

BANKALARLA ÖZEL FINANS KURUMLARININ MUKAYESESİ

Y. Doç. Dr. Ahmet BATTAL (*)

G İ R İ Ş

"Özel Finans Kurumları" adlı doktora tezimizin kabul edilmesinden sonra, bu konuda uzmanlaştığımızı düşünen insanların bazen öğrenmek, bazen de tenkid etmek amacıyla yönelttiği en önemli sorulardan biri, bu kurumlar ile bankalar arasında ne fark olduğudur.

Bu konunun çeşitli yönlerini ele almak suretiyle yapılmış çalışmalar olmakla birlikte, bütün yönleriyle değerlendirebilen bir akademik eser mevcut değildir. Öte yandan doktora tezimizde de, konu, iki sayfalık hacim içinde yüzeysel olarak ele alınmış bulunmaktadır.

İktisadi hayatın yeni kurum ve terimlerine ilgi duyan insanların soruları da göstermektedir ki, böyle bir çalışmaya ihtiyaç vardır. Biz de bu ihtiyacı gözeterek ve ilmi çalışmanın objektif verilere dayanması gerektiği kuralına sadık kalmaya çalışarak bu makaleyi kaleme almayı uygun bulduk.

Makalede kullandığımız banka ve özel finans kurumları terimlerini Türkiyedeki uygulamaya göre değerlendirmeye ve bir sonuca ulaşmaya çalışacağız. Makalenin

(*) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

yazılması sırasında kaynak olarak öncelikle doktora tezimizden ve onun kaynaklarından yararlandık. Ancak bankalar ve Özel finans kurumları hakkında doktrin tartışmalarına girmeyip sadece kanuni düzenlemeleri ve mevzuatı kullanarak mukayese yaptık. Bu nedenle yoğun bir dipnot uygulaması yerine konu ile ilgili olarak yararlandığımız temel eserler ve kaynaklardan bazılarını sıralamayı uygun bulduk.

1- Avrupa Topluluğunda Banka Hukuku Semineri (I.U.Hukuk Fak. Avrupa Hukuku Araştırma Merkezince düzenlenen 6. Avrupa Hukuku Haftası) İstanbul-1993

2- BATTAL Ahmet, Özel Finans Kurumları, Doktora Tezi, I.U. Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1989.

3- BATTAL Ahmet, Bağımsız Denetim Kurumlarının Özel Finans Kurumlarının Denetimi ile İlgisi, D.U.Hukuk Fakültesi Dergisi sayı 5.

4- EREM Faruk/ALTINOK Akın/TANDOĞAN Haluk Bankalar Kanunu Şerhi Ankara-1989.

5- ERTUNA Özcan, Finansal Kurumlar-Ankara-1986.

6- EYÜPGİLLER, Servet, Banka ve Mali Kuruluşları Ankara-1988.

7- REİSOĞLU Seza, Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara-1988.

8- TEKİNALP Unal, Banka Hukukunun Esasları, İstanbul-1988.

9- TIKVEŞ Özkan, Bankalar Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu Şerhi İstanbul-1992.

10-UÇAR Mustafa, Özel Finans Kurumları (Doktora Tezi) İstanbul-1987.

11-VURAL Günal, Özel Finans Kurumları, T.Bankalar Birliği Yay.

12-VURAL Güven, Türk Banka Hukuku, Ankara-1991.

13-YAŞAR Erhan, Türk Bankacılığında Günümüz Trendi ve Sorunları, Türkiye Bankalar Birliği Yay.1992.

14-YUKSEL Ali Said, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi İstanbul-1986.

15- ZARAKOLU Avni, Ülkemiz Bankacılık Sektöründe Yeni Bir Gelişme Faizsiz Bankacılık BATİDER Haziran-1990. Cilt XV sayı 3.

1- TEORİK TEMELLERİ YONUNDEN MUKAYESE

A- Tarihi Yönden Mukayese

Bankacılık faaliyetinin tarihini milattan önce 2000 yılına kadar götürmek mümkündür. Çünkü insanlar çok eski asırlarda dahi kıymetli mallarını emanet edecekleri, ellerindeki sikkeleri buldukları yerde muhter olan sikkelerle değiştirebilecekleri ya da ihtiyaç duydukları krediyi alabilecekleri kişi ve kuruluşlara ihtiyaç duymuşlardır. Bunlarda önceleri toplumun en güvenilir kişileri olan din adamları ve bunların barındığı müesseseler ve daha sonra iktisadi kudreti olan işadamları/tücarlar/derebeyleri olmak üzere kendisini göstermiştir. Daha da sonra, bu kişiler banker ve bu müesseseler de banka olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Bu kuruluşlar faizle işlem yapmayı bazen dinî bazen de ahlakî sebeplerle reddetmişler ancak genellikle kâr amacıyla hareket edenler, faizi bir kâr aracı olarak kullanagelmişlerdir.

İslâm dininin etkilediği iktisadi sistemler de, faizi meşru bir kâr aracı olarak kabul etmediklerinden, ihtiyaç duyulan bu hizmetlerin, faiz sözkonusu olmaksızın elde edilebilmesinin yollarını aramışlardır. İşte bu ihtiyaç sonucunda, otuz yıl kadar önce bazı İslâm ülkelerinde başlayan faizsiz banka kurma çalışmaları Türkiye'de de kendisini göstermiş ve 1983 yılında yapılan düzenlemelerle, Özel Finans Kurumları adı verilen faizsiz bankaların kuruluşu için kapı açılmıştır.

O halde denilebilir ki: faizsiz bankacılık ihtiyacı, en az faizi yasaklayan dinler kadar eski olup, ülkemizdeki yansıması ise henüz çok yenidir.

B- Dini-Ahlâki Yönden Mukayese

Semavi olsun ya da olmasın hemen hemen bütün dinler insanların iktisadi hayatı konusunda prensipler sevk etmişlerdir. Çözümlerin ayrıntıları farklı dahi olsa, adaleti ve hukuku sağlamayı, haksızlığı önlemeyi hedeflemişlerdir. Bu amaç doğrultusunda, bazı ticari faaliyetler adaletsiz olduğu gerekçesiyle yasaklanmıştır. Bunlardan biri de, çoğu zaman bir haksız kazanç niteliğinde kabul edilen faiz uygulamalarıdır. Dinlere ve toplumlara göre kapsamı ve tarifi değişmekle birlikte faiz, din-ahlâk kurallarının önlemeye çalıştığı bir kazanç türüdür.

Özellikle, dünya hayatı ile ilgili ayrıntılı hükümler sevk etmemiş olan hristiyanlık dininin yaygın olduğu ülkelerde gelişme gösteren laik hukuk düzenleri, kapitalist ekonomi mantığının da yardımıyla haksız kazanç endişesinin kapsamını olabildiğine daraltmışlar ve bunun sonucu olarak banka denilince faizli işlem akla gelmeye başlamıştır.

Mensuplarının hayatının her sahası ile ilgili olarak; bazen emredici nitelikte, bazen tavsiye niteliğinde kurallar koymuş olan islam dini de faizi tarif etmiş, ticareten ayırmış ve yasaklamıştır.

İşte bu yasak nedeniyledir ki, dini temele oturmuş olan Özel Finans Kurumları, bankacılık faaliyetlerini faizsiz şekilde yapmayı temel prensip olarak kabul etmişlerdir.

Burada önemle belirtelim ki "faiz" kelimesine İslam Hukukunun yüklediği anlam ile, herhangi bir dinden etkilenmemeye gayret eden bugünkü hukuk sistemimizin yüklediği anlam arasında fark vardır. İslam Hukuku faizi karşılıksız kazanç olarak nitelerken bu günkü hukuk, sermayenin geliri olarak değerlendirmektedir. Öte yandan; İslam Hukukunun faizi olarak kabul ettiği

bir kısım işlemler bu günkü hukuk sistemimizde faizli olarak kabul edilmediği gibi, İslam Hukukunun faiz olarak değerlendirmediği (para borçlarında temerrüde düşen borçlunun, paranın değer kaybı nedeniyle ödeyeceği tazminatta olduğu gibi) bazı gelirler, modern hukukta faiz (temerrüt faizi gibi) olarak isimlendirilmektedir. Bunun sonucunda da bu tariflerden birini ya da diğerini bilen ve toplumu aydınlatması gereken aydınlar ve din adamları aydınlatmak yerine daha çok kafaları karıştırmaktadırlar. "Özel Finans Kurumlarının bankalardan ne farkı var ikiside faiz alıp veriyor sadece kâr payı deyip değiştiriyor" diyen hukukçularımız kendilerine göre haklılar. Zira onlar, "faiz" terimini bugünkü hukukun anladığı anlamda kullanıyorlar. "Temerrüt faizi haramdır" diyen din adamları da kendilerine göre haklılar. Çünkü onlar da İslam Hukukunun faiz kavramına yüklediği anlamın bu günkü hukuktaki yerini tam olarak bilmiyorlar. Oysa kelimeler kendilerine yüklenen anlamlara göre kıymet ifade etmeli ve hükme esas olmalıdır.)

C- İktisadi Yönden Mukayese

Bankalar ve Özel Finans Kurumları aynı ekonomik sahada iş yapan kurumlardır. Para ve sermaye piyasasının aracı kuruluşu niteliğindedirler.

Ancak İktisadi yönden aralarında şöyle bir fark vardır. Özel Finans Kurumları, faizli iş yapmadıklarından faizli ödünç (kredi) vermezler. Bu durum İktisadi hayata önemli bir sonuç olarak yansımaz. Çünkü krediye ihtiyacı olan müteşebbis, bunu, faiz karşılığında bankadan alabileceği gibi sonuçlarına (kâr ve zararına) ortak etmek suretiyle Özel Finans Kurumundan da alabilir. Ya da, ihtiyacı olan hammaddeyi, makinayı, bankadan aldığı kredi ile elde edebileceği gibi, daha önce peşin olarak satınalmış olan Özel Finans Kurumundan da taksitle satınalabilir. Tercih kendisine aittir.

Mevduat sahibi açısından İktisadi yönden önemli bir fark yoktur. Tasarrufunu faiz geliri ile nemalandırmayı uygun bulursa bankaya, faize girmeden gelir elde etmek isterse Özel finans kurumuna götürebilir. Her iki halde de elde edeceği menfaat yaklaşık olarak

aynı olacaktır. Çünkü aynı piyasada iş yapmaktadırlar.

O halde denilebilirki; klasik bankacılık hizmetlerini sunmak açısından ikisi arasında fark yoktur. Atıl kalmış tasarrufları ekonomiye aktarmak her ikisinin de temel amacıdır. (Bunu yaparken kullandıkları sözleşmelere aşağıda temas edeceğiz.) Bankalarca verilen modern bankacılık hizmetlerini ise faizsiz çalışma prensibine ve kapasitelerine uygun düştüğü ölçüde özel finans kurumları da sunabilmektedir. Bu yönden de fark yoktur.

Ote yandan Özel finans kurumlarının, iktisadi yönden, bankaların fonksiyonlarını tamamlayıcı bir niteliği de vardır. Faizle iş yaptığı gerekçisiyle bankalardan uzak duran insanların, bu sahadaki ihtiyaçlarını karşılamak suretiyle bir boşluk doldurduğu gibi, yine dini gerekçeyle bankalara ve diğer yatırım araçlarına akmayıp yastık altında kalan tasarrufların ekonomiye kazandırılmasına yardımcı olmaktadır. Son olarak, riski nedeniyle faiz karşılığı kredi almaktan kaçınan müteşebbislerin de bu cesareti ve teşebbüs ruhu, kâra ve zarara katılma usûlü ile desteklenmektedir.

D- Kamu Hukuku Yönünden Mukayese

Hem bankalar hem de Özel finans kurumları, sermaye piyasasında iş yapan güven kuruluşu niteliğinde bulunduğundan faaliyetlerinin kanunla düzenlenmesi ve kontrol edilmesi tabiidir.

Ancak, dini gerekçeyle ortaya çıkan özel finans kurumlarının devlet tarafından denetlenmesi teşvik niteliğinde görüldüğü takdirde akla, laiklik kavramı ve bununla ilgili tereddütler gelmektedir.

Laiklik kavramı ile ilgili tartışmalar çok geniş kapsamlıdır. Ülkemizde uygulanıp uygulanmadığı da kesin değildir. Kanaatimizce batıdaki şekliyle uygulanması da mümkün değildir. Çünkü batıdaki din (hristiyanlık) ve insanların bu dinden etkilenme ölçüsü ile ülkemizde yaygın olan din (islamiyet) in insanlarımız ve dolayısıyla toplum ve devlet üzerinde olan/olabilecek etkileri farklıdır. Böyle bir ülkede iktisadi sistemin dinden

etkilenmesi kaçınılmazdır. Bu durumu gözönüne alması gereken devletin, sırf insanların ihtiyaçlarını gidermek amacıyla, dinden etkilenen bir iktisadi müesseseyi kanunla düzenlemesi laikliğe aykırı olmasa gerektir. Diğer mali kuruluşlar ve özellikle bankalar ile özel finans kurumları arasındaki mesafe ve dengeyi koruyamadığı takdirde ise iki ihtimal ortaya çıkar. Bankalar lehine hareket ederse vatandaşlarının ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaklaşır. Özel finans kurumlarını teşvik ederse laiklik ve eşitlik ilkesini çignemiş olur.

O halde denilebilir ki; Özel finans kurumlarının kuruluşunu ve işleyişini denetlemek laiklik ilkesine aykırı değildir. Bu kurumların kuruluşuna izin vermemek ise devletin, laiklik ilkesi adına insanların ekonomik varlıklarını geliştirme hakkına engel olması demektir.

Bugünkü hukuk düzeni açısından bakıldığında, bazı istisnalar ve tartışmalı noktalar bir kenara bırakılırsa, devletin genel olarak bankalara ve özel finans kurumlarına aynı mesafeden ve eşit baktığı söylenebilir.

II- MALİ KURULUŞLAR HUKUKU YONUNDEN MUKAYESE

A- Temel Nitelikleri ve Faaliyetlerine Etki Eden Prensipler

Bankaların temel niteliklerini belirleyebilmek amacıyla kısaca bir sınıflandırma yapmak gerekirse; mevduat kabul eden, mevduat kabul etmeyen ve ihtisas ve sektör bankaları olarak üç ana gruba ayırmak mümkündür. Mevduat kabul edenler, mevduat olarak topladıkları parayı işletme şekillerine göre, kısa vadeli para ticareti yapan ticaret bankaları ve uzun vadeli yatırımlara da giren iş bankaları şeklinde ayrılabilirler. Mevduat kabul edemeyen bankaların temel türü ise kalkınma ve yatırım bankalarıdır.

Özel Finans Kurumları faaliyetleri itibariyle mevduat kabul eden bankaların her iki türüne ve özellikle iş bankalarına benzemektedir. Bu nedenle biz de mukaye-

seyi, bu türü gözönüne alarak yapacağız.

Mevduat toplayan bankaların birinci temel niteligi faaliyetlerinin "mevduat toplama" ve diğer "bankacılık işlemleri yapma" şeklinde iki temel gruba ayrılmış olmasıdır. Bu sayede kanunkoyucu, mevduat sahiplerini ve dolayısıyla tasarruf oluşturan piyasayı korumak amacıyla ayrıntılı hükümler sevk etmiştir. Oysa OFK.larında böyle bir ayırım mevcut olmayıp fon adı verilen mevduatı koruyucu hükümler ve çözümler öngörülmüş de değildir.

Bu niteligin sonucu olarak da değerlendirilebilecek olan ikinci özellik, "Güven Kuruluşu" niteliğidir. Mali piyasalarda aracılık faaliyeti icra eden bütün müesseseler, geniş bir kitleye hitap ederler. Bu kitlenin hareketlerini yönlendiren temel unsur da, karşısındaki kuruma güven duymalarıdır. Bankalar gibi Özel Finans Kurumları da bu tür kurumlardandır. Bankaların bu niteligi sonucu ilgili kanunlarda önemli düzenlemeler yapılmış olmasına rağmen, OFK.ları sıradan bir ticari işletme gibi mütalaa edilmiş ve müşterilerini korumaya yönelik düzenlemeler ihmal edilmiştir. (Bu konuda da bankalara paralel hükümler sevk edilmelidir.)

Birinci ilke kamuya açıklık ilkesi olup güven kuruluşu niteliğinin bir sonucudur. Kamuyu aydınlatma ilkesi de denilen bu prensibe göre, bankalar ve özel finans kurumları mali durumları ve faaliyetleri hakkında ilanlar yoluyla halkı (müşterilerini ve üçüncü kişileri) aydınlatmak zorundadırlar. Bu konuda her iki tür kuruma benzer mükellefiyetler yüklenmiştir.

İkinci ilke riskin dağıtılması ilkesidir. Hem bankalar hem de OFK.ları tapladıkları fonları verimli kullanmak zorundadırlar. Bunun birinci şartı da kişi, yer ve sektör yönünden farklı alanlara yönelmek suretiyle zarar etme ihtimalini asgariye indirmektir. Bu uygulamanın bankalar için kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olmasına karşılık Özel Finans Kurumları için böyle bir mecburiyet getirilmemiş olup bu da bir eksiklik ve tehlikeli bir eşitsizliktir.

Faaliyetinin niteliği gereği bankalar için sözkonusu olmayan iki ilke daha vardır ki bunlar, faizsiz çalışma ilkesi ve hesapların bağımsızlığı ilkesidir. Birincisini daha önce izah ettiğimiz için tekrar etmeyeceğiz. İkinci ilke, özellikle hesap sahiplerinin haklarının korunması açısından önemlidir. Hesapların bağımsızlığı iki anlamdadır. Birincisi; her hesap türü ayrı havuzlarda toplanıp işletilecek ve muhasebeleştirilecektir. İkincisi; kurumların alacaklıları cari hesaplarda ve katılma hesaplarında bulunan paralar üzerinde hak sahibi olmayacaklardır. Diğer ifadeyle hesaplar üzerinde OFK'nun bir tasarruf hakkı yoktur. Sadece verimli bir şekilde işletme borcu vardır. Kendi hesaplarına karıştıramaz. (Katılma hesaplarının işletilmesi sonucunda ortaya çıkan kâr ve zararın %20'sini almak hakkı ayrı tutulmalıdır. Zira bu, kurumun kârının temelidir.)

Son olarak halktan tasarruf toplayan bütün kurumlar için sözkonusu olabilecek bir başka ilke sözleşme yapma mecburiyeti ilkesidir. Doktrinde genellikle kabul edilen görüşe göre, zaruri ihtiyaçları gidermeye yönelik çalışmadıkları ve tekel niteliğinde bulunmadıkları için, bu müesseselerin sözleşme yapmayı teklif eden herkesle sözleşme yapma (icabı kabul etme) mecburiyetleri yoktur. Ancak bu durum, mevduat toplama faaliyetini umuma arz eden bu kuruluşlara, sözleşme yapmaktan keyfi ya da makul olmayan sebeplerle kaçınma hakkını da vermez. Bu nedenle bir tasarruf sahibi, bir bankayı ya da OFK nu hem tenkid edip hem de sözleşme yapmayı teklif edebilir. Ancak bu tenkidin tecavüz niteliğini alması halindedir ki makul bir red gerekçesi doğmuş olur. Öte yandan OFK ları dini temelleri nedeniyle, sözleşme yapmalarının kendileri aleyhine sonuç doğuracağı kişilerle hukuki ilişkiye girmekten kaçınabilirler. Zira burada da makul bir kaçınma sebebi sözkonusudur. Konunun dini boyutunun bulunması ise kanaatimizce önemli değildir. (Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp'ın Borçlar Hukuku Genel Hükümler kitabının-İstanbul-1993-366. sayfasına ve oradaki kaynaklara bakılmalıdır.)

B- Kuruluşların Adlarının Karşılaştırılması

Burada "banka" kelimesinin kaynağını ve tarifinde bulunması gereken unsurları incelemeyeceğiz. Sadece bankalarla aynı piyasada iş yapan özel finans kurumlarına neden bu özel ismin verildiği konusu üzerinde duracağız.

Özel Finans Kurumları bankalara birçok yönden benzemekle birlikte Bankalar Kanununa uygun çalışan müesseseler değildir. bu nedenle bir isim değişikliği (farklılığı) gereklidir.

Bu kuruluşlara isim aranırken akla ilk gelen, "İslami Banka" ya da "İslam Bankası" terimleri olmuştur. Ancak, mevzuatın düzenlendiği 1983 yılındaki toplumsal durum ve şartlar da nazara alınarak denilebilir ki, bu isim laiklik ilkesi karşısında pek de uygun değildir. Öte yandan böyle bir isim Arap kaynaklı bir müessese imajını kuvvetlendirmeye de uygundur.

İkinci olarak "Faizsiz Banka" deyiminin bir özel isim haline getirilmesi düşünülmüş bundan da bankalarla yakınlaşmaya sebep olacağı gerekçesiyle vazgeçilmiştir. Bu düşüncenin yerinde olduğu şimdi daha iyi anlaşılmaktadır. Adının bankayı çağrıştırmamasına rağmen insanların çoğu bu iki tür kurum arasında ciddi bir fark görmemektedir. Hernekadar, "faizsiz" kelimesinin bu iki kurum arasındaki temel fark olan faizsiz işlem kuralını halka antalmaya yardımcı olacağı söyleniyorsa da bugüne kadar böyle bir tesir görülmemiştir denilebilir.

Bu tartışmalardan sonra "Özel Finans Kurumları" adında karar kılınmıştır. Halen kullanılan isimdeki "Özel" kelimesi; kurulmuş ve kurulacak olan şirketlerin Devletle bir ilginin olmamasını ifade etmenin yanında, kendisi dışında kalan mali araçların dışında ve bunlara göre özel nitelik arzeden bir uygulama olduğunu göstermektedir. Finans kurumu terimi ise, bu kurumların da, finansal piyasada aracılık görevi ifa eden kurumlar niteliğinde olduğunu belirtmektedir.

İsimdeki bu farklılık, bankalarla OFK'ları arasındaki farklılığın temeli değil, göstergesidir. Zira hüküm isme göre değil, mânâya ve muhtevaya göre verilir. Faizsiz çalıştıklarını ve bu nedenle bankalara benzemediklerini iddia eden OFK'ları bunu isimlerinde gösterdikleri gibi, faaliyetleri ve reklamlarında da göstermelidir. Hitabettikleri müşteri çevresinin faiz konusundaki hassasiyeti nedeniyle buna mecburdurlar. Kanaatimizce aradaki bu farkı belirtmek için gayret etmektedirler. Ancak bu gayretin, sonuç almakta yeterli olduğu söylenemez.

C- Mevzuatın Değerlendirmesi

Ülkemizde bankalar, temel kanun niteliğinde kabul edilebilecek olan 25.4.1985 tarih ve 3182 sayılı Bankalar Kanununa göre faaliyet göstermektedirler.

Doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüşe göre Üzel Finans Kurumları, bu kanunun 96. maddesi ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre;

"1. Bankalar dışındaki mali kuruluşların kuruluş ve faaliyetleri bu kanuna tabi değildir."

"2. Bu kurumların kuruluşlarına, faaliyetlerine, organlarına, tasfiyelerine, TK'nun ve diğer mevzuatın çeke ilişkin hükümlerine tabi olup olmayacağı, Bakanlar Kurulunca düzenlenir. Düzenleme dışı kalan hususlarda TTK ve ilgili diğer kanun hükümleri uygulanır."

Bu maddeden de anlaşılmaktadır ki; Bankalar Kanunu, OFK larına doğrudan, birinci derecede ve bağlayıcı olarak uygulanmayacaktır. Ancak, "ilgili diğer kanun hükümleri" arasında ve kural olarak kıyas yolu ile uygulanabilir.

Bakanlar Kurulu, 16.12.1983 ve 83/7506 sayılı Kararname ile OFK larının kuruluş ve çalışma esaslarını düzenlemiş ve dayanak olarak Bank K. 96. meddesini göstermiştir.

Bu Kararname ve diğer ilgili mevzuatın incelenmesinden çıkan sonuca göre; OFK ları bir tür banka olarak düşünülmüş, bu nedenle de birçok konuda Bankalar Kanununun mantığı ile hüküm sevk edilmiştir. Bunlara alternatif olma iddiasında olan OFK ları için bu çözüm yolu isabetlidir. Ancak faizsizlik özelliği ve yaptığı bütün sözleşmelerde kâr-zarar ortaklığı düşüncesinden kaynaklanan risk unsurunu barındırması nedeniyle teminat ve diğer bazı konularda bankalardan farklı düşünülmesi de yerindedir. (Yeri gelmişken belirtelim, doktora tezimizde konularına göre yer yer değindirdiğimiz bu işlevsel farklılığa uygun mevzuat değişiklikleri henüz gerçekleştirilmemiştir.)

Ote yandan, OFK ları hakkındaki ayrıntılı hükümlerin kanun yerine Bakanlar Kurulu Kararnamesinde yer alması çeşitli sakıncaları da beraberinde getirecektir. Zira kanuni düzenlemeden ve müeyyideden mahrum olarak çalışan OFK ları dürüst çalışmak istiyorsa teşebbüs cesaretini kendinde bulamayacak, hukuka aykırı davranmak isterse, kendini kanun gücüyle bağlı hissetmeyeceği için kolaylıkla buna cesaret edebilecektir.

D- Kuruluş Şekli Açısından Mukayese

1- Kuruluş Aşamaları

Bank K. 5. maddesine göre bankalar ancak bir anonim şirket olarak ve nakdi kuruluş esasına göre kurulabilmektedir. Mevsuf kuruluş mümkün değildir. Ani veya tedrici kuruluş yöntemlerinden birisi seçilebilir. Bank K. 8. maddeye göre önce bankanın kuruluşu için Bakanlar Kurulundan izin alınmalıdır. Ondan sonra TTK.nun öngördüğü anonim ortaklığın kuruluşuna ilişkin aşamalar gerçekleştirilecek, Ticaret Siciline tescilden sonra tüzel kişilik kazanan banka Anonim şirketi, Hazine ve Dış Ticaret Müsteşarlığından bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni alacaktır.

Özel Finans Kurumları da bir anonim şirket olarak nakdi kuruluş esasına göre kurulabilirler. Ancak kanaatimizce bankaların aksine, tedrici kuruluş sistemini seçmeleri mümkün değildir. Yine Özel kuruluş iznini

Bakanlar Kurulu verecek, TTK nun anonim ortaklıkların kurulmasına ilişkin öngördüğü aşamalar geçilip tüzel kişilik kazanıldıktan sonra, T.C. Merkez Bankasından faaliyete geçme izni alınacaktır.

Bu bilgilerin değerlendirilmesinden çıkan sonuç şudur:

Her iki kurum, TTK'nun anonim şirketlerin kuruluşuna ilişkin basamaklarının yanında, aynı nitelikte iki aşamadan daha geçmek zorundadırlar. Birincisi kuruluşa ilişkin özel izin, ikincisi, faaliyete geçmek için özel izindir. (Faaliyet izninin ayrı resmi makamlardan alınmasının sebebi belirsiz olup, uygulama teklisinin sağlanması amacıyla, bu konuda da OFK'larının bankalara uygun hale getirilmesi yerinde olacaktır.)

2- Teşkilat Yapısının Mukayesesi

Bir anonim şirketin yapısı gereği zorunlu olan Genel Kurul, Yönetim Kurulu ve denetçiler hem bankalar ve hem de OFK ları için, özel mevzuat ile de emredilmiş olup bu iki kurum arasında bu konuda önemli bir fark mevcut değildir.

Bunların dışında, bankalar için zorunlu organ olarak öngörülmüş bulunan Kredi Komitesi ve Genel müdür OFK ları için zorunlu organ niteliğinde değildir. (Özel mevzuatta kredi komitesi ya da benzeri bir kurumdan hiç bahsedilmemiş olup, genel müdürden bahsedilirken de sadece organ vasfında olabileceği fikri uyandırılmıştır.)

Öte yandan, bankaların yeteri kadar müfettiş çalıştırmaları Bank K. 27. maddesinden kaynaklanan bir zorunluluk iken OFK ları için böyle bir mecburiyet konulmamış olması eksikliklerdir.

Son olarak, şube sistemi ile çalışma esasları, OFK larında da benimsenmiş ancak, şubenin kuruluş şartları ve yetkileri konusunda bankalardan farklı düzenlemeler yapılmıştır.

Kanaatimezce, teşkilat konusunda bankalardan farklı düzenlemeler yapmanın faydası yoktur. Bu nedenle, aynı piyasada, aynı müşterilerle, aynı ihtiyaçları karşılamak üzere iş yapan bu iki kurumun aynı düzenlemeye tabi tutulması gereklidir.

E- Faaliyet Açısından Mukayese

1- Genel Olarak

Makalemizin başından bu yana kabul ettiğimiz temel fikir; OFK ları ve bankaların, aynı tür işleri, aynı piyasada-faizsizlik özelliği dışında-yapan, birbirinin alternatifi iki ayrı tür kurum olduğudur. Ancak, ikisi de aynı piyasada faaliyet göstermekle birlikte muhataplarının vasfında kısmen değişiklik vardır. Faizle ilgili herhangi bir kaygısı olmayan kişiler kendi menfaatlerini gözönüne alarak bu kurumlardan birini tercih edebilirken, faizle iş yapan kişi ve kuruluşlara yaklaşmamayı inançları gereği tercih eden kişiler, sadece OFK ların seçmektedirler. Bunun sonucunda müşteri çevresi ve mensupları itibarıyla OFK ları daha ziyade dindar insanlardan oluşmaktadır.

Yukarıda OFK larının dini-ahlaki temellerini inceleyen de belirttiğimiz gibi, bu kurumlar, dini bir yasağa uyma isteginin sonucudurlar. Bu saikin de tesiriyle OFK ları İslam dininin anladığı anlamda faizden kaçınmak zorundadırlar.

Bazı OFK larının ortak ve idarecilerinin, dini, siyasi faaliyetlerinde bir unsur olarak kullanıp başkaları ile siyasi yönden hasım olması sonucu, siyasi muhalifleri bu kişileri yıpratılabilmek için ortak ya da idareci oldukları kurumlar hakkında çeşitli yıpratma kampanyaları açmakta ya da dinin emir ve yasaklarını begenmeyen bazı insanlar salt dini bir saikten kaynaklandığı gerekçesiyle bu kurumları tenkid etmektedirler. Bu tenkidin temel taşı da; faizsiz çalıştıklarını iddia eden OFK larının aslında gizli faiz alıp verdiği ve müşterilerini yalan beyan ve reklama yanılttığı iddiasıdır.

Bu tür bir iddia yıpratmak amacıyla ortaya atılıyorsa, kim tarafından savunulursa savunulsun, hoş görülemez. Zira dindar insanların da en az diğerleri kadar ekonomik hak ve hürriyetlerden yararlanması, demokrasinin erdemli ve temel prensiplerinden biridir. Şayet böyle bir iddia, faizin tarifi ile ilgili kargaşa ve farklılıktan kaynaklanıyorsa, cehaletin affedilebilirliği ölçüsünde hoşgörüyeye layıktır. Üçüncü ihtimal olarak, kurumların kendilerini bağlayan ilkeler ve mevzuatın hükümlerine rağmen, gerçekten dini anlamda faiz alıp verdiklerinin tesbit ve iddia edilmesi halinde ise son derece basiretli bir iş yapılmış olur. Zira, bu sayede hem kurumlar kendilerini daha dikkatli faaliyet göstermeye ve denetlemeye mecbur olurlar, hem de devlet iktisadi-hukuki düzenin korunması için müdahaleye ve göreve çağrılmış olur (Burada, faizli iş yapan bir OFK nun engellenmesinin, devletin laikliği ile bağdaşmayaacağı akla gelebilir. Kanaatimizce böyle bir müdahale ile devletin kendisi dinden etkilenmemektedir. Vatandaşların dini duygularının sömürülmesini engellemeye yönelik bir hizmet görmektedir. Bu nedenle faizsiz çalışma konusunda devletin OFK na müdahalesi laikliğe aykırı değildir.)

Biz bu makalede konunun teorik yönü üzerinde durmaktayız. Bu neden halen faaliyet gösteren OFK larının gizli olarak faizli iş yapıp yapmadıkları ile ilgilenmiyoruz.

Ancak, özel mevzuata uygun hareket ettikleri takdirde İslam Hukukunun tarif ettiği anlamda faizli işlem yapmış olmayacaklarını belirtmek gerektiğini düşünüyoruz.

2- Kaynak Toplama Faaliyetleri

Bankalar, bankacılık işlemleri yaparak kâr elde etmek amacıyla kurulduklarından hem öz kaynaklarını hem de mevduat ve sair yabancı kaynaklarını bu faaliyete tahsis edebilirler.

Bankaların ihtiyaç sahiplerine dağıtmak ya da saklamak amacıyla ve istendiğinde ya da vadesinde geri

verilmek üzere çeşitli kaynaklardan topladıkları nakit paraya mevduat denir. Bankalar, mevduatı kural olarak faiz karşılığında kabul ederler. Bu faizin oranı bankanın rahat kullanma imkanı nedeniyle vadeli mevduatta yüksek, vadesiz olanda ise düşüktür.

Bankaların mevduat toplama faaliyeti, benzerliğe yol açmamak ve böylece faizsizlik özelliğine gölge düşürmemek amacıyla Özel Finans Kurumlarında "Fon Toplama" olarak isimlendirilmektedir.

Cari hesap açılması adı verilen vadesiz fon toplama faaliyetinde faizsizlik kendisini tam olarak göstermektedir. Bu hesaplar sahiplerine her ne nam altında olursa olsun hiçbir gelir getiremezler. (Hesap sahiplerine çek karnesi verilmesi bir gelir niteliğinde değildir.) Bu hesabın amacı sadece, müşteriye saklama hizmeti verilmesidir.

DFK larının ikinci kaynak toplama faaliyeti katılma hesaplarında vadeli fon toplanılmasıdır. Bu amaçla tasarruf sahipleri ile kurum arasında "kâr ve Zarara Katılma Hesabı Akdi" yapılmaktadır. Biz bu sözleşmenin, Borçlar Kanununda düzenlenmiş olan karz sözleşmesinin bir türü sayılan "sonuca (kâra ve zarara) katılmalı ödünç" olduğunu düşünüyoruz. Bu sözleşme kanaatimizce kıymetli evrak niteliğinde olan bir senede bağlanmalıdır.

Katılma hesabı sahibi, imzaladığı sözleşmede mevzuatın emredici hükmü nedeniyle iri harflerle yer alan, "hesap sahibine faiz veya sabit bir gelir ödenmeyeceği ve anaparanın geri ödeneceği garantisinin olmadığı" yolundaki hükümler nedeniyle faiz ya da sabit gelir isteyemeyeceği gibi, hesaba yatırılan paranın zarar etmiş olması halinde anaparanın geri ödenmeyebileceğine de razı olmuş olur. Hesap sahibinin hakkı kendisinininki ile aynı havuza konulmuş olan aynı tür katılma hesabı fonlarının tamamının, kurumca işletilmesi sonucunda elde edilmiş olan gelirle beraber anaparanın ya da zarar varsa-elde kalmış olanının %20 kurum hisesi düşüldükten sonra hesap toplamına oranla kendisine düşen kısmıdır.

O halde katılma hesabı sahibinin mutlaka kâr elde edeceği gibi bir kural yoktur. Zarar da edebilir. Umulanın altında ya da üstünde kâr da elde edebilir. Bu, hesabı işleten kurumun başarısına ve ekonomik hayatın akışına bağlı olarak değişebilir. Sonuç olarak katılma hesabı sahibi faiz almamaktadır. Bankadakinin aksine faizsiz ödünç olarak verdiği paranın işletilme riskini de üstlenmekte ve böylece dinen mübah bir sözleşme yapmaktadır.

3- Kaynakları Kullanma Faaliyeti

Bankalar ellerindeki kaynakları faizli kredi vermek suretiyle kullanabilecekleri gibi başka şekillerde de değerlendirebilirler. Emredici hükümlere aykırı hareket etmemek kaydıyla kâr amacıyla her tür faaliyeti yapabilirler. Bu faaliyetlerden elde ettikleri gelirlerden mevduat sahiplerine ödemeleri gereken faiz borcu çıkarıldıktan sonra kalan kısmı gayrisafi kârlarını oluşturur.

Ozel Finans Kurumlarının katılma hesaplarında topladıkları fonları kullanmalarının 4 yolu vardır.

Birincisi, kâr ve zarara katılma yöntemi denilen yolla ve adi şirket (genellikle iç şirket) sözleşmesi yapılarak sermayeye ihtiyacı olanlara kaynak aktarmaktır.

İkincisi, üretim desteği sağlanması faaliyeti olup, işletmelerin ihtiyacı olan menkul-gayrimenkul malların üçüncü şahıslardan peşin satın alınıp bu işletmelere vadeli satılması ve vadeli satımdan elde edilen vade farkı gelirinin kâr olarak hesap sahiplerine aktarılmasıdır.

Üçüncüsü; finansal kiralama sözleşmesi yapmak suretiyle fon kullandırmaktır.

Dördüncüsü, aslında bir akreditif niteliğinde olmakla birlikte bankalara yakınlaşmayı önlemek amacıyla adı değiştirilerek tarif edilmiş olan, mal karşılığı ve saikin alım satımı yolu ile fon kullandırma faaliyeti-

dir. Bu usül, üretim desteği sağlanması faaliyetinin, malî temsil eden kıymetli evrak aracılığıyla ve malî yurt dışında temin etmek suretiyle gerçekleştirilmesinden ibarettir.

Cari hesaplarda toplanan fonların %20'si likiditeyi sağlamak amacıyla ve teminat olarak bloke edilir. Kalanının yarısı ihtiyaç sahiplerine karşılıksız ödünç olarak verilebilir. Yarısı da riski yani kârı ve zararı kuruma ait olmak üzere ve kâra ve zarara katılma yatırım akdi yapılmak suretiyle kullanılabilir.

Bu açıklamalardan çıkacak temel sonuç şudur. Bankaların, kredi faaliyetlerinde faiz gelirini hedef olarak kabul etmelerine karşılık, OFK ları mevzuatın emredici hükmü gereği sınırlı sayıda yöntemle ve faize girmeden kâr elde edip dağıtmak zorundadırlar. Bunun için de her faaliyette hem kurumların hem de fon sahiplerinin işletme riski (ticari risk) mutlaka bulunmaktadır.

4- Diğer Faaliyetler

Özel finans kurumları bankaların yaptığı bütün modern bankacılık faaliyetlerini (banka hizmetleri) yapmak hakkına sahiptirler. Bunların başında para akışına aracılık hizmetleri ve çekle işleyen hesaplar açılması gelmektedir. Bu hizmetlerde önemli olan, faizli işlem yapmamaktır. Bu ölçü dışında bankalarla aralarında fark yoktur.

Öte yandan OFK ları dini ve ahlaki temelleri nedeniyle, muhtaç olanlara karşılıksız yardım yapmayı ya da ödünç vermeyi de bir ilke olarak kabul etmektedirler. (Halen faaliyette olan kurumların, kârlarınının bir kısmını zekat fonu adı altında bu gayeye tahsis ettiklerini esas sözleşmelerinde belirtmiş olmaları, bu ilkeyi uygulamak istediklerinin bir göstergesidir.)

5- Tedbir Alma ve Teminat Gösterme Yükümlülüğü

Bankalar Kanununun çeşitli maddelerinde düzenlenmiş hükümler gereğince bankalar, hem kasden hem de kusurlu hareketleri nedeniyle ya da ekonomik piyasanın

getirdiği risklerin sonucu olarak müşterilerine ve üçüncü kişilere verebilecekleri zararlara karşılık teminat göstermek ve ayırmak zorundadırlar. Bu zorunluluk, bankaların güven kuruluşu olmaları niteliğinden kaynaklanmaktadır. Yaptıkları bütün işlemlerde müşterilerinin ve özellikle küçük tasarruf sahiplerinin güven hissini kullanmaktadırlar. Kitle psikolojisinin de yardımıyla çok küçük bir olumsuz gelişme bir anda dalga dalga yayılabilmekte ve bütün aracı kurumları etkileyebilmektedir. O halde bu dalgalanmalardan etkilenmeyi en aza indirecek şekilde, mali bünyenin zayıflamasını önleyici ya da zayıflayan bünyeyi güçlendirici tedbirlere ihtiyaç vardır. Bu ihtiyaç giderilmediği takdirde ekonomik hayatta başıboşluk, kargaşa ve haksızlıklar kaçınılmaz olacaktır.

Bankaların bu konudaki yükümlülüklerini üç başlık altında değerlendirebiliriz.

Birincisi kredi ve yatırım düzeni ile ilgili olanlardır. Bir kısım kredi işlemleri ve bu arada dolaylı kredi kullandırılması yasaktır. Ayrıca, banka açısından toplam kredi sınırlaması, müşteri açısından kişi başına kredi sınırlaması ve sıfatına ilişkin sınırlamalar yanında gayrimenkul üzerine işlemlere de sınırlamalar getirilmiştir.

İkincisi, mevduatın korunması amacıyla, bir kısmının, dispoñibilite adı altında bankada nakit ya da kolay nakde çevirilebilecek değerler olarak tutulması, diğer bir kısmının da yine mevduat munzam karşılığı olarak Merkez Bankasında bir hesaba nakit olarak yatırılmasıdır. (Bu iki kanuni karşılık aynı zamanda Merkez Bankasının para piyasasına müdahalede kullandığı önemli araçlardandır.) Mevduat sahibinin korunmasına yönelik bir diğer tedbir de; kişilerin mevduat hasaplarının Bakanlar Kurulunca belirlenen bir kısmının, bankanın mevduat kabul etme ve bankacılık işlemleri yapma yetkisinin kaldırılması riskine karşılık, tüzel kişiliği haiz Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca sigorta ettirilmesi

Üçüncüsü; bankanın özkaynaklarının ve mali gücünün korunması amacıyla, TTK'nda düzenlenmiş kanuni yedek akçelere ek yedek akçe (muhtemel zararlar karşılığı) ayırmak zorunluluğudur.

Bu konuda son olarak, mali bünyesi zayıflayan bankaların, denetim makamlarının talimatları doğrultusunda tedbirler almak zorunda olduklarını belirtelim.

Şimdi de OFK larının yükümlülüklerini aynı başlıklarla değerlendirelim.

Bankaların kredi sistemine ilişkin sınırlamaları OFK larında mevcut değildir. Bu konudaki tek sınırlama katılma hesapları ve cari hesaplarda toplanan fonlarla müstakil bir işletmeye sermaye koyarak ortak olunamayacağı ve kurumun veya ortaklarının katıldıkları işletmelerin tümüne bu hesaplardan kullanılabilir olacak toplam fon miktarının fonların toplamının %20'sini geçmeyeceği kuralıdır. (Ancak bu düzenlemede, işletmelere katılmanın ölçüsü verilmediğinden, önemli bir eksiklik sözkonusudur.) Bu kural dışında genel kredi sınırı ve kişisel kredi sınırları ile ilgili bir kurala yer verilmemiş olması ve böylece riskin dağıtılmasının zorunlu hale getirilmemesi, doktrinin de tenkit ettiği büyük bir eksikliktir.

Bankaların topladığı mevduatın OFK larındaki karşılığı olan cari hesapların ve katılma hesaplarının korunması ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Çünkü cari hesapların, aynen (fazlalık sözkonusu olmaksızın) geri ödeneceği garanti edilmektedir. Bu nedenle bu hesapların teminat altına alınması zaruridir. Özel mevzuatta bu kurumların cari hesaplarının %'10'unu nakit olarak kasada %10'unu da Merkez Bankasında bloke etmeleri emredilmek suretiyle, adı konulmaksızın umumi disponibiliteler ve mevduat munzam karşılığı öngörülmüştür. Katılma hesaplarında ise işletme sonucuna katılma şartı olup belli bir miktarın geri ödenmesi garantisi sözkonusu olmadığından ayrıca teminata ihtiyaç duyulmamıştır. Bu düzenlemenin yerinde olup olmadığı, kurumların kötü niyetli hareket etmeleri riskine karşılık teminat gerekkip gerekmediği tartışılabilir. Aynı nedenle, bu hesap-

ların Tasarruf mevduatı Sigorta Fonu benzeri bir kuruma sigorta ettirilmesinin gerekli olup olmadığı da tartışmaya açıktır.

Ancak kanaatimizce cari hesaplar için OFK larına özgü bir sigorta kurumu gereklidir.

Özel Finans Kurumlarında bankalardaki gibi özel yedek akçe rejimi öngörülmemiş, TTK'nun hükümleri geçerli ve yeterli kılınmıştır. Kanaatimizce bu da, bankalarla yarışma ve alternatif oluşturma iddiasını taşıyan kurumları fazlaca serbest bırakmanın sonucu olan bir eksikliktir. Öte yandan denetimler sonucunda mali bünyenin zayıfladığının anlaşılması halinde alınması gereken tedbirler ve müeyyideler de ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildir. (Bu konudaki eksikliklerin bir an önce giderilmesini temenni etmekteyiz.)

6- Denetim Yönünden Mukayese

Bankaların iç denetimi konusunda hem Bank K.'nda ayrıntılı hükümler konulmuş ve hem de yeteri kadar müfettiş çalıştırılması öngörülmüş olmasına rağmen OFK larında sadece denetçilerin sayısı konusunda (en az 3 üye) TTK sisteminden ayrılmış bunun dışında anonim şirketlere ilişkin genel hükümlere atıfla konu düzenlenmiştir. Müfettiş çalıştırmanın mecburi hale getirilmemiş olması önemli bir eksiklik durumundadır.

Bankaların dış denetiminde, ilgili kamu otoritelerinin denetiminin yanında ve buna yardımcı olmak üzere Bağımsız Denetim Kuruluşlarınınca denetim mecburiyeti getirilmiş olmasına karşılık OFK larında böyle bir denetim öngörülmemiş, sadece ilgili kamu makamlarının (bunlar genellikle bankalarla aynıdır) denetimi kuralı konulmuştur. Ancak bunun nasıl gerçekleştirileceği belirsizdir.

S O N U Ç

İncelememizden çıkan sonuçları şöyle sıralayabiliriz.

1- Özel Finans Kurumları bankalarla aynı piyasada

aynı faaliyetleri faizsizlik ilkesinin izin verdiği ölçüde yapan alternatif nitelikte aracı kurumlardır.

2- İlgili mevzuat OFK larının İslam hukukunun tarif ettiği anlamda faizsiz çalışmasına uygun bir şekilde düzenlenmiştir.

3- Halen faaliyetteki kurumların faizsiz çalışma konusundaki kurallara uygun davranıp davranmadıkları devletin denetimini ilgilendiren bir konudur.

4- Özel finans kurumları ile ilgili mevzuat birçok yönden yetersizdir. Öncelikle bir çerçeve kanuna ihtiyaç vardır.

5- Kurumlarla ilgili kanuni düzenleme yapılırken TTK. na tabi bir anonim şirket olarak değil, bankalar sistemine dahil, özellikle bir aracı mali kurum olarak değerlendirilmeli ve mümkün olduğunca mevduat bankalarına paralel düzenleme yapma yolu tercih edilmelidir.

6- Bu Kurumlara devletin müdahalesi sırasında kurumların dini temelleri bir ayrıcalık sebebi yapılmamalıdır. Ancak faizsiz çalışma prensibinin uygulanmasından da çekinilmemelidir.

7- Bu konunun kamuoyunca daha iyi anlaşılabilmesi için, kurumların yaptıkları faaliyetler ve özellikle sözleşmelerin hukuk sistemimiz içindeki yeri konusunda ayrıntılı araştırma ve yayınlar yapılmalıdır.

8- Böylece, hem OFK larının, mali kuruluşlar arasındaki eşitlik ilkesine uygun çalışmadıkları yolundaki haklı tenkitler ortadan kaldırılabilir, hemde bu kurumların Avrupadaki benzerleri gibi bankalar sistemi içinde yer almaları sağlanmak suretiyle ülkemizin Avrupa Topluluğuna ekonomik yönden uyum sağlaması kolaylaşacaktır.