlıca borçlanma kaynağını oluşturmuştur¹.

Ticari krediler, ticarî bir banka tarafından veya bir çok ticarî bankanın bir araya gelerek bir grup halinde finansman sağladıkları “sendikasyon kredileri” şeklinde veya ticarî bankalar aracılığı ile uluslararası sermaye piyasalarında tahvil ihracı şeklinde gerçekleştirilebilmektedir. Krediler, belirli bir amaca yönelik olarak verilmeleri halinde proje kredileri; genel kullanım amacıyla verilmeleri halinde ise program kredileri olarak adlandırılmaktadırlar.

Çalışmamızın konusu, sendikasyon kredisi sağlanması halinde taraflarca imzalanan sendikasyon kredisi sözleşmeleri ile sınırlandırılmıştır. Sendikasyon kredisi sözleşmeleri, farklı tâbiyetlerdeki çok sayıda kişiyi bir sözleşme çerçevesinde hak ve yükümlülüklerle tâbi kılması, farklı ülkelerde ifa edilen borçları içermesi ve farklı ülkelere para akışı ilişkisini düzenlemesi nedeni ile devletler özel hukuku alanında incelemeye değer bir konu olarak görülmüştür.

Çalışmanın birinci bölümünde, sendikasyon kredisi sözleşmesi kavramı üzerinde durulmuş, sendikasyon kredisi maddî hukuk yönünden incelenmiş ve hukukî niteliği ve sendikasyon kredisi sözleşmelerinde yabancılik unsuru incelenmiştir. İkinci bölümde ise, genel olarak sözleşmelere uygulanacak hukuk irdelendikten sonra sendikasyon kredisi

¹ Çal, S., “Uluslararası Kredi Sözleşmelerinin Hukukî Boyutu”, Hazine Müsteşarlığı Uzmanlık Tezi,

sözleşmesine uygulanacak hukukun, karşılaştırmalı hukuk ve Türk hukukuna göre tespitine çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMELERİ

I. Sendikasyon Kredisi Sözleşmesinin Tanımı ve Ortak Unsurları

Latince’de “inanma, itimat etme” anlamına gelen “*creditum*” sözcüğünden gelen kredinin kelime anlamı, saygınlık ve itibarı ifade etmektedir². Ekonomik açıdan kredi, hazır bir satınalma gücünün kullanılmasından belli bir süreyle sınırlı olarak vazgeçilerek, bu gücün diğer bir kişiye terkedilmesi şeklinde tanımlanmaktadır. Satın alma gücünün belli bir süreyle terkedilmesi, bir taraftan kredinin geçici karakterini, yani kredi alan nezdinde iade edilme koşuluna bağlı olarak bulunduğunu vurgular, diğer taraftan da bu kişiye duyulan güveni belirtir³.

Kredinin hukuksal tanımı da kavramın ekonomik tanımından hareketle verilebilir, zira ekonomik tanımda yer alan “*belli bir satınalma gücünden, belli ve geçici bir süre ile vazgeçmek*” unsuru hukuken de önemli olup, kredi kavramını en geniş anlamda nitelendirebilir; ancak satınalma gücü ibaresine geniş anlam yüklemek ve bunun karşılığını sadece para olarak düşünmemek ve bir riskten doğacak sorumluluğu herhangi bir şekilde üstlenmenin de bu deyimmin kapsamı içine girdiğini kabul etmek gerekir⁴. Bu surette kredinin

² Alıcı, Y.: “*Banka Kredi Sözleşmelerinin Mali ve Hukukî Yönü*”, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Anabilim Dalı Doktora Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul 2000, s. 12.

³ Tekinalp, Ü.: “*Banka Hukukunun Esasları*”, C.1, İstanbul 1988, s. 350 (Banka).

⁴ Tekinalp, Banka, s. 352.

tanımında dört temel unsurun yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bunlar, zaman, güven, risk ve gelir olarak sıralanabilir⁵.

4389 sayılı Bankalar Kanunundaki⁶ kredi tanımı ise 11. maddenin 1. fıkrasında yer almaktadır. 3182 sayılı Bankalar Kanununda yer alan tanımla karşılaştırıldığında kapsamın genişletildiği görülmekte⁷ ve kredi “Bir bankanın vereceği nakdî krediler ile teminat mektupları, kefaletler, aval, ciro ve kabuller gibi gayrî nakdî krediler, satın alacağı tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette vereceği ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler ve gayrinakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler ve ortaklık payları” olarak tanımlanmaktadır.

Kredi bir ülkede ekonomik kalkınmanın sağlanabilmesi ve ekonomik büyümenin sürekliliği açısından kullanımı zorunlu bir finansal kaynak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ekonomide iktisadî ve ticarî faaliyetlerde meydana gelen artış ve gelişme sonucu, işletmeler faaliyetlerini sürdürebilmek, ya da hızlı değişimlere uyum sağlayabilmek için fon ihtiyacı duymakta, söz konusu bu fon ihtiyacı ise büyük ölçüde bankalardan sağlanan kredilerle karşılanmaktadır⁸.

⁵ Aras, G.: “*Ticarî Bankalarda Kredi Portföyünün Yönetimi*”, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara 1996, s. 4; Alıcı, s. 14.

⁶ R.G. 23.06.1999-23734; 4389 Sayılı Kanun, 17 Aralık 1999 tarihli 4491 sayılı kanun 12 Mayıs 2001 tarihli 4672 sayılı kanunlarla değişikliğe uğramıştır.

⁷ Ulusoy, E.: “*Bankacılıkta Kredi Riskinin Sınırlandırılmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler*”, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara 2000.

⁸ Aras, s. 5.

Finans piyasalarında, çok çeşitli müşteriler ve piyasa ile ilgili farklı beklentiler aynı anda birlikte bulunmaktadır⁹. Uluslararası finansman dünyasında, şirketler ve hükümetler büyük miktarlarda paraya, çabuk ve ucuz olarak ulaşmak isteyebilirler. Ticarî bankalar, özel ve kamu tüzel kişilerinin kredi ihtiyaçlarını karşılamakta önemli bir rol oynamaktadır. Bankalar, yasal engeller veya kapasite yetersizliği nedeniyle kendi imkanları ile karşılayamadıkları bir kredi talebi karşısında, sendikasyon yöntemini kullanabilmektedirler¹⁰. Örneğin 4389 sayılı Bankalar Kanunu, bankaların kredi işlemleri dolayısıyla üzerlerine aldıkları riskler toplamının, özkaynakları üstüne aşırı derecede çıkmasının ve bu risklerin sınırlı sayıda firmalarda toplanmasının banka ve mevduat sahipleri açısından doğuracağı riski ortadan kaldırmak düşüncesiyle bir bankanın verebileceği nakdî ve gayrinakdî kredilerin toplamının, özkaynaklarının belirli bir katını aşması ve gerçek ya da tüzel bir kişiye veya kendi ortaklık ve kuruluşlarına, banka özkaynaklar toplamının belirli bir oranı üstünde kredi vermesi yasaklanmıştır¹¹.

Sendikasyon Kredisi, iki veya ikiden fazla kredi kuruluşunun biraraya gelmesiyle ve *genellikle birinin önderliğinde*¹², ortak bir dokümantasyon altında, benzer hüküm ve koşullarla ve ortak bir temsilci vekil kullanılarak¹³

⁹ Alaybeyoğlu, A.: “Avrupa’da Sendikasyon Kredileri ve Türkiye Örneği”, A.Ü. ATAUM, Ekonomik ve Malî Politikalar Uzmanlık Tezi, s. 3

¹⁰ Semkow B., W.: “Syndicating and Rescheduling International Financial Transactions: A survey of the Legal Issues Encountered by Commercial Banks”, ABA., The International Lawyer, Fall, 1984, s. 869.

¹¹ 3182 sayılı Bankalar Kanununda yer alan sınırlar için bkz. Ünay V.: “Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilmesi Usulleri”, İstanbul, 1989.

¹² Alaybeyoğlu, s. 3.

¹³ Hurn, S.: “Syndicated Loans”, İngiltere 1990, s. 1.

büyük miktarda fon ihtiyacında bulunan borçluya sağlanan kredi olarak tanımlanabilir¹⁴.

Sendikasyon, borç vermekten doğan riskin dağıtıldığı bir tekniktir. Bu nedenle tek bir bankanın kendi portföyüne rahatça alabileceği kadar küçük miktarda krediler için pek uygun değildir. Borçlunun ihtiyacının, bankadan kredi limitini aşan miktara ulaşması halinde, veya bu limite ulaşılmamış dahi olsa üstleneceği riski dağıtmak amacıyla banka bu krediyi sağlamak için, krediye katılacak başka bankalar arar. Birkaç bankanın katılımı ile kredinin sağlanması mümkün oluyorsa, bu kulüp kredisi ("*club loan*") olarak adlandırılır. Ancak kredinin sağlanması için fazla sayıda katılımcı gerekiyorsa, daha büyük bir grubun bir araya gelmesi suretiyle tam bir sendikasyon kredisi sağlanması gerekebilir¹⁵. Bu tanımdan hareketle Sendikasyon Kredisinin unsurları aşağıdaki şekilde sıralanabilir:

i. Birden fazla kredi kuruluşunun katılımı:

Kredi en az iki kredi kuruluşu veya bankanın katılımı ile sağlanmış olmalıdır. Tek bir kredi kuruluşunun sağlamış olduğu kredide sendikasyondan bahsetmek mümkün değildir.

ii. Tüm kredi kuruluşları için benzer hüküm ve koşulların geçerliliği:

Temin edilen kredinin hüküm ve koşullarının, kredi verenlerin tümü için birbirine benzer nitelikte olması gerekmektedir. Kredinin hüküm

¹⁴ Apak, S.: "*Uluslararası Bankacılıkta Finansal Sistemler*", B. 2, İstanbul 1993, s. 70.

¹⁵ Apak, s.71.

ve koşullarının birebir aynı olması beklenmemektedir¹⁶. Sendikasyon kredisinin yapısı çeşitlilik arzedebilir. Kredinin yapısında çeşitlilik varsa, mesela kredi değişik bankalarca fonlanan farklı vadelerdeki dilimlerden oluşuyorsa, kredinin hüküm ve koşulları farklı dilimlerde yer alan bankalar için tamamen aynı olmayabilir¹⁷. Ancak aynı dilimde yer alan bankalar için aynı olmak durumundadır. Sendikasyon kredisinde ilke, hüküm ve koşullarının büyük çoğunluğunun birbirine benzer nitelikte olmasıdır¹⁸.

iii. Ortak dokümantasyon:

Ortak dokümantasyon, ileride detayları ile inceleneceği üzere sendikasyona dahil kredi verenleri bir arada tutan belgelerden oluşur ve sendikasyon kredisinin en belirleyici unsuru olarak karşımıza çıkar. Ortak dokümantasyon, kredinin bütün hüküm ve koşullarının içermesi ve vadesi boyunca kredinin nasıl yönetileceğini ve bir sorun çıktığında nasıl bir işlem yapılacağını belirlemesi bakımından önemlidir.

iv. Temsilci Vekil:

Bir diğer olmazsa olmaz unsur temsilci vekilin varlığıdır. Temsilci vekil olmaksızın bir sendikasyon kredisinden değil, ancak birbirinden bağımsız, seri kredi ilişkilerinden bahsedilebilir¹⁹.

¹⁶ Hurn, s. 1.

¹⁷ Apak, s. 70.

¹⁸ Hurn, s. 1.

¹⁹ Hurn, s. 2.

Temsilci vekilin görevi Kredi Anlaşmasının imzalanmasından sonra başlar²⁰ ve kredinin yönetimi ve işleyişini Temsilci Vekil olarak tayin edilen banka takip eder²¹. Temsilci Vekil, bu görevini ifa ederken, aksi kararlaştırılmadığı müddetçe kendi işlerinin idaresinde gösterdiği dikkat ve özeni göstermekle mükelleftir.

v. Değişken Faiz Oranı

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde genellikle sabit faiz değil değişken faiz oranı kullanılır. En sık kullanılan faiz oranları fonun sağlandığı piyasaya göre, *LIBOR*, *Prime Rate*, *FIBOR* gibi değişken faiz oranlarıdır²². Bunun sebebi bankaların orta ve uzun vadede kullandıkları fonun kendilerine maliyetinin artabileceğinin gözönünde bulundurarak, sabit faiz riskini üzerlerine almak istememeleridir²³.

Özetle, benzer hüküm ve koşulların geçerli olduğu ortak dokümantasyon çatısı altında, birden fazla kredi kuruluşunun katılımı ve bu kredi kuruluşlarını temsil eden temsilci vekilin kontrolünde gerçekleşen ve

²⁰ Apak, s. 76.

²¹ Donaldson, T. H.: “*Lending in International Commercial Banking*”, New York 1988, s. 75

²²Faiz oranına ilişkin hükümler, ticarî kredi anlaşmalarının önemli hükümleri arasında yer almaktadırlar. Bankalar faiz oranını tespit ederken, kredinin piyasada kendilerine maliyetine, bir oran ilave etmektedirler. Bankaların verdikleri krediyi özkaynaklarından karşılama halinde dahi, kredinin söz konusu piyasadaki diğer bankalardan borçlanıldığı varsayılmakta ve bankanın piyasadaki fon maliyeti üzerinden hesaplama yapılmaktadır. Kredi anlaşmalarında, kredi verenlerin piyasadaki fon maliyetlerinin tespiti *LIBOR* (*London Interbank Offered Rate*-Londra Bankalararası Kredi Maliyet Oranı) *FIBOR* (*Frankfurt Interbank Offered Rate*- Frankfurt Bankalararası Kredi Maliyet Oranı) ve *Prime Rate* (Bankaların en itibarlı müşterilerine uyguladıkları faiz oranı) gibi temel oranlara dayandırılmaktadır.

²³ Apak, s. 71.

geri ödemelerin değişken faiz oranına bağlandığı kredi işlemi “sendikasyon kredisi” ve bu işlemi dūzenleyen sōzleşme de “sendikasyon kredisi sōzleşmesi” olarak tanımlanabilecektir. Bu unsurların oluşturulması ile aşağıdaki değişik sendikasyon kredisi sōzleşmesi tūrleri geliştirilmiştir.

II. Sendikasyon Kredisi Sōzleşmelerinin Tūrleri:

Bankaların ve banka mūřterilerinin ihtiyağları doğrultusunda, çeşitli sendikasyon kredisi sōzleşmeleri ortaya ęıkmakta ve geleneksel kredi sōzleşmeleri, bu ihtiyağlar doğrultusunda yeni şekiller kazanmaktadır²⁴.

Sendikasyon kredisi sōzleşmelerini oluřumuna ²⁵ ve boręlununun kredi ihtiyacına²⁶ gōre iki farklı tasnife tābi tutmak mūmkündür.

A) Oluşumuna Gōre Sendikasyon Kredisi Sōzleşmeleri

Sendikasyon kredisi sōzleşmelerini, sōzleşmenin oluřum řeklini esas alarak ūç temel tūre ayırmak mūmkündür²⁷. Bankaların hak ve yūkūmlūlukleri bu tūrlere gōre farklılık gōstermektedir²⁸.

1. Doğrudan Kredi Sendikasyonu

Doęrudan kredi sendikasyonu (*Direct Loan Syndication*) kredi verenlerin tek bir anlaşma metni ūzerinde mutabık kalarak

²⁴ Hurn, s. 7.

²⁵ Semkow, dn. 1vc.

²⁶ Hurn s.7.

²⁷ Semkow, dn. 1vc.

²⁸ Semkow, dn.1vc.

imzaladıkları ve borçluya kredi ödemelerini bu anlaşma doğrultusunda yaptıkları çok taraflı bir kredi sözleşmesidir²⁹.

Her bir banka sözleşmede belirtilen yükümlülükleri doğrultusunda kredi sağlayacak ve borçlu tarafından yapılacak geri ödemeleri alacaktır. Her banka, münferiden kendi borcundan sorumlu olacaktır³⁰.

Doğrudan kredi sendikasyonu, kredinin büyüklüğüne göre ya, lider bankanın önderliğinde bir yönetici banka veya yardımcı yönetici bankalar tarafından organize edilir ya da birden fazla banka lider banka görevini üstlenebilir³¹. Bankaların görevleri aşağıda, sendikasyon kredisinin oluşumu başlığı altında, daha detaylı olarak incelenmektedir.

2. Katılım Sendikasyonu

Katılım Sendikasyonuna (*Participation Syndicate*) pek çok bankanın katılması düşünülebilir ancak kredi sözleşmesi, borçlu ve lider banka arasında müzakere edilerek imzalanmakta, lider banka kredinin tamamını kendi kaynaklarından karşılamayı taahhüt etmektedir³². Lider banka, genellikle kredi sözleşmesini imzaladıktan sonra diğer bankalarla katılım anlaşmaları

²⁹ Semkow, dn. 2 vc.

³⁰ Semkow, dn. 2 vc.

³¹ Semkow, dn.3.vc.

³² Semkow, dn. 11. vc.

imzalayarak kredinin sendikasyonunu sağlamaktadır. Katılım anlaşması ile lider banka, anlaşmanın diğer tarafını oluşturan bankaya, sağlayacağı fon karşılığında kredi sözleşmesindeki haklarının bir bölümünü devralanın krediye katkısı oranında devretmektedir³³. Genellikle elde edilen bu fonlar, lider banka tarafından, borçluya yapılacak kredi ödemelerinde kullanılmaktadır. Katılım sendikasyonunda, katılımcıların krediyi büyük ölçüde, hatta bazen tamamen sağlamalarına rağmen kredi sözleşmesine taraf olmamaları ve tüm kredi dokümanlarının lider banka tarafından tutulması nedeni ile katılımcılar hiç bir zaman yardımcı banka veya yönetici banka sıfatını taşımazlar.

Katılım sendikasyonu için kredi sözleşmesinden doğan alacak hakkının katılımcılar tarafından sağlanacak fon karşılığında katılımcılara devrinin yanısıra, katılımcılarla alt-kredi anlaşmaları yapmak ve katılımcıların lider bankaya kredi vermelerini sağlamak ve bu alt kredinin geri ödemelerini lider banka ile borçlu arasında akdedilmiş olan kredi sözleşmesinin geri ödeme koşullarına paralel kılmak suretiyle de katılım sendikasyonu kurulabilir. Kimi zaman lider banka, katılımcılarla borçluyu biraraya getirmeksizin katılımcıları temsilen ancak bu temsil ilişkisini beyan etmeksizin borçluya kredi sözleşmesini imzalayabilir. Ancak bu son halde lider banka kredi anlaşmasından doğan tüm yükümlülükleri tek başına

³³ Semkow, dn. 11vc.

üstlenir ve borçluya karşı temsilci sıfatı ile hareket ettiğini ileri süremez³⁴.

Katılım sendikasyonunda lider banka, doğrudan kredi sendikasyonundaki temsilci vekilin görevini üstlenerek, kredi sözleşmesini yönetir. Katılımcılarla kendi arasındaki ilişki ise, katılım anlaşmaları ile düzenlenmektedir.

3. Karma Sendikasyon

Karma sendikasyon (*Direct Loan/Participation Syndicate*), iki sendikasyon yapısının karakteristik unsurlarının biraraya getirilmesi ile oluşturulmaktadır³⁵.

Buna göre, sendikasyon doğrudan kredi sendikasyonunda izlenen yöntemle oluşturulmakta ancak kredi sözleşmesinin imzalanmasından sonra doğrudan kredi sendikasyonunda yer alan bir çok bankadan herhangi birinin, katılım sendikasyonunda olduğu gibi, kredi sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerini katılımcı bir bankaya devretmesi söz konusu olmaktadır³⁶.

Kredi sözleşmesinin idaresi, doğrudan kredi sendikasyonunda olduğu gibi temsilci vekil tarafından yapılır. Temsilci vekilin

³⁴ Semkow, s. dn. 11vc.

³⁵ Semkow, dn. 12 vc.

³⁶ Semkow, dn. 12 vc.

görevleri, kural olarak, kredi sözleşmesini imzalayan bankalara karşı olmakla birlikte, kimi zaman katılımcı bankalara karşı da görevleri olabilir³⁷. Örneğin borçludan olan alacağını temsilci vekil aracılığı ile alacak olan banka, kredi sözleşmesindeki hak ve yükümlülüklerinden bir bölümünü, dolayısıyla kredinin geri ödenmesi sırasında doğacak alacağını, katılımcı bankaya devretmiş ise, temsilci vekil geri ödemeyi katılımcı bankaya yapmakla mükellef olacaktır.

B) Borçlunun Kredi İhtiyacına Göre Sendikasyon Kredisi Sözleşmeleri

Bankalar sendikasyon tekniğini, borçlunun kredi ihtiyacına göre, pek çok finansal işlem için kullanırlar ancak en sık rastlanan sendikasyon kredileri, belirli vadeli sendikasyon kredileri ile rotatif sendikasyon kredileri ve teminat kredileridir³⁸. Banka kabul kredisi, akreditif sendikasyonu mümkün olmakla birlikte bu tür sendikasyonlara çok daha az rastlanmaktadır³⁹.

1. Belirli Vadeli Kredi:

En yaygın olarak kullanılan sendikasyon kredisi türü, belirli bir miktar paranın belirli bir süre için borçluya ödünç verilmesi sureti ile borçlunun kredi ihtiyacının karşılandığı belirli vadeli sendikasyon kredileridir (*Term Loan*). Belirli miktardaki bu para, sözleşme ile

³⁷ Semkow, dn. 13 vc.

³⁸ Semkow, s. 869.

³⁹ Semkow,s. 869.

belirlenen esaslara bağlı olarak bir kerede çekilebileceği gibi, belirli aralıklarla da alınabilir ve vadesinde bir kerede geri ödenebileceği gibi, sözleşmede belirlenmiş dönemlere göre de geri ödeme yapılabilir⁴⁰.

2. Devredilebilir Kredi:

Kredi Sözleşmesi imzalandıktan sonra, katılım paylarının üçüncü kişilere transferini kolaylaştıran mekanizmalar öngören kredi türü devredilebilir kredi (*Transferable Loan Facility*) olarak anılmaktadır⁴¹.

Bu kredi türü özellikle Katılım Sendikasyonu ve Karma Sendikasyonda, kredi sözleşmesi imzalandıktan sonra, kredi katılım paylarının bankalar arasında devrinde karşılaşılan bir takım güçlüklerin aşılabilmesi amacı ile geliştirilmiştir⁴².

Devredilebilir kredi sözleşmeleri, dayanağını kredi sözleşmesinden alan bir kıymetli evrak niteliğini taşıyan devredilebilir kredi araçları veya kredi sözleşmesinden doğan hak ve borçların devrinin esaslarını düzenleyen ve genellikle kredi sözleşmesi ekinde örnek metin olarak yer alan, temlik belgeleri olarak iki türde karşımıza çıkmaktadır⁴³.

⁴⁰ Hurn, s. 8.

⁴¹ Hurn, s. 8.

⁴² Hurn, s. 185.

⁴³ Hurn s. 186.

Devredilebilir kredi araçları ancak tamamı borçlu tarafından çekilmiş olan krediler için uygulanabilir. Kimi kez borçlu, kredi sözleşmesi çerçevesinde taahhütte bulunmasının ötesinde, toplam kredi miktarı tutarında bir ya da daha fazla senet imzalayarak senedin el değiştirmesi halinde, devralan kişiye, borçluyu dava etme hakkı da dahil olmak üzere, geri ödeme borcu ile ilgili tüm talep haklarını devreder⁴⁴. Oysa alacağın temlik ve borcun nakli hükmündeki devir belgeleri ile kredi veren devralan kişiye, henüz borçlu tarafa kredi ödemesi yapılmamış ise kredi verme borcunu ve bunun karşılığında sözleşme ile düzenlenmiş olan geri ödeme alacağını devralana devretmiş olmaktadır.

3. Rotatif Kredi:

Rotatif kredilerde (*Revolving Loan Facility*) de tıpkı vadeli kredilerde olduğu gibi belirli bir miktar paranın belirli bir vade için borçlunun kullanımına hazır bulundurulması söz konusudur. Ancak bu tür kredileri belirli vadeli kredilerden ayıran özellik, kredinin borçlu tarafından kullanılıp geri ödendikten sonra vadesi içerisinde müteaddit defalar tekrar çekilip geri ödenebilmesidir⁴⁵. Sözleşmede, birinci ödünçün geri ödenmesinden sonra emre

⁴⁴ Hurn s. 185.

⁴⁵ Hurn, s. 8.

amade tutulacak kredinin miktarında belirli bir oranda azaltılma öngörülebilir⁴⁶.

4. Teminat Kredisi:

Teminat kredisi ("*Standby Loan*") söz konusu olduğunda borçlunun mutlaka krediyi kullanması gerekli değildir. Bankalar, gerekli hallerde, belirli bir miktarı borçlunun kullanımına hazır bulundurmayı taahhüt ederler⁴⁷. Belirli vadeli sendikasyon kredisinde, borçlunun kredi ihtiyacı doğmuştur; oysa kullanılabilir kredilerde gelecekte doğması muhtemel bir kredi ihtiyacı söz konusudur⁴⁸. Örneğin borçlunun yargı muafiyetine sahip bir devlet olduğu hallerde, ödemeler dengesi sorunu ile karşılaşıldığında, devletlerin para birimlerinin döviz piyasalarındaki değerini koruyabilmek amacı ile bu tür kredi kullanmak istedikleri görülmektedir⁴⁹.

Bankaların teminat mektubu vermek için sendikasyon oluşturmaları da teminat kredisi kapsamında değerlendirilmektedir. Bu durumda, lehine teminat mektubu verilen şahsın yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, bankanın ödeme yapma riski bulunduğundan⁵⁰ teminat kredisinden söz etmek mümkün

⁴⁶ Hurn, s. 8.

⁴⁷ Hurn, s. 8.

⁴⁸ Semkow, dn. 77 vc.

⁴⁹ Semkow, dn. 77 vc.

⁵⁰ Şanlı C./Ekşi N.: "*Uluslararası Ticaret Hukuku*", İstanbul 2000, s. 203.

olacaktır. Bankalar Kanunumuzun değişiklikten önce yürürlükte bulunan 38. maddesinin 4. bendi teminat mektubu verilmesi amacıyla bankalar arasında konsorsiyum oluşturulmasına imkân vermekteydi. Bu maddeye göre, kredi sınırı gayrinakdî kredilerde %40 olarak belirlenmiş olup, bu oran her bankanın riskin en az %15'ini üstlenmesi veya katılan banka sayısının üçten az olmaması şartıyla sendikasyon yolu ile verilen teminat mektuplarında % 20 olarak kabul edilmişti⁵¹ Sendikasyon yolu ile verilen teminat mektuplarında genellikle teminat mektubu lider banka tarafından verilmekte, diğer bankalar ise lider bankaya karşı kendi üstlendikleri risk için taahhütte bulunmaktadırlar. Bununla birlikte, sendikasyonu oluşturan her bankanın diğerinden bağımsız olarak kendi imzaladığı teminat mektubunu muhataba vermesi de mümkün olmaktadır⁵².

5. Kabul Kredisi Sendikasyonu:

Sendikasyon içermeyen, tek bir banka ve borçludan oluşan kredi ilişkisinde banka para yerine imzasını ödünç vererek, borçlu ile arasındaki kredi sözleşmesine dayanarak belli bir meblağa kadar üzerine çekilecek poliçeleri kabul eder⁵³. Tanınmış bir banka tarafından kabul edilmiş poliçe sağlam bir kredi ve ödeme aracı

⁵¹ Şanlı/Ekşi, s. 213.

⁵² Şanlı/Ekşi, s. 213.

⁵³ Alıcı, s. 55.

olarak kabul edildiğinden, banka kabulü ferdî itibarın yetersiz kaldığı durumlarda kullanılır⁵⁴.

Sendikasyon kredisinde ise kabulü veren tek bir banka değil birden fazla bankadır. Doğrudan doğruya nakdî bir kredinin sağlanmaması sebebi ile kabul kredisi sendikasyonu (*Syndicated Acceptance Facility*), diğer kredi sözleşmelerinden farklı düzenlemeler içerebilir. Borçlunun bu tür bir sendikasyonu tercih etmesinin sebebi daha düşük maliyetle bir fon yaratma sistemi olmasıdır⁵⁵. Bunun dışında kabul kredisinin sendikasyonunda izlenen yöntemler ve sendikasyona duyulan ihtiyaç diğer türler ile benzer özellikler göstermektedir.

6. İhale Kredileri

İhale Kredileri (*Bidding Facilities*), iki temel özelliği içinde barındırmaktadır. Bunlardan biri, borçlunun kullanımına hazır bulundurulma özelliği, diğeri ise, kredi verenlerin bir ihale paneli oluşturarak, bu ihale panelinde yer alan kredi verenlerin tekliflerinin borçlu tarafından değerlendirilmesi ve kredi hüküm ve sonuçlarının bu belirlemeye göre oluşmasıdır. Gerçekte bu kredi türünde hem döner nitelikli kredinin, hem de borçlunun kullanımına hazır durumda bulundurulan kredinin özelliklerine rastlanmaktadır.

⁵⁴ Zarakolu, A.: “Bankacılar için Para ve Kredi Bilgisi” B. 8, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1987, s. 105.

⁵⁵ Hurn, s. 9.

Diğer sendikasyon kredisi türlerinden farklı olarak, borçlu, kredi verenleri bir ihale sürecinden geçirmek suretiyle kendisi için en uygun koşullu krediyi temin etmeye çalışmaktadır⁵⁶.

III. Sendikasyon Kredisi Sözleşmesinde Taraflar

Diğer kredilerde olduğu gibi Sendikasyon Kredilerinde de temel olarak “Borçlu” ve “Kredi Veren” olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Diğer kredilerden farkı, kredi veren kuruluşların birden fazla olması ve kredi verenlerin liderliğini ve taraflar arasındaki ilişkiyi düzenleyen kredi sözleşmesinin yürütülmesi görevini bankalardan biri veya birkaçının üstlenmesidir⁵⁷.

Kredi veren bankalar grubu içinde Lider Banka (“*Lead Manager*”) ya da Düzenleyen Banka (“*Arranger*”) yanında Yönetici Bankalar Grubu (“*Managers*”), Yardımcı Yönetici Bankalar Grubu (“*Co-arrangers*”) gibi alt gruplar da bulunabilmektedir⁵⁸.

Ayrıca kredinin işleyişini kolaylaştırmak üzere kredinin türüne göre Aracı Banka ya da Temsilci Vekil (“*Agent Bank*”), İhraç ve Ödeme Aracısı (“*Issuing and Paying Agent*”), Akreditif Bankası, Garantör gibi taraflar da yer almaktadır⁵⁹.

⁵⁶ Hurn, s. 10.

⁵⁷ Alaybeyoğlu, s. 6.

⁵⁸ Alaybeyoğlu, s. 6.

⁵⁹ Alaybeyoğlu, s. 6; Apak, s.76.

A) Lider Banka

Lider bankaların görevleri hem katılım sendikasyonunda, hem de doğrudan kredi sendikasyonunda pek çok bakımdan birbirine benzemektedir⁶⁰.

1. Kredi Kaynağının Temini ve Yapılandırılması

Kredinin temini ve yapılandırılması görevi lider banka tarafından üstlenilmektedir. Bir sendikasyonu oluşturabilmek için, lider banka, borçludan, kendisini, belirlenen hüküm ve koşullarla kredi temin etmek üzere yetkilendiren bir yetki belgesi almak zorundadır⁶¹.

2. Kredinin Diğer Banka ve Kredi Kuruluşlarına Devri

Lider banka, yetki belgesini alır almaz, sendikasyonun oluşumu için gerekli çalışmalara başlar. Bilgi notunun hazırlanması, bankaların sendikasyona davet edilmesi, imza töreni hazırlıkları, sendikasyonun gerçekleştirildiğinin ilanı gibi görevleri lider bankalar üstlenirler⁶².

B) Yöneticiler

Yöneticiler, sendikasyondaki katılım miktarına göre belirlenirler. En yüksek katılım miktarına sahip olan bankalar “yöneticiler” olarak adlandırılırlar. Bu kategoriye dahil olunabilmesi için minimum katılım miktarının belirlenmesi gerekir⁶³.

⁶⁰ Semkow, dn. 14 vc.

⁶¹ Semkow, dn. 15 vc.

⁶² Apak, s.75.

⁶³ Apak, s. 75.

C) Yardımcı Yöneticiler

Yöneticilerden daha az bir miktarla sendikasyona katılmış olan bankalar grubudur. Bununla birlikte Yardımcı Yöneticiler için de minimum katılım miktarı önceden belirlenmiştir⁶⁴.

D) Katılımcılar

Katılımcılar özellikle, katılım sendikasyonunda veya karma sendikasyonda yer alan katılımcılar, lider ya da düzenleyici bankanın taahhüt ettiği kredi miktarının bir kısmını devrettiği bankalardan oluşur. Katılımcıların katılım payları, diğer kredi veren taraflara göre oldukça düşüktür⁶⁵.

E) Temsilci Vekil (Ajan Banka)

Temsilci vekil, kredi sözleşmesi imzalandıktan sonra, kredinin işleyişini kolaylaştırmak amacı ile görev yapar. Genellikle temsilci vekil görevi lider banka tarafından üstlenilir⁶⁶.

Temsilci vekilin görevleri hem katılım sendikasyonunda hem de doğrudan kredi sendikasyonunda birbirine benzemektedir⁶⁷.

Her şeyden önce temsilci vekil, sendikasyonun türüne göre, kredi anlaşması veya katılım anlaşmasında belirtilen hükümler çerçevesinde

⁶⁴ Apak, s.76.

⁶⁵ Apak, s.76.

⁶⁶ Smith, R. C./ Walter I.: “*Global Banking*” New York, 1997, s. 36; Apak, s.76.

⁶⁷ Semkow, dn. 58 vc.

kredi sözleşmesinin idaresinden sorumludur⁶⁸. Temsilci vekil ayrıca, bulunduğu yer hukuku ile temsilci vekil ve diğer taraflar arasındaki hukukî ilişkiyi düzenleyen genel hükümler uyarınca da bir takım sorumluluklara sahip olacaktır⁶⁹. Temsilci vekilin başlıca görevleri, bunlarla sınırlı olmaksızın şu şekilde sıralanabilir⁷⁰:

- a) Kredi Sözleşmelerinin hükümlerinin (kredi çekme, *rollover*, faiz ödemeleri, ödemesiz dönem, ve kredinin geri ödenmesi gibi) uygulanıp uygulanmadığını izlemek,
- b) Kredi çekme (*drawdown*) hükümleri uyarınca, borçluya ödeme yapılacak zamanlarda, katılımcılardan gerekli fonları toplamak,
- c) Değişken faiz oranını düzenli aralıkla sabitlemek,
- d) Muaccel olmuş ana para ve faiz ödemelerini hesaplamak, borçludan alarak kreditorlere dağıtmak
- e) Kredi temini karşılığında verilen teminat, garanti ve sigorta hükümlerine uyulup uyulmadığını gözlemlemek,

⁶⁸ Semkow, dn. 59 vc.

⁶⁹ Semkow, dn. 59 vc.

⁷⁰ Smith/Walter, s. 36, 37.

f) Borçludan ve bağımsız denetim firmalarından düzenli raporlar ve bilgiler alarak bunları katılımcılara dağıtmak,

g) Borçlu temerrüde düştüğünde kredi verenlere temerrüt ihbarında bulunmak⁷¹.

Temsilci vekilin görev ve sorumluluklarını tanımlamak nispeten zorluk içermektedir. Temsilci vekilin borçlularla ve kendisi dışında kalan kredi verenlerle olan ilişkisinde hukukî sorumluluğu nedir? Temsilci vekilin aynı zamanda lider banka olması halinde, lider bankanın borçlu ile olan ilişkileri göz önünde tutulduğunda menfaat çatışmasının nasıl önleneceği Temsilci vekilin borçludan elde ettiği bilgilerden hangileri gizli bilgi niteliğindedir, burada temsilci vekilin katılımcılara bilgi sağlama sorumluluğunun sınırlarının neler olduğu gibi pek çok hukukî sorun ortaya çıkmaktadır⁷².

F) Borçlu

Kredi sözleşmesinin karşı tarafını kredi alan ve kredi sözleşmesinin hüküm ve koşullarına göre almış olduğu kredi miktarını faizi ile birlikte geri ödeme bocu altına giren, borçlu oluşturur. Günümüzde, sendikasyon kredisi pazarında, borçlanma konusunda aslan payına,

⁷¹ Semkow, dn. 76 vc.

⁷² Smith/Walter, s. 37.

yargı bağışıklığına sahip devletlerin veya devlet kuruluşlarının sahip olduğu görülmektedir⁷³.

⁷³ Esas itibarıyla, ticarî anlaşmalarda devletin taraf olması bir değişiklik meydana getirmemekle birlikte, bazı hususlarda devletlere önemli muafiyetler tanınabildiği görülmektedir. Sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun sendikasyon kredisi sözleşmesinin hazırlanması sırasında, gerekli özenin gösterilmemesi halinde, borçlu sıfatını taşıyan devletlerin, borçlarını ifada temerrüdü halinde herhengi bir şekilde bu borçlular aleyhine takibe geçmesi veya dava açması mümkün olmayacaktır. Kredi verenlerin, devletlerin bazı muafiyetlerinden doğan risk karşısında izleyebileceği iki yöntem bulunmaktadır. Birincisi, kredi sözleşmesinin içine borçlunun muafiyetlerinden feragat ettiğine ilişkin düzenlemelerin konulmasıdır. İkinci yöntem ise, kredi sözleşmesinin hazırlanması sırasında, devletin muafiyetlerine ilişkin ilgili mevzuatın, kredi verenler tarafından incelenmesi ve kredi sözleşmesinin bu mevzuatta belirlenmiş istisnalardan birinin kapsamında değerlendirilecek şekilde sözleşmenin hazırlanmasını sağlamaktır. İngiliz yasalarına göre, yargı bağışıklığına sahip kişinin, girmiş olduğu diplomatik olmayan, ticarî ilişkiler muafiyet kapsamı dışında tutulmaktadır. Ticari ilişkiler tanımı, açıkça finansman temini için akdedilmiş kredi veya diğer sözleşmeler, bu sözleşmeler ve başka malî yükümlülüklerle ilgili olarak verilmiş olan garantileri kapsamaktadır. Amerika Birleşik Devletleri Yasaları da ticarî ilişkiler ile hükümet ilişkileri arasında bir ayrım getirmiştir. 1976 tarihli *Foreign Sovereign Immunities Act*'e göre, yabancı devletler veya çoğunluk hisseye sahip oldukları kuruluşlar kural olarak yargı bağışıklığından yararlanacaklardır. Bu kuralın istisnaları ise, yargı bağışıklığından açıkça feragat, ticarî nitelikte ve ABD sınırları içinde kurulmuş veya sonuçları itibarıyla ABD'yi ilgilendiren ilişkiler ve yabancı devletin bağışıklığından açıkça veya zımî olarak feragat etmiş olması halinde, yabancı devletin Amerika Birleşik Devletlerinde sahip olduğu menkul ve gayrimenkullerin haczi olarak belirlenmiştir. Muafiyetten feragat ilgili devletin iç hukukunda cevaz verilmemesi de mümkündür. Örneğin Japonya muafiyetten feragati kabul etmemekte ancak, kredi itibarının yüksek olması nedeniyle uluslararası piyasalardan kredi bulabildiği görülmektedir. Devletin yabancı devlet mahkemeleri önünde yargılanamaması ilkesinin öteden beri genellikle kabul edilmiş olan iki istisnası bulunmaktadır. Bunlardan ilki, yabancı bir ülkede bulunan taşınmazlara ilişkin aynî hak iddiaları, ikincisi de muafiyetten feragattir. Yabancı bir devletin ülkesinde bulunan taşınmazlara ilişkin aynî hak iddialarına karşı devlet yargı muafiyetini haiz olduğunu ileri süremez, meğer ki, dava konusu olan taşınmaz o devletin diplomatik faaliyetlerinin yürütüldüğü yerde olsun. Devlet , yargı muafiyetinde 16 Mayıs 1972'de Avrupa Konseyi üyelerinin imzasına açılan "Devletin Muafiyetine Dair Avrupa Konvansiyonu ve Ek Protokol'de olduğu gibi çok taraflı bir uluslararası anlaşma ile yapılabileceği gibi, iki taraflı uluslararası veya ticarî mahiyetteki anlaşmalarla da gerçekleştirilebilir. Bununla birlikte, Türk hukukunda İcra İflas Kanununun 82. maddesi devlet mallarının haczedilemeyeceği yolunda bir hüküm getirmektedir. Dolayısıyla Türkiye Cumhuriyetinin borç altına girdiği sözleşmelerde devlet mallarının hazine cevaz verilmemesi, başka bir ifadeyle bu muafiyetten feragat edilmemesi gerekmektedir. Devletin taraf olduğu ticarî anlaşmada başka bir hukukun uygulanacağı belirtilmiş olsa dahi 82. maddenin kamu düzeni mülhazasıyla, uygulanacak hukukun önüne geçeceği tartışmasıdır. Devletin yurtdışındaki malvarlıkları açısından durum incelendiğinde, diplomatik temsilciliklerin kullandıkları menkul veya gayrimenkul malların hazine, uluslararası anlaşmalar ve teamül çerçevesinde cevaz verilmediği, ancak bunlar dışındaki malvarlığının, borçlandırıcı anlaşmaya uygulanacak hukukun düzenlemesine tâbi olacağı kabul edilmektedir. Halihazırda Türkiye Cumhuriyetinin, borçlu olarak taraf olduğu kredi

IV. Sendikasyon Kredisi Sözleşmesinin Oluşumu

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinin oluşumunda da tarafların sözleşme yapma iradelerini ortaya koymaları ile birlikte icap ve kabul süreci başlamakta ve oluşum süreci kredi sözleşmesinin imzalanması ile sona ermektedir.

A) Teklif

Sendikasyon Kredisinin ilk basamağı tekliftir. Teklif, genel olarak bir icap niteliğindedir. Banka tarafından kendiliğinden, müşteriye teklifte bulunulabileceği gibi, Banka müşterisinin talebi üzerine de Banka tarafından bir teklif hazırlanabilir. Teklif, kredinin temel olarak hangi şart ve koşullarda sağlanacağını içeren bir mektup vasıtası ile müşteriye iletilir. Bu aşamaya kadar, iki taraflı bir kredi sözleşmesi ile Sendikasyon Kredisi arasında bir fark bulunmamaktadır. Farklı olan husus, sendikasyon kredisi teklifinin bir banka tarafından hazırlanabileceği gibi, bir grup banka tarafından da hazırlanabilmesidir⁷⁴.

Teklif, sağlanmak istenen kredinin tutarı, ne amaçla kullanılacağı, finansman aracı, vadesi, faiz oranı, ücret ve komisyonlar ile kredi anlaşmasında yer alabilecek özel koşulları içermelidir⁷⁵. Teklif üç türlü yapılabilir;

sözleşmelerinin muafiyete ilişkin bölümlerinde, devletin muafiyete hak kazandığı durumlarda bu muafiyetten vazgeçeceği ancak Türk Hukukuna göre devlet mallarının haczedilemeyeceği hususunda hükümlere yer verdiği görülmektedir.

⁷⁴ Hurn, s.19.

⁷⁵ Alaybeyoğlu, s. 7.

1. Endikatif Teklif: Endikatif teklif, teklifi gönderen bankayı teklifteki hüküm ve koşulları aynen uygulayarak krediyi sağlama taahhüdü altına sokmaz. Hüküm ve koşullar detaylandırılmaksızın çok genel olarak belirtilir. Teklifi gönderen banka, bu teklifi sadece müşterisini bilgilendirmek için gönderdiğini ve sendikasyonda yer almayacağını dahi belirtebilir⁷⁶.
2. Azamî Çaba Prensibi (“*Best Effort Basis*”) Çerçevesinde Sunulan Teklif: Bu teklif, fonun piyasadan belirli hüküm ve koşullarda sağlanması amacıyla yapılır; ancak fonun sağlanabileceği kesin değildir⁷⁷. Teklifi yapan banka borçlu lehine krediyi sağlamak için piyasaya çıkacağını belirtir ve piyasadan fonun bulunabilmesi için azamî çabayı sarfetmeyi taahhüt eder. Ancak piyasada yeterli katılım bulamazsa, banka kredi teminini taahhüt etmediğinden borçlu krediyi alamaz⁷⁸. Ayrıca hem teklifi sunan banka, hem de sendikasyona katılmaya istekli bankalar, ortak dokümantasyon üzerinde mutabakat sağlanıncaya kadar kredi taahhüdü altına girmiş kabul edilmezler⁷⁹.
3. Taahhüt Edilmiş Kredi Teklifi: Bu teklif, tam olarak bir icap niteliğinde olup, belirli miktardaki fonu, belirli hüküm ve koşullarla sağlamak amacıyla yapılır. Borçlunun bu teklifi kabul etmesi halinde banka fonu piyasadan

⁷⁶ Apak, s. 73.

⁷⁷ Apak, s. 74.

⁷⁸ Apak, s. 74.

⁷⁹ Donaldson, s. 86.

bulamasa bile borçluya sağlamak zorundadır⁸⁰. Bankanın kredinin tamamı yerine bir kısmını taahhüt etmesi de mümkündür⁸¹. Böyle bir taahhüt altına girmesi halinde banka genellikle bir komisyon ("*underwriting fee*") talep etmektedir⁸².

B) Yetkilendirme

Borçlu, teklifi kabul etmesi halinde, teklif sahibi banka veya bankalara yazılı yetki verir. Ancak bu aşamadan sonra, ilgili banka veya bankalar düzenleyen banka ya da lider banka niteliği kazanırlar⁸³.

Yazılı yetki, münhasırlık esasını taşıması ve yetki belgesi verilen bankanın sendikasyona çıkabilmesi için gerekli liderlik görevlerini ifade etmesi bakımından önemlidir⁸⁴. Yazılı yetki, borçlunun, teklifi kabul beyanı niteliğindedir ve yazılı yetkinin verilmesi ile borçlu ve lider banka arasında bir sözleşme kurulmuş olur⁸⁵. Artık bu aşamadan sonra yazılı yetki içeriği borçlu veya lider banka tarafından tek taraflı olarak değiştirilemez⁸⁶. Yazılı yetki, aynı zamanda hazırlanacak kredi dokümantasyonunun da temelini oluşturur⁸⁷. Yetkilendirme sonrasında lider banka, borçlunun verdiği yetki süresi içinde çalışmalarını tamamlamak zorundadır. Lider banka, sendikasyona katılabilecek bankalarla ve diğer mali kurumlarla irtibata geçer,

⁸⁰ Apak, s. 74.

⁸¹ Hurn, s.21.

⁸² Hurn, s.21.

⁸³ Hurn, s.23.

⁸⁴ Smith/ Walter, s. 25.

⁸⁵ Hurn, s.23.

⁸⁶ Hurn, s.23.

⁸⁷ Hurn, s.23.

ilgilenenlere borçluyu tanıtıcı bilgiler verir ve teklifin ayrıntılarını bildirir⁸⁸. Eğer birden fazla bankanın oluşturduğu grubun görevlendirilmesi söz konusu ise, bankalar kendi aralarında işbölümünü yapar. Bu durumda bankalar hep birlikte lider yöneticiler ("*Lead Managers*") olarak adlandırılır⁸⁹.

Teklifin türüne göre yazılı yetki, taahhüt içeren veya azamî çaba prensibi çerçevesinde verilebilir⁹⁰.

C) Sendikasyona Davet

Yetki belgesinin verilmesini takiben, bankaları sendikasyona davet etmek için bir davet mektubu hazırlanır. Davet mektubunda kredinin hüküm ve koşulları, aranılan katılım miktarı, kredi verenler açısından getirisi gibi konular açıklığa kavuşturulur⁹¹.

Borçlu ve lider banka öncelikle bir bilgi paketine ihtiyaç olup olmadığına karar verirler ve lider banka borçlunun verdiği bilgilere dayanarak bilgi notunun hazırlanması için çalışmalara başlar⁹². Genellikle, devletin borçlu konumunda olduğu kredilerde, ülkenin ekonomik performansı, gelecekteki beklentileri ve sendikasyonu düzenleyen banka ile devletin konu ile ilgili kurumuna ilişkin bilgiler; bir projenin finansmanı söz konusu ise projeye dair bilgiler ve eğer sendikasyon kurumsal bir kredi için

⁸⁸ Apak, s. 75.

⁸⁹ Hurn, s.2.

⁹⁰ Hurn, s.24.

⁹¹ Apak, s. 76.

⁹² Smith/Walter, s.26.

düzenleniyorsa, kurumun tarihçesi, ortaklık yapısı, iştirakleri ve faaliyetleri, kredinin nedeni, kurumun kârlılığı, bilanço eğilimleri ve kurumun yapısı gibi hususları içeren bir bilgi notu hazırlanarak, lider banka tarafından davet mektubu ile birlikte sendikasyona davet edilecek bankalara gönderilir⁹³.

Lider bankanın, bankalara dağıttığı bilgi notunda yer alan bilgilerin yanlış veya eksik olması dolayısıyla, bilgi notunun sunulduğu bankaların tâbi oldukları hukuk düzenlerinde yer alan düzenlemelere göre sorumlu tutulması mümkün olabilmektedir⁹⁴. Bu sorumluluğu ortadan kaldırmak amacı ile lider bankalar hem bilgi notuna, hem de kredi sözleşmesine sorumluluğu sınırlayıcı hükümler koymaktadırlar. Ancak bu hükümler özellikle akdin taraflarından birinin diğerine göre daha güçlü konumda olduğu akitlerde, pek çok hukuk düzeninde kamu düzenine aykırı kabul edilmekte, dolayısıyla ilişkiye uygulanacak hukuka göre geçerliliği tartışma konusu olmaktadır⁹⁵. Bununla birlikte, sendikasyon kredilerinde bankaların eşitsizliğinden söz edilemeyeceğinden sorumluluğu sınırlayan hükümlerin geçersiz sayılmaması gerekmektedir⁹⁶.

D) Kredi Sözleşmesinin İmzalanması

Kredi Sözleşmesinin imzalanması, kredinin borçluya, hangi hüküm ve koşullarda sağlanacağını ortaya koyması nedeni ile, en önemli aşamadır⁹⁷.

⁹³ Apak, s. 76.

⁹⁴ Semkow, dn. 18 vc.

⁹⁵ Semkow, dn. 52 vc.

⁹⁶ Semkow, dn. 53 vc.

⁹⁷ Hurn, s. 87.

Kredi Sözleşmesinin ve eklerinin hazırlanmasında önemli bir nokta, taslağın, teklif ve yazılı yetkide yer alan hükümlerle uyumlu olmasıdır⁹⁸.

Kredi Sözleşmesinin temel beş amacı şu şekilde sıralanabilir:

1. Kredinin ticarî hükümlerini ortaya koymak;
2. Lider banka, borçlu, acenta, kredi temin eden kuruluşlar gibi taraflar arasındaki hukukî ve ticarî ilişkileri düzenlemek;
3. Kredinin borçluya verilmeye başlayıp geri ödemeler sonuçlanıncaya kadar nasıl işleyeceğini ortaya koymak;
4. Taraflardan birinin temerrüde düşmesi veya kredi sözleşmesinde düzenlenen hususlarda bir değişiklik olması halinde ne gibi yöntem ve usullerin izleneceğini düzenlemek;
5. Borçlunun başka borçları olması halinde, bu borçla ve bu borcun alacaklıları ile muhtemel hukukî ve usulî çatışmaları önlemek.

Sendikasyon kredisi sözleşmesinde bu amaçları gerçekleştirmek üzere çoğunlukla standart olarak yer alan hükümler özet olarak aşağıdaki şekilde açıklanabilir:

Kredi sözleşmesinin tarafları: Taraflar, sözleşmedeki sıfatları, hangi hukuk düzeni altında kuruldukları, iş merkezleri gibi hususlar belirtilir.

⁹⁸ Alaybeyoğlu, s. 12.

Kredi Sözleşmesinde geçen metinlerin tanımları: Sözleşmede yer alan bazı terimler tanımlanarak sözleşmenin daha rahat yorumlanması sağlanır. Bu bölümde yer alan tanımlar, metin içinde burada yer alan anlamlarına göre hüküm ifade ettiklerinden önem taşımaktadır.

Kredi miktarı: Sözleşmede, sağlanacak kredi miktarı, kredi miktarının tamamının veya bir kısmının taahhüt edilip edilmediği ya da lider bankanın azamî çaba prensibine göre elde edeceği tutar belirtilir⁹⁹.

Amaç: Kredinin hangi amaçla kullanılacağına belirtilmesi genellikle kredi verenler tarafından istenmektedir. Bu durumda kredi sadece bu amaç için kullanılabilir¹⁰⁰.

Vade: Kredi sözleşmesinin vadesi de kredi sözleşmesinde mutlaka yer alır. Vade kısa, orta veya uzun olabilir¹⁰¹.

Kredinin çekim süresi: Kredinin sözleşme imzalandıktan sonra ne kadar süre içerisinde çekilebileceği belirtilir¹⁰². Eğer rotatif kredi söz konusu ise, borçlunun kredi çekimini ne şekilde yapacağı da mutlaka gösterilmelidir.

⁹⁹ Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, sendikasyon içinde yer alan bir bankanın taahhüt ettiği kredi taahhüdünü yerine getirememesi halinde, sözleşmede genellikle diğer bankaların bundan sorumlu tutulamayacağı ve eksik kısmı tamamlamak zorunda olmayacağı düzenlenmektedir.

¹⁰⁰ Bankalar kredi anlaşmalarında kullanım amacının belirtilmesini tercih etmektedirler, çünkü genel kullanım amaçlı krediler için fon sağlamak, kullanım amacı belli kredilere fon sağlamaktan daha zor olmaktadır. Buna bağlı olarak belirli amacı olan kredilerde maliyetler daha düşük olmaktadır.

¹⁰¹ Uygulamada 1 yıl ve daha az vadeli krediler kısa; 5 yıla kadar vadeli krediler orta ve bunun üzerinde vade belirlenen krediler uzun vadeli olarak adlandırılmaktadır.

¹⁰² Bankalar taahhüt ettikleri kredi miktarından çekiş süresine kadar sorumludurlar bu süre içinde paranın çekilmemesi halinde bankaların sorumluluğu ortadan kalkmaktadır.

Sözleşmelerde genellikle çekim yapılabilmesi için gerekli şartlar bölümü de bulunmaktadır. Bunlar, borçlunun krediden çekim yapabilmesi için gerekli şartlar ile herbir çekim öncesinde yerine getirilmesi gereken şartlardır¹⁰³.

Faiz Oranı: Borçlu için kredi maliyetini en fazla etkileyen unsur faiz oranlarıdır. Faiz oranı kredi vadesi boyunca sabit veya kredi sözleşmelerinde genellikle kabul gördüğü üzere, değişken olabilir. Faiz oranına esas oluşturan *LIBOR*, *FIBOR* gibi değişken faiz oranlarına genellikle taraflar arasında mutabık kalınan ve bankanın üstlendiği riski yansıtan belli bir oran (*spread*) eklenmek suretiyle kredinin geri ödenmesi sırasında uygulanacak faiz oranı saptanır. Borçlunun geri ödeme gücü yüksek olduğunda, bu oranın düşük tutulduğu görülmektedir¹⁰⁴.

Faiz Dönemi: Kredi faizinin hangi aralıklarla ödeneceği belirtilir¹⁰⁵.

Gecikme Faizi: Vadesinde ödenmeyen miktara uygulanacak faiz oranı, faiz oranına gecikme zammı ilave edilmesi ile tespit edilmektedir.

¹⁰³ Çal, s. 28, 29; İlgili güvence belgeleri, varsa garantiler, devlet nezdinde gereken izinlere dair belgeler, borçlu veya garantörün borçlanmasına izin veren kuruluş kanunları ve ilgili mevzuat, hukukî görüşler, taahhüt ve garantilerin geçerliliğinin teyidi, kararlaştırılmış ise senet verilmesi gibi şartlar yer almaktadır. Borçlu ve kredi verenlerin farklı hukuk düzenlerine tâbi olmaları ve kredi verenlerin gerekli belgelerin tamamlanmasına son derece önem vermeleri nedeni ile kredinin kullanılabilir hale gelmesi zaman alıcı bir süreç olmaktadır.

¹⁰⁴ Sözleşmede faize ilişkin hükümler düzenlenirken, nasıl bir oran uygulanacağı, faiz oranının hangi miktarlar için geçerli olacağı, tespit olunan oranın hangi sürelerde uygulanacağını belirlenmesine dikkat edilmelidir.

¹⁰⁵ Örn. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde temsilci vekil tarafından her bir faiz dönemi öncesinde anlaşma hükümleri çerçevesinde seçilen sabit oranın (*LIBOR/FIBOR*) borçluya bildirileceği hususuna sözleşme metninde yer verilmelidir.

Geri Ödeme: Borçlunun almış olduğu krediyi geri ödemesinde esas alınacak hükümler, varsa ödemesiz dönem, geri ödemenin kaç taksitte yapılacağı, kime yapılacağı, erken geri ödemeye izin verilip verilmeyeceđi¹⁰⁶ ve izin veriliyorsa faiz oranında bir değişiklik yapıp yapılmayacağı belirtilir. Kredinin vadesinden önce geri ödenmesi kredi verenlerin insiyatifinde olabileceği gibi borçlunun isteğine de bırakılabilir¹⁰⁷.

Kredinin İptali: Borçlunun krediyi kullanmadan, belirli bir süre önceden haber vermek koşuluyla ve komisyon ödeme şartına bağlı olarak kredi sözleşmesini sona erdirebileceği düzenlenebilir.

Ön koşullar: Kredi sözleşmesinin yürürlüğe girebilmesi için getirilmiş olan ön koşullar düzenlenir. Bunlar kredinin kullanılabilmesini temini için gereken her türlü onay, lisans ve iznin sağlanmış olması ve peşin ödenmesi gerekli her türlü komisyonun ödenmiş olması gibi hususlar olabilir.

Temsil ve Güvenceler (Olumlu Taahhütler): Borçlunun kredi sözleşmesini imzalama yetkisinin bulunduğu, ve bilgi notunda kendisi ile ilgili olarak yer alan bilgilerin doğru olduğu konusunda kredi verenlere güvence verir.

Olumsuz Taahhütler: Sözleşmenin vadesi boyunca borçlu malî yapısıyla ilgili bilgileri ayrıca bir başka kredi sözleşmesindeki temerrüdüne ilişkin bilgiyi

¹⁰⁶ Erken geri ödeme genellikle ayrı bir madde olarak düzenlenmektedir.

¹⁰⁷ Borçlunun faiz dönemi bitmeden geri ödemeye yetkili olduğu hallerde kırık faizden kaynaklanan tazminat sorunu gündeme gelmektedir. Sözleşmelerde bunu önlemek için borçlunun isteği ile

kredi verenlere, veya sözleşmedeki düzenlemeye göre onları temsil eden temsilci vekile vermek zorundadır. Bu bilgiyi vereceğine ilişkin taahütleri ile başkalarına kendi malvarlığı üzerinde izin verilenin dışında (izin verilen tasarruflar da sözleşmede yer almaktadır) bir tasarrufta bulunmayacağını taahhüt eder¹⁰⁸. Olumsuz taahhütler (*Negative Pledges*) borçlunun bir başka anlaşma yaparak başka alacaklılar lehine teminat sağlamasını engellemek amacını güder¹⁰⁹.

Temerrüt: Kredi sözleşmesinden doğan herhangi bir yükümlülüğün ifasında veya kredinin geri ödenmesinde gecikme olması halinde uygulanacak hükümler, temerrüt başlığı altında düzenlenir.

Lider Banka, Yardımcı Bankalar ve Temsilci Vekil/ Temsil Hükümleri:

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, özellikle doğrudan kredi sendikasyonunda, lider banka, yardımcı banka ve temsilci vekilin görev ve sorumluluklarını düzenleyen ayrı bir madde yer almaktadır. Kimi zaman ise ayrı bir madde bulunmaksızın diğer maddeler içerisinde, bu görevleri üstlenen bankaların hak ve yükümlülükleri de düzenlenmektedir.

yapılan geri ödemelerin ancak faiz dönemleri sonunda yapılabileceği yönünde hükümler konulsa da, uygulamada kredi verenlerin zararlarını borçludan talep ettikleri görülmektedir.

¹⁰⁸ Devletin taraf olduğu anlaşmalarda genellikle Merkez Bankası'na ilişkin bilgiler ve ödemeler dengesi tabloları ile IMF'ye verilen bilgiler talep edilmektedir. Taahhütlerin başlıca fonksiyonları, Borçlunun Tüzel Kişiliğinde herhangi bir değişiklik yapılmasını engelleme, borçlunun borcunun diğer borçlarına karşı aynı nitelik ve öncelikli borç halinde kalmasını temin etmek, borçlunun malvarlıklarının nicelik ve nitelik olarak muhafazasını temin etmek, borçlunun anlaşma tahtındaki yükümlülüklerini karşılayabileceği likit varlıklarının muhafazasını temin etmek, borçlunun, mevcut kaynakları ile üstesinden gelemeyerek yeni borçlanmalara ihtiyaç duyacağı ölçüde hızlı büyümesini önlemek, kredi verenlerin borçlunun malî durumunun yakından takibini sağlamak olarak sıralanabilir.

¹⁰⁹ Çal, s. 51.

Uygulanacak Hukuk: Kredi sözleşmesinin hangi hukuka tâbi olacağı hususunda taraflarca yapılan seçim ayrı bir madde ile düzenlenir.

Uyuşmazlıkların Çözüm Mercii: Kredi sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir uyuşmazlığın hangi mercii önünde çözüleceğine ilişkin düzenlemeler taraflarca belirlenerek hüküm altına alınmaktadır. Uygulamada sıklıkla uluslararası tahkim yoluna gidildiği görülmektedir.

Ücret ve Komisyonlar: Taahhüt komisyonu, düzenleme ücreti, yönetim ücreti, kredi ücreti gibi krediyi düzenleyen banka ve yardımcı bankaların, krediyi sağlamak için sarfettikleri çabanın karşılığı olarak alacakları ücretler, ödemelere aracılık eden ve taraflar arasındaki iletişimi sağlayan, temsilci vekilin ücreti ve finansmanın türüne göre akreditif teyit komisyonu, garanti ücreti, mutemetlik ücreti gibi ücretler de kredi sözleşmesinde yer alır.

Masraflar: Lider bankaya yetki verilmesi ile kredi anlaşmasının imzalanmasına kadar geçen süre içerisinde yapılan harcamaların masraflarının kim tarafından karşılanacağı da genellikle kredi sözleşmesi içerisinde düzenlenir. Yaygın olarak, borçlunun üstlendiği masraflar için, borçluyu korumak amacı ile bir üst sınır belirlenmekte ve masrafların belgelenmesi istenmektedir.

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde yer alan pek çok hüküm standartlaşmış olsa da her bir kredinin niteliğine göre belirlenmiş farklı hükümler de bulunmaktadır¹¹⁰.

Katılım sendikasyonunda, lider banka, borçlu ile imzalamış olduğu kredi sözleşmesini ve sadece kendisi tarafından borçludan bağımsız olarak hazırladığı bilgi notunu katılımcı bankalara dağıtmaktadır¹¹¹. Katılımcı bankaların bu belgeleri değerlendirmesi neticesinde her bir katılımcı ile ayrı katılım anlaşmaları imzalanmakta, fakat kimi zaman bu anlaşmalar konusunda borçluya herhangi bir bilgi verilmemektedir¹¹².

V. Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerinin Hukukî Niteliği

Kredi verme işlemini gerçekleştirebilmek, bir başka ifade ile kredi işlemi içine girebilmek için banka ile krediyi talep eden gerçek veya tüzel kişi arasında bir sözleşme yapılması gerekir¹¹³. Banka ile borçlu arasında akdedilen bu sözleşme, kredi sözleşmesi veya kredi açma sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır¹¹⁴.

Bankanın müşterisine nakdî olarak ödediği krediler ile bankanın müşterisi lehine ödeme yükümlülüğüne girerek ona nakit ödeme yapmadan kullandığı gayrinakdî krediler için geçerli olacak hükümlerin tamamının bir

¹¹⁰ Hurn, s.88.

¹¹¹ Semkow, dn. 17 vc.

¹¹² Semkow, dn. 17 vc.

¹¹³ Akipek, Ş.: “*Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi*” Ankara 1999, s.36.

¹¹⁴ Akipek, s. 36; Akyol, Ş.: “*Banka Sözleşmeleri*”, İstanbul 2001, s. 75 vd.

sözleşme ile belirlenmesi mümkündür. Zira, kredilerin kullanılma şekillerinden kaynaklanan farklılıklar dışında tarafların yükümlülükleri aynı kalmaktadır¹¹⁵. Banka, sözleşme ile belirlenen krediyi kullanırmak, kredi borçlusu ise, nakden aldığı krediyi vadesinde geri ödemek, nakde dönüşecek gayrinakdî kredi bedelini ödemek ve bankaya hizmetleri karşılığında faiz ve komisyon ödemek yükümlülüğü altındadır¹¹⁶.

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde de, temel hukukî ilişki borçluya kredi verme işleminin birden fazla alacaklı tarafından gerçekleştirilmesidir. Doktrinde, kredi sözleşmelerinin hukukî niteliği üzerinde çok tartışılmış olmakla birlikte sendikasyon kredisi sözleşmelerinin özellikleri dikkate alınmak sureti ile hukukî nitelikleri irdelenmemiş daha çok uygulamaya yönelik sorunlar üzerinde durulmuştur. Bu nedenle, sendikasyon kredisi sözleşmelerinin hukukî niteliği incelenirken, sendikasyon kredisi sözleşmelerinin özü itibari ile banka kredi sözleşmeleri ile aynı niteliği taşıması nedeni ile kredi sözleşmelerinin hukukî niteliğini ortaya koyan görüşlere yer verilmiş ve bu görüşlerden hareketle sendikasyon kredisi sözleşmelerinin hukukî niteliği saptanmaya çalışılmıştır.

¹¹⁵ Alıcı, s. 63, 64.

¹¹⁶ Alıcı, s. 64.

A) Genel Olarak Kredi Sözleşmelerinin Hukukî Niteliğine İlişkin Görüşler

1. Karz Vaadi Görüşü:

Bir kısım yazarlar, kredi sözleşmesini ileride yapılacak karz akdini hazırlamak amacını güden bir ön akit şeklinde görürler¹¹⁷. Bu görüş temsilcileri, kredi sözleşmesi ile bankanın tek taraflı borç altına girdiğini kabul ederler¹¹⁸. Ancak kredi alanın para çekmek için her defasında yeniden bir karz akdi yapması gerekmediğinden, karz vaadi görüşü isabetli değildir. Kaldı ki burada karzdan başka sözleşmelerin, örneğin kefalet veya garanti sözleşmesinin yapılması vaadlerinin bulunduğu da söylenebilir¹¹⁹. Bunun yanısıra tarafların ikinci bir sözleşme yapmak gibi bir amaçları bulunmamaktadır.

2. Karz Sözleşmesi Görüşü

Borçlar Kanununun¹²⁰ 306 ve devamı maddelerinde düzenlenen karz sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar paranın yahut diğer misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimsenin buna karşı miktar ve vasıfta müsavî aynı neviden şeyleri geri vermekle mükellef olduğu bir akittir. Ticaret muamelelerinde şart edilmemiş olsa dahi faiz

¹¹⁷ Feyzioğlu, F.N.: “*Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri)*”, C. 1, B. 3, İstanbul 1978, s. 733.

¹¹⁸ Alıcı, s. 64.

¹¹⁹ Tandoğan, H.: “*Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nevileri*” C. 1, B.2, Ankara 1974.

¹²⁰ RG. 8.05.1926-366.

verilmesi gerekmektedir¹²¹. Karz akdinde faiz serbestçe kararlaştırılabilir.

Kredi sözleşmeleri, karz sözleşmelerine yaklaşmakla birlikte, karzın konusu sadece bir para veya misli malın ödünç verilmesidir. Kredi sözleşmesinin konusu ise daha geniştir ve bununla para ödenmesinin yanında, aval verilmesi, kredi veren üzerine keşide olunacak poliçelerin kabulü, kredi açılan lehine kefalet ve garanti taahhüdünde bulunulması kararlaştırılabilir¹²².

Ayrıca bazı kredi sözleşmelerinde, kredi müşterisine belirlenen limite kadar krediyi kullanma hususunda bir hak tanınır. Oysa karzda ödünç verenin ödünç konusunun mülkiyetini karşı tarafa geçirmek gibi bir mükellefiyeti vardır ki bu, emre amade tutmaktan farklıdır¹²³. Ayrıca, bazı kredi sözleşmelerinde alınan paranın geri ödenmesi ile sözleşme sona ermemekte; limit dahilinde olmak üzere aynı sözleşmeye dayanılarak birçok kez para çekilip yatırılabilir¹²⁴.

3. Çok Aşamalı *Sui Generis* Sözleşme Görüşü

Almanya ve İsviçre’de çok sayıda temsilcisi bulunan bu görüş uyarınca, kredi sözleşmesi çok aşamalı *sui generis* bir sözleşmedir. İlk

¹²¹ Türk Ticaret Kanunu, m. 8/I.

¹²² Alıcı, s. 65; Tandoğan ,s. 524; Zevkliler A.; “*Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*”, B. 4, Ankara 1994, s.164.

¹²³ Alıcı, s. 65.

¹²⁴ Feyzioğlu, s. 734.

aşamayı kredinin açılmasının hazırlığı oluşturur¹²⁵. Bu ilk aşama, çeşitli tür kredi sözleşmelerinin dayanağını teşkil eden genel bir sözleşme niteliğindedir. İzleyen aşamalarda karşımıza çıkan kredi sözleşmeleri, kredinin türüne göre ödünç, satım veya iş görme sözleşmesi niteliğini taşıyabilir¹²⁶

Kredi kullanılması ile kredi sözleşmesi varlığını devam ettirdiğinden ve taraflar çok aşamalı bir sözleşme yapılması ve bu yönde hak ve yetkiler tanınması yönünde bir amaç taşımadıklarından bu görüş de kabul edilemez niteliktedir¹²⁷.

4. Karma Sözleşme Görüşü

Karma sözleşmeler, kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların kanunun öngörmediği tarzda biraraya gelmesi ile vücut bulan sözleşmelerdir¹²⁸. Kredi sözleşmelerinde, karz, carî hesap, kredi alana kefil olma vaadi, onun çekeceği poliçeleri kabul etme vaadi gibi akıtların bir karması mahiyetini görenler vardır¹²⁹. Bununla birlikte, kredi sözleşmesinin unsurları kanunda öngörülen sözleşmelere benzemekle birlikte onlardan farklıdır. Bu nedenle karma sözleşme

¹²⁵ Alıcı, s. 66.

¹²⁶ Alıcı, s. 66; Alıcı, T.: “*Türk Hukukunda Banka Genel Kredi Açma Sözleşmesi*”, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul, 1990, s. 65.

¹²⁷ Alıcı, s. 66.

¹²⁸ Tandoğan, s. 32, 33.

¹²⁹ Tandoğan s. 524; Alıcı, s. 66.

görüşü kredi sözleşmelerinin hukukî niteliğini açıklamakta yetersiz kalmaktadır¹³⁰.

5. Kendisine Özgü Yapısı Olan Sözleşme Görüşü

Kendisine özgü yapısı olan sözleşme görüşüne göre, kredi sözleşmesi bağımsız ve kendine özgü bir sözleşme olup, kredi vereni, tek bir borç (kredi verme borcu) çerçevesi içinde çeşitli edimlerde bulunma yükümlülüğü altına sokar¹³¹. Buna göre kredi verenin çeşitli nitelikteki ifaları tek bir kredi verme borcundan doğmaktadır¹³².

Kredi sözleşmesinin borçlar hukukunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden herhangi birisine tam olarak uyduğunu söylemek mümkün değildir¹³³. Bu nedenle kredi sözleşmesinin kendine özgü yapısı olduğunu ve *sui generis* bir karakter taşıdığını belirlememiz gerekir¹³⁴.

Kredi sözleşmelerinin tek aşamalı olduğuna şüphe yoktur. Çünkü hem kredi alanın hem kredi verenin borcu bu sözleşmeden kaynaklanmakta, kredi alan, krediyi kullanmasa bile, sözleşme ile bağlı olmasının getirdiği bazı sonuçlara katlanmak zorunda kalmaktadır¹³⁵.

¹³⁰ Alıcı, s. 66.

¹³¹ Alıcı, s. 67.

¹³² Alıcı, s. 67.

¹³³ Akipek, s. 41.

¹³⁴ Akipek, s.41.

¹³⁵ Akipek, s. 42.

Kredi sözleşmesi her ne kadar kendine özgü bir sözleşme olsa da, kanunî düzenlemesi bulunmadığından somut olaylarda tarafların akdettiği sözleşme hükümlerinin yetersiz kalması durumunda, niteliğine aykırı olmadıkça, kredi sözleşmesine karz sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür¹³⁶.

B) Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerinin Hukukî Niteliğinin Saptanması

Kredi Sözleşmelerinin hukukî niteliğine yönelik tartışmaların ve varılan sonuçların özellikle doğrudan kredi sendikasyonu söz konusu olduğunda, kredi verenler ve borçlu arasındaki ilişkiyi düzenleyen sendikasyon kredisi sözleşmesi için de geçerli olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Sendikasyon kredisi sözleşmelerini diğer kredi sözleşmelerinden ayıran unsurları ile ele aldığımızda, birden fazla kredi verenin ve kredi verenleri temsil eden ve kredi sözleşmesinin hükümlerinin uygulanmasını takip eden temsilci vekilin varlığının sendikasyon kredisi sözleşmelerinin *sui generis* niteliğini güçlendirir nitelikte olduğu görüşünderiz. Ayrıca katılım sendikasyonu ve karma sendikasyonda, kredi sözleşmesini imzalayan kredi veren(ler) ile kredi sözleşmesinin imzalanmasından sonra sendikasyona katılanlar arasında bir başka hukukî ilişki doğmaktadır. Katılım sözleşmesi olarak adlandırdığımız bu sözleşmenin hukukî niteliği de sendikasyon kredisi sözleşmesinde bağımsız ayrı bir tartışma konusudur.

¹³⁶ Akipek, s. 42; Alıcı, s. 68; Tandoğan s. 524.

VI. Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerinin Uluslararası Niteliği ve Yabancılık Unsuru

Devletler özel hukuku meselelerinden biri olan uygulanacak hukuk sorununun, sendikasyon kredisi sözleşmeleri bakımından tartışma konusu yapılabilmesi için sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, birden fazla hukukun uygulanabilmesi ihtimalini ortaya çıkaran uluslararası niteliğin tartışılması ihtiyacı bulunmaktadır. Zira, çeşitli ülkelerin mahkeme kararlarında, iç hukukun uygulama alanının zedelenmesinden kaçınıldığı, ancak fiili öğeleri ile birden çok hukuk düzenini ilgilendiren sözleşmelerin iç hukuk düzenlemelerinin etkisi altından çıkabilecek sözleşmeler olarak değerlendirildiği görülmektedir¹³⁷.

Yabancılık unsuru ve uluslararası unsur kavramları doktrinde tartışılmıştır. Bir görüşe göre, objektif açıdan iki veya daha çok ülke ile bağlantılı sözleşme, uluslararası sözleşmedir. Bu sözleşmeden doğan ihtilâf hangi ülkenin mahkemesinde görülürse görülsün, uygulanacak hukuk kanunlar ihtilâfı kurallarına göre tespit edilecektir. Yabancılık unsuru taşıyan sözleşme ise daha geniş bir içeriğe sahiptir. Buna göre sözleşme bir ülkeye göre yabancılık unsuru taşıırken diğerine göre taşımayabilir.

¹³⁷ Çakalır, Y.: “Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü”, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hâtırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s. 477.

Fransız Yargıtayının bir kararına göre; “bir devletin sınırları ötesinde mal ve para transferine ilişkin sonuçlar doğuran ilişkiler milletlerarası olarak kabul edilecektir.” Bu görüş sözleşmenin sınırlar ötesi ekonomik sonuçlar doğuran sözleşmelerin yerel ilişkilerden farklı olarak uluslararası karakterli sayılmasını sağlayacak ayrıca sözleşmeyi yabancı unsurlu hale getirecektir¹³⁸.

Doktrinde ileri sürülen görüşlerden hareketle, uluslararası sözleşmelerle, yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler arasında bir ayırım yapmak ve bu ayırımın esasını belirlemek oldukça zordur. Bir sözleşmenin uluslararası nitelikte kabul edilebilmesi için, bu sözleşmeye yabancılık unsuru veren kıstasın objektif olması gerekir. Böyle bir sözleşmeden doğan ihtilâf hangi ülkenin mahkemesinde görülürse görülsün, uluslararası niteliğe sahip kabul edilecektir. Oysa yabancılık unsuru taşıyan sözleşmeler daha geniş bir içeriğe sahiptir¹³⁹. Örneğin iki Alman vatandaşı arasında Almanya’da akdedilmiş bir sözleşme dolayısıyla meydana gelmiş bir uyuşmazlık bir şekilde Türk mahkemelerinin önüne gelmiş ise Türk yargıç bakımından yabancılık unsuru bulunmasına rağmen bu sözleşme uluslararası nitelik taşımayabilir.

Amerikan ve Fransız yargı kararlarında sözleşmelerin uluslararası niteliğinin belirlenmesinde tarafların milliyetleri, müzakerelerin yapıldığı yer ve

¹³⁸ Çavuşoğlu, A.: “*Factoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Factoring Sözleşmesi*” İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi (Çoğaltılmış Nüsha), İstanbul 2000, s. 152.

¹³⁹ Çavuşoğlu, s.154.

müzakerelerin niteliği ile sözleşmenin konusu gibi unsurlar dikkate alınarak değerlendirme yapılmaktadır¹⁴⁰.

Uluslararası nitelikli sendikasyon kredisi sözleşmeleri borçlunun tâbiyetinde bulunduğu ülkeden farklı bir yerde bulunan bir veya daha fazla bankanın idaresinde, farklı ülkelerdeki bankaların katılımı ile gerçekleştirilen ve borçluya kendi ülke parasından başka bir para birimi ile kredi imkanı sağlayan sözleşmeler olarak tanımlanabilir¹⁴¹. Bu tanımdan hareketle sendikasyon kredisinde birbirinden farklı tâbiyetlerde katılımcı statüsündeki kredi verenler ile borçlunun tabiyetinde bulunduğu ülkeden farklı bir yerde bulunan lider veya düzenleyici banka statüsündeki bir veya daha fazla kredi veren bulunmaktadır. Ayrıca, borçlunun tâbi olduğu ülkenin para birimi dışındaki bir para birimi ile işlem yapma imkanı getirmesi de uluslararası niteliğin bir parçası olarak tanımlanmaktadır.

Bu tanımda yer almamakla birlikte, sendikasyon kredisi sözleşmelerinin uluslararası niteliğini ortaya koymak bakımından bu sözleşmelerin müzakerelerinin birden çok ülkede yapılması olasılığı; farklı hukuk düzenlerine tâbi tarafların bulunması, uluslararası sendikasyon kredisi sözleşmesinin borçlunun ülkesinde uygulanma kabiliyeti olan bir sözleşme olmasının önemi ve borçlunun kredi verenlerin vermiş olduğu kredinin geri ödenmesinin teminatı olarak verdiği garantilerin her halükarda borçlunun

¹⁴⁰ Karş. Delaume, G. R.: “*What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma*”, ICLQ, C. 28, s. 262-270 (International Contract).

¹⁴¹ McDonald, R. P.: “*International Syndicated Loans*”, Euromoney Publications, 1982, s. 12.

mallarının bulunduğu ülke hukukuyla irtibatlı olması nedeniyle kredi sözleşmesinin hazırlanmasının farklı ülke hukukları hakkında bilgi sahibi olunmasını gerektirmesi; bu nedenle farklı ülkelerin hukukçularının müzakerelere danışmanlık yapmaları ve genellikle sendikasyon kredisi sözleşmelerinin ekinde yer alan hukuk mütalaaları hazırlamaları da değinilmesi gereken hususlardır.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri, konusu itibariyle ekonomik bir değerin –ki bu genellikle para olarak ortaya çıkmaktadır - bir ülkeden bir başka ülkeye transferini içermektedir ve miktarların büyüklüğü sebebi ile uluslararası ticar menfaatleri etkileyecek niteliktedir. Bu yönüyle, sendikasyon kredisi sözleşmelerinin uluslararası nitelikte olduğunun belirlenmesi, Fransız mahkemelerinin sözleşmenin uluslararası olarak nitelendirildiği davalarda benimsediği ekonomik yaklaşıma¹⁴² ve Amerikan mahkemeleri tarafından benimsenen ve sözleşmenin uluslararası olarak nitelendirilmesinde sözleşmenin farklı ülkelerle ilişkili olması ve sözleşmenin tarafların faaliyet alanındaki ekonomik etkisini dikkate alan yaklaşıma uygun dřmektedir¹⁴³.

¹⁴² Delaume, International Contract, s. 269.

¹⁴³ Delaume, International Contract, s. 268.

İKİNCİ BÖLÜM

SENDİKASYON KREDİSİ SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUKUN BELİRLENMESİ

Uluslararası ticarî ilişkilerin ülke içinde gerçekleştirilen ticarî ilişkilere göre daha fazla risk taşınması; ithalat-ihracat yasakları, belli bir ülkeye ambargo uygulanması, belirli bir ülke mallarına karşı uygulanan kotalar gibi ülkelerin dış ticareti ile bağlantılı hususların ülke içi ticarî ilişkilere göre, ilave risk faktörleri olarak görülmesi nedeni ile uluslararası ticarî ilişkilerden doğan uyuşmazlıklara uygulanacak hukukun tespiti önem kazanmaktadır¹⁴⁴.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri, uluslararası ticaret hayatının önemli bir parçası haline gelmiştir. Özellikle, büyük yatırım projelerinin hayata geçirilmesi sırasında ihtiyaç duyulan fonların sağlanmasında veya dış ticaretin finansmanında devletler veya yatırımcı firmalar tarafından talep edilen bir finansman modeli olarak uygulanmaktadır.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri, birbirine benzer nitelikte, neredeyse standartlaşmış hükümler içermekte olup, genellikle sözleşme maddelerinden birinde uygulanacak hukukun tarafların iradeleri ile tespiti yoluna gidildiği görülmektedir.

¹⁴⁴ Doğan, V.: “*Uluslararası Ticarete Banka Teminat Mektupları*” Ankara 1999, s. 66 (Teminat).

Bununla birlikte, çalışmamızda böyle bir hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde, öncelikle genel olarak sözleşmeye uygulanacak hukuk sorunu ile ilgili tartışmaların belirtilmesi ve sendikasyon kredisi sözleşmelerinin özellikleri ile tarafları arasındaki ilişkiler ayrı ayrı incelemek suretiyle, sendikasyon kredisi sözleşmelerinde uygulanacak hukukun belirlenmesinde dikkate alınacak kriterler ve bağlama kuralları ortaya konmaya çalışılmıştır.

I. Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

A) Genel Olarak

Geleneksel devletler özel hukuku metodu, yabancılık unsuru içeren bir olaya uygulanacak yetkili kanunun tespitinde, hukukî ilişkilerin niteliğinden hareket ederek soyut nitelikteki bu hukukî ilişkilerin niteliğine göre, unsurlarından birisine ağırlık vermektedir. Kendisine ağırlık verilen unsur, o hukukî ilişkinin odak noktasını oluşturmakta ve bu unsurdan hareketle belli bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk belirlenmektedir¹⁴⁵.

Sözleşmelerde ortaya çıkan hukukî ilişkiler tarafların isteklerine bağlı olarak oluşmaktadır. Sözleşmelerin içeriği, kapsamı, sona erişi taraflarca kararlaştırılabilmektedir. Çoğu hukuk düzeninde, iç hukukta varolan bir takım emredici kurallara rağmen “sözleşme serbestisi” ilkesi benimsenmiştir. İç hukukta sözleşmeler alanında tanınan bu serbestî devletler özel hukukunda

¹⁴⁵ Menekşe, A. M.: “*Haksız Fiiller Alanından Örneklerle Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu*”, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hâturasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 507.

farklı nitelikte olmakla birlikte “hukuk seçimi” veya “irade muhtariyeti” denilen kavramın ve bununla uyumlu tatbikatın gelişmesine yol açmıştır¹⁴⁶. Sözleşmeler alanında taraf menfaatinin ağır basması, taraf menfaatinin söz konusu olduğu diğer hallerde, “kişinin hukuku ve aile hukuku ilişkilerindeki” gibi millî hukukun değil, tarafların seçtikleri hukukun uygulanması ile sonuçlanmıştır¹⁴⁷.

Sözleşmeye uygulanacak hukukun tespitinde önerilen bağlama kurallarını, seçilen hukuk ve objektif olarak tespit edilen hukuk olarak iki grupta toplamak mümkündür.

1. Hukuk Seçimi

Sözleşmelerin tarafların özgür iradelerinin bir ürünü olmaları sonucu, sözleşmelerde bir süreklilik bulunmaması¹⁴⁸ nedeni ile devletler özel hukukunda oturmuş bir bağlama kuralı düzeni oluşturma bakımından ortaya çıkan boşluğun yine sözleşmeyi yapanların iradelerine başvurulması önerilmiştir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Tekinalp G.: “*Milletlerarası Özel Hukuk*”, B. 5, İstanbul, 1995, s. 244 (MÖH); Çelikel, A.: “*Milletlerarası Özel Hukuk*”6. B, İstanbul 2000, s. 255; Nomer, E.: “*Devletler Hususî Hukuku*”, B. 11, İstanbul 2002, s. 263 vd.; Sargın, F.: “*Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk*”, Ankara 2002, s. 34 vd. (Lisans).

¹⁴⁷ Tekinalp, MÖH., s. 244.

¹⁴⁸ Çakalır, s. 457.

¹⁴⁹ Çakalır, s. 457.

Sözleşen tarafların aralarında yapmış oldukları sözleşmenin, akit statüsünü belirlemeleri, yani yapmış oldukları sözleşmeyi belirli bir hukuka tâbi tutabilmeleri “irade muhtariyeti” esas olarak anılmaktadır.

Her ne kadar tarihsel süreç içerisinde, tarafların yapmış oldukları hukuk seçimi ile, hakimin sıkı sıkıya bağlı olmayacağı, böyle bir kaydın varlığının tarafların sözleşmeyi yerleştirmek istedikleri hukuk konusundaki iradelerinin bir beyanı olarak kabulü gerektiği, fakat hakimlerin gerektiğinde sözleşmenin bütün koşullarından anlaşılabilir akit statüsünü, hukuk seçiminin göstermediğine karar verebilecekleri yönünde görüşler¹⁵⁰ ortaya atılmış ise de ilk olarak *Molinaeus*, daha sonra *Savigny* tarafından ileri sürülen, İngiliz hukukunda ise on sekizinci yüzyıldan beri gelişerek yerleşen sözleşmelerde hukuk seçimi ilkesi, günümüzde uluslararası alanda kabul edilmiş, hemen bütün ülkelerin kanunlarına girmiş, bir çok milletlerarası sözleşmede ve 1980 tarihli Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Avrupa Birliği Sözleşmesinde (Roma Sözleşmesi) de sözleşmelere uygulanacak ilk bağlama kuralı olarak düzenlenmiştir¹⁵¹.

Uygulanacak hukukun belirlenmesinde taraf iradelerine verilen öncelik ile, tarafların hukukî ilişkiyi en adil ve doğru biçimde değerlendirecekleri kabul edilmekte¹⁵² ve taraflara kendi ilişkilerine en yakın gördükleri, özel menfaatlerini en iyi şekilde koruduğunu düşündükleri, önceden bilebilecekleri

¹⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Çakalır, s. 470-476.

¹⁵¹ Çavuşoğlu, s. 161.

¹⁵² Tekinalp, MÖH., s. 25.

bir hukukun uygulanmasını sağlama imkânı verilmektedir. Ayrıca tarafların yapacakları hukuk seçimi, ileride aralarında sözleşme ilişkisinden dolayı bir ihtilaf çıktığında, ihtilafın hangi hukuk kuralına göre çözümleneceği sorununda hakim veya hakemlere önemli bir kolaylık sağlayacak ve daha sonra sözleşmenin mahiyetine uygun olmayan muhtemel ve tesadüfî bir hukukun uygulanmasına kısmen de olsa engel olacak ve en önemlisi taraflar için sözleşmenin sonuçlarını önceden tahmin edilebilir ve belirgin kılacaktır.

Sözleşmelerde hukuk seçimi yapıldığında, bununla tarafların seçtikleri hukukun maddî hükümlerini seçtikleri genel kabul görmektedir. Bununla birlikte sözleşmelerde herhangi bir tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde, açık olarak, seçilen hukukun kanunlar ihtilafına ilişkin kurallarının uygulanmayacağına dair düzenlemelere rastlanılmaktadır.

Hukuk seçiminin yapılma zamanına ilişkin herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Tarafların genellikle sözleşme ile birlikte hukuk seçimi konusunda mutabakata vardıkları görülmektedir. Bununla birlikte uyuşmazlık aşamasında dahi tarafların hukuk seçimi yapmaları olanaklıdır, ancak sonradan yapılacak bu hukuk seçiminin üçüncü şahısların haklarına zarar vermemesi zorunludur¹⁵³. Ayrıca, Roma Sözleşmesi uyarınca sözleşme yapıldıktan sonra esasa uygulanacak hukuk konusunda taraflarca yapılacak her değişiklik Roma Sözleşmesinin 9. Maddesinde belirtilen kanunlar ihtilâfı kuralının gösterdiği hukuka uygun olarak yapılan sözleşmenin geçersizliği

¹⁵³ Nomer, s. 266.

sonucunu doğurmayacaktır. Bu durumda yapılan sözleşmenin şekli geçerliliği önceden seçilen hukuka, hükümleri ise sonradan seçilen hukuka tâbi olacaktır¹⁵⁴.

Hukuk seçiminin açık olarak ifade edilmesi gerekip gerekmediği, zımnî hukuk seçiminin geçerliliği doktrinde tartışma konusu olmuş, farklı ülkelerde farklı şekilde kabul görmüştür. Zımnî hukuk seçimi, sözleşen tarafların açık bir irade beyanı olmamasına rağmen, ilişkilerine belli bir hukukun uygulanacağı yolunda karşılıklı uyuşan bilinç durumunu ve bunu açıklamak istediklerini gösteren bir zımnî irade¹⁵⁵ ortaya koydukları durum olarak açıklanabilir. Bir diğer deyişle, bir başka hukukun belirlenmesi yönündeki iradenin mutlaka açıkça ortaya konmuş olmasının gerekli olmadığı, sözleşme hükümleri ve olaylardan, başka bir hukukun seçimine dair iradenin oluştuğunun anlaşılmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir.¹⁵⁶

Genel olarak, hukuk seçiminin açık ya da zımnî olarak yapılabileceği kabul görmektedir. Avusturya Devletler Özel Hukuku Kanununun 35. maddesinde “borç ilişkileri tarafların açıkça ya da zımnî kabul ettikleri hukuka tâbidir. Tarafların belirli bir hukuk düzenini ölçüt olarak almış olduklarının durumdan anlaşılması halinde, zımnî hukuk seçiminin varlığından bahsedilir.”¹⁵⁷ hükmü yer almaktadır. Yine devletler özel hukuku

¹⁵⁴ Ekşi, N.: “*Akitten Doğan Borç İlişkilerine uygulanacak Hukuk Hakkında AET Konvansiyonu*”, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (Çoğaltılmış Nüsha), İstanbul 1983, s. 45.

¹⁵⁵ Çakalır, s. 495.

¹⁵⁶ Blom, J.: “*Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract*”, The Canadian Yearbook of International Law, 1978, S. XVI, s. 232.

¹⁵⁷ Çavuşoğlu, s.106, dn. 503.

alanında pozitif düzenlemeye sahip İsviçre hukukunda da hukuk seçiminin ya açıkça yapılması ya da sözleşmenin hükümlerinden veya koşullarından kesin bir biçimde çıkartılabiliyor olması koşulu aranmaktadır¹⁵⁸. Zımnî hukuk seçiminin araştırılmasında, hakimin mutlak bir takdir yetkisine sahip olmadığı, öncelikle tarafların gerçek iradelerini araştırmakla sınırlandırıldığı görülmektedir. Zımnî hukuk seçiminin varlığı araştırılırken hem sözleşmede yer alan ifadeler hem de halin özelliklerine bakılacaktır. Halin özelliklerinden ve sözleşmede yer alan ifadelerden hukuk seçimine ilişkin bir sonuca varılabiliyorsa bu hukuk uygulanacaktır, aksi halde objektif bağlama kurallarının işaret ettiği hukukun uygulanması yoluna gidilecektir.

Zımnî iradenin de tespit edilemediği hallerde, farazî veya muhtemel iradenin aranması gerektiğini ileri sürenler tarafların aralarındaki sözleşme ilişkisine uygulanacak hukuku kendi iradeleri ile açık veya zımnen tespit etmedikleri durumlarda, sözleşmeye uygulanacak hukukun yetkili olarak seçildiği varsayılan hukuk olduğu düşüncesindedirler. Bu görüş taraftarları farazî iradeden hareketle yetkili hukuku tespit etme görevini, uyuşmazlığı çözmekle görevli hakim veya hakemlere bırakmışlardır¹⁵⁹. Ancak aslında burada tarafların gerçek iradeleri değil, aktin mevcut objektif şartları gözönünde tutularak taraflar için en uygun hukuk tayin edileceğinden, böyle bir hukuku tayin etme yetkisini hakime bırakmaktansa, doğrudan doğruya objektif ölçülerden hareket etmek daha doğru olacaktır¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Bkz. IPRG., m. 116/2.

¹⁵⁹ Doğan, Teminat, s. 75; Göğer, s. 295 vd.; Nomer, s. 268; Tekinalp, MÖH, s. 248; Uluocak, N.: “*Kanunlar İhtilâfi-Yasama Yetkisi Kuralları*”, İstanbul 1971, s. 144.

¹⁶⁰ Nomer, s. 268; Doğan, Teminat, s. 75.

Tarafların müşterek iradeleri ile seçmiş oldukları hukukun, akdî borç ilişkilerinde, akit statüsünün belirlenmesinde gözönüne alınacak ilk basamak olduğu hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Bununla birlikte uluslararası unsur taşıyan sözleşmeler bakımından taraflara tanınmakta olan irade muhtariyeti ilkesine çeşitli açılardan sınırlamalar getirilmesinin de kabul edildiği görülmektedir¹⁶¹.

Hukuk seçimini seçilebilecek hukuk düzenleri bakımından sınırlayan bir takım görüşler, tarafların aralarındaki sözleşmeye uygulanmak üzere ancak sözleşme ile bağlantılı ülke hukuklarından birini seçebileceklerini ileri sürmektedirler. Bir başka görüş ise tarafların, tanınmaya değer menfaatlerinin bulunduğu herhangi bir hukuk düzenini seçme konusunda özgür olmaları gerektiğini vurgulamaktadır. Bir üçüncü görüş ise, tarafların kendi menfaatlerini en iyi şekilde koruyacakları düşüncesinden hareketle, hukuk seçiminin, sınırlanmaması gerektiğini savunmaktadır¹⁶².

Kanımızca, hukuk seçiminin, seçilebilecek hukuk düzeni açısından getirilen sınırlamalar mümkün olduğu kadar dar yorumlanarak, tarafların iradelerine iyiniyetli ve makul kabul edilebilecek seçimler yapıldığı ölçüde öncelik verilmesi yoluna gidilmelidir. Özellikle eşit taraflar arasında akdedilmiş olan sözleşmeler bakımından uluslararası ticarî hayatın

¹⁶¹ Doğan, Teminat, s. 77; Göger, s. 309 vd.; Nomer, s. 265 vd.; Sargın, Lisans, 42 vd.; Tekinalp, MÖH, s. 245 vd.

¹⁶² Doğan, Teminat, s. 78, 79.

gerektirdiği belirliliğin sağlanması bakımından, tarafların yapmış olduğu hukuk seçimine geçerlilik sağlayacak yorumlara başvurulması önemlidir.

Günümüzde, uluslararası ticarî ilişkilerin söz konusu olduğu durumlarda millî bir hukukun yetkili kılınmasının dahi gerekli olmadığı yönünde görüşler ortaya atılmaktadır. Uluslararası ticarî ilişkilere mahsus kuralları oluşturan ve uluslararası ticarî ilişkileri düzenleme amacına hizmet edeceği düşünölen, uluslararası anlaşmalar, uluslararası örf ve adet hukuku kuralları gibi bir kısım hukuk kaynakları en geniş anlamda *lex mercatoria* olarak ifade edilmektedir. *Lex Mercatoria*, bir sözleşmede uygulanacak hukuk olarak belirlenebilir mi? Bu sorunun cevabı tartışmalıdır. *Lex Mercatoria*'nın kanıtlanabilirliği ve *lex mercatoria* içinde etraflı bir kurallar bütününü bulmaktaki güçlüğün, *lex mercatoriayı* uygulanacak hukuk olarak tespit etmekte karşılaşılan en önemli sorun olduğu ifade edilmektedir¹⁶³. En geniş anlamda, uluslararası alanda yeknesak kurallar oluşturulmasını amaçlayan anlaşmalar, hukukun genel prensipleri, devletler hukuku kuralları, uygulamada ortaya çıkan tip sözleşmeler, uluslararası organizasyonların kuralları *lex mercatoria*'ya dahil kurallar olarak kabul edilmektedir. Daha dar bir yorumla ise, genel esaslardan ve uluslararası ticarî ilişkilerde hiç bir millî hukuk düzeni ile bağlantısı olmaksızın kendiliğinden ortaya çıkan ve gelişen ticarî örf ve âdet kuralları *lex mercatoria*'yı oluşturmaktadır¹⁶⁴.

¹⁶³ Fortier, L.Y.: "New Trends in Governing Law: The New Lex Mercatoria, or, Back to the Future", *ICSID Review*, C. 16, S.1, Spring 2001, s. 11.

¹⁶⁴ Doğan, Teminat, s. 84; Fortier, s. 11.

Özellikle uluslararası ticarî ilişkileri düzenleyecek uluslararası ortak bir hukuk belirlenmesi yönündeki yeni yaklaşımların, uygulamacıların eksikliğini ileri sürdüğü hususların giderilmesi yönünde çalışmalarla ortaya çıktığı gözlenmektedir¹⁶⁵. 1994-1995 yılları arasında yapılan çalışmalar *lex mercatoria*'nın sadece teorik tartışmalarda sınırlı kalmayıp, uygulamaya aktarılabilmesi için ortaya konan çabanın bir göstergesidir. Mayıs 1994'de Özel Hukukun Yeknesaklaştırılması amacını güden Uluslararası Ticarî Sözleşmelere İlişkin İlkeler (*UNIDROIT* İlkeleri) bu yönde bir çabanın eseridir.

Hukuk seçiminin belirli sözleşme tipleri açısından sınırlamalara tâbi tutulması devletler özel hukukunda kabul görmektedir. Bu sınırlamaların genellikle sosyal içerikli akitler bakımından yer aldığı görülmektedir. MÖHUK'da¹⁶⁶ özel akit tipleri veya grupları bakımından ayrı bağlama kuralları ihdas edilmediğinden iş akitleri veya tüketici akitleri gibi sosyal içerikli akitler bakımından da hukuk seçiminde bir sınırlamaya rastlanmamaktadır, ancak doktrinde yapılan tartışmaların ve maddi hukuka ilişkin pozitif düzenlemelerin emredici niteliği söz konusu olduğunda, örneğin tüketici akitlerinde seçilen hukukun uygulama alanının objektif akit statüsünün emredici hukuk kuralları ile sınırlandırılabilceği görülmektedir¹⁶⁷.

¹⁶⁵ Fortier, s. 14.

¹⁶⁶ RG. 22.05.1982-17701

¹⁶⁷ Örn. Roma Sözleşmesi m. 5 için bkz. Güngör, G.: "*Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması*", Ankara 2000, s. 84 vd; bkz ayrıca, Doğan, V.: *Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması*, MHB, Y. 15, S. 1-2, 1995, s. 21-42 (Zayıf Âkit Taraf); Doğan, V. *İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti*, Ankara 1996 (İş Akdi).

2. Objektif Bağlama Kurallarından Hareketle Sözleşmeye Uygulanacak Hukukun Belirlenmesi

Tarafların, açık veya zımnî iradeleri ile belirli bir hukuk düzenini uygulanacak hukuk olarak belirlemedikleri hallerde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tayini için bir çok görüş ileri sürülmüştür. Uygulanacak hukuku tespitinde hareket noktası olarak, hukukî ilişkinin mahiyeti itibariyle tâbi olduğu hukuk, hukukî ilişkinin ağırlık noktası, en yakın yersel ilişki veya en sıkı ilişki ölçütleri benimsenebilir. Akitler hakkında uygulanacak bağlama kuralının tespitinde başlıca üç metottan yararlanıldığı görülmektedir¹⁶⁸. Bunlar;

- bütün sözleşmelere uygulanmak üzere tek bir objektif kural
- her sözleşme tipi için önceden tespit edilmiş bir kural
- her sözleşme için hâkim tarafından, uyuşmazlık halinde duruma göre tespit edilecek bir kural düzenlenmesidir.

Birinci ve ikinci yolun kabulü halinde bağlama kuralının belirlenmesi, esnek olmayan yöntemlere bağlanmış ve tarafların hukukî güvenliği ve öngörülebilirlik unsuruna ağırlık vermiştir. Üçüncü yolun izlenmesinde ise her bir somut olayda adaletin gerçekleşmesi amacı öncelik taşımaktadır¹⁶⁹.

Sözleşmenin yapıldığı yer hukuku, ifa yeri hukuku, hakimin hukuku, ve taraflara ilişkin irtibat noktaları birinci ve ikinci yöntem kullanılmak suretiyle

¹⁶⁸ Tekinalp, MÖH., s. 250, 251; Tiryakioğlu, B.: “*Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk*”, Ankara 1996, s. 32 vd.

¹⁶⁹ Tekinalp, MÖH, s. 251; Tiryakioğlu, s. 33.

sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi halinde kullanılan bağlama noktalarıdır¹⁷⁰. Üçüncü yöntem olarak ortaya konan hakimin her bir somut olayın özelliğine göre uygulanacak hukuku tespit etmesi hususunda farklı yaklaşımlar ortaya atılmıştır¹⁷¹. Bu yaklaşımlar içersinde en fazla kabul gören yöntem olarak ise sözleşme ile en sıkı irtibatlı hukukun tespiti ve sözleşmeye uygulanması benimsenmiştir¹⁷². En sıkı irtibatlı hukuk, ya sözleşmenin belirli ülkelerle irtibatları tek tek sayılmak ve en çok irtibatın bulunduğu ülkenin hukukunu sözleşmeye uygulamak (ağırlık merkez- lokalizasyon yöntemi)¹⁷³ ya da irtibatların niteliği itibarıyla değerlendirilmesi suretiyle bulunmaktadır. Ancak bu yöntemlerin her ikisinde de taraflar arasında bir uyumsuzluk çıkıncaya kadar sözleşmeye uyulanacak hukukun hangisi olduğu konusunda bir kesinlik olmayacaktır. Bu sakıncanın giderilmesi ve tarafların hukukî güvenliği ve öngörülebilirlik unsuru ile somut olay adaletini birlikte sağlayabilmek amacı ile sıkı irtibatlı hukukun tespitinde bir takım karinelerin getirildiği görülmektedir¹⁷⁴.

Alman hukuku, tarafların sarîh veya zımnî iradesini tespit imkanı olmadığı durumlarda, aktin en sıkı ilişkiye sahip olduğu devletin hukukuna bağlamaktadır. Örneğin avukatlığa ait vekalet akti avukatın mesleğini daimi olarak icra ettiği yer hukukuna, iş akitleri işverenin faaliyette bulunduğu yer hukukuna tâbi tutulmaktadır¹⁷⁵.

¹⁷⁰ Tiryakioğlu, s. 33 vd.

¹⁷¹ Bkz. Vischer, F.: “*General Course on Private International Law*”, Rec. des Cours, C. 1, 232, 1992, s. 9 vd.

¹⁷² Tiryakioğlu, s. 39; Çelikel, s. 52; Collier, J.G.: “*Conflict of Laws*”, Cambridge 1994, s. 193.

¹⁷³ Battifol’un lokalizasyon teorisi için bkz. Çakalır, s. 461 vd.

¹⁷⁴ Tiryakioğlu, s. 41; Tekinalp MÖH, s. 251; Doğan, s. 106.

¹⁷⁵ Nomer, s. 268; ayrıca bkz. EGBGB, m. 28.

Doktrinde ve özellikle İsviçre mahkeme tatbikatında iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, birden fazla ifa yerinin sakıncalarından kurtulmak amacı ile, karakteristik edim kavramı ortaya atılmıştır. İsviçreli hukukçu *Schnitzer*, sözleşmenin en sıkı mülkî ilişki içinde bulunduğu hukuka tâbi olduğunu ve bu ilişkiyi belirlemek için de, hukukî ilişkinin karakteristik ediminin araştırılması gerektiğini ileri sürmüştür¹⁷⁶. Bir borcu diğerinden ayıran kriter, işlemi karakterize eden edim tarafından belirlenir ve bu edim de taraflardan birisinin, ekonomik hayattaki işlevi nedeniyle üstlendiği edimdir. Yazara göre karakteristik edim, edimi yüklenmiş olan tarafın ekonomik hayattaki işlevini sürdürdüğü yerde ifa edilecektir. Dolayısıyla, sözleşmenin belirli bir hukuk düzenine bağlanması açısından karakteristik edimi yüklenmiş olan kişi ya da kuruluşun ikametgâhı ya da mutad meskeni belirleyici olacaktır¹⁷⁷.

İsviçre Federal mahkemelerinin önceleri karakteristik edimin ifa yeri kriterini benimsedikten sonra, karakteristik edim borçlusunun ikametgâhı veya mutad meskeni hukuku şeklindeki bağlama kuralının devamlı olması sebebi ile daha ağırlıklı olduğu ve karakteristik edim borçlusunun menfaatine daha uygun düştüğü düşüncesinden hareketle, karakteristik edim borçlusunun ikametgâhı kriterini esas aldığı görülmektedir¹⁷⁸. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanununun 117/1 maddesi taraflarca hukuk seçimi yapılmamış olan hallerde sözleşmeye, sözleşme ile en sıkı irtibatlı ülke

¹⁷⁶ Çavuşoğlu, s. 165.

¹⁷⁷ Çavuşoğlu, s. 165.

¹⁷⁸ Tekinalp, MÖH., s. 251.

hukukunun uygulanacağını düzenlemektedir. En sıkı irtibatlı (*most closest connection*) hukukun ise, karakteristik edimi ifa edecek olan tarafın mutad meskeni hukuku veya eğer sözleşme bir meslekî faaliyetin ifasına dayanıyorsa, meslekî faaliyeti icra edenin iş merkezinin bulunduğu ülke hukuku olduğu belirtilmektedir¹⁷⁹. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu 117./ 3 maddesinde çeşitli sözleşme tipleri bakımından karakteristik edimin hangi tarafın edimi olduğunu da tanımlamıştır. Buna göre, mülkiyetin nakli sonucunu doğuran sözleşmelerde, mülkiyeti karşı tarafa geçirme mükellefiyeti olanın, bir şeyin veya hakkın kullandırılmasını düzenleyen kullandırma sözleşmelerinde şeyi veya hakkı kullandıran tarafın, inşaat hizmet ve benzeri akitlerde hizmeti sağlayan tarafın, saklama borcu doğuran sözleşmelerde saklama borcunu yüklenen tarafın ve son olarak da garanti ve kefalet sözleşmelerinde, garantör ve kefilin, edimi karakteristik edim olarak belirtilmiştir¹⁸⁰.

Amerikan hukukunda kanunlar ihtilâfı alanında düzenlemeleri içeren II. *Restatement* 8. Bölümünde yer alan 188. maddesinde hukuk seçimi bulunmayan hallerde, sözleşmeye her bir somut olay bakımından en sıkı irtibatlı (*most significant relationship*) hukukun uygulanacağını düzenlemektedir¹⁸¹. *Restatement* uygulanacak hukukun belirlenmesi sırasında dikkate alınacak bağlama noktalarını, sözleşmenin yapıldığı yer,

¹⁷⁹ Bkz. Karrer, P.A./Arnold K.W.: Switzerland's Private International Law Statute 1987, Zürih, 1988, s. 114 (IPRG).

¹⁸⁰ Bkz. Karer/Arnold, IPRG, s. 114.

¹⁸¹ Bkz. Restatement of the Law Second Conflict of Laws 2nd, m. 188, <<http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest188.html>> 15.05.2002 (Restatement II).

sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, ifa yeri, sözleşmenin konusunun irtibatlı olduğu yer, tarafların ikametgahları, mutad meskenleri, veya iş merkezleri olarak belirlemiş bu bağlama noktalarının her bir somut olaydaki önemlerine göre değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir¹⁸².

Avrupa Birliğine üye ülkelerde sözleşmelere uygulanacak hukuk alanında kanunlar ihtilâfı kurallarının yeknesaklaştırılması amacını güden Roma Sözleşmesi, 4/1 maddesinde hukuk seçiminin taraflarca yapılmadığı hallerde, sözleşmeye en sıkı irtibatlı olduğu ülkenin hukukunun uygulanacağını genel kural olarak düzenlemektedir. Bununla birlikte, sözleşmenin bölünebilen bir kısmı başka bir ülkeyle daha sıkı irtibat halinde ise, sözleşmenin bu kısmına istisnaen o ülke hukuku uygulanacaktır¹⁸³. Roma Sözleşmesi, İsviçre mevzuatı ile paralellik içerisinde en sıkı irtibatın, karakteristik edim borçlusunun, sözleşmenin yapıldığı tarihteki mutad meskeni veya eğer sözleşmenin tarafı bir tüzel kişi ise, idare merkezinin bulunduğu yer hukuku ile sağlanabileceğini düzenlemektedir (m. 4/2).

Roma Sözleşmesinde, sözleşme ile belirli bir ülkenin hukuku arasındaki bağlantıyı gösteren bu bağlama noktaları birer karine olup, aksinin ispat edildiği durumlarda, sözleşme ile sıkı bağlantıyı sağlayan bir başka bağlantı noktasının gösterdiği hukuk uygulanır¹⁸⁴. Roma Sözleşmesinde de, en sıkı irtibatın tayin edilmesi hususunda karakteristik edime önem vermiştir.

¹⁸² Bkz. Restatement II.

¹⁸³ Bkz. Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi, OJ. C 27, 26.01.1998, s. 37.

¹⁸⁴ Ekşi, s. 48.

İsviçre hukukunda olduğu gibi, Roma Sözleşmesinde de karakteristik edimin ifa yeri değil, bu edimi ifa ile yükümlü tarafın mutad meskeninin bulunduğu yer esas alınmış, bu surette, ağırlıklı edimin ifa yeri ile ilgili olarak ortaya çıkabilecek belirsizlikler ve farklı çözümler önlenmeye çalışılmıştır.

Sözleşme ile belirli bir ülke arasında en sıkı irtibatı sağlayan bağlama noktasının, yani karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin bulunduğu yerin, bu irtibatı sağlamadığının ispatlanması halinde, sözleşme ile en sıkı irtibatlı olduğu ispatlanan ülkenin hukuku uygulanır¹⁸⁵. Karakteristik edimin belirlenmesinin mümkün olmadığı haller de 4/2 maddesinin uygulanmayacağı hallerden biri olarak düzenlenmiştir. Bu durumda, Sözleşme ile en sıkı irtibatlı bulunan yer hukuku, tarafların vatandaşlığı, sözleşmenin yapıldığı yer, ifa yeri gibi diğer bütün bağlama noktaları dikkate alınmak suretiyle tespit edilecektir.

Sözleşmenin konusunu bir gayrimenkule ilişkin hakkın veya bir gayrimenkulü kullanma hakkının devredilmesinin oluşturulduğu durumlarda ise, gayrimenkulün bulunduğu yer hukuku en sıkı irtibatı sağlayan hukuk olarak düzenlenmektedir¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Ekşi, s. 50.

¹⁸⁶ Bkz. Akdî Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi, m. 4/ 2 vd.

B) Türk Hukukunda Durum

1. Açık Hukuk Seçiminin Bulunması Halinde

Türk devletler özel hukuku da sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda hukuk seçimi ilkesini kabul etmiştir. “Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerde uygulanacak hukuk, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisi, yabancı kararların tanınması ve tenfizini”¹⁸⁷ düzenleyen 2675 sayılı MÖHUK m. 24/1 uyarınca taraflar, aralarında yapmış oldukları sözleşmeye uygulanacak hukuku açıkça seçebilirler.

MÖHUK’un “Kapsam” başlıklı birinci maddesinden hareketle, hukuk seçiminin kabulü için sözleşmenin yabancılık unsuru taşımasının zorunlu olduğu sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Yargıtay’ın 7 Haziran 1989 Hukuk Genel Kurulu kararında da “olayda kişi ve toprak yönünden yabancı unsur oluştuğuna göre, olaya Milletlerarası Özel Hukukun uygulanması gerekir. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanunun birinci maddesi uyarınca öncelikle uygulanmak üzere iki devlet arasında o konuda yapılmış bir milletlerarası sözleşme bulunmadığından anılan yasanın yirmidördüncü maddesi gereği tarafların seçtikleri hukuk, uygulama önceliğine sahiptir”¹⁸⁸ denmektedir. Bununla birlikte, MÖHUK yabancılık unsurunu tanımlamamaktadır. Kanımızca, Türk hukukunda da yabancılık

¹⁸⁷ Bkz. MÖHUK., m. 1/ 1.

¹⁸⁸ YHGK., 7.6.1989 tarihli E.89/10-316, K. 89/411 sayılı kararı için bkz. YKD., C.XVI, S. 2, Şubat 1990, s.176 vd.

unsuru ve uluslararası nitelik, çağdaş hukuk düzenlerinde kabul gördüğü üzere geniş yorumlanmalıdır. Kural olarak, ifa yeri, sözleşmenin yapıldığı yer, borç ilişkisinin konusu, borcun ifa yeri, sözleşmenin taraflarının ikametgahı veya mutad meskeninin bulunduğu yer gibi genel kabul görmüş irtibatların yanısıra, her bir sözleşmenin doğurduğu sonuçlar gözönüne alınarak sözleşmenin yabancılık unsuru veya uluslararası nitelik taşıyıp taşımadığı da değerlendirilmelidir. Bu noktada belirtelim ki, örneğin tarafları, ifa yeri, akdin imzalandığı yer bakımından yabancılık unsuru taşımayan bir enerji projesinde finansmanın yabancı kuruluşlar tarafından sağlanması halinde, sözleşmede yabancı unsurun varlığını kabul etmek incelediğimiz konu itibarıyla uygulamanın ihtiyaçlarına cevap verecektir. Böyle bir durumda, sözleşmeye uygulanacak hukukun taraflarca kararlaştırılabileceğini kabul etmek yararlı olacaktır. Tarafların iç hukuka dair bir sorunda yabancı hukuku yetkili kılmak suretiyle sözleşmeye yabancılık unsuru katmaları ise Türk hukukunda genellikle kabul edilebilir bulunmamıştır¹⁸⁹. Zira MÖHUK kapsamında (m.1) bu kanunun uygulanabilmesinin ön şartı sözleşmenin yabancı unsur taşıması olarak belirlenmiştir.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, hukuk seçiminin “açık” olarak yapılmış olmasını öngörmektedir. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce doktrinde dolaylı bir şekilde de olsa zımnî irade ile hukuk seçiminden bahsedildiği görülmektedir. MÖHUK öncesinde, Yargıtay’ın genel

¹⁸⁹ Aksi fikirde Nomer, s. 264; aynı yönde bkz. Sudan, M.: “*Kanunlar İhtilafı Alanında Hukuk Seçimi*”, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi (Çoğaltılmış Nüsha), s. 121 vd.

eğiliminin açık iradenin bulunmadığı hallerde sözleşmenin kuruluş veya ifa mahalini birlikte uygulama yönünde olduğu görülmekle birlikte¹⁹⁰, zımnî hukuk seçimi tartışmasına değindiği bir kararı da bulunmaktadır¹⁹¹.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun yürürlüğe girmesi ile kanunun “açık “ iradenin varlığını şart koşmuş olması bizi dar yorumla zımnî irade beyanının kabul edilmediği sonucuna götürmektedir. Ancak kanımızca devletler özel hukukunda pozitif düzenlemeye sahip İsviçre ve Avusturya hukukları ile Roma Sözleşmesi’nde de kabul edildiği şekilde taraflar bir hukuk seçimi hakkındaki iradelerini açık olarak beyan etmemiş olsalar dahi, hukuk seçimi yapma iradelerinin mevcut olduğu belirlenebilmekte ise, örneğin belirli bir kanunun hükümlerinin uygulanmasından hareket etmişlerse, taraf iradelerinin bir hukuk seçimini isteyip kabul ettikleri açıkça anlaşıldığından kanunun aradığı anlamda açık bir hukuk seçiminin varlığının¹⁹² kabul edilmesi daha doğru bir yaklaşım olacaktır.

¹⁹⁰ Göğer, E.: “Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfi)” B. 3, Ankara, 1975, s. 302.

¹⁹¹ Yarg. 11.HD. 5 Nisan 1979 tarihli, E.79/1512, K.79/1798 sayılı kararında, “mahkeme ilk etapta, taraflar arasında bu konuda açık bir anlaşma olması lazım geldiğini, oysa olayda davalının yolladığı teyit mektubunda Alman mevzuatının uygulanmasının kabul edildiğine dair hiç bir kayıt bulunmadığını kabul etmiştir. Bir kere bu kabulün zımnî olabileceğini belirten müellifler de vardır.....Diğer yandan ..sayılı davacının 7.3.1972 günlü sipariş mektubunun da ön sahifede sözü edilen şartların bulunmadığı hakkında hiç bir ihtirazî kayıt ileri sürülmediği gibi bir imada dahi bulunmamıştır.....Açıklanan bu durum karşısında BK.’nun 5. ve 10. maddelerine uygun olarak sipariş mektubunun arkasındaki şartlar da dahil olduğu halde,yazışma suretiyle sözleşme yapıldığının ve bu sözleşme gereğince aralarındaki ilişkiye Alman hukukunun uygulanması gerektiğinin kabulü gerekmektedir.” Sonucuna varmıştır. Karar için bkz. YKD., C. VII. S.1, Ocak 1981, s. 57 vd.

¹⁹² Nomer, s. 265.

2. Açık Hukuk Seçiminin Bulunmaması Halinde

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, m. 24/ II “Tarafların açık olarak bir kanun seçmemiş olmaları halinde borcun ifa yeri hukuku, borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır” düzenlemesini öngörmektedir. Kanunda ağırlıklı edim deyimi genel olarak karakteristik edim yerine kullanılmıştır. Akdî ilişkiyi karakterize eden ve rizikolu edim olarak anlaşılan karakteristik edim bugün de devletler özel hukukunda kabul edilmiş önemli bir kriterdir¹⁹³. Bununla birlikte, yukarıda incelendiği üzere¹⁹⁴ edimin ifa yeri günümüzde önemini kaybederken karakteristik edim borçlusunun sözleşmenin kuruluş anındaki mutad meskeni veya iş ikametgahı/ idare merkezi öne çıkmıştır. Objektif bağlama kurallarında karakteristik edimin bir kriter olarak belirlenmesinde amaç, o edimin yükümlüsünün menfaatini daha iyi gerçekleştiren bir hukukun ilişkiye uygulanmasını sağlamaktır. İfa yeri gibi hukukî ilişkiye göre değişen bir kriter yerine ifa yeri kadar değişken olmayan fakat keyfî uygulamaları önlemek için sözleşmenin kuruluş anı ile sabitleştirilmiş olan (*time factor*) mutad mesken veya iş ikametgahı hukukunun uygulanmasının bu amacı gerçekleştirmeye daha iyi hizmet edeceği Türk Hukukunda da doktrinde düşünülmektedir¹⁹⁵.

¹⁹³ Tekinalp, G.: “MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk Açısından Düzenlenmeyen veya Eksik Düzenlenen Konular”, Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay'ın Hâtırısına Armağan, Marmara Hukuk Fakültesi, C. II, S.1-3, İstanbul 1999, s.584 (MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk).

¹⁹⁴ Bkz. yukarıda. s. 60.

¹⁹⁵ Tekinalp, MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk, s. 584.

MÖHUK'da benimsendiği şekliyle karakteristik edim, İsviçre, Avusturya Milletlerarası Özel Hukuk Kanunları ile Roma Sözleşmesinde benimsenen halinden farklılık arz etmektedir. MÖHUK'a göre, karakteristik edim, en sıkı ilişkili hukukun tespitinde hâkimin dikkate alacağı bir başlangıç noktası olmayıp, başlıbaşına bir etkiyi haizdir. Adı geçen hukukî düzenlemelerde ise, milletlerarası unsurlu sözleşmeye uygulanacak hukuk, en sıkı ilişkili hukuk kriterine göre belirlenmekte ve düzenlemelerde en yakın irtibatın varlığına karine teşkil edecek şekilde, özel sözleşme tipleri bakımından veya genel olarak hukukî muamelelerin karakteristik edimine işaret eden bağlama kurallarına yer verilmektedir¹⁹⁶.

MÖHUK'un, önemli eksikliklerinden birisi de, tüm sözleşme tipleri için tek bir kural ortaya koymuş olması buna karşılık yeni devletler özel hukuk düzenlemelerinde belirli sözleşme tipleri için düzenlenmiş ayrı bağlama kurallarına yer vermemiş olmasıdır. Özellikle iş akitleri ve tüketici akitleri gibi aktin taraflarından birinin daha zayıf olduğu durumlarda, hukuk seçimi veya karakteristik edimin ifa yerinin bağlama kuralı olarak kullanılması uygun olmayabilmektedir.

Tüm çağdaş devletler özel hukuku düzenlemelerinde somut olay adaletini sağlayacak genel istisna kuralları düzenlenmekte, ya da yeri gelince daha sıkı irtibatın nazara alınacağı bildirilmektedir¹⁹⁷. Bağlama kuralları ile

¹⁹⁶ Sargın, F.: “*Karakteristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım*”, AÜHFD., C. 50, S. 2, Y.2001, s.42 (Karakteristik Edim).

¹⁹⁷ Tekinalp, “*MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk*”, s. 579.

önerilen hukukun çözüm vermediği hallerde - örneğin karakteristik edimin tespitinin mümkün olmadığı trampa akitlerinde - veya somut olayda böyle bir bağlama kuralının uygulanmasının âdil sonuç vermeyeceği hallerde, hakime belli bir ölçüde takdir yetkisi verme anlamına gelecek bir istisna kuralının düzenlenmesi zarurîdir¹⁹⁸. Bu konudaki ölçü hakimin olaya uygulayacağı hukukun, kanunda belirlenmiş olan objektif kuraldan daha sıkı irtibatlı bir hukuk olarak nitelenebilecek konumda olmasıdır. Örneğin “akdî ilişkide ağırlıklı edim ifa edilmemişse ve tarafların bu yer ile müstakbel ifa yeri olması dışında hiç bir irtibatları bulunmuyorsa ne yapılmalıdır?”¹⁹⁹ sorusunun cevabını bulmak hakimin görevi olmalıdır. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında kanunun 24/II maddesinde yer alan “borcun ifa yerinin birden fazla olması halinde borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku, bu yerin tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku uygulanır” düzenlemesini bu anlamda bir istisna hüküm olarak değerlendirmek mümkün değildir. Zira, en sıkı irtibatlı hukukun uygulama alanı bulması, ağırlıklı edimini ifa yerinin bulunması fakat en sıkı irtibatı temsil etmemesi gerekçesi ile değil, ancak ağırlıklı edimin ifa yerinin belirlenememesi halinde mümkün olmaktadır²⁰⁰. Bu haliyle kanunun en yakın irtibatlı hukukun uygulanması halini ancak bir olumsuzluğu gidermek için bir istisna kuralı değil yardımcı kural olarak düzenlediği sonucuna varmak yanlış olmayacaktır.

¹⁹⁸ Tekinalp, MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk, s. 580.

¹⁹⁹ Tekinalp, MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk, s. 580.

²⁰⁰ Tekinalp, MÖHUK'ta Uygulanacak Hukuk, s. 580.

II. Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerinde Akit Statüsünün Belirlenmesi

A) Genel Olarak

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinin yorumu, yürürlüğü, taraflar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi ve taraflar arasında doğabilecek uyuşmazlıkların halli gibi hukukî sorunların çözülebilmesi, sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun belirlenmesini gerekli kılmaktadır.

Çok sayıda taraf ve hukukî ilişki barındıran sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, tarafların genellikle sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yaptıkları görülmektedir. Bununla birlikte, taraflar arasında bir hukuk seçimi yapılmamış olduğu hallerde uygulanacak hukuk sorunu da çalışma kapsamında irdelenmiştir.

1. Hukuk Seçimi

Günümüzde, uluslararası unsur taşıyan sözleşmeler bakımından, irade muhtariyeti, hemen hemen bütün hukuk düzenlerinde kabul edilmiş olması nedeniyle evrensel geçerlilik kazanmış bir ilkedir²⁰¹. Bazı ülkelerin pozitif düzenlemelerinde ise, özelliği olan bazı sözleşmeler bakımından sözleşen taraflara, akdî ilişkilerinde uygulanacak hukuku tespit etme imkanının tanınmadığı veya sınırlı bir irade muhtariyeti tanındığı

²⁰¹ Doğan, Teminat, s. 100; Tekinalp, MÖH, s. 244; Çelikel, s. 255; Nomer, s. 263 vd.; Sargın, Lisans, s. 34 vd.

görülmektedir²⁰². Kredi sözleşmeleri veya sendikasyon kredisi sözleşmeleri bakımından ise pozitif düzenlemelerde böyle bir sınırlamaya yer verilmemiştir. Aksine, sendikasyon kredisi sözleşmesinin tarafları sözleşmeye uygulanacak hukuku belirleme hususunda sınırsız bir irade muhtariyetine sahiptirler²⁰³. Hemen hemen tüm sendikasyon kredisi sözleşmelerinde uygulanacak hukuka ilişkin bir seçimin yapıldığı görülmektedir. Taraflar hukuk seçimi yaparken sahip oldukları pazarlık gücü ile korumak istedikleri menfaatleri göz önüne almaktadırlar²⁰⁴. Kredi verenler genellikle, ya ticaretin merkezi konumundaki ülkelerin hukuklarından birini (İngiltere ve ABD örneğinde olduğu gibi) ya da buldukları ülkenin hukukunun seçilmesini istemektedirler. Birinci durumda, kredi verenler, uluslararası ilişkileri ve olası sorunları çözmeye ehil, sendikasyon kredisi sözleşmesinin işleyişini tarafların makul beklentileri çerçevesinde düzenleyebilecek gelişmiş bir hukuk düzeninin sağlayacağı menfaatleri gözetirken, ikinci durumda ise, bildikleri bir hukukun yönetimindeki sözleşme ile yabancı hukukun seçilmesinde doğabilecek riskleri yok etmek istemektedirler²⁰⁵. Diğer taraftan, sendikasyon kredisi sözleşmesinin karşı tarafı olan borçlu da, kendi bulunduğu ülke hukukunun sözleşmeye uygulanmasını tercih etmektedir. Özellikle devletler borçlu konumunda oldukları sözleşmelerde, kendilerini yabancı bir hukukun denetimine sokmak istememektedir²⁰⁶.

²⁰² Doğan, Teminat, s. 100.

²⁰³ Semkow, dn. 98 vc.

²⁰⁴ Semkow, dn. 98 vc.

²⁰⁵ Semkow, dn. 99 vc.

²⁰⁶ Semkow, dn. 99 vc.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri bakımından açık irade beyanı ile hukuk seçiminin yapılabileceği konusunda şüphe bulunmamaktadır. Zımnî irade beyanı ile hukuk seçiminin yapılmış olması halinde de hukuk seçiminin var olduğunu kabul etmek gerekir. Örneğin, tarafların arasındaki hukukî ilişkilerin sözleşmede sadece belirli bir hukuk düzeninde tanınabilir şekilde hüküm altına alınması halinde, zımnî irade beyanın varlığını kabul etmek gerekecektir. Yine hukuk seçimi yapılmamış olmasına rağmen uyuşmazlıkların çözümü için yetkili mahkeme belirlemesi yapılmış olması – ki genellikle kredi verenlerin farklı ülkelerde bulunmaları nedeniyle, temsilci vekil olan bankanın iş merkezinin bulunduğu ülke mahkemelerinin yetkili kılındığı görülmektedir- tarafların zımnî iradesinin tezahürü olarak nitelendirilebilir²⁰⁷.

Gerçekte, sendikasyon kredisi sözleşmelerinde ve diğer kredi sözleşmelerinde hukuk seçimi yapılmayan hallere çok az rastlanmakta ve genelde sözleşmelerde birbirine benzer uygulanacak hukuk maddeleri bulunmaktadır²⁰⁸. Örneğin, Fransa hükümetinin bir grup Amerikalı bankadan aldığı krediye ilişkin sendikasyon kredisi sözleşmesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.²⁰⁹

“Bu Sözleşme ve Sözleşme uyarınca çıkarılan senetler ile bunlardan doğan tüm hak ve borçlara New York Eyaleti Yasaları uygulanacaktır.”

²⁰⁷ Semkow, dn. 101 vc.

²⁰⁸ Delaume, G. R.: “*The Proper Law of Loans Concluded by International Persons: A Restatement and a Forecast*”, AJIL., C. 56, 1962, s. 66 (Proper Law of Loans).

²⁰⁹ Delaume, “*Proper Law of Loans*”, s. 66.

Amerika Birleşik Devletleri, New York Eyaletinde gerçekleştirilen ve özellikle uluslararası finansal ilişkilerde uygulanacak hukuk olarak New York hukukunu seçenleri ilgilendiren yasal düzenleme sözleşmelerde hukuk seçimi konusunda önemli bir gelişme olmuştur²¹⁰. Finansal merkez olma durumunu korumak isteyen New York'da, New York Eyaletinde geçerli hukuku uygulanacak hukuk olarak seçen sözleşme hükümlerinin geçerliliği ve yürürlüğü konusundaki belirsizliği giderecek bu düzenleme 19 Temmuz 1984 tarihinde, New York Genel Borçlar Kanununun 14. Bölümü olarak çıkarılmıştır²¹¹. Bu düzenleme öncesinde, *Restatement II*'nin sözleşmeleri düzenleyen bölümünde yer alan 187. maddenin 2(a) paragrafı ile irade muhtariyetine ciddi bir sınırlama getirilmekteydi. Buna göre, bir sözleşmedeki hukuk seçiminin geçerli olabilmesi, seçilen hukukun tarafları veya hukukî ilişki ile maddî bir bağlantısı olmasına veya tarafların o hukuku seçmelerini haklı kılacak bir başka makul nedenin varlığına bağlanmaktaydı. Benzer sınırlamalar Amerikan Ticaret Kanununun (*Uniform Commercial Code*) 1. bölümü 105(1). maddesinde de yer almaktaydı. Bu sınırlamalar, sözleşme taraflarının, Amerika Birleşik Devletleri ve New York ile doğrudan ilintili olmayan sözleşmelerde Amerikan Hukukunu ve özellikle finansal ilişkileri düzenleyen sözleşmeler bakımından New York Hukukunu seçmekten imtina etmelerine sebep olmuştur²¹².

²¹⁰ Šarčević, P.: “*Choice of Law Issues Related to International Financial Transactions with Special Emphasis on Party Autonomy and its Restrictions*”, International Contracts and Payments, (edt. Šarčević, Volken), İngiltere 1991, s. 110.

²¹¹ Šarčević, s. 110.

²¹² Šarčević, s.113, 114.

Bunun üzerine New York yasalarında değişiklik yapılmış ve 250.000 ABD Doları ve üzerindeki tutarlardaki borç ilişkilerini düzenleyen sözleşmelerde maddi bağlantı şartı aranmaksızın New York mahkemelerinin New York hukukuna ilişkin hukuk seçimini geçerli kabul ederek, sözleşmeye New York hukukunu uygulayacakları düzenlenmiştir. Bununla birlikte iş akitleri bunun dışında bırakılmıştır²¹³. Bu belirliliğin sağlanması ile özellikle banka kredi sözleşmelerinde yapılan hukuk seçimlerinde New York hukuku tercih edilen bir hukuk düzeni olmuştur²¹⁴.

Banka-borçlu ilişkisinde, borçlunun millî hukukunun, borçluyu yabancı bir hukuku uygulanacak hukuk olarak belirlemesini yasakladığı durumlar vardır²¹⁵. Özellikle borçlunun devlet olduğu durumlarda bu tür yasaklarla karşı karşıya kalındığı görülmektedir. Bu hallerde, kredi verenlerin borçlunun hukukuna tâbi olmayı kabul etmesi ile tarafların (özellikle kredi verenlerin), sözleşmenin imzalandığı tarihten sonra meydana gelecek yasa değişikliklerine karşı kendilerini nasıl koruyacakları konusu gündeme gelmektedir. Bu durumda belirliliği sağlamak amacı ile tarafların sözleşmeye koydukları bir madde ile borçlunun hukukunu sözleşmenin imzalandığı tarihte geçerli olan hukuk ile sınırladıkları görülmektedir²¹⁶.

²¹³ Šarčević, s.114.

²¹⁴ Šarčević, s. 114.

²¹⁵ Šarčević, s. 115.

²¹⁶ Šarčević, s. 115.

Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerinin de dahil olduğu, uluslararası finansal ilişkileri içeren sözleşmelerde uygulanacak hukukun seçimi kredinin oluşumuna bağlı olarak değişiklik gösterebilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri dışındaki bankalardaki mevduat hesaplarında bulunan ABD Doları olarak tanımlanan *Eurodolar* kredileri, *LIBOR* gibi sabit bir merkezden alınan sabit bir faiz oranının temel alan değişken faiz uygulaması ve kredi verenlerin imzalamış oldukları kredi sözleşmelerinden doğan kredi verme yükümlülüklerini, katılımcı bankalara devrettikleri katılım sendikasyonunu, bir diğer deyişle ikincil kredi pazarını geliştirmiştir. Bankalar oluşan bu pazarda kredi ticaretini en rahat şekilde yapabilme olanağı verecek kredi sözleşmelerine ihtiyaç duymuşlardır. Ayrıca, kredi sözleşmelerinin ilk kredi taahhüdünü yapan bankayı öngörülebilir risklere karşı mümkün olduğu kadar koruyan hükümler içermesi de önem kazanmıştır²¹⁷. Böyle bir ihtiyaç içerisinde finansal piyasaların merkezi durumunda olan İngiltere ve Amerika Birleşik Devletleri hukuklarının bu ihtiyaçlara en fazla cevap veren hukuk düzenleri olmaları nedeni ile, çoğu kredi sözleşmesinde seçilen hukukun İngiliz hukuku veya ABD Eyaletlerinden birinin hukuku olduğu görülmektedir.

Oysa, herhangi bir projenin finansmanı amacıyla sağlanan kredilerde, ikincil kredi pazarı çok gelişmemiştir. Bunun sonucu olarak, proje finansmanında kullanılan kredilerin kredi verenlerin tâbiyetinde buldukları

²¹⁷ Auerback, R. M.: “*Governing Law Issues in Transactional Financial Transactions*”, *ABA., The International Lawyer*, Summer, 1993, dn. 2 vc.

hukukun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi eğilimi görülmektedir²¹⁸. Proje finansmanında kullanılmak üzere kredi alınması halinde, kredi verenler için, borçlunun proje ile ilgili olarak yapmış olduğu sözleşmelerde -ki bunlar genellikle devletlerin taraf olduğu enerji projeleri ve benzeri altyapı projeleridir- borçluya tanınan haklar ve yüklenen yükümlülüklerin tespiti önemlidir. Örneğin, borçlunun proje ile ilgili haklarında mevcut sınırlamalar varsa, ya da proje devlet tarafından verilmiş bir imtiyaza dayanıyorsa ve tanınan bu imtiyazın süresi borcun vadesinden önce sona eriyorsa, borçlunun geri ödemesini riske sokan bir durum olduğundan bahsedilebilir. Yine kredi verenler bakımından kredi sözleşmesi hükümleri uyarınca geri ödemelerin yapılabilmesi için gerekli fonun yurtdışına transfer imkanının borçluya tanınıp tanınmadığı hususu da çok önemlidir. Bazı hallerde, projeden elde edilen gelirin kredi geri ödemesine ayrılan kısmının bir yediemin hesapta tutulduğu görülmektedir. Yediemin hesabının bulunduğu bankaların genellikle New York ve Londra'da kurulu bankalar olduğu gözlenmektedir²¹⁹. Yediemin hesap, sendikasyon kredisi sözleşmelerinde veya diğer finansman kredilerinde kredinin geri ödenmesinin teminatı amacı ile verilen garantilerden biri olarak yorumlanabilir. Bu durumda sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanacak hukuk ile yediemin hesabın bulunduğu bankanın bulunduğu ülke hukukunun aynı olması kredi verenler için olası bir takım sorunların ortaya çıkmasını önleyici niteliktedir²²⁰. Dolayısıyla tarafların hukuk seçiminde bu ilişkiye dikkat etmeleri faydalı olacaktır.

²¹⁸ Auerback, dn. 2 vc.

²¹⁹ Mettala, K.: "Governing Law Clauses of Loan Agreements in International Project Financing", *ABA, The International Lawyer, Winter 1986*, dn. 6 vc.

²²⁰ Mettala, dn. 7 vc.

Bununla birlikte, kredi sözleşmesi ile düzenlenen kredi verme ilişkisi dışında başka bazı hukukî ilişkilere uygulanacak hukuk olarak belirlenmiş olan hukuk dışında bir hukukun uygulanması söz konusu olabilir²²¹. Örneğin, kredi sözleşmesi ile sağlanan kredinin teminatı olarak borçlunun sahip olduğu gayrimenkuller üzerinde tesis edilen ipotek olması halinde, kredi sözleşmesinde uygulanacak hukuk olarak seçilen hukuk ne olursa olsun, ipotek ilişkisine uygulanacak hukuk gayrimenkulün bulunduğu yer hukuku olacaktır²²². Yine proje finansmanı söz konusu olduğunda, alacağın temlik yolu ile garanti sağlanması yoluna başvurulduğu da görülmektedir. Genellikle borçlu, proje sonucu elde edilecek ürünü uzun vadeli satış sözleşmeleri ile alıcılara devretmektedir. Bu satış sözleşmelerinden doğan alacağın yediemine devri vasıtası ile de kredi verenlere, kredinin anapara ve faiz ödemeleri olarak ödenmesi sağlanmaktadır. Böyle bir durumda, uzun vadeli satış sözleşmelerinden doğan alacağın temlikine dair hukukî işlemin, yatırımın yapıldığı ev sahibi ülke, alacağın temlik yediemin hesap vasıtası ile sağlanıyorsa, hesabın bulunduğu yer hukuku, borçlu ile sözleşmeye girmiş olan diğer alacaklıların ülkeleri hukukları bakımından geçerliliğinin temin edilmesi önemli olacaktır²²³.

Uygulamada görüldüğü ve yaygın olarak kullanıldığı üzere sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesinde belirli bir hukukun

²²¹ Auerback, dn. 2 vc.

²²² Auerback, s.2.

²²³ Mettala, dn. 7 vc.

uygulanacak hukuk olarak seçilmesinin kredi sözleşmesine uygulanacak hüküm ve koşulların belirli ve makul bir ölçüde kesinlik kazanmasını sağladığı ifade edilmektedir. Ayrıca kredi sözleşmelerinin büyük ölçüde standart sözleşmeler haline gelmesini sağladığı ve böylece olağan bir yatırım faaliyetinde genel kabul gören hususların kolayca aşılarak müzakerelerin hukukî ilişkinin daha özellikli konuları üzerinde yoğunlaşması sonucunu doğurduğu belirtilmektedir²²⁴.

Tarafların hukuk seçimi ile, sözleşmelerine uygulanacak hukuku belirlemelerine taraftar olanların ortaya koydukları bir diğer fayda ise tarafların iradelerine öncelik verilmesi sayesinde sözleşmede bir esneklik sağlandığı hususudur²²⁵. Özellikle *Common Law* sisteminde sözleşme özgürlüğüne verilen önem, sözleşmelerin, bu sistem içerisinde yeni hukukî problemler ortaya çıktıkça ve yeni çözümler buldukça sürekli olarak yenilenme ve geliştirilme imkanını doğurmaktadır²²⁶.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri ve diğer uluslararası kredi sözleşmelerinde, hukuk seçimi ile ilgili tartışmalara yer verilen bir başka belge de kredi sözleşmesinin taraflarının hukuk müşavirlerinden alınan mütalâalardır. Genellikle kredi verenlerin dışında borçlunun ve garantörün hukuk müşavirleri tarafından hazırlanan bu mütalâalar kredi sözleşmesinin ekinde yer alır ve kredi sözleşmesinde yapılan hukuk ve yetkili mahkeme

²²⁴ Auerback, dn. 3 vc.

²²⁵ Auerback, dn. 3 vc.

²²⁶ Auerback, dn. 3 vc.

seçiminin borçlunun ve garantörün ülkesinde geçerli yasal düzenlemelere göre geçerli ve uygulanabilir olduğunu teyit etmesi önemlidir²²⁷.

Sonuç olarak, kredi verenlerin, kendilerini tam olarak emniyete aldığını düşündükleri hukukun, uygulanacak hukuk olarak belirlenmediği durumlarda, kredi vermeyi kabul etmeye yanaşmamaları sebebi ile, sendikasyon kredisi sözleşmeleri de dahil olmak üzere uluslararası kredi sözleşmelerinin tamamında, kredi verenlerce talep edilen hukukun, uygulanacak hukuk olarak seçildiğini söylemek gerekir. Gerçekte, aksi halde, yani borçlunun hukukunun seçimi halinde, kredi verenler kendi yükümlülüklerini yerine getirdikten sonra çok tanımadıkları borçlunun hukukundaki düzenlemelere bağlı olarak katlanması anlamsız bir risk alacaklardır²²⁸. Bununla birlikte kredi verenler tarafından yapılan hukuk seçimi, borçlunun işlem yapma ehliyeti, borçlunun ülkesinde bulunan gayrimenkulleri üzerinde ipotek tesisi veya bu malların haczi gibi hususlarda borçlunun hukukunun etkisini kaldırmayacaktır²²⁹. Bu durum kimi kez sendikasyon kredisi sözleşmelerinde yer alan uygulanacak hukuk maddesinde, sözleşmeye kredi verenler tarafından belirlenmiş bir ülke hukukunun uygulanacağını fakat, borçlunun hukukunun uygulanmasının zorunlu olması nedeniyle, borçlunun ülkesindeki mahkemelerin yetkisindeki işlemlerin istisna olduğunun düzenlenmesine neden olmaktadır²³⁰.

²²⁷ Auerback, dn. 26 vc.

²²⁸ Semkow, dn. 99 vc.

²²⁹ Semkow, dn. 98 vc.

²³⁰ Semkow, dn. 101 vc.

2. Objektif Esaslara Göre Sendikasyon Kredisi Sözleşmesine Uygulanacak Hukukun Tespiti

a) Genel Olarak

Kimi zaman, sendikasyon kredisi sözleşmelerinde tarafların, açık bir hukuk seçimi yapmaktan kaçındıkları durumlar bulunmaktadır. Genellikle, hukuk seçiminin bulunmaması, özellikle yargı bağımsızlığına sahip borçlunun, bir takım sebeplerle, yabancı hukuku yetkilendiremediği ve kredi verenlerin de kendilerini açık bir hükümlerle borçlunun ülkesi hukukunun düzenlemelerine tâbi kılmak istemedikleri halde varmış oldukları bir uzlaşmayı yansıtır²³¹.

Âkit taraflar kendi iradeleri ile sözleşmenin esasına uygulanacak hukuku tespit etmemişlerse, objektif bağlama kurallarından hareketle yetkili hukukun belirlenmesi yoluna gidilecektir. Karşılaştırmalı hukukta akdî borç ilişkileri alanında uygulanacak hukuku tespitinde, hukukî ilişkinin mahiyeti itibariyle tâbi olduğu hukuk, hukukî ilişkinin ağırlık noktası, en yakın veya en sıkı ilişki ölçütleri benimsenmektedir.

Sözleşmeye uygulanacak hukuk alanında objektif bağlama kuralının ilk basamağını akdînin sıkı irtibat halinde bulunduğu ülke hukuku oluşturmaktadır²³². Sıkı ilişkinin tespitine yönelik olarak ise, karakteristik veya ağırlıklı edim borçlusunun ikametgahı veya mutad meskeni hukuku ile akdî

²³¹ Semkow, dn. 101 vc.

²³² Doğan, Teminat, s. 106.

ilişkinin sıkı irtibatının olduğu yönünde aksi ispat edilebilir bir karinenin dikkate alındığı görülmektedir²³³. Sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, kullanılan para birimi veya kredinin sendikasyonu için fonların toplandığı yer, mahkemeye, uygulanacak hukukun tespiti konusunda yardımcı olacak kriterlerdir²³⁴. Diğer bir yöntem de akdin yapıldığı yer veya sözleşmenin ifa yerinin esas alınmasıdır. Sözleşmenin yapıldığı yer günümüzde her zaman sözleşme ile en yakın irtibatlı hukuku yansıtmadığından kabul görmemektedir. Ancak, ifa yeri kriteri, borçlunun krediyi geri ödeme yükümlülüğünün ifasının esas alınması halinde temsilci vekilin iş merkezinin bulunduğu yer hukukunu işaret edeceğinden makul bir çözüm olarak önerilmektedir²³⁵.

Karakteristik edim teorisinin savunucularından *Vischer*, sözleşmeleri iki farklı sınıflandırmaya tâbi tutmaktadır. İlk sınıflandırmaya göre, ekonomik amaçlı, mülkiyeti devir borcu yükleyen sözleşmeler, satım, trampa, hibe bir grup; kullanım borcu doğuran, kiralama, leasing, konusu para olsun ya da olmasın ödünç sözleşmeleri ikinci grup, hizmet, özel bir işin ifasını içeren sözleşmeler, taşımacılık, komisyonculuk, acentalık, yayıncılık, vekalet sözleşmeleri üçüncü grup ve bir teminatın verildiği veya bir borcun ifasından doğan sorumluluğun kabul edildiği, garanti, kefalet gibi sözleşmeler dördüncü grubu oluşturmaktadır. *Vischer*, beşinci grupta riski üstlenme taahhüdü içeren, sigorta vb. sözleşmeleri ve altıncı grup olarak da işbirliği yaratma

²³³ Doğan, Teminat, s. 106.

²³⁴ Semkow, dn. 102 vc.

²³⁵ Semkow, s. 26.

sözleşmelerini kategorize etmiş²³⁶ ve bu grupta çerçevesinde karakteristik edimin ne şekilde tayin edileceğini belirlemeye çalışmıştır. Vischer'in ikinci sınıflandırmasında ise sözleşmeler, kurallarının *prima facie* tarafların normal ve tipik beklentileri ve menfaatleri dikkate alınarak oluşturulan ticarî sözleşmeler, devletin sosyal görünümü içinde bütünleşen ve bunun sonucu olarak da bu devlet hukukunun kontrolü altında bulunan sözleşmeler ve sözleşmenin hazırlayıcısı teşebbüsün idare merkezinin bulunduğu yere tâbi iştirak sözleşmeleri olarak üç grupta toplanmıştır²³⁷.

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinin ticarî sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği tartışmasızdır. *Vischer'in* ilk sınıflandırması içinde, kullandırma borcu doğuran sözleşme grubu kapsamına girdiği gibi, özü itibarıyla kredi sözleşmesinin konusunu oluşturan kredi temini, bankaların meslekî faaliyeti olduğundan, özel bir işin, hizmetin ifası olarak da nitelendirilebilir. Ayrıca, kredi sözleşmelerinde ve özellikle sendikasyon kredisi sözleşmelerinde teminat unsuru da yer almaktadır dolayısıyla dördüncü grup olarak sınıflandırılmış olan sözleşme tipinin unsurları da sendikasyon kredisi sözleşmesi içinde mevcuttur.

Kullandırma borcu doğuran sözleşmeler bakımından, karakteristik edim, hakkın, malın veya paranın kullanımını verme edimi olarak belirlenmektedir. Bu durumda sendikasyon kredisi sözleşmesini, kullandırma borcu doğuran bir sözleşme olarak nitelediğimizde, kredi verenlerin edimi

²³⁶ Sargın, Karakteristik Edim, s. 50, 51.

²³⁷ Sargın, Karakteristik Edim, s. 51,52.

karakteristik edim olacak ve çeşitli hukuk düzenlerinde karakteristik edimin tespitinden sonra belirlenen bağlama kuralı, “ifa yeri” veya “mutad mesken” çerçevesinde uygulanacak hukuk tespit edilebilecektir.

Sözleşme meslekî veya sanatsal bir edimin ifasını konu alıyorsa, akdî ilişkinin, bu meslekî ve sanatsal edimi ifa edecek tarafın asıl ikametgahının bulunduğu ülke ile sıkı irtibatının olduğu kabul edilmektedir²³⁸. Banka muamelelerine ilişkin olarak milletlerarası özel hukuk alanında pozitif düzenlemeye sahip ülkelerden Avusturya Devletler Özel Hukuku Hakkında Kanun m. 38’e göre, banka muameleleri kredi kuruluşunun kendi ikametgahının bulunduğu ülke hukukuna göre karara bağlanmalıdır²³⁹.

İsviçre hukukunda ise, sözleşmelere uygulanacak hukuk sorunu, İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Kanunun, 116 ilâ 126. maddeleri arasında yer almış, öncelikle hukuk seçimi ve daha sonra çeşitli sözleşme tipleri için getirdiği özel bağlama kuralları düzenlenmiştir. Sendikasyon kredisi sözleşmeleri, İsviçre hukukunda, özel bağlama kuralına konu sözleşme tipleri arasında yer almamaktadır. Dolayısıyla, sözleşmeye sözleşmenin en sıkı ilişki içinde bulunduğu hukuk uygulanacaktır. İsviçre hukukunda en sıkı ilişkili hukukun tespitinde, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeninin veya işyerinin bulunduğu yer lehine oluşturulmuş bir karine mevcuttur²⁴⁰. İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Kanunun 15. maddesinde genel bir istisna

²³⁸ Doğan, Teminat, s. 107.

²³⁹ Doğan, Teminat, s. 107.

²⁴⁰ Turhan, T.: “İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk”, AÜHFD, C. 41, S. 1-4, Y. 1989-1990, s. 133 (İsviçre DÖH).

kuralı düzenlenmektedir. Buna göre, normal bağlama kuralı yolu ile tespit edilen hukukun dava ile az bağlantılı olması, buna karşılık bir başka hukukun daha sıkı irtibat içinde olması halinde daha sıkı irtibatlı hukuk uygulanacaktır.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri veya genel olarak tüketici kredileri dışındaki kredi sözleşmeleri, Roma Sözleşmesinde de, özel bağlama kurallarına konu olan sözleşme türleri arasında yer almamaktadır. Bu nedenle 4. madde ile düzenlenen, en sıkı irtibatlı hukuk kuralı, sendikasyon kredisi sözleşmeleri için de geçerlidir.

Ancak sendikasyon kredisi sözleşmeleri söz konusu olduğunda, gerek İsviçre Hukukunda gerekse Roma Sözleşmesinde en sıkı irtibatın tespitinde bir karine olarak ortaya konan karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya idare merkezi kriterinin uygulanması güç olacaktır. Öncelikle, karakteristik edim teorisinin, en çok eleştiriye uğramasına sebep olan, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler söz konusu olduğunda, para ile ifa edilecek edimin karakteristik edim olmayacağı fakat para ediminin muaccel hale gelmesinin nedenini oluşturan edimin sözleşmenin ağırlığını ve sosyo-ekonomik fonksiyonunu ortaya koyduğu yönündeki görüş²⁴¹, iki tarafın da edimlerinin para olduğu durumda karakteristik edimin tespiti sorununu ortaya çıkarmaktadır. Roma sözleşmesi karakteristik edimi tarif etmemektedir ancak *Giuliano-Lagarde Raporunda*²⁴², İsviçre doktrininden de hareketle karşılıklı

²⁴¹ Dicey, A.V./Morris J.H.C.: “*Dicey and Morris on the Conflict of Laws*”, C. II, 12. Ed., Londra, 1993 s. 1234.

²⁴² Giuliano, M./Lagarde, P.: Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations” OJ., C 282, 31.10.1980.

edimleri içeren iki taraflı sözleşmelerde para ediminin ifasına sebebiyet veren edimin sözleşmenin karakteristik edimi olduğu ifade edilmiştir²⁴³. Raporda, taşımacılık, sigorta, banka işlemleri vb. hizmetlerin ifasını içeren sözleşmelerde, söz konusu hizmetleri ifasının karakteristik edimi oluşturacağı, banka sözleşmelerinde ise bankanın kurulmuş olduğu ve sözleşmenin akdedildiği ülke hukukunun normalde yetkili hukuk olarak belirleneceği örnek olarak verilmiştir²⁴⁴. Karakteristik edimin tespitinin mümkün olmadığı haller, ise Roma Sözleşmesinin 4/5 maddesi uyarınca, karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni veya iş ikametgahı karinesinin dışında bırakılmıştır. Trampa akitleri bu istisnaya örnek olarak gösterilmektedir. Ancak söz konusu madde, karakteristik edimin ifa borçlusunun tespit edilemediği halleri açıkça istisna olarak düzenlememektedir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinin taraflarının ediminin para edimi olduğunu yukarıdaki örneğe dayanarak bir tarafa bırakıp, sendikasyon kredisi sözleşmesini, bir banka sözleşmesi olarak değerlendirdiğimizde, bankanın ediminin karakteristik edim olarak tespiti mümkün görülse de, burada birden fazla bankanın tek bir borçluya verdiği kredi ilişkisini düzenleyen bir sözleşme söz konusu olduğundan, birden fazla ülkede yerleşik bankaların hepsinin edimi karakteristik edim olarak ortaya çıkacak ve bunlar da farklı ülke hukuklarına işaret edeceklerdir²⁴⁵. Bu durumda, karinenin uygulanmayacağı ve en sıkı irtibatlı hukukun – kredinin

²⁴³ Dicey/Morris, s. 1234.

²⁴⁴ Dicey/Morris, s. 1234.

²⁴⁵ Dicey/Morris, s. 1237.

toplandığı finansal pazarın bulunduğu ülke vb. – başka kriterler kullanılmak sureti ile belirlenmesi gerekeceği açıktır²⁴⁶.

Borç ilişkilerinin bağlanacağı hukuk düzeninin tayıni diğer hukukî ilişkilere oranla zorluk arz etmektedir, şöyle ki borçlar hukuku alanındaki ilişkilerin konusunun önceden kestirilemeyecek derecede çeşitliliği ve kolayca tasnif edilemeyecek oranda karışık problemlerin mevcudiyeti tek bir bağlama kuralının belirlenmesini zorlaştıran ana nedendir²⁴⁷. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde de birbirinden farklı ve çeşitli hukukî ilişkiler barınmaktadır, Her ne kadar sendikasyon kredisi sözleşmelerinin hemen hemen tamamında var olan uygulanacak hukuk maddesinde, sözleşmenin tamamına uygulanmak üzere bir tek hukuk belirlenmekte ise de, bu hukuk seçiminin uygulanamayacağı bir takım ilişkilerin varlığı, sözleşmenin içerisinde kabul edilmektedir. Herhangi bir hukuk seçiminin var olmaması veya geçersiz olması haliyle karşılaşıldığında *Dépeçage* (Parçalanma) kavramının ifade ettiği anlamlardan biri olan sözleşmeden doğan farklı yükümlülüklerin parçalanarak her bir yükümlülüğe farklı ülke hukuklarının uygulanması, birden fazla kredi verenin her birinin farklı ülkelerden olabileceği, kredi ilişkisi dışında, temsilci vekilin hak ve yükümlükleri, ayrıca kredinin geri ödenmesinin teminatı olarak verilen garantiler gözönünde tutularak çalışmamızda inceleme amaçlı olarak bu ilişkiler ayrı ayrı değerlendirilmiş ve taraflarca yapılmış bir hukuk seçimi bulunmaması halinde sendikasyon kredisi

²⁴⁶ Dicey/ Morris, s. 1237.

²⁴⁷ Göğer, s.289.

sözleşmesinde yer alan hukukî ilişkilere uygulanacak hukukun belirlenmesine çalışılmıştır.

b) Kredi Verenler ve Borçlu Arasındaki İlişki

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinin esasını kredi verenler ile borçlu arasındaki kredi kullandırma ve bu kredinin geri ödenmesinin temini şartlarını hüküm altına almak oluşturmaktadır. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinin hukukî niteliğinin tespiti sırasında ortaya konulduğu üzere, sendikasyon kredisi sözleşmeleri pek çok yönü ile karz akdine benzer özellikler göstermesine rağmen kendine özgü niteliği olan bir sözleşme olarak belirlenmiştir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinin hukukî niteliğinin tespiti objektif esaslara göre sendikasyon kredisi sözleşmelerine uygulanacak hukukun belirlenmesi yönünden önem arz etmektedir. Her ne kadar Türk Devletler Özel Hukukunda, sözleşmelerin niteliklerine göre uygulanacak hukuk konusunda bir ayırım yapılmamış olsa da, hem karşılaştırmalı hukuk bakımından konuyu incelemek hem de uygulanacak hukukun tespitinde kullanılan kriterlerin –karakteristik edim gibi- varlığını tespit etmek bakımından sözleşmenin hukukî niteliğini tartışmak gerekmektedir.

Kredi sözleşmeleri ile benzer yönleri olan ve kullandırma borcu doğuran karz akdinde, karz verenin edimi, yani kullandıranın edimi “*karakteristik edim*” olarak kabul edilir. Çünkü karz verenin durumu karz olarak verme fedakarlığı dolayısıyla tehlikeye girmekte ve akdî ilişkide

ağırlığa sahip bulunmaktadır²⁴⁸. Karz verme borcununun ifa yerinin ise, genellikle karz verenin iş ikametgahı veya mutad meskeni hukuku olduğu görülmektedir²⁴⁹.

Karakteristik edim teorisinin edimin tayininde ortaya koyduğu en önemli kriter, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde para edimi ifa borçlusunun sözleşmeye uygulanacak hukukun tayininde dikkate alınmayacağıdır²⁵⁰. Pek çok somut durumda, sözleşmenin taraflarından birinin ediminin para ödemesi olması nedeniyle, karakteristik edimin tespiti kolay olmakta ve bu şekilde karine ile ulaşılmak istenen öngörülebilirlik sonucuna varılmaktadır. Ancak her iki tarafın ediminin de para olduğu durumlarda, para borcunun karakteristik edim olamayacağı düşüncesi yanılıcı olmaktadır.

Her ne kadar, para borçlarının ağırlıklı edim olarak kabul edilemeyeceği yönünde hem Türk hukukunda hem de çalışmada incelenmiş bulunan diğer hukuk düzenlerinde kabul edilmiş bir görüş mevcutsa da, karz ve kredi sözleşmeleri bakımından hem karz/ kredi verme borcu, hem de borçlunun geri ödeme borcu gerçekte para borcu niteliğinde olduğundan, ağırlıklı edimin tespit edilmesinde, sözleşmeden doğan riskin kim tarafından üstlenildiği gibi başka faktörlerin kullanılması gerekmektedir. Ya da tıpkı trampa akdinde olduğu gibi ağırlıklı edimin bulunmadığından hareketle, en

²⁴⁸ Tekinalp, MÖH., s. 266.

²⁴⁹ Tekinalp, MÖH., s. 266.

²⁵⁰ Sargın, Karakteristik Edim, s. 47.

sıkı irtibatlı hukukun tespitine çalışılacaktır. Bu durumda hâkim karakteristik edim belirlemesi yapmaksızın, aktin yapıldığı yer, tarafların tâbiyetleri, ikametgâhları ve işyerlerinin bulunduğu yere ve benzeri kriterlere bakarak bu tespiti yapacaktır²⁵¹. Para borcunun, karakteristik edimi oluşturmayacağıının ifade edilmesi doktrinde eleştirilmiştir. Sözleşmenin ekonomik ve sosyal fonksiyonunun birbirinden farklı olduğundan bahisle kimi zaman para borcunun da karakteristik edim olarak kabul edilebileceği düşünülmektedir²⁵².

Her iki tarafın edimi de para borcu olmakla beraber, kredi verenler ile, borçlu arasındaki ilişkinin kullandırma borcu doğuran bir sözleşme olarak kabulü halinde, karakteristik edim kullandırma borcu olacak ve İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu ve Roma Sözleşmesinde önerilen bağlama kuralı uygulandığında kredi verenlerin mutad meskenleri veya iş ikametgahları/ idare merkezi hukuku uygulanacak hukuk olarak tespit edilebilecektir. II. *Restatement* ise Sözleşmeler başlıklı 8. bölümünün 188. maddesinde yukarıda²⁵³ incelenmiş bir takım kriterlerin kullanılmasını önermekte ve hâkime en sıkı irtibatlı hukuku bulma hususunda oldukça geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Bununla birlikte *Restatement* devlet menfaati kavramı üzerinde durarak hakimin takdir yetkisini kullanırken menfaatleri en çok etkilenecek ülke hukukunu gözönünde bulundurmasını istemektedir²⁵⁴.

²⁵¹ Ekşi, s. 51.

²⁵² Ekşi, s. 55.

²⁵³ Bkz. yuk. s. 52 vd.

²⁵⁴ Bkz. “*Restatement (Second) of Conflict of Laws*”, 8. Bölüm.

Karakteristik edimin ifa yeri kriterinin esas alındığı hukuk düzenlerinde ise, kredi verenler ile borçlu arasındaki ilişki bakımından para borçları alanında ödeme yeri hukuku önem taşımaktadır. Borçlu sözleşmede kararlaştırılan veya ödeme mahallinde geçerli olan para ile borcunu ödeme serbestisine sahiptir. Ödeme yerindeki para ile borcunu ödeyen kişi borçtan kurtulur. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde rastlanan bir durum olmamakla birlikte, para borcu içeren sözleşmelerde, sözleşmede gösterilmemiş olması halinde, ödeme yerinin saptanmasında hangi hukukun uygulanacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Genellikle kabul edilen ödeme yeri, ifa zamanındaki alacaklının ikametgâhıdır. Bununla birlikte bazı ülkelerde borçlunun ifa zamanındaki ikametgâhı yeri de ödeme yeri olarak görülmektedir²⁵⁵.

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinin banka muameleleri olarak nitelendirilerek, kredi veren bankalar ile borçlu arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukun bu nitelendirmeden hareketle tespit edilmesi de tartışılabilir. Karşılaştırmalı hukukta ise banka muamelelerine ve meslekî bir edimin ifasına ilişkin sözleşmeler ile ilgili olarak özel düzenlemeye yer verilmiştir²⁵⁶. Avusturya Devletler Özel Hukuku Kanununa göre, banka muameleleri, kredi kuruluşunun kendi ikametgahının bulunduğu ülke hukukuna göre karara bağlanmalıdır. Kredi kuruluşları arasındaki banka muamelelerinde ise tevkil edilmiş olan kredi kuruluşunun ikametgâhı hukuku yetkilidir. İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanununda düzenlemelere göre,

²⁵⁵ Göğer, s. 309.

²⁵⁶ Bkz. IPRG. m. 117; Akitten Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi m.4.

sözleşmenin meslekî bir faaliyetin ifasını esas aldığı hallerde, meslekî faaliyette bulunanın iş merkezi hukuku esas alınmaktadır²⁵⁷. Son olarak, Roma Sözleşmesinde yer alan düzenleme de (m. 4/5) aynı esası kabul etmekle birlikte, ikinci bir bağlama kuralı daha ortaya koyarak, akdî ilişkinin, iş merkezinin bulunduğu ülke hukukundan farklı bir ülke hukuku ile daha yakından irtibatlı bulunduğu anlaşılıyorsa bu ülke hukukunun uygulanacağını hükme bağlamaktadır.

Kanımızca, kredi sözleşmelerini ve özel olarak sendikasyon kredisi sözleşmelerini bankaların meslekî faaliyeti olarak yorumlamak yanlış olmayacaktır. Ancak özellikle doğrudan sendikasyon kredisinde, sendikasyon kredisi sözleşmesine imza koyan bankaların iş merkezlerinin çoğu kez, başka ülkelerde olduğu görülmektedir. Bu durumda, hangi bankanın iş merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı sorunu gündeme gelecektir. Karakteristik edim kriterinden faydalanılarak sonuca ulaşıldığında, pratik güçlüklerine rağmen her bir bankanın edimini parçalayarak ilgili hukukun uygulanması söz konusu olduğu gibi burada da her bir bankanın borçlu ile arasındaki ilişkiye kendi iş merkezinin bulunduğu yer hukukunun uygulanacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Bu açıklamalar ışığında, hukuk seçimi konusunda bir mutabakatın olmaması durumunda bir uyuşmazlık halinde ortaya çıkan sonuç oldukça karmaşıktır. Ayrıca, hukuk seçiminin eksikliği halinde, diğer bağlama kuralları

²⁵⁷ Bkz. IPRG., m. 117, Akitten Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi, m.4.

çerçevesinde, borçlunun sendikasyon kredisi sözleşmesine imza atmalla öngördüğü faydalardan biri olarak gördüğü tek bir döküman ve benzer nitelikli, hatta, incelenen örneklerde görüldüğü üzere taahhüt edilen meblağ hariç, birbirinin aynı hak ve yükümlülüklerden elde etmeyi beklediği faydayı ortadan kaldırmaktadır. Zira her bir banka ile ayrı ayrı kredi sözleşmesi yapılmış olması ile sendikasyon kredisi sözleşmesi yapılmış olması arasındaki önemli bir fark ortadan kalkmış olacaktır. Öyleyse, karşılaştırmalı hukukta en sıkı irtibatın tespitine bir karine olarak görülen karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ve iş merkezi kirterinin bir istisnasını, kredi verenler ile borçlu arasındaki akdî ilişkiye uygulanacak hukukun oluşturduğu söylenebilir²⁵⁸. Bu durumda, her bir ilişkiye uygulanacak hukukun, somut olayın verilerinden hareketle en sıkı irtibatlı hukukun tespiti ile bulunması gerektiği düşünülmektedir.

Kredi verenler arasında, sendikasyon kredisi sözleşmesinin özelliği nedeniyle lider bankanın durumu diğer kredi verenlere kıyasla farklılık arz etmektedir. Zira lider banka, hem diğer bankalara, hem de borçluya karşı, kredi temini dışında farklı yükümlülükler üstlenmektedir. Örneğin lider banka bilgi notunu hazırlamakla görevlidir. Bilgi notunda yer alan bilgilerin yanlış, eksik veya hileli olması halinde lider bankanın sorumluluğu hangi hukuka göre tespit edilecektir. Sözleşmenin esasını idare eden hukukun uygulanması yeterli midir? Sözleşmenin farklı unsurlarına uygulanan birden fazla hukuk

²⁵⁸ Dicey/Morris, s. 1347; Karakteristik Edim Teorisinin uluslararası kredi sözleşmeleri bakımından doğurduğu sakıncalar için bkz. Collins L.: Essays in International Litigation and Conflict of Laws-

tarafından idare edilmesi halinde Lider bankanın katılımcılara karşı sorumluluğu hangi hukuka tâbi olacaktır? Sendikasyonda yer alacak bankalar, lider bankanın hazırlamış olduğu bilgi notunda sağlanan bilgilere dayanarak, sendikasyona katılıp katılmayacakları hususundaki kararlarını vermektedirler, dolayısıyla bilgi notu, önemli bir belge niteliğini kazanmaktadır. Lider bankanın, diğer bankalara göndermiş olduğu bilgi notu ve neticesinde imzalanan kredi sözleşmesinin, bilgi notunun dağıtıldığı ülkelerin yasal düzenlemelerinde “kıymetli evrak” niteliğinde görülüyorsa bu yasalarda yer alan emredici hükümlere tâbi olacağı kabul edilmektedir²⁵⁹.

c) Temsilci Vekil ile Kredi Verenler Arasındaki İlişki

Sendikasyon kredisi sözleşmesine karakteristik özelliğini veren unsurlardan birinin temsilci vekilin varlığı olduğu yukarıda açıklanmıştı. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde temsilci vekil, kredi verenlerin temsilcisi olarak hareket etmekte ve kredi verenler nam ve hesabına, borçluya kredi ödemesini gerçekleştirebilecekleri gibi geri ödemeler de kredi verenler adına temsilci vekile yapılmaktadır.

Özellikle doğrudan kredi sendikasyonunda, sendikasyona katılan bankalardan biri, temsilci vekillik görevini üstlenir. Temsilci vekilin hak ve yükümlülükleri, alacağı ücret de dahil olmak üzere, sendikasyon kredisi sözleşmesi içerisinde yer alır. Dolayısıyla, sendikasyon kredisi

The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law, s. 424; Sargın, Karakteristik Edim, s. 63.

²⁵⁹ Semkow, dn. 18 vc.

sözleşmesinde geçerli bir hukuk seçiminin varlığı halinde temsilci vekil ile kredi verenler arasındaki ilişkiye seçilen hukukun uygulanması mümkün olacaktır. Zira, hem temsilci vekil hem de kredi verenlerin iradeleri, sendikasyon kredisi anlaşmasında tezahür etmektedir. Ancak sendikasyon kredisi sözleşmesini unsurlarına ayırıp, ilişkileri parçalamak sureti ile uygulanacak hukukun tespiti yoluna gidildiğinde kredi verenler ile temsilci vekil arasındaki ilişkinin bir temsil ilişkisi olması nedeni ile uygulanacak hukukun ayrı bir başlık olarak incelenmesinde fayda görülmektedir.

Temsile ilişkin bağlama kuralları ayrı düzenlemelere konu olmuştur. Hukuki işlemlerde temsilde, ilişkide yer alan üçüncü kişilerin menfaatleri sebebi ile, objektif esaslara göre tespit edilmiş önceden bilinen bir hukukun uygulanması gereği kabul edilmiştir. Kabul edilecek bağlama kuralı temsilci, temsil olunan ve temsilcinin temsil olunan adına ilişkiye girdiği üçüncü kişi ile arasındaki ilişkilerde menfaatler dengesini en iyi kuran hukuk olmalıdır²⁶⁰. Temsil yetkisine uygulanmak üzere ileri sürülen çeşitli görüşler, temsil ilişkisinde yer alan temsil olunan ile temsilci arasındaki vekalet, acentelik gibi akitlerle kurulmuş olan temel ilişki, temsilcinin temsil yetkisini kullanarak üçüncü kişi ile girmiş olduğu esas ilişki ve temsil ilişkisinin esas alınması şeklindedir²⁶¹. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında temel ilişki bulunmaksızın da temsil yetkisinin verilebileceği düzenlenmekte ve temsil ilişkisi temel ilişki ve esas akitten farklı olarak ele alınmaktadır. Bu sebeple de ilişkiye

²⁶⁰ Tekinalp, MÖH., s. 91; Nomer, s. 262, Tekinalp, G.: “Devletler Hususî Hukukunda Temsil Yetkisine Uygulanan Kanun”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1977, s.236 vd (Temsil).

²⁶¹ Tekinalp, MÖH., s. 92; Uluocak, N.: “Yabancı Unsurlu Aracı Sözleşmesinde İç İlişki Kanununun Saptanması, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1977, s. 208.

bağımsız bir bağlama sebebine dayanan bir bağlama kuralı uygulanmaktadır²⁶².

İsviçre Devletler Özel Hukuk Hakkında Kanununun 126. maddesi, temsile ilişkin ortak bir hüküm getirmektedir. Buna göre “eğer temsil bir sözleşmeye dayanıyorsa, temsilci ile temsil olunan arasındaki hukukî ilişki, bu sözleşmeyi idare eden hukuka tâbi olacaktır. Aynı maddenin 2. fıkrasına göre ise temsilcinin fiil ve işlemlerinin temsil olunanı üçüncü kişiye karşı bağlayıp bağlamadığı temsilcinin iş merkezinin bulunduğu hukuka göre, eğer temsilcinin iş merkezi bulunmuyorsa veya üçüncü kişiler tarafından tayin edilemiyorsa, temsilcinin fiil ve işlemlerini tamamladığı yer hukukuna göre belirlenecektir²⁶³.

Temsil ilişkisi ile ilgili olarak, temsil olunanın hukuku, temel ilişkiye uygulanacak hukuk, esas ilişkiye uygulanacak hukuk, yetkinin verildiği yer hukuku, temsilcinin ikametgâhı hukuku ve temsil yetkisinin etkisini doğurduğu yer hukukunun uygulanmasına ilişkin çeşitli görüşler ortaya atılmıştır²⁶⁴.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri bakımından temsilci vekil ile kredi verenler arasındaki temsil ilişkisi incelendiğinde ise, bu temsil ilişkisinin bağımsız niteliğinden bahsetmek çok doğru görünmemektedir. Zira, esas ilişkiyi oluşturan kredi sözleşmesi, çoğu kez, temsil ilişkisinin esaslarını da

²⁶² Tekinalp, Temsil, s.237.

²⁶³ Turhan, İsviçre DÖH., s.141.

²⁶⁴ Tekinalp, MÖH., s. 92 vd; Tekinalp, Temsil s. 236 vd.

düzenlemekte ve hem kredi verenler hem temsilci vekil hem de temsil ilişkisinin üçüncü kişisi olan borçlu tarafından imza altına alınmaktadır. Dolayısıyla, sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanacak hukukun, kredi verenler ve temsilci vekil arasındaki temsil ilişkisine de uygulanmasında ileri sürülen bir sakınca bulunmamaktadır.

d) Kredi Verenler ve Borçlu Arasındaki Teminat İlişkisi

Kredi sözleşmelerinde olmazsa olmaz unsurlardan bir tanesi de kredi verilere, kredi geri ödemelerini alacaklarına dair yeterli teminatın verilmiş olmasıdır. Teminat, kişisel kefalet, kredi verenlerin, borçlunun geri ödeme yükümlülüğünün ifasında temerrüde düşmesi halinde, geri ödemeyi temin edebileceği şekilde borçlunun menkul ve gayrimenkul malları üzerinde rehin ve ipotek tesis²⁶⁵, özellikle proje finansmanında alacağın temlik veya hükümetler tarafından sağlanan garantiler olabilir.

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde genellikle, borçlunun olumlu ve olumsuz taahhütlerine yer verilmektedir. Borçlunun tüzel kişiliğinde herhangi bir değişiklik yapılmasını engelleme, borçlunun diğer boçlulara karşı aynı nitelik ve borç halinde kalmasını temin etmek (*“negative pledge”* ve *“pari passu”* hükümleri suretiyle), borçlunun malvarlığının nicelik ve nitelik olarak muhafazasını temin etmek, borçlunun anlaşma tahtındaki yükümlülüklerini karşılayabileceği likit varlıklarının muhafazasını temin etmek amacıyla yeni borçlanmaların engellenmesi ve kredi verenlerin borçlunun malî durumunu

²⁶⁵ Allan D. E.: *“Credit and Security: Economic Orders and Legal Regimes”*, ICLQ., C. 33,1984, s.23.

yakından takibine imkan vermek gibi taahhütler hüküm altına alınmaktadır²⁶⁶. Tüm bu taahhütler, kredinin geri ödenmesi teminatı olarak verilmekte ve kredi verenleri koruma amacını gütmektedir. Ancak bu taahhütlerin, kredi verenlerce yeterli görülmediği hallerde, borçlunun malları üzerinde rehin veya ipotek gibi aynî hak tesisi sureti ile teminat sağlandığı görülmektedir. Bu durumda, sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanacak hukuktan farklı bir hukukun uygulanması ile karşı karşıya kalınabilecektir. Zira, pek çok hukuk düzeninde taşınır ve taşınmaz mallara uygulanacak hukuka ilişkin olarak ayrı bağlama kuralları düzenlenmiş, özellikle taşınmaz mallar ile ilgili haklar çoğu kez kamu düzenine ilişkin kabul edildiğinden, buldukları yer hukukuna tâbi kılınmışlardır.

Prensip olarak, taşınır ve taşınmaz mallara ait ilişkilere *lex rei sitae* yani taşınır veya taşınmaz malın bulunduğu yer hukuku uygulanır, ayrıca bu alanda tarafların iradesine yer verilmemiştir, irade muhtariyeti yoktur. *Lex rei sitae*'nin tatbiki taşınmazlar bakımından milletlerarası hukukun ilk gelişme gösterdiği tarihten itibaren kabul görmektedir. Taşınır mallar için ise önceleri taşınır şeyin sahibi olan kişinin ikametgâhı hukuku (*maxim mobilia sequuntur in personam*) kabul edilmiş daha sonra taşınmazlar için geçerli olan malın bulunduğu yer hukuku taşınırlar için de kabul edilen bir bağlama kuralı olmuştur²⁶⁷.

e) Katılımcı Bankaların, Lider Banka ve Borçlu ile Olan İlişkileri

²⁶⁶ Çal, s. 49, 50.

²⁶⁷ Nomer, s. 253, 254.

Birinci bölümde ayrıntıları ile incelendiği üzere, doğrudan kredi sendikasyonundan farklı olarak katılım sendikasyonu ve karma sendikasyon söz konusu olduğunda, kredi veren(ler)in borçlu ile girmiş oldukları kredi sözleşmelerinden doğan hak ve borçlarını kısmen veya tamamen devretmeleri söz konusu olmaktadır. Bu devir, genellikle sendikasyon kredisi sözleşmesinin ekinde bir örneği bulunan devir belgesi ile yapılmaktadır. Ya da kredi sözleşmesine istinaden çıkarılan kıymetli evrakın bir başka bankaya devri de katılım sendikasyonu olarak kabul edilmektedir. Kıymetli evrak yolu ile sendikasyon oluşturulmasında önemli nokta, tahvil yolu ile borçlanmadan farklı olarak kıymetli evrakın yatırımcılara değil sadece finans kuruluşlarına devredilmesi ve mutlaka borçlu ile katılımcı banka arasında bir hukukî ilişkinin kurulmasıdır.

Katılımcı banka, devir belgesini imzalamakla, kredi verenin üstlenmiş olduğu kredi verme borcunun bir kısmını veya bazen tamamını devralmakta buna karşılık, kredi vereninin, borçlunun geri ödeme yükümlülüğünden doğan alacağını da devralmış olmaktadır. Buna göre, katılımcı banka ve devreden banka arasında hem borcun nakli hem de alacağın temlikî ilişkisi bulunmaktadır. Çoğu kez kredi sözleşmelerinde yer alan bir hükümlerle, kredi verenlerin anlaşmadan doğan hak ve borçlarının devri borçlunun önceden yazılı iznini alma koşuluna bağlanmaktadır. Aynı şekilde borçlunun hak ve borçlarının devri de yazılı izin ile mümkün kılınmaktadır.

Alacağın sözleşme ile temlikinde iki alacak statüsü bulunmaktadır. Birincisi ilk alacaklı ile borçlu arasındaki akit (sendikasyon kredisi sözleşmesi) statüsü, ikincisi ise birinci hukukî ilişkideki alacaklı ile yeni alacaklı arasındaki akit (katılım sözleşmesi) statüsüdür²⁶⁸. Alacağın temlikinin bir akitle yapılması halinde uygulanması düşünülen bağlama kuralı, ilk akde, yani sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanan hukuktur. Alacak hangi akit statüsüne tâbi ise, devri de aynı statüye göre yapılacaktır²⁶⁹. Burada temel düşünce, alacaklının değişmesi neticesinde borçlunun hukukî durumunun kötüleştirilmemesidir. Her ne kadar, sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, borçlunun onayı olmaksızın alacağın devrinin mümkün olamayacağına dair hükümler bulunsa ve borçlunun, devre onay verirken hukukî durumunu değerlendirme olanağı olsa da, alacağı doğuran sözleşmeye uygulanan hukuk ile devre uygulanacak hukuk arasında paralellik olması, işleyişi kolaylaştıracak makul bir çözümdür.

Alacak statüsü olarak adlandırabileceğimiz bu bağlama kuralı, bir alacağın devredilip devredilemeyeceğinin tesbiti ile devir işleminin şartlarına uygulanır. Alacağın temlikinin şekline ait şartlar konusunda, alacak statüsü yanında *Locus Regit Actum* kuralı da geçerlidir. Devir işleminin şekli alacak statüsünün yetkili kıldığı hukuka uygun olabileceği gibi devir işleminin yapıldığı yani devir beyanının yapıldığı yer hukukuna uygun olarak da yapılabilir²⁷⁰.

²⁶⁸ Tekinalp, MÖH., s. 309.

²⁶⁹ Tekinalp, MÖH., s. 309, Nomer, s. 270.

²⁷⁰ Tekinalp, MÖH., s. 309; Göğer, s. 307.

Borçlu ile katılımcı arasındaki ilişkiler de alacak statüsüne tâbi olacaktır. Borçlunun eski alacaklıya karşı ileri sürebileceği deflery yeni alacaklıya karşı ileri sürüp süremeyeceği veya borçlunun ne zamandan itibaren yeni alacaklıya ifa ile borcundan kurtulacağı gibi problemler alacak statüsünün uygulama alanına girecektir. Eski alacaklı ve yeni alacaklı arasındaki alacağın temlikine esas olan hukukî ilişkinin ise, kendi hukukuna tâbi olacağı kabul edilmektedir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde eski alacaklı ve yeni alacaklı yani kredi veren (lider veya düzenleyen banka) ile katılımcı arasındaki temel ilişkiyi başlıbaşına katılım anlaşması oluşturmakta, katılımcı bedel karşılığında, sendikasyon kredisi sözleşmesine katılma hakkını elde etmektedir.

Konu ile ilgili düzenleme İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Kanununun 145. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, hukuk seçiminin yokluğu halinde alacağın temliki alacak statüsüne tâbi olacaktır. Roma Sözleşmesinde de alacağın temlikine esas olarak alacak statüsü uygulanmaktadır²⁷¹.

Katılım ilişkisi bir taraftan alacağın temliki niteliği taşıırken diğer yandan da kredi verenin, borçluya (kredi alacaklısına) kredi verme taahhüdünü ortadan kaldırması sebebi ile borcun nakli niteliği de taşımaktadır. Kural olarak borcun naklinde, borcun iç yüklenilmesi, yani alacaklının dahil olmadığı eski borçlu ve yeni borçlu arasındaki iç ilişki ve borcun dış

²⁷¹ Bkz. Akdî Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi, m. 13.

yüklenilmesi yani alacaklı ve üçüncü kişi ile akdedilen sözleşme ile borcun değişmesi arasında bir ayırım yapılmaktadır. Sendikasyon kredisi sözleşmelerine katılım söz konusu olduğunda böyle bir ayırma gerek kalmamaktadır. Zira katılım sözleşmesi, kredi veren (kredi borçlusu) ve katılımcı arasında imzalanmakta ancak borçlunun (kredi alacaklısının) onayıyla yürürlüğe girmektedir. Üstelik aynı katılım anlaşması devralan kişiye hem kredi verme borcunu hem de geri ödeme alacağını tahsil etme hakkını vermektedir. Bu ilişki içerisinde katılım anlaşmasının, kredi sözleşmesinin tâbi olacağı hukuka tâbi olması en uygun çözüm olarak önerilmektedir.

3. Yabancı Para Kayıtlarına Uygulanacak Hukuk

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde genellikle temin edilen kredileri *eurodollar* kredileri olduğu ve borçlanmaların istisnaları olmakla birlikte genellikle ABD Doları cinsinden yapıldığına daha önce değinilmişti. Konusu para olan borcun yabancı bir ülkenin para sistemine ait bir para birimi üzerinden tesis edilmiş olması halinde yabancı para borcu söz konusu olacaktır. Yabancılığın tayininde çeşitli kriterler ortaya atılmıştır. Hâkimin ülkesinde yasal rayici olmayan, ödeme yerinde yasal rayici olmayan, hâkimin ülkesinde ve ödeme yerinde yasal rayici olmayan veya hukuku sözleşmeye uygulanacak ülkenin parası dışında kalan para yabancı para olarak kabul edilebilir, ancak kanunlar ihtilafı hukuku açısından for ülkesinde yasal rayici olmayan paranın yabancı para olarak kabulü en uygun yaklaşım olacaktır²⁷².

²⁷² Turhan, T.: “*Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları*” Ankara 1997, s. 27,28 (Para).

Yabancı para kayıtları, hesap veya ödeme parasının tek bir para birimine dayandırıldığı basit yabancı para kaydı veya birden fazla yabancı ülke parası içeren karmaşık yabancı para kayıtları olabilir²⁷³. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde basit yabancı para kaydı yer alabilmekle birlikte, yaygın olarak *eurodollar* kredileri olarak karşımıza çıkmakta ve kredi borçlusuna hesap parasını seçme hakkı verildiği görülmektedir²⁷⁴.

Yabancı para kaydı içeren sözleşmeler söz konusu olduğunda, yabancı para kaydının geçerliliğine, yorumuna ve kambiyo kuruna uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkmaktadır. Yabancı para kaydının geçerliliğinin hâkimin hukukuna, yabancı paranın ait olduğu devletin hukukuna, ödeme yeri hukukuna ve sözleşmeye uygulanacak hukuka göre tayin edilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmaktadır²⁷⁵. Bu gün benimsenmekte olan görüş ise, yabancı para kayıtlarının geçerliliğine uygulanacak hukukun yabancı para kaydının bulunduğu sözleşmeye uygulanacak hukuk olduğu yönündeki görüştür²⁷⁶. Hem birden fazla yabancı para ülke parası içeren karmaşık para kaydı söz konusu olduğunda tek bir hukukun uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi hem de para kaydının sözleşmeden doğan hal ve borçları ilgilendirmesi dolayısıyla Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde mevcut yabancı para kayıtlarının geçerliliğinin de sendikasyon kredisi sözleşmesinin tâbi olduğu hukuka göre belirlenmesi uygun olacaktır.

²⁷³ Turhan, Para, s. 33 vd.

²⁷⁴ Turhan, Para, s. 40.

²⁷⁵ Turhan, Para, s. 48 vd.

²⁷⁶ Turhan, Para, s. 51.

Uluslararası sözleşmelerde kullanılan yabancı para kayıtlarının yorumu sorunu genellikle bu kayıtlardaki belirsizlikten kaynaklanmaktadır²⁷⁷. Yabancı para kayıtlarının yorumu konusunda da genellikle kabul edilen görüş yorumun sözleşmeye uygulanacak hukuka tabi olmasıdır.

Borçlunun mahallî para ile ödeme yapacak olması, hakimin mahallî para üzerinden karar verme yükümlülüğünün bulunması veya hakimin iki veya daha fazla para üzerinden karar verme imkanının bulunması hallerinde paranın kambiyo kurunu saptanmasına uygulanacak hukuk sorunu ortaya çıkmaktadır²⁷⁸. Bu konuda iki fikir mevcuttur²⁷⁹. Bunlardan ilki paranın kambiyo kurunu sözleşmeyi idare eden hukuka tâbi tutan görüş, diğeri ise, paranın kambiyo kurunu ödeme mahalli hukukuna tâbi tutan görüştür. Ülkeler, millî paraları ile ilgili düzenlemeleri genellikle kamu düzenine ilişkin düzenlemeler olarak kabul etmekte ve millî hukuk düzenleri içindeki yasal sınırlamalar yabancı hukukun uygulanmasını engelleyici doğrudan uygulanır nitelikli kurallar olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, kambiyo kurunun saptanması borcun esasına ilişkin olmayıp, ifanın tarzı ile ilgilidir²⁸⁰. Bu nedenle kanımızca, yabancı para borcu ile ilgili sorunların ödeme mahalli hukukuna tâbi tutulması en uygun çözüm olacaktır.

²⁷⁷ Turhan, Para, s. 103.

²⁷⁸ Turhan, s. 147 vd.

²⁷⁹ Göğer, s. 309.

²⁸⁰ Turhan, s. 161.

B) Türk Hukukunda Sendikasyon Kredisi Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk

1. MÖHUK m.24 ve Yetkili Hukukun Tayini

Türk Devletler Özel Hukukunda, sözleşmelere uygulanacak hukuk sorunu, MÖHUK'nun 24. maddesinde, sözleşme türlerine göre bir ayırım gözetmeksizin, tüm sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti için yasal düzenlemeye kavuşturulmuştur. Dolayısıyla, sendikasyon kredisi sözleşmelerine veya genel olarak kredi sözleşmelerine uygulanacak hukuka ilişkin bağımsız bir düzenleme bulunmamaktadır.

MÖHUK, 24. maddesinde, sözleşmenin öncelikle tarafların açık olarak seçmiş oldukları hukuka tâbi olduğunu düzenlemektedir. Hukuk seçiminin açık olarak yapılmadığı hallerde ise “*borcun ifa yeri hukuku*”, karşılıklı taahhütleri havî sözleşmelerde birden fazla edimin ifasının söz konusu olması ve bu edimlerin ifa yerlerinin birbirinden farklı olabilmesi nedeniyle “*borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri*” hukuku sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak ifade edilmektedir. Borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin, diğer ifade ile karakteristik edimin tespit edilemediği haller için hakim Kanundaki deyim ile “*sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku*” kuralına göre uygulanacak hukuku tayin edecektir²⁸¹.

24. maddenin gerekçesi ise, “Maddenin birinci fıkrasında Milletlerarası Özel Hukuk verilerine uygun olarak *irade muhtariyeti* ilkesi benimsenmiş ve

²⁸¹ Tekinalp, MÖH.; s. 253; Çelikel, s. 253 vd.; Nomer, s. 263 vd.

sözleşmeden doğan borç ilişkilerine tarafların seçtikleri kanunun uygulanması öngörülmüştür. İkinci fıkrada, tarafların uygulanacak kanunu seçmemeleri durumu düzenlenmiştir. Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde hukukî güveni, taraflarca önceden bilinebilirliği ve objektifliği sağlamak amacıyla, bu nitelikleri bünyesinde toplayan ifa yeri hukukuna ikinci sırada yetki tanınmıştır. İfa yerinin birden çok olması halinde, hâkime, borç ilişkisinde ağırlık taşıyan edimin ifa yerini tespit ederek bu yer hukukunu uygulamak görevi verilmiştir. İfa yerinin hiç bir şekilde tespit edilemediği durumlarda ise bu kavramın dışındaki yardımcı kriterlerden de yararlanılarak akdin en ziyade irtibat halinde bulunduğu yerin tespit edilmesi ve bu yer hukukunun uygulanması öngörülmüştür” şeklinde açıklanmaktadır²⁸². Maddenin gerekçesinde her ne kadar, ifa yerinin tespit edilememesi ifadesi yer alıyorsa da BK. 73’den hareketle edimin ifa yerinin tespitinin herhalûkarda mümkün olması nedeniyle, maddenin karakteristik edimin tespit edilemediği hallerde en yakın irtibatlı hukukun uygulanması hususunda hakimi yetkilendirdiği düşünülmektedir.

a) Açık Hukuk Seçiminin Bulunması Halinde

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun hukuk seçimine imkan vermekte ancak hukuk seçiminin açık yapılmış olması şartını koymaktadır. Türk hukukunda var olan bu düzenlemenin geniş yorumlanmak sureti ile, “şüpheye yer vermeyecek şekilde akdin şartlarından anlaşılacak”²⁸³

²⁸² Üstündağ S./ Karşlı A.: “*Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun*”, B.2, İstanbul 1999.

²⁸³ Tekinalp, MÖHUK’ta Uygulanacak Hukuk, s. 583.

kriterinin unsurlarının oluştuğu hallerde hukuk seçiminin var olduğunun kabul edilmesinin gerekliliği yukarıda tartiřılmıřtı²⁸⁴. Sendikasyon kredisi sızleşmelerinde ise genellikle açık hukuk seçimine yer verildiği gırılmektedir²⁸⁵.

b) Açık Hukuk Seçiminin Bulunmaması Halinde

Milletlerarası zel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, sızleşmelere uygulanacak hukuku, sızleşmenin ifa yeri hukuku; ifa yerinin birden fazla olması durumunda örneğin karşılıklı edimlerin ifasını içeren sızleşmeler sız konusu olduğunda, borę ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri hukuku olarak belirlemektedir. Karakteristik edimin tespit edilemediği hallerde ise “sızleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukuku” uygulanacaktır.

Türk doktrinde, kanunun metninde yer alan “borę ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edim” ifadesinin karakteristik edim olarak yorumlanması hususunda fikir birliği gırılmektedir²⁸⁶. Sızleşmenin karakteristik ediminin tespiti hususunda ise mukayeseli hukukta devletler özel hukuku doktrini, tatbikatı ve mevzuatında ileri sürülen fikirler ve sonuçlar, Türk hukukundaki

²⁸⁴ Bkz. yukarıda s. 64.

²⁸⁵ Sendikasyon kredisi sızleşmelerinde genellikle kredi verenler kendilerini güvenceye almak amacı ile, boręlu ve garantörün hukuk müşavirleri tarafından hazırlanmış olan ve hukuk seçiminin boręlunun ülkesindeki geğerliliğini teyit eden hukuk görüşler almaktadırlar.

²⁸⁶ Tekinalp G.: “*Akd İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması*”, Prof. Dr. Ernst Hirsch Anısına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s. 449 (Objektif Genel Kural); Sargın, Lisans, s. 222; Tiryakioğlu, s. 222; Nomer, s. 269; elikel, 258.

objektif düzenleme için de geçerli kabul edilmelidir, aksi takdirde kanundaki genel düzenleme ile öngörülebilirlik amacına ulaşılamayacaktır²⁸⁷.

Türk hukukunda banka muamelelerinin tâbi olduğu hukuk bakımından ayrı bir bağlama kuralı öngörülmemiştir. Bununla birlikte gayrinakdî krediler bakımından uygulanacak hukuka ilişkin tartışmalar mevcuttur. Banka teminat mektupları açısından MÖHUK'da yer alan düzenleme tatbik edilirken, lehdar ile banka arasındaki ilişkiye uygulanacak hukuk ile banka ile muhatap arasındaki ilişkiye uygulanacak hukukun ayrı ayrı incelenmesinin gerekliliği üzerinde durulmuştur²⁸⁸. Lehdar ile banka arasındaki ilişki Türk hukukuna göre vekalet sözleşmesi olarak kabul edildiğinden, bankanın edimi aslî edimdir, dolayısıyla lehdar ile banka arasındaki ilişkide karakteristik edimin ifa edileceği yer hukuku olarak bankanın bulunduğu ülke hukuku nazara alınacaktır²⁸⁹. Yine ilk banka ile ikinci banka arasındaki ilişkide de ikinci bankanın edimi karakteristik edim olduğundan, ikinci bankanın edimini ifa edeceği yer hukuku uygulama alanı bulacaktır²⁹⁰.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri de Türk Hukukunda özel düzenlemeye sahip değildir. Dolayısıyla MÖHUK m. 24, sendikasyon kredisi sözleşmeleri için uygulanacak hukukun belirlenmesinde esas teşkil edecektir. Sendikasyon kredisi sözleşmeleri özü itibarıyla, belli bir miktar paranın, faiz karşılığında kullandırılmasını hedeflemektedir. Dolayısıyla,

²⁸⁷ Bkz. Tekinalp, Objektif Genel Kural, s. 449, 450.

²⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan, s. 106 vd.

²⁸⁹ Doğan, s. 108.

²⁹⁰ Doğan, s. 109.

sendikasyon kredisi sözleşmelerini kredi sözleşmeleri gibi kullandırma akitleri olarak kabul etmek yanlış olmayacaktır. Bu durumda kullandırmanın yani kredi verenlerin edimi sözleşmenin ağırlıklı edimini oluşturmaktadır. Sendikasyon kredisi sözleşmeleri, para ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmeyeceği yönünde doktrinde ileri sürülen fikirlerin de bir istisnasını oluşturmaktadır²⁹¹. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu m. 73/b.1'den hareketle kredi verenlerin ediminin ifa yeri borçlunun verme anında mükim olduğu yer olarak tespit edilecektir. Oysa varılan bu sonuç uygulamada hemen hiç karşılaşılmayan bir durumdur. Ticarî hayatta karşılaşılan somut olaylar, elinde bulunan parayı ödünç vermek suretiyle risk alan tarafın, kendisini girmiş olduğu hukukî ilişkide güvende hissetmeden böyle bir hukukî ilişkiye girmeyeceğini göstermektedir. Bu durumda kredi verenlerin kendilerini borçlunun hukukuna tâbi kılmak istemeyecekleri açıktır. MÖHUK m. 24'de daha yakın irtibatlı hukukun uygulanmasının bir istisna hükmü değil, yardımcı kural niteliğinde olduğu düşünüldüğünde, Türk hukukunda sendikasyon kredisi sözleşmelerinde açık hukuk seçiminin bulunmadığı hallerde, uygulama ile bağdaşmayacak sonuçlara varılmakta ticaret hayatının parayı esas alan modern ekonomiye dayalı ihtiyaçları göz ardı edilmektedir²⁹². Bu nedenle MÖHUK m. 24 ile getirilen bu yardımcı kuralın bir istisna kuralı gibi yorumlanarak sözleşmenin tüm irtibat noktalarına ve irtibat noktalarının temelinde yatan Milletlerarası Özel Hukuk menfaatlerine dayalı olarak en

²⁹¹ Para ediminin karakteristik edim olarak kabul edilmemesi yönünde eleştiriler için bkz. Sargın, Karakteristik Edim, s. 62 vd.

²⁹² Sargın, Karakteristik Edim, s. 89

yakın irtibatlı hukukun tespitinin²⁹³ gerekli olduğu bazı doktrin tarafından ifade edilmiştir.

Türk hukukundaki düzenlemeler, sendikasyon kredisi sözleşmelerinin tarafları, temsilci vekil, teminat ve katılımcı bankaların borçlu ve diğer bankalarla ilişkisi gibi çeşitli ilişki ve sorunlar bakımından da incelenmiştir.

i. Kredi Verenler ve Borçlu Arasındaki İlişki

Sendikasyon kredisi sözleşmesinin ağırlıklı ediminin, borçlu ve kredi verenler arasındaki ilişkiden hareketle, karz akdine kıyasen²⁹⁴ kullandırma borcunu üstlenen bankaların edimi olan krediyi kullandırma borcu olduğu kabul edilecektir. İfa yerinin tayininde ise bağlama noktasının yorumu sorunu ortaya çıkmaktadır²⁹⁵. Bağlama noktasının yorumunun ise *lex fori*'ye göre yapılacağı kabul edilmektedir. Buna göre Türkiye'de görülen bir davada, Borçlar Kanunu madde 73/1 uyarınca, ifa yeri tarafların açık veya zımnî iradeleri ile tayin edilmemiş ise, para borçlarında ifa yeri, alacaklının verme zamanında ikamet ettiği yer olarak belirlenecektir. Bu durumda uygulamanın aksine, Türk hukukunda belirlenen bağlama kuralına göre yapılan tespit sonucunda borçlunun krediyi kullandığı yer ve genellikle borçlunun mutad meskeni veya ikametgahı hukuku uygulanacak hukuk olmaktadır.

²⁹³ Tiryakioğlu, s. 40, Sargın, Karakteristik Edim, s. 89.

²⁹⁴ Tekinalp, MÖH.; s. 266.

²⁹⁵ Çelikel, s. 258.

Sonuç olarak, sendikasyon kredisi sözleşmelerinin de belirli bir miktarda paranın bir bedel karşılığında kullanılması söz konusu olduğundan kullandırma borcu doğuran bir akit kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesi ile kıyasen, Türk hukukunda karz akdi için önerilen bağlama kuralının uygulanması halinde, kredi verenlerin edimi ağırlıklı edim olarak kabul edilecek ve kredi verenlerin edimleri para borcu niteliğinde olduğundan ifa yeri hukuku alacaklının yani kredi borçlusunun ikametgahı hukuku olarak tespit edilecektir. Böyle bir tespitin uygulama dikkate alındığında uluslararası ticaret hayatının gerçeklerini yansıtmadığı açıktır. Zira, genellikle az gelişmiş ülkelerde gerçekleştirilen altyapı projelerinin, ihracatın finansmanı için kullanılan sendikasyon kredilerinin, kredi borçlusunun hukukuna tâbi tutulması, kredi verenlerin üstlenmek istemeyecekleri bir risk olarak ortaya çıkacaktır.

ii. Temsilci Vekil ile Kredi Verenler Arasındaki İlişki

Türk hukukunda, temsil yetkisine uygulanacak hukuk tespit edilirken temel ilişki ve esas ilişkiden bağımsız bir bağlama kuralının esas alınması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu fikre göre, temsil statüsünün maddî hukukta temel akit ve esas akitten bağımsız oluşu, uygulanacak hukukun da bağımsız olmasını haklı göstermektedir. Aynen İsviçre ve Alman hukuklarında olduğu gibi soyut ve bağımsız karaktere sahip olan temsil yetkisi, üçüncü kişileri doğrudan etkisi altına alabilmektedir. Türk hukukunda, temsil yetkisi açısından temsilci, temsil olunan, üçüncü kişi ilişkisinde, üçüncü kişinin temsil yetkisinin verilisinde rol oynamadığı, bununla birlikte temsil olunanla doğrudan ilişkiye girdiğinden bahisle korunmaya ihtiyacı olan üçüncü kişinin

menfaatlerini ön plana almak yönünde ağırlıklı görüş bulunmaktadır²⁹⁶. Bununla birlikte sendikasyon kredisi sözleşmelerinde çoğu kez temsilci vekilin hak ve yükümlülükleri ile kredi verenler ile olan ilişkisine dair düzenlemeler yer almaktadır. Bu durumda, temsilci vekil ile kredi verenler arasındaki ilişki bakımından temsil ilişkisinin akit statüsünden bağımsız olduğunu söylemek güçtür, zira, temsilci vekilin hak ve yükümlülükleri sözleşme ile tayin edildiğinden, söz konusu hak ve yükümlülükler de akit statüsüne tâbi olacaktır. Ancak katılım sendikasyonunda genellikle lider banka temsilci vekil görevini de üstlenmekte ve lider banka ile sendikasyona katılan banka arasındaki hukukî ilişki katılım anlaşmaları ile düzenlenmektedir. Bu durumda temsilci vekil ile katılımcı kredi verenler arasındaki ilişki kredi sözleşmesinden farklı bir akit statüsüne tâbi olabilecektir.

iii. Kredi Verenler ve Borçlu arasındaki Teminat İlişkisi

MÖHUK, 23. maddesinde aynî hakları düzenlemektedir. Buna göre; “Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî haklar malların bulunduğu yer hukukuna tâbidir”. Bu nedenle Türk hukukunda ödünç veya ödünç benzeri sözleşmelerin bir taşınmaz ile güvenceye bağlanması halinde, sözleşmenin ağırlık noktasının taşınmazın bulunduğu yer olacağı yönünde görüşler bulunmaktadır²⁹⁷.

²⁹⁶ Tekinalp, MÖH., s. 95.

²⁹⁷ Akıncı, Z.: “*Tarafların Yetkili Hukuku Belirlemeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk*”, Ankara 1992, s. 84.

Kanımızca sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, kredinin geri ödenmesinin teminatı olarak borçlunun taşınır veya taşınmaz malları üzerinde rehin veya ipotek hakkı tesisi halinde, sözleşmenin ağırlık noktasını taşınmazın bulunduğu yerin oluşturacağı düşüncesi uygun bir çözüm değildir. Bu noktada, taşınmazın bulunduğu yeri sözleşmeye ilişkin sorundan ayırmak ve aynî hakka ilişkin ayrı bir hukukî sorun olarak vasıflandırmak gerekmektedir. Türk hukukunda Türkiye'deki taşınmazlar üzerinde ipotek veya sair aynî hak tesisi için tapu siciline tescil şartı aranmaktadır. Türkiye'deki bir taşınmaz üzerinde tapu siciline tescil olmaksızın geçerli bir ipotek kurulamayacağından, bu işlemin yabancı bir ülkede veya yabancı bir hukuka tâbi olarak gerçekleşmesi Türkiye'de ve lex rei sitae kuralını kabul eden çağdaş hukuk düzenlerinde geçerli değildir²⁹⁸.

iv. Katılımcı Bankaların Diğer Bankalar ve Borçlu ile Olan İlişkileri

Katılım sendikasyonu ve karma sendikasyon söz konusu olduğunda, kredi veren(ler) borçlu ile girmiş oldukları kredi sözleşmelerinden doğan hak ve borçlarını kısmen veya tamamen katılımcılara devretmektedir. Bu devir, ya sendikasyon kredisi sözleşmesinin ekinde bir örneği bulunan devir belgesi ile ya da kredi sözleşmesine istinaden çıkarılan kıymetli evrakın bir başka bankaya devri suretiyle yapılmaktadır. Dolayısıyla, katılımcı banka ve devreden banka arasında hem borcun nakli hem de alacağın temlik ilişkisi bulunmaktadır. Türk Devletler Özel Hukukunda alacağın temlik ve borcun nakli konularında bir düzenleme bulunmamaktadır. Alacağın temlik

²⁹⁸ Çelikel, s. 252.

hususunda doktrinde alacak statüsünün alacağın temlikine uygulanacağı belirtilmektedir²⁹⁹. Alacağın temlik edilebilir nitelikte olup olmadığı, hangi şartlara göre temlik edilebileceği gibi hususların belirlenmesi alacağa hükmeden hukuka tâbi kabul edilmektedir³⁰⁰. Borcun nakli konusunda ise “borçlu ile yeni borçlu arasındaki ilişkiye ait statü” veya borca ilişkin bağlama kuralı uygulanacak hukukun belirlenmesi için önerilmektedir³⁰¹.

Sendikasyon kredisi sözleşmelerine katılım söz konusu olduğunda kredi veren (kredi borçlusu) ve katılımcı arasında imzalanan katılım sözleşmesi borçlunun (kredi alacaklısının) onayıyla yürürlüğe girmektedir. Bu katılım anlaşması devralan kişiye hem kredi verme borcunu hem de geri ödeme alacağını tahsil etme hakkını vermektedir. Dolayısıyla sendikasyon kredisi sözleşmesinin hüküm ve sonuçları ile katılım sözleşmesinin hüküm ve sonuçları arasında bir paralellik kurmak ve katılım sözleşmelerine uygulanacak hukukun devredilen alacağın ve borcun tabi olduğu hukuk yani sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanacak hukuk olarak belirlenmesi fikrimizce uygun olacaktır.

2. Yetkili Hukukun Uygulama Alanına Giren Hukukî Sorunlar

Tarafların seçimi veya objektif yöntemlerle belirlenen yetkili hukuk sözleşmenin meydana gelişi, aslî geçerliliği, ifasına ve sona ermesine dair tüm sorunlara uygulanır³⁰².

²⁹⁹ Tekinalp, MÖH, s. 311; Göğçer, s. 307

³⁰⁰ Göğçer, s. 307.

³⁰¹ Nomer, s. 217; Tekinalp, MÖH, s. 313.

³⁰² Tekinalp, MÖH, s. 255 vd.; Tiryakioğlu, s. 44 vd., Dicey/Morris, s. 1248 vd.

a) Sözleşmenin Meydana Gelişi

Hemen her sözleşme tipinde olduğu gibi sendikasyon kredisi sözleşmelerinde de sözleşmenin kuruluşu tarafların karşılıklı iradelerini birbirine uygun biçimde açıklaması ile gerçekleşir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde icap ve kabul aşaması teklif ve yazılı yetki olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşmenin meydana geliş aşamasında uygulanacak hukukun ne olacağı sorunu özellikle icabın bağlayıcı olup olmadığının hangi hukuka göre tespit edileceği ve susmanın kabul anlamına gelip gelmeyeceği noktasında ortaya çıkmaktadır³⁰³. İcap sırasında henüz sözleşme kurulmuş olmadığından icap hakkında icapta bulunanın ikametgahı hukuku veya icapta bulunan, icabında uygulanacak hukuk ile ilgili bir teklifte bulunuyorsa icabın geçerliliğine bu hukukun uygulanması gerektiği ortaya atılmıştır. Bir diğer görüş ise aktin geçerli olarak kurulmuş olması halinde uygulanacak hukuk ne olacak idi ise varsayılan bu hukukun icap ve kabul de dahil akdin kuruluşuna uygulanması yönündedir³⁰⁴. Susmanın kabul olarak değerlendirilmesi sorunu ise sendikasyon kredisi sözleşmeleri bakımından kendiliğinden aşılmıştır, zira sendikasyon kredisi sözleşmelerinde kabul beyanı yazılı yetki biçiminde yapılmaktadır ve ancak bu koşulda bağlayıcı bir sözleşme kurulmuş olmaktadır.

³⁰³ Tekinalp, MÖH, s. 255; Tiryakioğlu, s. 45.

³⁰⁴ Tekinalp, MÖH, s. 255; Tiryakioğlu, s. 45.

b) Sözleşmenin Aslı Geçerliliği

Sözleşmenin aslı geçerliliği, sözleşmenin kendi mahiyetinde mevcut olan ve sözleşmenin veya bazı hükümlerinin geçerliliğin etkileyen haller olarak tanımlanmaktadır³⁰⁵. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinin ve genel olarak sözleşmelerin aslı geçerliliği yetkili hukukun uygulama alanı içerisinde kabul edilmektedir³⁰⁶. Bu durumda münferit sözleşme şartlarının içeriğinin geçerliliğine ilişkin hukukî sorunlar³⁰⁷, hakkaniyet mülahazası, dürüstlük kuralı benzeri diğer denetleme kuralları³⁰⁸, akdin kurulduğu yer ve zaman³⁰⁹, sözleşmenin amacının ve içeriğinin hukuka uygunluğu³¹⁰, konunun imkansız olup olmadığı gibi hususlar ile sözleşmede yer alan uyuşmazlıkların çözümü ve hukuk seçimine ilişkin hükümlerin geçerli olup olmadığı³¹¹ yetkili hukuk tarafından belirlenecektir.

Bununla birlikte, hakîmin hukuku, akdin yapıldığı yer hukuku veya ifa yeri hukukunun da akdin aslı geçerliliği üzerinde etkisi olabileceği ileri sürülmektedir³¹². Sendikasyon kredisi sözleşmeleri bakımından özellikle hakîmin hukukunun veya ifa yeri hukukunun doğrudan uygulanır nitelikli kuralları akdin geçerliliğine etki edebilecek nitelikte olabilir. Örneğin ifa yeri hukukunun döviz kontrol düzenlemeleri³¹³, yetkili hukuka rağmen uygulama alanı bulacaktır.

³⁰⁵ Tiryakioğlu, s. 49.

³⁰⁶ Dicey/Morris, s. 1248; Tiryakioğlu, s. 49 vd.

³⁰⁷ Güngör, s. 218.

³⁰⁸ Güngör, s. 218.

³⁰⁹ Güngör, s. 218.

³¹⁰ Tiryakioğlu, s. 50, 241.

³¹¹ Tiryakioğlu, s. 50, 240.

³¹² Tiryakioğlu, s. 50 vd; Dicey/Morris, s. 1252 vd.

³¹³ Tiryakioğlu, s. 51 vd.

c) Borçların İfası

Borcun ifasının yetkili hukukun uygulama alanı kapsamında olduğu kabul görmektedir³¹⁴. Giuliano-Lagarde Raporunda ifa ile ne kastedildiği örnekler verilmek sureti ile açıklanmaktadır. Buna göre, ifa için gereken özen, ifanın zamanı ve yeri, ifanın kime karşı yapılması gerektiği, para borçlarında ödeme yapan borçlunun borçtan kurtulması, müşterek müteselsil sorumluluk ve benzeri sorunlar borçların ifası kapsamında değerlendirilmelidir³¹⁵. Buna karşılık borcun ifası ile ifanın biçimi arasında bir ayırım yapıldığı görülmektedir³¹⁶. Örneğin ifanın zamanı yetkili hukukun uygulama alanına tâbi tutulurken resmî tatil günlerine ilişkin düzenlemelerde ifa yeri hukukunun uygulanması daha uygun olacaktır veya faiz ödemesinin çekle veya nakit olarak yapılıp yapılamayacağı ifa yeri hukukuna göre tayin edilebilirken, sözleşmede faiz düzenlemesine yer verilip verilemeyeceği veya faiz oranı akit statüsüne tâbidir³¹⁷.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri bakımından sözleşmenin tarafları olan lider banka, yardımcı yöneticiler, temsilci vekil, katılımcı bankalar ve borçlunun yükümlülüklerini ifası, yani ifanın yeri, zamanı, ifanın muhatabı, geç ifa veya ifanın gerçekleştirilmemesinin sonuçları yetkili hukuka tâbi olacaktır. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde faiz, borçlunun ediminin bir

³¹⁴ Tiryakioğlu, s. 52; Dicey/Morris, s. 1261.

³¹⁵ Dicey/Morris, s. 1261.

³¹⁶ Dicey/Morris, s. 1262.

³¹⁷ Dicey/Morris, s. 1262, 1263.

parçası olarak düzenlenmektedir. Bu durumda faize ilişkin sorunlar da sözleşmeye uygulanacak hukuk kapsamında değerlendirilmelidir³¹⁸.

d) Alacağın/Borcun Temliki

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde alacağın ve borcun temliki, özellikle kredi verenlerin kredi verme borçları ile birlikte borçludan olan alacaklarını kısmen veya tamamen katılımcı bankalara devretmeleri halinde ortaya çıkmaktadır. Yukarıda detaylı olarak incelendiği üzere, alacağın/borcun temliki halinde bu devrin de yetkili hukukun uygulama alanı içinde kabulü esastır³¹⁹.

e) Yabancı Para Kayıtlarının Geçerliliği

Sözleşmelerdeki yabancı para kayıtlarına, Türk hukukunda da hesap parası kaydı veya ödeme parası kaydı olarak rastlanmaktadır. Ancak Türk hukukunda daha fazla karşımıza çıkan ayırım, gerçek ve gerçek olmayan para kayıtları ayırımıdır³²⁰. Taraflar, sözleşmeden doğan para borcunun mutlaka yabancı para ile ödenmesini kararlaştırmamışlarsa gerçek olmayan; buna karşılık ödemenin de yabancı para ile yapılmasını kararlaştırmışlarsa gerçek yabancı para borcundan söz edilmektedir³²¹. Türk iç hukuku bakımından, uluslararası bir sözleşmede tarafların yabancı hesap parası

³¹⁸ Türk Hukukunda Kanunî Faiz ve Temerrüd Faizine İlişkin Kanun (RG. 19.12.1984-18610) Borçlar Kanunu ve Türk Ticaret Kanununa göre ödenmesi gereken hallerde yani yetkili hukukun Türk Hukuku olduğu haller ile sınırlı olarak, kanunî faize ilişkin hükümler düzenlemiştir. Söz konusu kanun yabancı para borçları için, sözleşmede daha yüksek akdî faiz veya gecikme faizi kararlaştırılmamışsa yabancı para borcunun faizinde Devlet Bankalarının o yabancı para ile açılmış bir yıl vadeli mevduat hesabına ödediği en yüksek faiz uygulanır hükmünü içermektedir.

³¹⁹ Bkz. yukarıda s. 99 vd; 112 vd.

³²⁰ Turhan, Para, s. 182.

³²¹ Turhan, Para, s. 184.

kayıtlarına başvurmaları tartışmaya yol açmamış ve sözleşme taraflarına bu konuda bir serbestî tanınmıştır. Yabancı para kayıtları, sözleşmeden doğan borç miktarını, dolayısıyla tarafların karşılıklı hak ve borçlarını ilgilendiren bir sorun olması sebebi ile sözleşmenin ifası tarzı ile değil borcun esası ile ilgilidir³²². Bu nedenle bu tür kayıtların geçerliliğinin yetkili hukukun uygulama alanı içerisinde olduğu kabul edilmektedir³²³. Ancak ödeme parası olarak yabancı paranın kararlaştırılması halinde bu kayıtların geçerliliğinin kambiyo mevzuatı açısından da değerlendirilmesi gerekmektedir³²⁴. Yabancı para kaydının yorumunun ise akit statüsüne tabi olacağı Yargıtay'ca kabul edilmektedir³²⁵.

f) Sözleşmeden Doğan Borçların Sona Erme Sebepleri

Sözleşmelerden doğan borcu ifa dışında sona erdiren sebepler de yetkili hukukun uygulama alanına girer³²⁶. Bu sebeple, Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, tarafların borçlarının ifa dışında hangi sebeple sona ereceği, sonradan çıkan ifa imkansızlığı, yenileme, ibra, takas, zamanaşımı,

³²² Turhan, Para, s. 191.

³²³ Turhan, Para, s. 191.

³²⁴ Turhan, Para, s. 185; bkz. aşağıda s. 130 vd.

³²⁵ Turhan, Para, s. 209; Dava konusu olayda davacı 500.000 Kron ödemek suretiyle 10 senelik bir hayat sigortası yaptırmıştır. Sigorta şirketi ödemeyi Kron üzerinden değil Şilin üzerinden yapmak istemesi üzerine çıkan uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi, "sigorta bedelinin hululü vadede Avusturya Kronu olarak tediye edilmesi taahhüt edilmiş olmasına rağmen hadisede taahhüt edilen paranın kıymeti hakkında Avusturya Hükûmetince neşredilen kanunlar ahkâmının tatbiki icap eylesine ve davacının sigorta poliçesinin istihdaf ettiği Kron tedavül mevkiinden kaldırılmış olduğunu musaddak Şilin hesabına mütedair Avusturya Kanununun 2. ve 8. maddelerinde Kron ile ifayı taahhüt yerine Şilin ile ifayı taahhüt edileceği tasrih kılınmış olmasına ve halihazırda mütedavil Avusturya Şilini'nin beher 10 bin kron = 1 Şilin hesabı ile 50 Şilinden ibaret bulunduğu" gerekçesi ile davayı kabul etmiştir. Karar Yargıtay tarafından bozulmuştur. Yargıtay sözleşmenin kuruluş ve ifa yeri olan Türk Hukukunu yetkili kılmış ve sonradan çıkan belirsizlikle malûl olan yabancı para kaydının yorumuna da Türk Hukukunu uygulamıştır.

³²⁶ Güngör, s. 221; Tiryakioğlu, s. 247.

alacaklı ve borçlu sıfatlarının birleşmesi, iflas³²⁷ gibi sebeplerin borcu sona erdirip erdirmeyeceği ve bunların şart ve hükümlerine ilişkin hukukî sorunlar yetkili hukukun uygulama alanı içerisindedir³²⁸.

3. Yetkili Hukukun Uygulama Alanının Sınırlanabileceği Durumlar

a) Doğrudan Uygulanan Kuralların Varlığı

Genel bir tanımı bulunmayan doğrudan uygulanan kurallar, kuralı çıkaran devletin iktisadî, sosyal veya siyasal menfaatlerine hizmet eden³²⁹ ve bir kanunlar ihtilâfı kuralına ihtiyaç olmaksızın yabancı unsurlu olay veya ilişkide uygulanan³³⁰ kurallar olarak kabul edilmektedir. Örnek olarak özellikle, ithalat-ihracat yasakları, kotalar, para politikası ve döviz mevzuatına ilişkin hükümler gösterilmektedir³³¹. Bu kurallar yabancı unsur bulsun ya da bulunmasın uygulama alanlarına giren tüm hukukî ilişkilere uygulanacaktır³³².

Doğrudan uygulanan kurallar ile ilgili düzenlemeler sevk eden hukuk düzenlerine bakıldığında sadece hakimin hukukunun doğrudan uygulanan kurallarına yer verilmeyerek bunun yanısıra akit statüsünün ve bazı hallerde üçüncü devletin doğrudan uygulanan kurallarının nazara alınacağı düzenlendiği de göze çarpmaktadır. İsviçre Devletler Özel Hukuku Hakkında Kanununun 19. maddesinde, bu yönde bir düzenleme yer almaktadır. Roma Sözleşmesinin 3. maddesinin 3. bendinde ise, emredici hukuk kurallarının

³²⁷ Güngör, s. 221; Tiryakioğlu, s. 247.

³²⁸ Güngör, s. 222; Tiryakioğlu 247.

³²⁹ Tekinalp, MÖH, s. 260.

³³⁰ Tekinalp, MÖH, s. 39; Turhan, Para, s. 201.

³³¹ Tekinalp, MÖH, s. 260.

³³² Tiryakioğlu, s. 267.

tarifi yapılmış ve hukuk seçimi yolu ile belirlenmiş olan hukukun, sözleşme ile bağlantılı bir başka ülke hukukunun sözleşme ile değiştirilmesi mümkün olmayan emredici kurallarının uygulanmasını engellemeyeceği düzenlenmektedir. Roma Sözleşmesinin “Emredici Kurallar” başlıklı 7. maddesinde ise, sözleşmeye uygulanacak hukuk ne olursa olsun, sözleşme ile yakın irtibatlı bir başka ülke hukukunun emredici kurallarının uygulanacağı ifade edilmektedir.

Türk hukukunda ise, hakime, kendi hukukunda veya üçüncü bir devletin hukukunda bulunan doğrudan uygulanır nitelikli bir kuralı uygulama yetkisi veren açık bir hüküm bulunmamaktadır³³³. Bununla birlikte doktrinde hakimin akitin yabancı unsur taşıyıp taşımadığına bakmaksızın kendi hukukunda mevcut olan doğrudan uygulanır nitelikli kuralları uygulamak zorunda olduğu kabul edilmektedir³³⁴. Bu itibarla hakimin hukukuna ait doğrudan uygulanan kuralların varlığının yetkili hukukun uygulama alanını sınırlandıracağını söyleyebiliriz.

Bu ihtimal dışında, akit statüsünün doğrudan uygulanan kurallarının uygulanacağı hususunda bir tartışma bulunmamaktadır. Buna karşılık üçüncü bir devletin doğrudan uygulanan kuralları, eğer bu üçüncü devlet hukuku sözleşme üzerinde etkili ise veya üçüncü devletin kuralları kişinin ve genel olarak toplumun menfaatinin korunmasına ilişkinse vakıa olarak göz önüne alınması düşünülebilecektir.

³³³ Sargın, Lisans, s. 244.

³³⁴ Tiryakioğlu, s. 270.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri, ülkeye yabancı para giriş ve çıkışına neden olan ve bir sermaye hareketi sağlayan sözleşmelerdir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde kimi kez pek çok farklı ülkeden fonların toplanarak bir ülkeye aktarılması, sözleşmenin vadesinin dolmasıyla işleyen faiz ile birlikte bu fonların tekrar ülke dışına ödenmesi söz konusu olmaktadır. Bu nitelikleri dolayısıyla ülkelerin para politikaları ve döviz mevzuatındaki hükümler, sendikasyon kredisi sözleşmelerine doğrudan uygulanacak hükümler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Türkiye’de kurulmuş ve kurulacak bankalar ile yurtdışında kurulmuş ve kurulacak bankaların Türkiye’deki şubeleri 4389 sayılı Bankalar Kanunu’na tâbi kılınmıştır. Bankalar Kanunu, 11. maddesinin 1. fıkrasında krediyi tanımlamaktadır. Buna göre kredi “Bir bankanın vereceği nakdî krediler ile teminat mektupları, kefaletler, aval, ciro ve kabuller gibi gayrî nakdî krediler, satın alacağı tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, tevdiatta bulunmak suretiyle ya da herhangi bir şekil ve surette vereceği ödünçler, varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar, vadesi geçmiş nakdî krediler ve gayrinakdî kredilerin nakde tahvil olan bedelleri, ortaklık payları”dır. Maddenin 2/a fıkrasında kredi sınırları düzenlenmekte ve bir bankanın gerçek veya tüzel bir kişiye doğrudan veya dolaylı olarak özkaynaklarının % 25’inden fazla kredi veremeyeceğini, aval ve kefaletlerini kabul edemeyeceği, 2/b fıkrasında ise banka özkaynaklarının yüzde onundan daha fazla bir oranda verilen krediler ile kabul edilen aval ve kefaletlerin büyük kredi sayılacağı ve kabul edilen

aval ve krediler hariç, bu kredilerin toplamının bankanın özkaynaklarının 8 katını aşamayacağı belirtilmektedir. Bu düzenleme karşısında Bankalar Kanunumuza tâbi bir bankanın gireceği sendikasyon kredisi sözleşmesinde, sözleşmeyi idare eden hukuk ne olursa olsun söz konusu bankanın kredi verme faaliyeti bu madde ile sınırlanmaktadır.

Türk Hukukunda, 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanunun³³⁵ 1. maddesinde, Bakanlar Kurulu, Türk parasının kıymetinin korunması hakkında kararlar almaya ve her türlü “kambiyo, nukut, esham ve tahvilât alım ve satımının ve bunlar ile kıymetli madenler ve kıymetli taşlarla bunlardan mamûl veya bunları muhtevî her nevî eşya ve kıymetlerin ve ticarî senetlerle tediyeyi temine yarayan her türlü vasıta ve vesikaların memleketten ihracı veya memlekete ithalinin tanzim ve tahdidine” yetkili kılmıştır.

Hazine Müsteşarlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında 2 Haziran 1994 tarihli 535 sayılı kanun hükmünde kararname³³⁶ ile Hazine Müsteşarlığının görevleri arasında; Hazine işlemlerini, para-kredi ve nakit hareketleri ile Devletin iç ve dış borç yönetimini yapmak, Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı ülkelere, bu ülkelerdeki kurum ve malî kuruluşlar ile malî piyasalardan borç ve hibe almak ve yabancı ülkelere veya bunların kamu kurum ve kuruluşlarına borç ve hibe vermek sayılmıştır.

³³⁵ RG. 25.02. 1930-1433.

³³⁶ RG. 3.6.1994- 21949.

Bankacılık, sermaye piyasası, menkul kıymetler borsaları, kambiyo borsaları, ödünç para verme işleri, finansal kiralama ve malî sektör ile ilgili konularda mevzuatı düzenlemek, uygulamak ve ilgili kuruluşlarla uygulanmasını izlemek Hazine Müsteşarlığı Banka ve Kambiyo Genel Müdürlüğü'nün görevleri arasındadır.

Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı kararın³³⁷17. maddesi “Krediler” başlığını taşımaktadır. Buna göre, Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışından kredi temin etmeleri, bu kredileri bankalar ve özel finans kurumları aracılığıyla kullanmaları kaydıyla serbest bırakılmıştır. Ancak Büyükşehir belediyeleri, belediyeler ve bunlara bağlı kuruluşlar ile sair yerel yönetim kuruluşlarının, kamu iktisadî teşebbüsleri ve bağlı kurumlarının, sermayesinin % 50'sinden fazlası kamuya ait kuruluşların, vakıf üniversitelerinin, fonların, özel ve özerk bütçeli kamu kuruluşları ile idarî özerkliğe sahip kamu kuruluşu niteliğindeki kurumların, yatırım ve kalkınma bankalarının (Hazine garantisi altında), yap-işlet-devret ve işletme hakkı devri ve benzeri finansman modelleri çerçevesinde gerçekleştirilmesi öngörülen projeler tahtında ödeme yükümlülükleri garanti edilen kuruluşların yurt dışından sağladıkları ithalatta vadeli ödeme şekilleri dışında bir yıldan uzun vadeli kredilere ilişkin anlaşmaların kredi borçlusunu tarafından anlaşma tarihinden itibaren 30 gün içinde Dış Finansman Numarası alınmasını teminen Bakanlığa gönderilmesi zorunlu kılınmıştır. Bunun dışında, madde de T.C hükümeti adına Hazine tarafından borçlu sıfatı ile, yabancı ülkelere

³³⁷ RG. 11.8.1989- 20249.

oluşturulan birlikler, uluslararası ve bölgesel kuruluşlar, uluslararası sermaye ve finansman piyasalarında faaliyet gösteren yatırım bankaları da dahil olmak üzere bankalar, tedarikçi veya alıcı kredisi sağlayan kuruluşlar ve firmalarla yapılan anlaşmalara göre sağlanarak, genel ve katma bütçeli kuruluşlara tahsis edilen, genel ve katma bütçe dışındaki, kurum ve kuruluşlara ise devir ve ikraz anlaşmaları aracılığıyla kullandırılan dış finansman imkanları ile yukarıda sözü edilen kredilerden yapılan kullanımların takibine ilişkin esas ve usullerin Bakanlık tarafından belirleneceği düzenlenmektedir.

Söz konusu 17. maddenin 4. fıkrasında belirtilen kamu kurum ve kuruluşları dışındaki Türkiye’de yerleşik kişilerce yurt dışından temin edilen bir yıldan uzun vadeli kredilerle, Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışından sağladığı bir yıldan kısa vadeli kredilerin takibi ile ilgili usul ve esasları belirleme yetkisi T.C. Merkez Bankasına verilmiştir. Beşinci fıkra ise kredilere ilişkin ana para geri ödemeleri ile faiz ve diğer ödemelerin transferlerinin bankalar ve özel finans kurumları aracılığıyla yapılabileceğini hükme bağlanmıştır. Söz konusu madde, 2001/ 2890³³⁸ sayılı yasa ile değiştirilmeden önce bir yıldan uzun vadeli olarak yurt dışından temin edilen her çeşit kredinin, kredi sözleşmelerinin Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu Bakanlık nezdindeki Borç Kütüğüne kayıt ve tescil ettirilmesi zorunlu idi. Maddenin ilk şeklinde Hazine Müsteşarlığının bağlı olduğu bakanlığın bu tescilin yapılmaması halinde, kredilerin geri ödenmesini durdurmaya varan yetkileri bulunmaktaydı. Bu gün için ise bu zorunluluk sadece yukarıda

³³⁸ RG. 28.8.2001- 24507.

değinildiği üzere hazine garantisi sağlanan bazı projeler için alınan kredilerle sınırlanmış bunun dışında Hazine Müsteşarlığı yetkisini Merkez Bankasına devretmiştir.

32 Sayılı kararın 18. maddesinin 1. fıkrası gayrinakdî krediler, garanti ve kefaletleri düzenlemektedir. Buna göre, “Türkiye’de yerleşik kişilerin, yurt dışından gayri nakdî kredi, garanti ve kefalet sağlamaları ile Türkiye’de ve dışarıda yerleşik kişiler lehine dışarıda yerleşik kişilere muhatap teminat mektubu düzenlemeleri, garanti ve kefalet vermeleri serbesttir.” Ayrıca, ikinci fıkrada “bankaların dışarıda yerleşik kişiler lehine Türkiye’de yerleşik kişilere muhatap, yurt içinde açılacak uluslararası ihalelerle ilgili olarak Türkiye’de yerleşik kişiler lehine, Türkiye’de yerleşik kişilere muhatap, döviz üzerinden teminat mektubu düzenlemeleri ve kefalet vermeleri” serbest bırakılmıştır. Banka ve Özel finans kurumları, yurt dışına ödenen teminat mektubu, garanti ve kefalet bedelleri hakkında transfer tarihinden itibaren, bunların dışındaki Türkiye’de yerleşik kişiler ise, dışarıda yerleşik kişilere hitaben verdikleri garanti ve kefaletlerle ilgili olarak düzenleme tarihinden itibaren 30 gün içerisinde Hazine Müsteşarlığı’na bilgi verme mecburiyetindedirler.

Belirtilen bu hususlar, sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanacak hukuk hangi ülke hukuku olarak belirlenirse belirlensin, Türkiye’de yerleşik kişiler ile ilgili olması koşulu ile sendikasyon kredisi sözleşmeleri için de uygulanır nitelikte olacaktır. Bu nedenle, sendikasyon kredisi sözleşmelerinin ekinde yer alan borçlu veya garantörün hukuk müşavirlerinden istenen

hukukî mütalâalarda para ve döviz uygulamalarına ilişkin yasal düzenlemelerde kredilerin geri ödenmesini riske sokacak düzenlemelerin bulunup bulunmadığı hususunda görüş talep edilmektedir.

b) Türk Kamu Düzenine Açık Aykırılık

MÖHUK m.5 yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükümünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, bu hüküm uygulanmaz; gerekli görülen hallerde Türk Hukuku uygulanır düzenlemesini getirmiştir. Gerekli görülen hallerden kasıt, yabancı hukukun uygulanmasının kamu düzenine aykırı olduğu hallerde o ilişkiyi düzenlemek için bir hukukun uygulanması gerekiyorsa Türk hukuku uygulanacaktır. Doktrinde bu durum kamu düzeninin olumlu etkisi olarak adlandırılmaktadır³³⁹. Bu maddeden de anlaşıldığı üzere kamu düzeni istisnaen uygulanan ve genel şekilde ifade edilmiş bir kuraldır³⁴⁰. Buna göre yabancı hukukun uygulanması esastır ancak bu uygulanmanın Türkiye’de doğurduğu hüküm ve sonuçlar değerlendirilmiştir³⁴¹. Ayrıca kamu düzeninin istisnai müdahalesi için aykırılığın “açık” olması, kamu düzeni ve vicdanında tahammül edilmez sonuçlar doğurması aranmıştır³⁴².

³³⁹ Çelikel, s. 139, Nomer, s. 57.

³⁴⁰ Doğangün, T.: “*Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk*”, Ankara 1996, s. 188; Tiryakioğlu, s. 263; Çelikel, s. 139.

³⁴¹ Çelikel, s. 139; Tiryakioğlu, s. 265.

³⁴² Çelikel, s. 139, Tiryakioğlu, s. 264.

Kamu Düzeni zamana ve yere göre değişen bir kavram olduęundan³⁴³ iç hukukta yer alan bazı kuralların kamu düzeninden olduğunu belirtmek doğru deęildir³⁴⁴. Dolayısıyla hâkim her bir somut olayda öncelikle yabancı yetkili hukuku uygulayacak ve uygulanacak yetkili hukukun niteliğine, içeriğine ve yabancı yetkili hukukun uygulanmasının Türkiye’de doğurduğu hukukî sonuçlara göre kamu düzenine aykırılığın olup olmadığını deęerlendirecektir³⁴⁵.

Fikrimizce, sendikasyon kredisi sözleşmelerine uygulanacak yetkili yabancı hukukun, fahiş faiz oranları veya gecikme cezalarına izin vermesi, Türk hukukunda kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşılabilecektir. Yine milletlerarası unsurlu satım sözleşmeleri için doktrince³⁴⁶ kabul edildiği üzere sendikasyon kredisi sözleşmelerinde de fahiş cezai şarta, hile ve ağır kusurdan dolayı sorumluluktan kurtulmaya cevaz veren, hile ve tehdit nedeni ile sözleşmenin feshine imkan tanımayan yetkili hukukun ilgili hükümlerinin kamu düzenini somut olayın şartlarına göre ihlal edeceği düşünölmektedir.

³⁴³ Çelikel, s. 140.

³⁴⁴ Tiryakioğlu, s. 265.

³⁴⁵ Tiryakioğlu, s. 265.

³⁴⁶ Satım sözleşmesi ilgili olarak bkz. Tiryakioğlu, s. 265.

4. Yetkili Hukukun Uygulama Alanı Dışında Kalan Sorunlar

a) Ehliyet

Bir hukukî ilişkiye giren gerçek ve tüzel kişinin o işlem için ehliyetine sahip olması gereklidir. Kişiliğin başlangıcı, sona ermesi rüşt, temyiz kudreti, medenî hakları kullanma ehliyetini kısıtlayan haller incelenen konulardır³⁴⁷. *Common Law* sisteminin uygulandığı ülkelerde tarafların ehliyetine *lex loci contractus* yani akdin yapıldığı yer hukukunun uygulanması³⁴⁸ yönünde bir eğilim bulunmaktaysa da³⁴⁹ Kara Avrupası Hukuk Sistemine mensup hukuk düzenlerinde, ehliyet kişi hallerine ilişkin bir konu olması nedeniyle kişisel statüyü idare eden hukuka tâbi tutulmuştur. Bu hukuk, millî hukuk, ikametgâh hukuku ve mutad mesken hukuku olabilmektedir.

Sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde tarafların ehliyeti yetkili hukukun kapsamı dışında kalan hususlardan biri olarak görülmektedir³⁵⁰. Türk Devletler Özel Hukuku sisteminde ehliyet konusu kural olarak ilgilinin millî hukukuna tâbi tutulmuştur, ancak bir istisna hükmü ile, millî hukukuna göre ehil olmasa da Türk hukukuna göre ehil olan kişinin Türkiye’de yaptığı

³⁴⁷ Çelikel, s. 175.

³⁴⁸ Restatement II, Comments/Illustrations, Evli bir kadın olan A, X ülkesinde ikamet etmektedir. A Y ülkesine gelerek B ile bir kredi sözleşmesi imzalamıştır. Kredi Sözleşmesi geri ödemenin Y ülkesinde yapılacağını düzenlemektedir. A geri ödemede temerrüde düştüğünde, B uyuşmazlığın çözümü için Z ülkesinde dava açmıştır. A savunmasında Y ülkesi hukukuna göre evli kadının bir sözleşme ile yükümlülük altına girme konusunda ehliyetinin bulunmadığını ileri sürmüştür. Ancak X hukukuna göre evli kadın sözleşme ehliyeti bulunmaktadır. Y hukukundaki düzenleme evli kadının korunması amacını gütmekte iken X hukukundaki durum ülkede yapılmış işlemleri korumayı hedeflemektedir. Sonuç olarak Z mahkemesi, Y ülkesi hukukunun uygulanması ile korunacak menfaatin tarafların haklı beklentilerinin korunmasına nazaran daha ağırlıklı olmadığı sonucuna vararak A’nın ehliyetine X ülkesi yani A’nın millî hukukunun uygulanacağı sonucuna varmıştır.

³⁴⁹ Tiryakioğlu, s. 66.

³⁵⁰ Çelikel, 175 vd.; Güngör, s. 222; Tekinalp, MÖH, s.45 vd.; Tiryakioğlu, s. 250 vd.

hukukî işlemle bağılı olduğu düzenlenmiştir³⁵¹. Bununla birlikte, sendikasyon kredisi sözleşmelerinde taraflar çoğunlukla tüzel kişilerden oluşmaktadır. MÖHUK m. 8/iv tüzel kişilerin hak ve fiil ehliyetlerini, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi kılmıştır. Ancak fiilî idare merkezinin Türkiye’de olması halinde Türk hukuku da uygulanabilecektir. Uygulamada sendikasyon kredisi sözleşmelerinde çoğunlukla tarafların sözleşme içerisinde sözleşmeyi akdetmeye ehil olduklarına dair bir beyan bulunmaktadır. Ayrıca kredi verenler, borçlunun ve varsa garantörün işlem ehliyetine haiz geçerli bir tüzel kişilik olarak kurulmuş bulduklarını teyit eden hukukî görüşleri de sözleşme ekinde yer almak üzere talep etmektedirler.

b) Şekil

Devletler özel hukukunda şekil konusunun geleneksel olarak tâbi olduğu kural, *locus regit actum* yani işlemin yapıldığı yer hukukudur³⁵². Doktrin ve mahkeme kararlarında sözleşmelerin şekli geçerliliğinin milletlerarası özel hukuk menfaatlerinin en geniş şekilde tatmin edildiği hukuka tâbi olması eğilimi kendisini göstermektedir³⁵³.

MÖHUK, 6. maddesinde, Hukukî İşlemlerde Şekil başlığı altında “Hukukî işlemler yapıldıkları yer hukukuna veya hukukî işlemin esası hakkında yetkili olan hukukun öngördüğü şekle uygun olarak yapılabilir” hükmünü getirmiştir. Buna göre, yapıldığı yer hukukunun ya da hukukî

³⁵¹ Bkz. MÖHUK. madde 8.

³⁵² Çelikel, s. 178; Tiryakioğlu, s. 68; Şanlı/Ekşi, s. 30.

³⁵³ Tiryakioğlu, s. 69.

işlemin esasına uygulanacak hukukun aradığı şekil şartına uygun olarak yapılan her işlem³⁵⁴ Türk Hukukunda şeklen geçerli kabul edilmektedir³⁵⁵. Böylelikle yasakoyucu, hukukî işlemin ayakta tutulması fikrini yani işlem menfaatini üstün tutmuş ve bu düzenleme ile aynı zamanda tarafların yaptıkları hukukî işlemin geçerli olmasındaki menfaatleri dolayısıyla taraf menfaatinin korunması da düşünülmüştür³⁵⁶.

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde sözleşmenin düzenlediği hukukî ilişkinin parasal değeri ve karmaşıklığı karşısında tarafların genellikle yazılı şekli benimsediği görülmektedir. Sözleşmenin şekli geçerliliği hususunda bir sorun çıktığında ise, kanımızca MÖHUK m. 6 düzenlemesi ile ifade edildiği üzere sözleşmenin yapıldığı yer hukukuna veya akit statüsüne göre şeklen geçerli bir şekilde yapılmış sözleşmenin şekli geçerliliğinin kabulü esas olmalıdır.

c) Temsil

Temsilci ve üçüncü kişi arasında akdedilen sözleşmelerde, temsilci ve temsil olunan arasındaki ilişkinin yetkili hukukun uygulama alanı dışında kaldığı kabul edilmektedir³⁵⁷. Temsil ilişkisinin mutlaka vekalet veya komisyon gibi temel bir akdin bulunması koşuluna bağlandığı hukuk düzenlerinde temsilci ile temsil olunan arasındaki akdin tabi olduğu hukukun; temsilin soyut ve bağımsız nitelikte bir ilişki olarak kabul edildiği hukuk düzenlerinde ise,

³⁵⁴ Taşınmazların aynına ilişkin işlemlerin şekline ilişkin istisna için bkz. MÖHUK m.23/iv.

³⁵⁵ Doğançün, s. 93; Güngör, s. 224, Tiryakioğlu, s. 251.

³⁵⁶ Doğançün, s. 96 vd.; Güngör, s. 224; Tiryakioğlu, s. 252.

³⁵⁷ Güngör, 223; Tiryakioğlu, s.252

işlem güvenliği ön planda tutularak temsil yetkisinin etki alanı hukukunun uygulanması kabul edilmiştir³⁵⁸. Bununla birlikte sendikasyon kredisi sözleşmeleri bakımından, temsilci vekil ile kredi verenler arasındaki ilişki, kredi sözleşmesinin içinde özel olarak düzenlendiği ve temsilci vekilin hak ve yükümlülüklerinin ortaya konduğu görülmektedir. O halde, temsilci vekil ile temsil olunan bankalar arasındaki ilişkiye, sözleşmeye uygulanacak hukuk dışında ayrı bir temsil statüsü belirlenmesi uygun değildir. Buna karşılık, bu özel durum dışındaki her türlü temsil ilişkisi yetkili hukukun uygulama alanı dışında kalacaktır.

c) Gayrimenkul Teminatı

Taşınmaz mallar için Devletler Özel Hukukunun gelişmeye başladığı dönemlerde kabul edilen *lex rei sitae* –malın bulunduğu yer hukuku- kuralı, günümüzde de geçerliliğini sürdürmektedir³⁵⁹. MÖHUK'un 23. maddesi taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve diğer aynî hakları malların bulunduğu yer hukukuna tâbi kılmıştır. Dolayısıyla sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, borçlunun krediyi geri ödemesinin teminatı olarak herhangi bir gayrimenkulü üzerinde kredi verenler lehine bir aynî hak tesis ettirmesi halinde, söz konusu aynî hakkın tesisine ilişkin hukukî sorunlar yetkili hukukun uygulama alanı dışında kalacaktır.

³⁵⁸ Tiryakioğlu, s. 71.

³⁵⁹ Çelikel, s. 245, 252; Nomer, s. 253; Tekinalp, MÖH, s 221 vd.

e) Yabancı Para İle Ödeme

Ödeme parası olarak yabancı paranın kararlaştırılması halinde bu kayıtların geçerliliğine ve kambiyo kuruna ilişkin meseleler yetkili hukukun uygulama alanı dışında kalacak ve ödeme mahalli hukukuna tâbi olacaktır³⁶⁰. Türk hukukunda, Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanununa dayanarak çıkarılan 17 sayılı karnamenin³⁶¹ yürürlükte olduğu süre içerisinde, yabancı para ile ödeme ancak yabancı borçlular ile 17 sayılı karara göre turist kavramı içinde yer alan kişiler bakımından kabul edilmiştir. 28 Aralık 1983 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 28 sayılı kararla³⁶², bu rejim ortadan kaldırılmış ve yabancı para ile ödeme kayıtlarının geçerliliği kabul edilmiştir³⁶³. Daha sonra yürürlüğe giren 30 ve 32 sayılı kararlarla da söz konusu serbestî korunmaktadır. Türk yasakoyucusu, ortada bir para borcunun bulunduğu tartışmasız olan bazı hallerde edimin yabancı para birimi ile ifade edilmesini açıkça hükme bağlamıştır³⁶⁴. Türk Ticaret Kanununun 623. maddesinde poliçe bedelinin yabancı ülke parası ile ödenebilmesi esası getirilmiştir. Bu kural bono³⁶⁵ ve çekler³⁶⁶ için de geçerlidir. Bunun yansırıya Medenî Kanun³⁶⁷ 851. maddesinde yurt içinde veya dışında faaliyette bulunan kredi kuruluşlarınca yabancı para üzerinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredileri güvence altına almak için yabancı para üzerinden taşınmaz rehnine imkan tanınmıştır.

³⁶⁰ Göğer, s. 309; Turhan, Para, s. 61.

³⁶¹ Karar, 6.8.1962 tarih ve 6/ 763 sayılı kararı ile yürürlüğe konmuştur.(RG.11.08.1962-11178)

³⁶² 28 Sayılı Karar ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Tekinay, S.S. /Akman, S./Burcuoğlu,H. /Altop, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 6, İstanbul 1988, s. 1036.

³⁶³ Turhan, Para, s. 187

³⁶⁴ Baygın, C.: “Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukukî Sonuçları”, İstanbul 1997, s. 17.

³⁶⁵ Bkz. TTK.madde 690.

³⁶⁶ Bkz. TTK. madde 714.

³⁶⁷ R.G. 8.12.2001- 24607.

Borçlar Kanununun 83. maddesinin birinci fıkrasında “ mevzuu para olan borç memleket parası ile ödenir” hükmü yer almaktadır. İkinci fıkrada ise “akıt tediye mahallinde kanunî rayıcı olmayan bir para üzerine varit olmuş ise akdin harfiyen icrası “aynen ödemek kelimeleri veya buna muadil sair tabirat ile şart edilmiş olmadıkça borç vadenin hululü günündeki rayıcı üzerinden memleket parası ile ödenebilir” hükmünü düzenlemektedir. Bu doğrultuda Borçlar Kanununun 83. maddesinin ikinci fıkrası kanunî rayıcı olmayan bir para üzerinde kurulan borç ilişkisi aynı zamanda bir yabancılık unsuru taşıyorsa, ifa yerinin Türkiye olması durumunda para borcunun ödenme tarzını düzenlemektedir³⁶⁸.

Kanımızca uluslararası nitelikli bir sendikasyon kredisi sözleşmesinde hem borçluya ödenecek kredinin, hem de geri ödemelerin sözleşmede kararlaştırılan döviz cinsinden ödenmesi gerektiği tartışmasızdır. Yargıtay da, genel olarak, tarafların yabancı para birimi üzerinde anlaşmaları halinde, aksi anlaşılmadıkça, para borcunun, gerçek yabancı para borcu yani aynen yabancı para birimi olarak ödenmesi gerektiği görüşündedir³⁶⁹.

³⁶⁸ Baygın, s. 47.

³⁶⁹ Pekcanitez, H.: “Medenî Usul ve İcra İflas Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili”, B. 3, Ankara 1998, s. 32. HGK’nun 10.12.1997, 19-797/ 1044 Sayılı Kararına göre “*Özel Daire ile*

SONUÇ

İki veya ikiden fazla kredi kuruluşunun biraraya gelerek içlerinden birinin önderliğinde ortak bir dokümantasyon altında, benzer hüküm ve koşullarla ve ortak bir temsilci vekil kullanılarak büyük miktarda fon ihtiyacında bulunan borçluya sağladığı kredi olarak tanımlanan sendikasyon kredileri, farklı hukuk düzenlerine ait çok sayıda tarafın hak ve yükümlülüklerini düzenleyen sözleşmeler vasıtası ile sağlanmaktadır. Bu nedenle, sendikasyon kredisi sözleşmelerinde uygulanacak hukuk konusu incelenmeye değer görülmüş ve çalışmamızın konusunu oluşturmuştur.

Sendikasyon kredisi sözleşmesi, sözleşen tarafların iradelerinin bir araya gelmesi sonucu oluşan, iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin borçlar hukukunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinden herhangi birisine tam olarak uyduğunu söylemek mümkün olmadığından, teminat, temsilci vekil gibi unsurlar gözönüne alınarak sendikasyon kredisi sözleşmesinin kendine özgü yapısı olduğu ve sui generis bir karakter taşıdığı belirlenmiştir.

Bu durumda, Türk hukukunda sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanacak hukukun belirlenmesinde Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un sözleşmelere ilişkin yegane maddesi olan 24. maddenin esas alınması gerekmektedir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde irade muhtariyeti esastır. Tarafların çoğu kez sözleşmeye uygulanacak hukuku açıkça seçtikleri görülmektedir. Ayrıca kanımızca, 24.

maddede yer alan “açıkça” ifadesinin zımnî irade beyanını kapsayacak şekilde geniş yorumlanması , tarafların “açık hukuk seçme iradelerini dolaylı olarak açıklayan beyanlarının da hukuk seçimi olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde genellikle İngiliz veya New York yasaları gibi “*common law*” düzenine ait hukukların seçildiği görülmektedir. Bunun nedeninin, bu hukuk düzeninin etkili olduğu ülkelerde finans piyasasının gelişmiş olması ve *common law* sisteminin taraflara daha esnek bir düzenleme alanı sağlaması olduğu düşünülmektedir.

Hukuk seçiminin yapılmadığı hallerde ise Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, borcun ifa yerini; ifa yerinin birden fazla olması halinde ağırlıklı edimin ifa yerini; ağırlıklı edimin ifa yerinin tespit edilemediği hallerde ise sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer hukukunun sözleşmeye uygulanacak hukuk olduğunu belirtmektedir. Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde birden fazla edimin, dolayısıyla birden fazla ifa yerinin mevcut olduğu açıktır. Bu durumda, ağırlıklı edimin hangi edim olduğunun tespit edilip edilemeyeceği önemlidir. Sendikasyon kredisi sözleşmesi taraflarını ve edimlerini incelediğimizde, lider banka, yardımcı yöneticiler, temsilci vekil ve katılımcılardan oluşan kredi verenlerin edimleri ile, borçlunun geri ödeme yükümlülüğü ve faiz borcu karşı karşıya gelmektedir. Kredi verme borcu açısından, lider banka, yardımcı, yönetici, temsilci vekil veya katılımcı bankalar arasında, temin edilen kredinin miktarı dışında, başka bir ayırım gözetmek doğru olmayacaktır. Ancak lider banka ve temsilci vekil, konumları itibarıyla kredi verme borcu dışında da bir takım

yükümlülükler üstlenmektedirler. Özellikle temsilci vekil sözleşmenin ifası sırasında para akışının sağlanması gibi çok önemli bir rol oynamaktadır. Örneğin, borçluya ödeme yapılacak zamanlarda katılımcılardan gerekli fonları toplamak, değişken faiz oranını düzenli aralıklarla sabitlemek, muaccel olmuş ana para ve faiz ödemelerini hesaplayarak borçludan alıp kredi verenlere dağıtmak, temerrüt halinde temerrüt ihbarında bulunmak gibi görevler üstlenmektedir. Bu durumda sendikasyon kredisi sözleşmelerinde ağırlıklı edim temsilci vekilin edimi midir sorusu akla gelmektedir. Özellikle Türk hukuku bakımından bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Zira sendikasyon kredisi sözleşmelerinde ağırlıklı edim kredi verenlerin edimi olarak kabul görmektedir. Ancak bağlama kuralının işaret ettiği yer yani ağırlıklı edimin ifa yeri temsilci vekilin iş ikametgahı olarak kabul edilmelidir. Aksi halde, ifa yerinin borçlunun ikametgahının kabulü ve dolayısıyla sendikasyon kredisi sözleşmelerine uygulanacak hukukun borçlunun ikametgahı hukuku olarak belirlenmesi günümüzde, gerçekçi bir yaklaşım değildir. Karşılaştırmalı hukukta ise genellikle kabul gören karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ya da iş ikametgahı kriteri veya banka muameleleri için mevcut özel düzenlemelerde getirilen bankanın idare merkezinin bulunduğu yer ölçütü uygun bir çözüm sağlamamaktadır, zira sendikasyon kredisi sözleşmelerinde farklı tâbiyetlerde karakteristik edim borçlusu bankalar bulunmaktadır. Bu durumda en sıkı irtibatlı hukukun belirlenmesinde karakteristik edim dışında yöntemlerin kullanılması gerekmektedir. Önerilen görüşlerden bir tanesi krediyi oluşturan fonların toplandığı finansman piyasasının bulunduğu ülke hukukudur –ki bu da

çoğunlukla temsilci vekilin iş merkezinin bulunduğu yer hukukuna işaret etmektedir. Zira sendikasyon kredisi sözleşmelerinde borçluya ödenmek üzere toplanan fonlar temsilci vekilin bulunduğu yerde veya finans merkezi olarak kabul edilen *New York* ve *Londra* gibi merkezlerde temsilci vekil kontrolündeki bir hesapta toplanmaktadır. Kanımızca herhalükarda, temsilci vekil görevini üstlenen banka, sözleşmenin idaresini üstlenmekte, tarafların hak ve yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, ödemelerin zamanında yapılıp yapılmadığı gibi konularda ön planda olup, kredi verenler ve borçlu arasındaki para trafiğini düzenleyen rolü ile sözleşmenin önemli bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyleyse, her bir somut olayın verilerine dayanarak ve sözleşmenin mevcut irtibatlarından hareketle ortaya konan en sıkı irtibat, temsilci vekilin iş merkezine işaret ediyor ise sendikasyon kredisine uygulanacak hukukun temsilci vekilin iş merkezi olduğu kabul edilecektir.

Borçlunun malları üzerinde rehin veya ipotek gibi aynî hak tesisi sureti ile teminat sağlandığı hallerde ise, pek çok hukuk düzeninde taşınır ve taşınmaz mallara uygulanacak hukuka ilişkin olarak ayrı bağlama kuralları düzenlenmiş, özellikle taşınmaz mallar ile ilgili haklar çoğu kez kamu düzenine ilişkin kabul edildiğinden, buldukları yer hukukuna tâbi kılınmış olduklarından sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanacak hukuktan farklı bir hukukun uygulanması ile karşı karşıya kalınabilecektir. Ayrıca doğrudan uygulanan kurallarda, özellikle kambiyo rejimine ilişkin mevzuat da uygulanacak hukuk üzerinde etkili olacaktır.

ÖZET

Ticarî ve ekonomik faaliyetlerde gözlenen gelişmeler krediyi günlük hayatın bir parçası haline getirmiş ve en küçük alış-veriş ilişkisinden, büyük ölçekli projelerin finansmanına kadar kredi kullanımı yaygınlaşmıştır. Kredi *“belli bir satın alma gücünden, belli ve geçici bir süre ile vazgeçmek”* olarak tanımlanabilir, bir riskten doğacak sorumluluğun herhangi bir şekilde üstlenilmesi de kredi kapsamında kabul edilmelidir. Bu surette kredinin tanımında zaman, güven, risk ve gelir olarak sıralanabilecek dört temel unsur yer almaktadır.

Ticari krediler, ticarî bir banka tarafından veya bir çok ticarî bankanın bir araya gelerek bir grup halinde finansman sağladıkları “sendikasyon kredileri” şeklinde veya ticarî bankalar aracılığı ile uluslararası sermaye piyasalarında tahvil ihraci şeklinde gerçekleştirilebilecektir. Ticarî bankalar, özel ve kamu tüzel kişilerinin kredi ihtiyaçlarını karşılamakta önemli bir rol oynamaktadırlar. Bankalar, yasal engeller veya kapasite yetersizliği nedeniyle kendi imkanları ile karşılayamadıkları bir kredi talebi karşısında sendikasyon yöntemini kullanmaktadırlar.

Sendikasyon Kredisi, iki veya ikiden fazla kredi kuruluşunun biraraya gelmesiyle ve genellikle birinin önderliğinde, ortak bir dokümantasyon altında, benzer hüküm ve koşullarla ve ortak bir temsilci vekil kullanılarak büyük miktarda fon ihtiyacında bulunan borçluya sağlanan kredi olarak tanımlanabilir

Sendikasyon borç vermekten doğan riskin dağıtıldığı bir teknik olduğundan tek bir bankanın kendi portföyüne alabileceğinden fazla

miktarda krediler için bu yöntem kullanılmaktadır. Borçlunun ihtiyacının, bankadan kredi limitin aşan miktara ulaşması halinde, banka bu krediyi sağlamak için, krediye katılacak başka bankalar arar.

Sendikasyon kredisi sözleşmeleri oluşumuna göre, doğrudan kredi sendikasyonu, katılım sendikasyonu ve karma sendikasyon olarak üç; kredi ihtiyacına göre ise, belirli vadeli, devredilebilir, rotatif kredi, teminat, kabul ve ihale kredileri olarak altı türe ayrılır.

Diğer kredi sözleşmelerinde olduğu gibi sendikasyon kredisi sözleşmelerinde de temel olarak “Borçlu” ve “Kredi Veren” olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Kredi veren bankalar grubu içinde Lider Banka yanında Yönetici Bankalar Grubu, Yardımcı Yönetici Bankalar Grubu gibi alt gruplar da bulunabilmektedir. Ayrıca kredinin işleyişini kolaylaştırmak üzere kredinin türüne göre Aracı Banka ya da Temsilci Vekil, İhraç ve Ödeme Aracısı, Akreditif Bankası, Garantör gibi taraflar da yer almaktadır.

Geleneksel devletler özel hukuku metodu, yabancılık unsuru içeren bir olaya uygulanacak yetkili kanunun tespitinde hukukî ilişkilerin niteliğinden hareketle soyut nitelikteki bu hukukî ilişkilerin niteliğine göre, unsurlarından birisine ağırlık vermekte, kendisine ağırlık verilen unsurdan hareketle belli bir hukukî ilişkiye uygulanacak hukuk belirlenmektedir.

Sözleşmelerde ortaya çıkan hukukî ilişkiler tarafların isteklerine bağlı olarak oluşmaktadır. İç hukukta sözleşmeler alanında tanınan bu sözleşme serbestîsi devletler özel hukukunda farklı nitelikte olmakla birlikte “hukuk seçimi” veya “irade muhtariyeti” denilen kavramın ve bununla uyumlu tatbikatın gelişmesine yol açmıştır. Sözleşmeler alanında taraf menfaatinin

ağır basması, taraf menfaatinin söz konusu olduğu diğer hallerde, “kişinin hukuku ve aile hukuku ilişkilerindeki” gibi millî hukukun değil, tarafların seçtikleri hukukun uygulanması ile sonuçlanmıştır.

Çok sayıda taraf ve hukukî ilişki barındıran sendikasyon kredisi sözleşmelerinde, tarafların genellikle sözleşmeye uygulanacak hukuk konusunda bir seçim yaptıkları görölmektedir. Taraflar hukuk seçimi yaparken sahip oldukları pazarlık gücü ile korumak istedikleri menfaatleri göz önüne almaktadırlar. Kredi verenler genellikle, ya uluslararası ilişkileri ve olası sorunları çözmeye ehil, sendikasyon kredisi sözleşmesinin işleyişini tarafların makul beklentileri çerçevesinde düzenleyebilecek gelişmiş bir hukuk düzeninin sağlayacağı menfaatleri gözeterek, ticarî merkez konumundaki bir ülke hukukunu (İngiltere ve New York örneğinde olduğu gibi) ya da bildikleri bir hukukun yönetimindeki sözleşme ile yabancı hukukun seçilmesinde doğabilecek riskleri yok etmek amacıyla buldukları ülkenin hukukunun seçilmesini istemektedirler. Diğer taraftan, sendikasyon kredisi sözleşmesinin karşı tarafı olan borçlu da kendi bulunduğu ülke hukukunun sözleşmeye uygulanmasını tercih etmektedir. Sonuç olarak, kredi verenlerin, kendilerini tam olarak emniyete aldığını düşündükleri hukukun, uygulanacak hukuk olarak belirlenmediği durumlarda, kredi vermeyi kabul etmeye yanaşmamaları sebebi ile, sendikasyon kredisi sözleşmeleri de dahil olmak üzere uluslararası kredi sözleşmelerinin tamamında, kredi verenlerce talep edilen hukukun, uygulanacak hukuk olarak seçildiği söylenebilir. Bununla birlikte kredi verenler tarafından yapılan hukuk seçimi, borçlunun işlem yapma ehliyeti, borçlunun ülkesinde bulunan gayrimenkulleri üzerinde ipotek

tesisi veya bu malların haczi gibi hususlarda borçlunun hukukunun etkisini kaldırmayacaktır.

Tarafların, açık veya zımnî iradeleri ile belirli bir hukuk düzenini uygulanacak hukuk olarak belirlemedikleri hallerde, sözleşmeye uygulanacak hukukun tayini için bir çok görüş ileri sürülmüştür. Uygulanacak hukuku tespitte hareket noktası olarak, hukukî ilişkinin mahiyeti itibariyle tâbi olduğu hukuk, hukukî ilişkinin ağırlık noktası, en yakın yersel ilişki veya en sıkı ilişki ölçütleri benimsenebilir. Karşılaştırmalı hukukta akdî borç ilişkileri alanında objektif bağlama kuralının ilk basamağını akdin sıkı irtibat halinde bulunduğu ülke hukuku oluşturmaktadır. Sıkı ilişkinin tespitine yönelik olarak ise, karakteristik veya ağırlıklı edim borçlusunun ikametgahı veya mutad meskeni hukuku ile akdî ilişkinin sıkı irtibatının olduğu yönünde aksi ispat edilebilir bir karinenin dikkate alındığı görülmektedir. Sözleşme görüşmelerinin yapıldığı yer, kullanılan para birimi veya kredinin sendikasyonu için fonların toplandığı yer, mahkemeye, uygulanacak hukukun tespiti konusunda yardımcı olacak kriterlerdir. Diğer bir yöntem de akdin yapıldığı yer veya sözleşmenin ifa yerinin esas alınmasıdır.

Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, 24. maddesinde, sözleşmenin öncelikle tarafların açık olarak seçmiş oldukları hukuka tâbi olduğunu düzenlemektedir. Hukuk seçiminin açık olarak yapılmadığı hallerde ise “*borcun ifa yeri hukuku*”, birden fazla edimin ifasının söz konusu olması ve bu edimlerin ifa yerlerinin birbirinden farklı olması halinde “*borç ilişkisinin ağırlığını teşkil eden edimin ifa yeri*” hukuku sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak ifade edilmektedir. Borç ilişkisinin

ağırlığını teşkil eden edimin, diğer ifade ile karakteristik edimin ifa yerinin tespit edilemediği haller için hakime Kanundaki deyim ile “*sözleşmenin en yakın irtibat halinde bulunduğu yer*” hukukuna göre uygulanacak hukuku tayin yetkisi verilmiştir

Sendikasyon kredisi sözleşmelerinde birden fazla edimin, dolayısıyla birden fazla ifa yerinin mevcut olduğu açıktır. Bu durumda, ağırlıklı edimin hangi edim olduğunun tespit edilip edilemeyeceği önemlidir. Sendikasyon kredisi sözleşmesi taraflarını ve edimlerini incelediğimizde, lider banka, yardımcı yöneticiler, temsilci vekil ve katılımcılardan oluşan kredi verenlerin edimleri ile, borçlunun geri ödeme yükümlülüğü ve faiz borcu karşı karşıya gelmektedir. Kredi verme borcu açısından, lider banka, yardımcı, yönetici, temsilci vekil veya katılımcı bankalar arasında, temin edilen kredinin miktarı dışında, başka bir ayırım gözetmek doğru olmayacaktır. Ancak lider banka ve temsilci vekil, konumları itibariyle kredi verme borcu dışında da bir takım yükümlülükler üstlenmektedirler. Özellikle temsilci vekil sözleşmenin ifası sırasında para akışının sağlanması gibi çok önemli bir rol oynamaktadır. Örneğin, borçluya ödeme yapılacak zamanlarda katılımcılardan gerekli fonları toplamak, değişken faiz oranını düzenli aralıklarla sabitlemek, muaccel olmuş ana para ve faiz ödemelerini hesaplayarak borçludan alıp kredi verenlere dağıtmak, temerrüt halinde temerrüt ihbarında bulunmak gibi görevler üstlenmektedir. İfa yerinin borçlunun ikametgahının kabulü ve dolayısıyla sendikasyon kredisi sözleşmelerine uygulanacak hukukun borçlunun ikametgahı hukuku olarak belirlenmesi günümüzde, gerçekçi bir yaklaşım değildir. Karşılaştırmalı hukukta ise genellikle kabul gören

karakteristik edim borçlusunun mutad meskeni ya da iş ikametgahı kriteri veya banka muameleleri için mevcut özel düzenlemelerde getirilen bankanın idare merkezinin bulunduğu yer ölçütü uygun bir çözüm sağlamamaktadır, zira sendikasyon kredisi sözleşmelerinde farklı tâbiyetlerde karakteristik edim borçlusu bankalar bulunmaktadır. Bu durumda en sıkı irtibatlı hukukun belirlenmesinde karakteristik edim dışında yöntemlerin kullanılması gerekmektedir. Önerilen görüşlerden bir tanesi krediyi oluşturan fonların toplandığı finansman piyasasının bulunduğu ülkedir. Bu da Temsilci vekil görevini üstlenen banka, sözleşmenin idaresini üstlenerek, tarafların hak ve yükümlülüklerini yerine getirip getirmediği, ödemelerin zamanında yapılıp yapılmadığı gibi konularda ön planda olup, kredi verenler ve borçlu arasındaki para trafiğini düzenleyen rolü ile sözlenin önemli bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyleyse, her bir somut olayın verilerine dayanarak ve sözleşmenin mevcut irtibatlarından hareketle ortaya konan en sıkı irtibat, temsilci vekilin iş merkezine işaret ediyor ise sendikasyon kredisine uygulanacak hukukun temsilci vekilin iş merkezi olduğu kabul edilecektir.

Borçlunun malları üzerinde rehin veya ipotek gibi aynî hak tesisi sureti ile teminat sağlandığı hallerde ise, pek çok hukuk düzeninde taşınır ve taşınmaz mallara uygulanacak hukuka ilişkin olarak ayrı bağlama kuralları düzenlenmiş, özellikle taşınmaz mallar ile ilgili haklar çoğu kez kamu düzenine ilişkin kabul edildiğinden, buldukları yer hukukuna tâbi kılınmış olduklarından sendikasyon kredisi sözleşmesine uygulanacak hukuktan farklı bir hukukun uygulanması ile karşı karşıya kalınabilecektir. Ayrıca doğrudan

uygulanen kurallarda, özellikle kambiyo rejimine ilişkin mevzuat da uygulanacak hukuk üzerinde etkili olacaktır.

SUMMARY

Due to the current developments in commercial and economical activities, loans became a part of our lives and using of loans became widespread starting from our daily dealings to the funding of big projects. Loan may be defined as *“waiver of someone’s potential to purchase, for a certain and temporary period of time”*. The loan shall also include taking the responsibility arising from a risk. Thus, the definition of the loan consists of four elements which can be named as time, trust, risk and income.

Commercial loans may be in the form of loans provided by a bank or by a group of banks in the form of syndicated loans or by issuing of bonds in the international capital markets through banks. Commercial banks has an important role in meeting the needs of private and public legal entities in respect of commercial loans. in some cases banks prefer to use syndication method especially due to the legal restrictions or lack of capacity to meet such need of a loan.

Syndicated loans may be defined as the loan provided by two or more loan institutions, generally under the leadership of one of such banks, under a common documentation and similar terms and conditions and via a common agent to the borrower in need of big amount of funding.

Syndication is a method where the risk arising from lending money has been distributed, therefore such method is generally used for the loans exceeding the amount which a bank can hold in its billfold.

Syndicated loan agreements are divided into three group such as, direct loan syndicate, participation syndicate and direct loan/ participation

syndicate according to the classification made according to the structuring of syndicated loan agreements and divided into six, such as term loan, transferable, revolving, standby, acceptance and bidding loans according to the classification made considering the needs of the borrower.

Similar to the other loan agreements syndicated loan agreements contains two main parties as “Borrower” and “Lender”. The group of lenders consists of sub-groups namely Managers and Co-Arrangers as well as the lead manager. Furthermore, in order to facilitate the management of the loan agreement parties such as agent, Issuing and Paying Agent, Letter of Credit Bank and Guarantor according to the type of the syndicated loan agreement.

Traditional private international law method, in order to determine the applicable law to a relationship including a foreign element, act starting from the legal characteristic of the relationship and according to such legal characteristic determines the significant element and from this element determines the applicable law to a certain legal relationship.

In contracts the legal relationships arise in accordance with the desires of the parties. In local laws such freedom of contract give rise to “choice of law” or “party autonomy” concepts and implementation in harmony in private international law, although they have different characteristics. Since the party interests has an important role in contracts the law chosen by the parties has applied to the contracts.

In syndicated loan agreements containing many parties and legal relationships it is observed that the parties usually make a choice of law applicable to the contract. The parties, while making such choice of law, take

into consideration their power for negotiation and their interest that they are willing to protect. Lenders usually prefer to choose a developed legal system such as laws of countries known as commercial centers (e.g. England and USA) considering its advantages which will be competent to deal with international relations and possible disputes, to arrange the management of a syndicated loan agreement in line with the reasonable expectations of the parties or the law of the country which they are established in to avoid the risk of applying a foreign law to the contract. On the other hand as the other side of the syndicated loan agreements, borrower prefers to choose the law of its country as the applicable law. As a result, since the lenders refrain from lending unless the applicable law has been determined as law which the lenders felt themselves secured with necessary means, in general applicable law to the international loan agreements including syndicated loan agreements are determined by the lenders. However such choice of law shall not remove the impact of the law of the borrower in respect of the issues such as capacity of the borrower, attachment of the immovables or establishing a mortgage on an immovable of the borrower in borrower's country.

If the parties do not allocate a specific law as the applicable law by their explicit or implicit choice, the law that is applicable due to the nature of the legal transaction, the center of gravity of the legal transaction, most closest local relation and most closest relation criteria can be adopted for the determination of the applicable law.

In comparative law the first step of the conflict of laws rule in contractual obligations relations is the legislation of the country of the transaction which it has most close relations with.

In order to determine the close relationship, a clue is taken into consideration and it is assumed that present there is a close relationship between law of the domicile or habitual residence of the obligor of the characteristic performance and the agreement.

The place of the meetings, the currency used or the place where the funds are gathered for the syndication of the loan, are the criteria that will help the court to decide the law that will be applicable. Another method is taking into consideration the place where the contact is conducted or where the performance of the contact will take place.

Article 24 of the Code on International Private Law and the Procedural Law states that the contracts will be governed according to the law that is explicitly designated by the parties. If the applicable law is not explicitly determined, the law of the place of performance of the contract will be the applicable law. If there are more than one performance of the contractual obligation and if places of performances are more than one, the applicable law will be the place of characteristic performance. If the place of characteristic performance cannot be determined the judge is vested with the authority to designate the applicable law in accordance with the closest connection test.

It is obvious that there are more than one contractual obligation and more than one place for performance of the contractual obligation in the syndicated loan agreements. In such case, it will be important to figure out whether the characteristic performance will be determined or not. If we study the parties and the contractual obligations in syndicated loan agreements, the contractual obligations of the leader bank, co-managers, agent bank and the creditors consisting of the participants is against the borrowers obligation of repayment and payment of interest. It will not be convenient to make a distinction in respect of lending obligation of the leader bank, agent or the participant banks. However the leader bank and the agent bank undertake certain obligations other than lending to the borrower. Especially the agent bank has an important role to ensure the money flow during the performance of the contract. For example gathering the necessary founding from the participants before the payment to the borrower, fixing the variable interest rates in certain intervals, gathering the capital and interest sums which are due from the borrower and distributing them to the creditors, and issue default notification in case of a default.

It would not be a favorable approach to recognize the place of the performance as the domicile of the borrower and accepting the law applicable to the syndicated loan agreements as the law of the domicile of the borrower. In comparative law the favoured approach is the acceptance of the habitual residence of the obligor of the characteristics performance or the center of business of the banks which is taken as a criteria for banking transactions. However such approach can not be regarded as a suitable

solution in the syndicated loan agreements as there are many banks in different nationalities who has characteristic banks. In that case the determination of the law has the most close connection shall be determined through different methods other than the characteristic performance theory.

One of the recommended opinions is the law of the financial market in which the loan is made and this generally designates the center of business of agent bank or the financial centers such as New York or London.

The bank acting as agent bank will appear as a very significant element of the Contract by undertaking the management of the Contract, checking the parties whether they fulfilled their liabilities and obligations on time, made their payments on due dates and settling the cash traffic among the creditor and the debtor. Therefore, based on the data of the each concrete case and the current contacts of the Contract, if the most relation shows the center of business of the agent bank, the law applicable to the syndicated loan agreement will be the law of center of business of Agent Bank.

In cases that the warranty obtained by pledge or mortgage of the borrowers assets, conflict of laws rules set for the immoveable assets differ from the same set for the movable assets and especially since the rights related to immoveable assets are accepted as public order, the law of the location of the immovables is applicable and a necessity of applying another law different from the law to be applicable to the syndicated loan agreement may occur. Moreover, in the regulations to be applied, the principals related to the foreign currency and exchange regime would be effective on the applicable law.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Z.: Tarafların Yetkili Hukuku Belirlememeleri Durumunda Sözleşmeye Uygulanacak Hukuk, Ankara 1992.
- Akıpek, Ş.: Türk Hukuku ve Mukayeseli Hukuk Açısından Tüketici Kredisi, Ankara, 1999.
- Akyol, Ş.: Banka Sözleşmeleri, İstanbul 2001.
- Allan D. E.: Credit and Security: Economic Orders and Legal Regimes, ICLQ., C. 33, 1984, s. 22-?.
- Alaybeyoğlu, A.: Avrupa'da Sendikasyon Kredileri ve Türkiye Örneği, A.Ü. ATAUM, Ekonomik ve Malî Politikalar Uzmanlık Tezi, Ankara 1995.
- Alıca, T.: Türk Hukukunda Banka Genel Kredi Açma Sözleşmesi, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı Yüksek Lisan Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul 1990.
- Alıcı, Y.: Banka Kredi Sözleşmelerinin Malî ve Hukukî Yönü, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mali Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul 2000.
- Apak, S.: Uluslararası Bankacılıkta Finansal Sistemler, B.2, İstanbul 1993.
- Aras, G.: Ticarî Bankalarda Kredi Portföyünün Yönetimi, Sermaye Piyasası Kurulu Yayını, Ankara 1996,

- Arat, T.: Evlat Edinmeye İlişkin Bağlama Kuralları, Doçentlik Tezi (çoğaltılmış nüsha), Ankara 1982.
- Auerback R. M.: "Governing Law Issues in Transactional Financial Transactions" ABA, The International Lawyer, Summer 1993, s.303-
- Baygın, C.: Yabancı Para Üzerinden Borçlanmalar ve Hukukî Sonuçları, İstanbul 1997.
- Blom, J.: Choice of Law Methods in the Private International Law of Contract, The Canadian Yearbook of International Law, 1978,S. XVI, s.230-275.
- Collier, J.G.: Conflict of Laws, Cambridge 1994.
- Collins L.: Essays in International Litigation and Conflict of Laws-The EEC Preliminary Draft Convention on Private International Law
- Çakalır, Y.: Sözleşmeye Uygulanacak Yasanın Belirlenmesinde Varsayılan İrade ve Örtülü İradenin Rolü, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hâtırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 451-500.
- Çal, S., Uluslararası Kredi Anlaşmalarının Hukukî Boyutu, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara, 1995.

- Çavuşoğlu, A.: Factoring ve Özellikle Milletlerarası Özel Hukukta Factoring Sözleşmesi” İ. Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Doktora Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul 2000.
- Çelikel A.: Milletlerarası Özel Hukuk 6. B, İstanbul 2000, s. 175.
- Delaume, G. R.: What is an International Contract? An American and a Gallic Dilemma, ICLQ, C. 28, s. 258-279. (International Contract)
- _____ : The Proper Law of Loans Concluded by International Persons: A Restatement and a Forecast, AJIL., C. 56, 1962, s. 63-87. (Proper Law of Contracts)
- Dicey, A.V./
Morris J.H.C: “Dicey and Morris on the Conflict of Laws”, C. II, 12. Ed., Londra, 1993.
- Doğan, V.: Uluslararası Ticarete Banka Teminat Mektupları, Ankara 1999 (Teminat).
- _____ : Milletlerarası Özel Hukukta Zayıf Âkit Tarafın Korunması, MHB, Y. 15, S. 1-2, 1995, s. 21-42 (Zayıf Âkit Taraf).
- _____ : İş Akdinden Doğan Kanunlar İhtilafı Alanında Bağlama Kuralının ve Sınırlarının Tespiti, Ankara 1996 (İş Akdi).
- Doğangün, T.: “Türk Hukukunda Yabancı Unsurlu Hukukî İşlemlerin Şekline Uygulanacak Hukuk”, Ankara 1996.
- Donaldson, T. H.: Lending in International Commercial Banking, New York, 1988.

- Ekşi, N.: Akitten Doğan Borç İlişkilerine Uygulanacak Hukuk Hakkında AET Konvansiyonu, İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul 1983.
- Feyzioğlu, F.N.: Borçlar Hukuku Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. I, B. 3, İstanbul 1978.
- Fortier, L.Y.: New Trends in Governing Law: The New Lex Mercatoria, or, Back to the Future, ICSID Review, C. 16, S.1, Spring 2001, s. 10-19.
- Giuliano, M./
Lagarde, P.: Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations” OJ., N. C. 282, 31.10.1980.
- Göğer, E.: Devletler Hususî Hukuku (Kanunlar İhtilâfı), B. 3, Ankara, 1975.
- Güngör, G.: Milletlerarası Özel Hukukta Tüketicinin Korunması, Ankara, 2000.
- Hurn, S.: Syndicated Loans, İngiltere 1990.
- Karrer, P.A./
Arnold, K.W.: Switzerland’s Private Law International Law Statutue, Zürih 1988 (IPRG)
- Mc Donald R. P.: International Syndicated Loans, Euromoney Publications, 1982.
- Menekşe, A. M.: “Haksız Fiiller Alanından Örneklerle Devlet Menfaatinin Tahlili Metodu”, Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’in Hâtirasına

- Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1986, s. 501-561.
- Mettela, K.: Governing Law Clauses of Loan Agreements in International Project Financing, ABA, The International Lawyer, Winter, 1986, s. 219-
- Nomer, E.: Devletler Hususî Hukuku B. 11, İstanbul 2002.
- Pekcanitez, H.: Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukunda Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, B. 3, Ankara 1998.
- Šarčević, P.: “Choice of Law Issues Related to International Financial Transactions with Special Emphasis on Party Autonomy and its Restrictions” International Contracts and Payments, Šarčević, Volken,ed. İngiltere, 1991, s. 109-123.
- Sargın, F.: “Karateristik Edim Teorisine Eleştirel Bir Yaklaşım” AÜHFD, C. 50, S. 2, Y. 2001, s. 37-95. (Karakteristik Edim)
- _____ : “Milletlerarası Unsurlu Patent ve Ticarî Marka Lisansı Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, Ankara 2002 (Lisans)
- Semkow B. W.: “Syndicating and Rescheduling International Financial Transactions: A survey of the Legal Issues Encountered by Commercial Banks”, ABA, The International Lawyer, Fall, 1984. S. 869 < <http://www.lexis.com> > 08.01.2002

- Smith, R.C./
Walter I.: Global Banking, New York 1997.
- Sudan M.,
“Kanunlar İhtilafı Alanında Hukuk Seçimi”, İ.Ü., Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Doktora Tezi (çoğaltılmış nüsha), İstanbul 1996.
- Şanlı C./Ekşi N.: Uluslararası Ticaret Hukuku, İstanbul 2000.
- Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Akdin Muhtelif Nevileri C. 1, B.2, Ankara, 1974.
- Tekinalp, G.: “MÖHUK’ta Uygulanacak Hukuk Açısından Düzenlenmeyen veya Eksik Düzenlenen Konular” Prof. Dr. Selahattin Sulhi Tekinay’ın Hâtırasına Armağan, Marmara Hukuk Fakültesi, C. II, S.1-3, İstanbul 1999, s.579-588.(MÖHUK’ta Uygulanacak Hukuk)
- _____ : Akdî İlişkide Objektif Genel Kural ve En Yakın İrtibatlı Hukuk Uygulaması, Prof. Dr. Ernst Hirsch Anısına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1986, s. 449 (Objektif Genel Kural)
- _____.: “Devletler Hususî Hukukunda Temsil Yetkisine Uygulanan Kanun”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, 1977, s.235-245.(Temsil)
- _____ : Milletlerarası Özel Hukuk B. 5, İstanbul 1995. (MÖH)
- Tekinalp, Ü.: Banka Hukukunun Esasları, C.1. İstanbul 1988. (Banka)

- Tiryakioğlu, B.: Taşınır Mallara İlişkin Milletlerarası Unsurlu Satım Akitlerine Uygulanacak Hukuk, Ankara 1996.
- Turhan, T.: İsviçre Devletler Özel Hukuku Federal Kanununda Sözleşmeden Doğan Borçlara Uygulanacak Hukuk, AÜHFD., C. 41, S. 1-4, Y. 1989-1990, s.119-149. (İsviçre DÖH)
- _____ : Milletlerarası Sözleşmelerde Yabancı Para Kayıtları, Ankara 1997. (Para)
- Ulusoy, E.: “Bankacılıkta Kredi Riskinin Sınırlandırılmasına İlişkin Yasal Düzenlemeler”, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığı, Uzmanlık Tezi, Ankara 2000.
- Üstündağ S./
Karslı A.: Yargıtay Kararları Işığında Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, B. 2, İstanbul 1999.
- Ünay V.: Bankalarca Dış Ticaretin Finanse Edilmesi Usulleri, İstanbul 1989.
- Vischer, F.; “General Course on Private International Law”, Rec. des Cours, C. 1, 232, 1992, s. 9-256.
- Zarakolu, A.: Para ve Kredi Bilgisi B.8, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1997.
- Zevkililer A.: “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.4, Ankara 1994.

Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations, OJ. C 27
26.01.1998, s.34-53.

Restatement of the Law Second Conflict of Laws 2d, The American Law
Institute, 1971 < <http://kentlaw.edu/perrit/conflicts/rest188.html> > 15.05.2002.