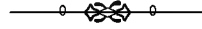


Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler



Yard. Doç. Dr. Dilek CENGİZ¹

GİRİŞ

Tüzel kişilerin hukuk düzeni tarafından yaratılan kişiliklerinin bunları oluşturan gerçek kişilerden ayrılarak bağımsız bir hukuk süjesi olarak kabul edilmelerinin; diğer ifade ile ‘ayrılık ilkesi’nin her durumda mutlak olarak uygulanması bazı durumlarda adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilmektedir. Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı bu gibi durumlarda haksız sonuçların engellenebilmesi amacıyla ilk defa Amerikan Mahkemeleri tarafından keşfedilmiştir. Amerikan Mahkemeleri bu haksız sonuçlara maruz kalacak olan uyuşmazlıklarda, bu sonuçların bertaraf edilerek adalet ve hakkaniyetin sağlanabilmesi için sorumluluktan kurtulmak veya borç ve yükümler bakımından kapsam dışı kalmak amacıyla ‘ayrılık ilkesi’ne dayanarak tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmiş olan gerçek sorumluların ortaya çıkarılması gerektiği gerçeğini görmüşlerdir. Bu amaçla ‘ayrılık ilkesi’nin sadece şeklen değil özüne ve esasına göre yorumlanması gerektiği ve bu yorum çerçevesinde, özdeşliğin gerçekleştiği durumlarda tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle tüzel kişiler için ayrılık ilkesinden feragat edilmesinin, gerektiği kanaatine ulaşmışlardır. Böylece tüzel kişilik perdesinin ardında gizlenmiş gerçek veya tüzel kişilere uzanılması açık ifade ile, tüzel kişiyi ve ardındaki gerçek veya tüzel kişileri ayrı ayrı hukuk sùjeleri olarak değil de, özdeşliğin gerçekleştiği durumlarda bunların

¹ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Adalet Meslek Yüksek Okulu Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

tek bir bütün olarak kabul edilmesi temeline dayanan ‘tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’nın temelleri oluşturulmuştur. Bundan sonraki süreçte bu kuram Anglosakson hukuku uygulamalarına yerleşerek öğreti tarafından geliştirilmiştir. Bu kuram daha sonra Kara Avrupası Hukukunda ve buna bağlı olarak da Türk Hukukunda kabul edilerek uygulanmaya başlanmıştır. Devam eden uygulamalarda, hukukun bütün alanlarında uygulanması mümkün olan bu kuramın, diğer alanlara kıyasen banka işletmesi hukuku alanında özel bir öneminin olduğu ve uygulanmasına daha fazla ihtiyaç duyulduğu ortaya çıkmıştır.

Bu kuram banka işletmesi hukuku alanında önceleri sadece Mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda takdir yetkilerine dayanılarak uygulanırken, daha sonraları banka işletmesi kanunlarında düzenlenmeye başlanmıştır. Bu kuramın, banka işletmesi hukuku alanındaki özel önemi gitgide artmıştır. Bu artışın temel nedeni finansal piyasaların küreselleşmesine bağlı olarak kırılganlıklarının artması ve bu artışın da bankacılık sektörünün kırılganlığını etkilemesi suretiyle ortaya çıkan bankacılık krizlerinde ya da olağan faaliyet sürecinde banka tüzel kişiliğinin arkasına gizlenilerek yapılan işlemlerden doğan zararın zararın faturasının nihayetinde vergi mükellefleri olarak bütün ülke halkına yansıtılmasıdır. Buna ek olarak bu maddi zarara bağlı olarak halkın bir güven kurumu olarak bankalara olan güveninin sarsılması suretiyle bankaların itibar kaybetmesinden ve kamu düzeninin bozulmasından kaynaklanan önemli ölçüde sosyal boyutlu bir manevi zarar da doğmaktadır.

Hatta, günümüzde bu kuram banka işletmesi hukuku alanındaki öneminin gereği olarak banka işletmesini ve bu işletmenin belirli hukuki ilişkilerini düzenleyen emredici hükümleri içeren banka işletmesi kanunlarına normatif olarak yansıtılmakta, yani düzenlenmektedir.

Bu çalışmada, banka işletmesi hukuku alanında ‘tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’nın uygulanmasının anlamı, önemi ve bu kuramın 5411 S. Bankacılık Kanunu çerçevesindeki normatif görünümü tespit edilmiş ve bu normatif görümlere ilişkin açıklamalar değerlendirmeler yapılmış, mevcut eksiklikler veya yetersizlikler belirlenmiştir.

Konu üç temel ayrımı içeren bir sistematik çerçevesinde incelenmiştir. İlk olarak ‘tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’ kavramsal olarak genel anlamda açıklanmıştır. İkinci olarak, bu kuramın

banka işletmesi hukuku alanında uygulanması gerekliliği ile anlamına ve önemine değinilmiştir. Üçüncü olarak ise, bu kurama ilişkin 5411 S. Bankacılık Kanunu çerçevesinde yer alan düzenlemeler açıklanarak değerlendirilmiş, eksiklikler veya yetersizlikler belirlenmiştir.

1. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN ARALANMASI KURAMINA İLİŞKİN KAVRAMSAL AÇIKLAMALAR

1.1. Kuramın Anlamı ve Kapsamı

Tüzel kişilerin kendilerini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız bir hukuk süjesi oldukları öğretilde genel kabul görmektedir.²Nitekim tüzel kişilik kavramını kabul eden bütün hukuk sistemlerinde tüzel kişiler kendilerini oluşturan veya mallarını tahsis eden gerçek kişilerden ayrılarak bağımsız bir hukuk süjesi olarak düzenlenmektedirler. Buna ‘ayrılık ilkesi’ adı verilmektedir³ Bu düzenlemelerin veya ilkenin hukuki sonucunu ortaya koyan en belirgin örnek: Bir tüzel kişinin borcundan alacaklıya karşı sadece kendi malvarlığı ile sorumlu olması ilkesidir. Açık ifade ile, bu ilke gereği alacaklı alacağını tahsil edebilmek için sadece tüzel kişinin malvarlığına başvurabilecek veya bu tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin malvarlıklarına başvuramayacaktır.⁴

² Oğuzman, Kemal-Seliçi, Özer-Oktay Özdemir, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul, Ekim, 2015, s.275; Serozan, Rona; Tüzel Kişiler(Ozellikle Dernekler ve Vakıflar) 1. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul,1994, Özsunay, Ergun; Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler ve Vakıflar, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1982, s.34; Akınal, Teoman; Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1988, s.117; Dural, Mustafa-Öğüz,Tufan;Türk Özel Hukuku, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, C.II, 8. Baskı, İstanbul, Ekim, 2015, s. 212,229.

³ Dural, Mustafa; ‘Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması ya da Tüzel Kişinin Tabanına Başvurulması’, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Mayıs,1998, s.97.; Tüzel Kişilik Ortüsünün Aralanması(Amerikan ve İngiliz Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Yüksek Lisans Tezi, İstanbul,1995, s.14. Serozan, Rona; Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 1. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, s.446.

⁴ Sağlam, İpek; ‘Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış’, s.153’, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.208. <http://marmara.edu.tr/yayinlar/sempp> (17.08.2016).;

Ancak tüzel kişiler ile bunları oluşturan gerçek kişilerden ayrılarak bağımsız bir hukuk süjesi olarak kabul edilmeleri ilkesinin diğer ifade ile ‘ayrılık ilkesi’ nin her durumda mutlak olarak uygulanması bazı durumlarda çok haksız sonuçlar doğurabilmektedir. Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı bu gibi durumlarda haksız sonuçların engellenmesi amacıyla ilk defa Anglosakson Hukuk Sisteminde İngiliz ve Amerikan hukukunda ortaya çıkmış olup; bu süreçte kuramı Amerikan Mahkemeleri, tüzel kişiliğe sahip şirketlerin tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmiş olan gerçek sorumluları ortaya çıkarmak amacıyla hakimlerin perdeyi aralaması gereken durumların varlığını keşfetmişlerdir; bundan sonra da Kara Avrupası Hukuku Sistemi⁵ tarafından ve bu bağlamda Türk Hukukunda da benimsenmiştir⁶. Bu kavram özü itibarıyla, sözkonusu adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğacağı durumlarda tüzel kişilik ve onu oluşturan gerçek kişiler arasındaki ayrılık ilkesinden feragat edilerek, açık ifade ile tüzel kişilik perdesi aralanarak; tüzel kişilik perdesinin ardındaki gerçek sorumlu kişilere uzanılması açık ifade ile, tüzel kişiyi ve ardındaki gerçek veya tüzel kişileri ayrı ayrı hukuk süjeleri olarak değil de, bunları tek bir bütün olarak kabul edilmesi temeline dayanmaktadır.⁷ Bunun sonucu olarak da sökonusu adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğacağı durumlarda tüzel kişinin borçları için alacaklılar sadece tüzel kişinin malvarlığına başvurabilme imkanı ile sınırlı kalmayacaklar, tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenen gerçek veya tüzel kişilerin malvarlıklarına da başvurabilme imkanına sahip olacaklardır. Böylece, adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçların doğması engellenebilecektir. Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramına dayanılarak tüzel kişi ve onu oluşturan gerçek veya tüzel kişilerin ayrılık ilkesi temelinde ayrı ayrı hukuk süjeleri olarak değil de tek bir bütün olarak kabul edilmeleri durumu ‘tüzel kişi ile üyelerini özdeş kılma

⁵ İtalyan Hukukunda bu Kuramın kabul edilmesi sürecine ilişkin açıklamalar için bkz. Speranzin, Marco; ‘Piercing The Corporate Veil in Italian Company Law and Banking Law’, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu*, İstanbul, Şubat, 2008, s.44-54 <http://marmara.edu.tr/yayinlar/sempp> (17.08.2016).

⁶ Sağlam(2008); s.154; Yanlı, Veliye; Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2000., s.5-7.

⁷ Sağlam, İpek (1995), s.44; Tekinalp, Gülören-Tekinalp, Ünal; ‘Perdeyi Kaldırma Teorisi’, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul, 1995, s.387-389.

*durumu*⁸ kabul edilmiştir. Bu durum ilke olarak ‘Kişiler Arası Özdeşlik İlkesi’⁹ olarak da adlandırılmaktadır.

Anglosakson Hukukunda tüzel kişilik kavramının ortaya çıktığı ilk dönemlerde tüzel kişi kavramı hukuk düzeni tarafından yaratılmış olan bir varsayımsal veya yapay bir kavram olarak kabul edilmiştir. Ancak ilerleyen süreçteki uygulamalara bağlı olarak ortaya çıkan somut gelişmeler karşısında, bu görüşü takiben, ‘gerçeklik’ görüşü ortaya atılmış ve savunulmuştur.¹⁰ Gerçeklik görüşü çerçevesinde tüzel kişilik kavramının bir varsayım veya hukuk düzeni tarafından varlığına hükmedilerek yaratılmış olan yapay bir varlık olmadığı, diğer ifade ile onu oluşturan gerçek kişiler gibi gerçek bir hukuk süjesi olduğu savunulmuştur. Ancak bu gerçeklik görüşünün aşırı uçlara çekilerek katı uygulanması, tüzel kişilik kavramının bir örtü gibi kullanılarak kanuna karşı hile aracı olarak kullanılmasına imkan verilmesine sebep olmuştur.¹¹

İşte bu durum Common Law sisteminde ‘Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramı’¹² nin ortaya atılmasına ve geliştirilmesine yol açmıştır. Böylece bu kuram çerçevesinde, tüzel kişilik kavramının gerçekleri örten perde gibi kullanılması suretiyle bu perdenin ardına gizlenilerek kanuna karşı hile yapılmasının veya hakkın kötüye kullanılmasının, diğer ifade ile tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin, tüzel kişiliği sözleşmenin tarafı olmaktan veya kendilerinin sorumlu olmaları gereken diğer hukuki borçlardan kaçmak, kurtulmak aracı olarak kullanmalarının engellenmesi imkanı doğmuştur.¹³ Açık ifade ile bu kurama dayanılarak tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle tüzel kişiyi oluşturan

⁸ Yanlı, Veliye; Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000, s.21.

⁹ Sağlam (2008); s. 154.

¹⁰ Dural, s. 98.

¹¹ Powles, D.; ‘The See Thorough Corporate Veil’, The Modern Law Rewiev, London, 1977, Vol. 40, s.342; Laski, H.J., ‘The Personality of Associations’, Landmarks of Law Highlights of Legal Opinion, Newyork, 1982, s.323. (Sağlam (2008); s.155’den naklen).

¹² Hooper, R.C.- Reitzel, J.D.-Roberts, N.J.-Lyden, D.P.-Severance, G.B.; Contemporary Business Law Principles and Cases, 2nd Edition, Newyork, 1982, s.908; (Sağlam(2008);, s.155’den naklen).

¹³ Tekinalp-Tekinalp; s.396.

gerçek veya tüzel kişilere uzanılarak, bu kişilerin tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmek suretiyle kendi kusurları sebep oldukları zararlardan hukuki sorumluluklarının doğması yolu açılmıştır.¹⁴

Belirtmek gerekir ki öğretide, tüzel kişi ile onu oluşturan gerçek kişiler arasında her durumda ‘ayrılık ilkesi’nden vazgeçilmesinin veya ‘özdeşlik ilkesi’nin uygulanmasının tüzel kişilik kavramını tersine çevirmek hatta ‘*tepetaklak etmek*’ anlamına geleceği önemle vurgulanmakta ve bu bağlamda tüzel kişiler ile onu oluşturan gerçek kişiler arasında ‘ayrılık ilkesi’ kural ‘özdeşlik ilkesi’ veya ‘tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’nın uygulanması istisna olarak kabul edilmektedir.¹⁵

Bu durum karşısında ‘ayrılık ilkesi’nden hangi durumlarda vazgeçilebileceği ya da hangi durumlarda ayrılık ilkesinin haksız sonuçlar doğuracağı gerekçesiyle ‘özdeşlik ilkesi’ kabul edilmeli veya tüzel kişilik perdesinin aralanması’ kuramı uygulanmalıdır? Bu kuramın uygulanmasının ölçütleri nelerdir? Sorularının cevaplanması gereği doğmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramının uygulanması gereken bariz ve önemli olan durumlar kanunlarda açıkça düzenlenmektedir.¹⁶ Kanunda açık bir düzenlemenin bulunduğu durumlar bakımından doğrudan doğruya kanundaki düzenleme uygulanacaktır. Zira bu durumda tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması gerekli veya anlamlı olmayacaktır.¹⁷ Ancak kanunlarda bu kuramın genel olarak uygulanmasına ilişkin belirleyici genel ve soyut ölçütlerin düzenlendiği düzenlemelere yer verilmemekte; sadece bu kuramın uygulanmasına ihtiyaç gösterdiği tecrübe ile sabit durumlar için bu kuramın uygulanması esasları düzenlenmektedir.

Bazı durumlar bakımından ilgili kanunlarda düzenleme bulunmuyorsa bu durum bir uyumsuzluk olarak mahkemenin önüne geldiğinde, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının somut olayın özellikleri dikkate alınmak suretiyle doğrudan doğruya mahkeme tarafından uygulanması gerekli olmaktadır.¹⁸ Çünkü bu kuramın uygulanmasını gerektiren her durumun öngörülmesi ve kanunlarda düzenlenmesi ger-

¹⁴ Sağlam(2008); s155; Tekinalp- Tekinalp; s.396.

¹⁵ Sağlam(2008): s.154.

¹⁶ Tekinalp-Tekinalp;s.387.

¹⁷ Sağlam(2008); s.156.

¹⁸ Tekinalp-Tekinalp; s.387

çeklere uygun olmadığı gibi mümkün de değildir. Kanunlarda ancak somut olaylara dayanılarak uygulanması gerekliliğinin belirgin ve önemli olduğu tecrübelerle kanıtlanmış durumlar düzenlenebilmektedir. Bazı durumlar bakımından da tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması gerekliliği öğreti tarafından ortaya konulmakta ve savunulmaktadır.¹⁹ Bu bağlamda öğretinin Mahkemelere yol gösterici rolünden söz edilebilir. Bu nedenlerle tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanmasında asıl rol Mahkemelere yani yargıya düşmektedir.

Önemle belirtmek gerekir ki, tüzel kişilik perdesinin aralanması gereken durumların belirlenmesine ilişkin aynen kanunlarda olduğu gibi ne içtihatlar ne de öğreti tarafından konulmuş olan belirleyici genel ve soyut ölçütler bulunmamaktadır.²⁰ Bu nedenle konu öğretide şematik olarak ele alınmamıştır. Bu bağlamda da içtihatlarla gelişmiştir.²¹

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının ölçütleri kanuna karşı hile, muvazaa ve MKm.2/I,II düzenlemelerindeki objektif iyiniyet veya hakkın kötüye kullanılması kavramları ilişkilendirilmektedir.²²

Tüzel kişilik kavramının arkasına gizlenmek suretiyle kanuna karşı hile yapılması ya da tüzel kişiyi oluşturan gerçek kişilerin taraf oldukları sözleşmelerden doğan yükümlülüklerinden veya sorumluluktan kaçınmaları durumlarında tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle tüzel kişilik aracılığı ile elde edilmek istenilen amacın tüzel kişilik perdesi aralanarak engellenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.²³ Bu bağlamda MK m.2/1'deki objektif iyiniyet kuralının hem bu konuda kanun ve sözleşme hükümlerinin dolanılıp dolanılmadığının tespitinde yorumlayıcı ve tamamlayıcı bir işleve sahip olduğu; hem de ayrılık ilkesinin sonucu olarak meydana gelen hukuki durumun kötüye kullanmayı açıkça ortaya koyması halinde tüzel kişilik perdesinin aralanması gerektiği sa-

¹⁹ Tekinalp-Tekinalp;s.378.

²⁰ Sağlam(2008); s.157.

²¹ Sağlam(2008);s.156-157.

²² Sağlam(2008); s.155-156; Tekinalp-Tekinalp; s.395.; Antalya, Gökhan; 'Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi', s.148, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.<http://marmara.edu.tr/yayinlar/semp> (17.08.2016).

²³ Sağlam(2008); s. 155; Tekinalp-Tekinalp; s.396.

vunulmaktadır.²⁴ Tüzel kişilik perdesinin aralanması gerekli olduğunda hem MK m.2/I hem de MK. m.2/II uygulanma alanı bulacaktır.²⁵

Fransız Hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramını muvazaa kavramı ile ilişkilendiren bir görüş²⁶ bulunmaktadır. Ancak baskın görüş, bir tüzel kişiliğin arkasına gizlenen gerçek veya tüzel kişilerin tüzel kişiliği kullanarak gerçekleştirdikleri eylemler veya işlemler kanuna karşı hile veya MK m.2'deki hakkın kötüye kullanılması veya objektif iyiniyet kuralına aykırılık oluşturuyorsa tüzel kişilik perdesinin aralanması gerektiği noktasında birleşmektedir.²⁷

Diğer taraftan tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanmasının Kanunda açıkça bir düzenlemenin olduğu durumlarda doğrudan doğruya bu düzenleme uygulanır bu durumda tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının uygulanmasına veya MK m.2/I,II düzenlemelerinin ölçütlerinin aranmasına gerek bulunmayacaktır.²⁸

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının uygulanma alanı sadece bir tüzel kişi ile onu oluşturan gerçek kişiler arasındaki ilişkiler ile sınırlı değildir. Somut olaylarda gerekli olduğunda iki ayrı tüzel kişi arasındaki ilişkiler bakımından da uygulanabileceği, bu bağlamda bu iki tüzel kişinin iki ayrı hukuk süjesi olarak kabul edilmek yerine tek bir bütün olarak yani özdeş kabul edilebileceği ileri sürülmektedir.²⁹ Tüzel kişilik perdesinin aralanması ihtiyacı uygulamada genellikle sorumlu kılmaya yönelik olarak ortaya çıkmaktadır.³⁰ Tüzel kişilik perdesini aralayarak sorumlu kılma, hukuken sorumlu olan tüzel kişinin yerine veya onun yanında perdenin ardındaki gerçek veya tüzel kişilerin sorumlu tutulmasıdır. Ancak tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının veya özdeşlik ilkesinin uygulanması hukukun belirli alanları ile sınırlı de-

²⁴ Tekinalp- Tekinalp; s.395-396.

²⁵ Dural, s.97.; Sağlam(2008); s.157.

²⁶ Müller-Freienfels; Zür Lehre von der Sogenannten Durchgriff bei juristischen Personen im Privatchrecht, Acp 1957, n. F.36, S.539 (Dural, s.99'dan naklen).

²⁷ Sağlam(2008); s.155.

²⁸ Sağlam(2008); s.156-157.

²⁹ Sağlam(2008), s.154.

³⁰ Tekinalp-Tekinalp; a.g.e., s.399.

ğildir. Bu kuram ve ilke hem kamu hukukunda hem de özel hukukta³¹ gerekli durumlarda uygulanabilmektedir.³² Ancak nitelikleri gereği en çok kıymetli evrak³³, holding sisteminde bağlı ortaklıklar hukukunda ve banka işletmesi hukukunda uygulanmasına ihtiyaç duyulmaktadır.³⁴ Bu bağlamda özellikle bu alanlarda uygulanmaktadır. Çünkü bu alanlar özellikle de banka işletmesi hukuku tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektiren kötüye kullanımlar bakımından fırsatçılığa ve sınırsız bir yaratıcılık gücüne sahne olmaktadır.

1.2. Amaçlar

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının amacı perdenin aralanması uygulamalarının farklı türleri dikkate alınarak '*sorumlu kılma amacı ile perdeyi aralamak*' ve '*kapsama almak amacı ile perdeyi aralamak*' olarak ikiye ayrılarak açıklanmaktadır.

Perdeyi aralayarak sorumlu kılma hukuken sorumlu olan tüzel kişi yerine veya onun yanında başka bir gerçek veya tüzel kişinin sorumlu tutulmasıdır. Bu durumun başlıca örneklerinden biri: Bir ortaklığın sadece bir tek ortağının bulunması durumunda³⁵, kanun gereği tek kişi

³¹ Kuramın icra iflas hukuku alanındaki uygulamalarına ilişkin açıklamalar için bkz. Yıldırım, Kamil; '*Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi ve İtal Davalarında Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Koruma Sağlayan Enstrümanlar*', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s. 18194. <http://marmara.edu.tr/yayinlar/sem> (17.08.2016).

³² Tekinalp-Tekinalp; s.387,390

³³ Ulusoy, Erol; '*Çek Kanunu Tüzel Kişilik Perdesini Aralıyor*', İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, Cilt 1, S.1, s.67-84.

³⁴ Tekinalp-Tekinalp;s.390.

³⁵ Türk hukukunda TTK'nın AŞ'lerde asgari pay sahibi sayısının düzenlendiği '*Asgari Sayı*' başlığını taşıyan m.338 düzenlemesinde yer alan '*AŞ'nin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya daha fazla kurucunun varlığı şarttır.* (f-I) Pay sahibi sayısı bire düşerse, durum, bu sonucu doğuran işlem tarihinden itibaren yedi gün içinde yönetim kuruluna yazılı olarak bildirilir. Yönetim kurulu bildirim aldığı tarihten itibaren yedi gün içinde Şirketin tek pay sahipli bir AŞ olduğunu tescil ve ilan ettirir. Ayrıca hem Şirketin tek pay sahipli olarak kurulması hem de payların tek kişide toplanması halinde, tek pay sahibinin adı, yerleşim yeri ve vatandaşlığı da tescil ve ilan edilir. Aksi halde doğacak zarardan, bildirimde bulunmayan pay sahibi ve tescil ve ilanı yaptırmayan yönetim kurulu sorumludur. (f-II)

ortaklığı sorumlu iken, tüzel kişilik perdesi aralanmak suretiyle onun tek ortağının sorumlu tutulmasıdır. Bir diğer örnek ise, ana ortaklık ve yavru ortaklıklarının bulunduğu ilişkilerde, kanun veya sözleşme gereği ana ortaklık sorumlu iken yavru ortaklığın sorumluluğuna gidilmesi veya tam tersi olasılıkta yavru ortaklık sorumlu iken ana ortaklığın sorumluluğuna gidilmesi ya da ana ortaklık ve yavru ortaklığın beraberce sorumlu tutulması oluşturmaktadır.³⁶

Perdeyi aralayarak kapsama alma durumunda ise, tüzel kişiliğe sahip bir şirketin taraf olduğu hukuki ilişkiye ortaklar da dahil edilir. Ortakların doğrudan taraf olmadıkları bir hukuki ilişkinin kapsamına alınmaları, belirli bir hukuki ilişkide ortakların da ortaklık tüzel kişiliğinin taraf olduğu yere oturtulmaları suretiyle gerçekleştirilmektedir. Ancak burada halefiyete eşdeğer bir hukuki sonuç gerçekleşmez. Tüzel kişi varlığını ve hukuki ilişkide taraf olma sıfatını devam ettirir. Sadece hukuki ilişkiden doğan borçlar ve yükümlülükler bakımından, ortaklar da ortaklık tüzel kişisinin yanında yer alır. Ortaklar hukuki ilişkinin tarafı sıfatını kazanmadan ortaklığın borç ve yükümlülükleri onlara

Hükümlerinin gereği olarak tek pay sahipli bir AŞ'in kurulması ve bu düzenlemede yer alan koşullara uygun olmak kaydıyla faaliyetine devam etmesi mümkündür.

Ancak mülga 1956 tarihli TTK'nunda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Türk hukukunda bu Kanunun yürürlükte bulunduğu dönemde tek pay sahipli bir AŞ'in faaliyette bulunması sınırlı bir süre için ve sadece iki olasılık için mümkündür. Şöyle ki:

Bu olasılıklardan birincisi: TTK m.530 düzenlemesine göre pay sahiplerinin sayısının bire düşmesi yani AO'nun sadece bir pay sahibinin bulunmasına rağmen ortaklığın devam etmesidir. Bu olasılıkta dava açılıp da ortaklık sicilden terkin edilinceye kadarki işlemler sürecinde tek ortaklı AO faaliyetine devam edecektir. Diğer ise: AO'ta gerçekte tek pay sahibi bulunmaktadır. Ancak asgari sayı olan 5'i tamamlamak üzere 4 veya daha fazla görünürde, diğer ifade ile şekli pay sahibi bulunmaktadır. Örneğin: Baba ve çekirdek aileden oluşan en az 4 kişinin bir AŞ kurmaları durumunda gerçekte tek kişilik bir AŞ bulunmaktadır. Bu durumda TTK m.530 hükmü gereğince fesih davası açılıp kesinleşinceye kadar geçen süreçte ortada hukuken geçerli bir AŞ bulunacaktır.; Sağlam(2008); s.159, dp.22.

³⁶ Tekinalp-Tekinalp; s.390; Sağlam(2008); s.158; Bu açıdan amaç 'tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesinin kötüye kullanılması suretiyle hukuki sorumluluktan kaçmayı önlemek ve böylece hakkaniyeti sağlamak' olarak da ifade edilmektedir. Bkz. Koçak, Coşkun; 'Genel Olarak Perdeyi Aralama İlkesi', Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.158. <http://marmara.edu.tr/fayinlar/sempp> (17.08.2016).

karşı da yöneltilir.³⁷ Bu durum tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramına ilişkin uygulamaların tipik şekli olarak nitelendirilmektedir. Bu durumda perdenin ilk bakışta ortaklara ulaşmak amacı ile aralanacağı düşünülebilse de perde farklı yönlerden ve farklı amaçlarla da aralanabilmektedir.³⁸ Örneğin:

- Ortağın aleyhine olarak: Ortaklığa konulan kamu ihale yasağı kapsamına ortağın dahil edilmesi durumu;
- Ortaklığın aleyhine olarak: Kamu ihale yasağı konulan kişinin ortak olduğu Ortaklığın da yasak kapsamına alınması durumu;
- Ortağın lehine olarak: Ortaklığın uğramış olduğu zararın tazminini aynı zamanda yönetici olan, tek ortağa, şahsen talep etme hakkının tanınması durumu;
- Ortaklığın Lehine olarak: Ortaklığın tek ortağının kefil olarak ortaklığın borcunu ödemesi ya da bu ortağın kefil olarak Ortaklığın değil aslında kendi borcunu ödemiş olarak kabul edilmesi durumu gibi...³⁹

Örneklerden ve yukarıdaki açıklamalarımızdan anlaşıldığı üzere tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının temel amacını şu ifade ile özetlemek mümkündür

Bir tüzel kişiliği oluşturan veya tabanında yer alan⁴⁰ gerçek veya tüzel kişilerin, MK.m.2/1-2 düzenlemesine aykırılık, kanuna karşı hile veya muvazaa benzeri bir yöntemle, çeşitli sorumluluk veya yükümlülüklerden kurtulmak ya da bir hukuki düzenlemenin veya sözleşmenin kapsamı dışında kalmak niyetiyle, bu tüzel kişiliği arkasına gizlenecek, bir diğer ifade ile kamufle olunacak bir perde gibi kullanmalarını böylece üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmelerini, engellemektir.

³⁷ Ulusoy, Erol; ‘Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması’, s.365, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, <http://marmara.edu.tr/yayinlar/semp> (17.08.2016).

³⁸ Ulusoy; s.365.

³⁹ Ulusoy; s.366.

⁴⁰ Bu kuram bakımından tüzel kişinin tabanında yer alma ifadesini Türk hukukunda ilk defa kullanan olarak, bkz. Dural, s.66.

1.3. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Başlıca Örnekleri

Yukarıdaki tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının anlam ve kapsamına ilişkin açıklamalar bağlamında öğretilerde tüzel kişilik perdesinin aralanmasını yüksek olasılıkla gerektiren başlıca üç örnek durum belirlenmiştir. Şöyle ki:

1.3.1. Tüzel kişi Ortaklık ile Ortaklarının Malvarlıklarının ya da Tüzel Kişi Ortaklık ile Ortaklarının Alanlarının Karışması

Tüzel kişi ortaklık ile ortaklarının malvarlıklarının veya alanlarının karışması tüzel kişiliğe sahip ortaklığın malvarlığı ile ortağın malvarlıklarının ayrılmasının muhasebe hileleri veya başka sebeplerle mümkün olmadığı hallerde ortaya çıkmaktadır.⁴¹ Ortaklığın ve ortakların malvarlıklarının kesin sınırlarla ayrılması düşüncesi sınırlı sorumluluk ilkesinin de temelini oluşturmaktadır. Malvarlıklarının veya ortakların alanlarının karışması tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektiren durumların başında gelmektedir.⁴²

Tüzel kişi ile ortaklarının malvarlıklarının karışması durumu, bazı malların ortaklığa mı yoksa ortağa mı ait olduğunun kesin olarak belirlenememesi, tereddüt oluşması,⁴³ ya da ortaklığa ait taşıt araçlarının ortaklardan birinin kullanımına verilmesi, devredilmesi veya birden fazla ortaklığa hakim olan ana ortaklığın, hakim olduğu ortaklıklardan birinin malvarlığına dahil bir unsuru kayıtlara yansıtılmaksızın diğer ortaklıklardan birinin faaliyetleri kapsamında kullanması gibi

⁴¹ Sağlam(2008); s.157; Dural, s.105.

⁴² Bu konu hakkında bkz. Öztekin, Selçuk-Memiş, Tekin; 'Şirketler Hukuku ve İcra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması', s.205-207, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.http://marmara.edu.tr/yayinlar/sem (17.08.2016). Yüksel, Kemalettin; 'Şirketler Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması 'Örtünün Aralanması'', s.272, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.http://marmara.edu.tr/yayinlar/sem (17.08.2016)

⁴³ Sağlam(1995); s.73; Sağlam, s.158; Dural, s.105.; Yanlı, Veliye; 'Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu', Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul, 1999, s.737-749; Tekinalp-Tekinalp; s.396.

durumlarda ortaya çıkacak ve bu duruma bağlı ihtilaflarda tüzel kişilik perdesinin aralanması ihtiyacı doğacaktır.⁴⁴

Tüzel kişi ortaklık ile ortaklarının alanlarının karışması durumunda da, tüzel kişilik perdesi aralanmak suretiyle, mal ayrılığı kurallarına uymayan ortak, ortaklık alacaklılarına karşı mal ayrılığı savunmasını yaparak hakkını kötüye kullanması engellenecektir. Açık ifade ile bu ortak ortaklığın borçlarından şahsi malvarlığı ile de sorumlu olacaktır. Bu durumda ortağın gerçek kişi veya tüzel kişi olması fark yaratmayacaktır. Örneğin: Benzin istasyonu işleten bir kollektif ortaklık, üçüncü bir kişiye belirli kategorideki ürünleri satmamayı bir sözleşme ile yükümlenmişse ve bu ortaklığın ortakları bu benzin istasyonuna çok yakın bir yerde ortaklığın yükümlülüğü kapsamındaki bu kategori ürünleri satarak yasağı ihlal ederlerse ortaklığın ve ortaklarının faaliyet alanları karışmış olacak; bu durumda tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle ortaklar sözleşmedeki yükümlülüğün sadece ortaklık için geçerli olduğu kendilerini bağlamadığı iki ayrı kişinin bulunduğu savunmasını ileri sürerek haklarını kötüye kullanamayacaklardır.⁴⁵

1.3.2. Tüzel Kişi üzerinde Belirli Bir Kişi veya Grup Tarafından Hakimiyet Kurulması

Tüzel kişi ortaklığın ortaklarından birinin veya birkaçının ortaklığın iktisadi çıkarlarından başka iktisadi çıkarlar için çaba göstererek ortaklığın faaliyetlerini yönlendirmeleri veya şekillendirmeleri durumunda bu ortaklık üzerinde belirli bir kişi veya grup tarafından hakimiyet kurulması sözkonusu olmaktadır.⁴⁶ Örneğin: Bir AO'nun bütün

⁴⁴ Sağlam(2008); s.158.

⁴⁵ Sağlam; s.158; Tekinalp-Tekinalp; s. 388.; Yüksel; s.274. Yargıtay 19. HD, 02.11.2000, E.2000/5828,K.2000/7383 Sayılı kararında: Ticaret sicilinde şahsi kaydı olmayan ancak 11 AO'nun hem ortağı hem de yöneticisi olan ve MÜSİAD'a sanayici olarak bildirimde bulunan kişinin tacir olarak kabul edilerek ve kredi sözleşmesinden doğan kefalet borcu sebebiyle şahsi iflasına karar verilmesi hükmünü onamıştır. Açık ifade ile bu kararda Yargıtay tüzel kişi AO ile ortağı gerçek kişinin alanlarının karışması durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını uygun görmüştür. Bu durumda AO ve ortağının alacaklılar karşısında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması suretiyle hukuken iki ayrı kişinin bulunduğu savunması kabul edilmemiştir. Sağlam(2008); s.158.

⁴⁶ Tekinalp-Tekinalp; s.396-397; Sağlam(2008); s.159.; Rekabet Hukuku alanında da yavru ortaklığın ihlallerinden anaortaklığın sorumlu tutulabilmesi için kul-

paylarına sahip olan ve bu ortaklığın borcu için başka bir kişi ile birlikte kefil olan tek (hakim) ortak borcu ödemesi durumunda diğer kefile rücu edebilecek midir?⁴⁷ İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında⁴⁸, MK m.2'ye başvurulmaksızın tek başına bütün paylara sahip olan ortağın, ortaklık için vermiş olduğu kefaletin aslında kendisi yararına bir kefalet olduğu gerekçesiyle bu ortağın birlikte kefil olduğu diğer tüzel kişiye rücu etmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir.⁴⁹

Öğretide tek ortaklı AO'nun bulunduğu her durumda tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramına başvurulmaması; bu kavrama başvurulabilmesi için mahkemelerce somut olayın özelliklerinin dikkate alınması gerekli koşulların bulunduğu kanaatine ulaşılmaması gerektiği önemle vurgulanmaktadır.⁵⁰

1.3.3. Yetersiz Sermaye

Bir ortaklık faaliyet konusunu gerçekleştirmesine yetecek kadar sermaye konulmaksızın faaliyet göstermekteyse, bu ortaklığın ortakları yetersiz sermayeli ortaklığın imkan verdiği sınırlı sorumluluk ilkesinden faydalanamayacağı ileri sürülmektedir.⁵¹ Böyle bir ortaklığın kukla yani bir kötüye kullanma aracı olduğu varsayılmaktadır.⁵² Bu duruma ilişkin Alman Federal Mahkemesi kararlarından bir örnek⁵³ verecek olursak: Karara konu olan olayda bir dernek bir yerleşim yeri kirala-

lanılan ekonomik bütünlük yaklaşımında ekonomik bütünlük Komisyon, Adalet Divanı kararlarında ve Hukuki düzenlemelerde kontrol kriteri dikkate alınarak belirlenmektedir. Bu hususa ilişkin açıklamalar için bkz. Kocabaş, Nilgün; Rekabet Hukuku Kapsamında Ana Şirketin Yavru Şirketin İhlallerinden Doğan Sorumluluğu, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezi, Rekabet kUrumu Yayınları, Ankara, 2015, s.9-12.

⁴⁷ Türk Hukukunda tek pay sahipli AŞ'lere ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz yukarıda dp.31.

⁴⁸ (Dural; s. 104'ten naklen); Sağlam(2008); s.159, dp.23.

⁴⁹ Sağlam(2008); s.159.

⁵⁰ Çevik, Kemal; *'Fransız ve Türk Hukukunda Tek Ortaklı Şirket/ Sınırlı Sorumlu Ticari İşletme'*, Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, Ankara,1998, s.37-55; Sağlam(2008); s.159; Sağlam(1995); s.48.; Yüksel; s.273.

⁵¹ Sağlam(2008); s.160; Tekinalp-Tekinalp; s.396; Yüksel; s.272.

⁵² Tekinalp-Tekinalp; s.396.

⁵³ BGHZ 54, 222,224 (Yanlı(2000); s.96, dp.222' den naklen)

miştir. Bu dernek de bu yeri kendi üyelerine kiralamıştır. Dernek kira bedellerini üyelerinden toplayarak kiralayana dernek tüzel kişiliği adına ve hesabına kiralayana ödeme yapmaktadır. Bu çerçevede dernek üyeleri, dernek ile taşınmazın maliki arasında kararlaştırılmış olan kira bedelini, diğer masrafları ve yönetici ücretini kendilerine düşen paylar oranında derneğe vermekte, dernek ise bunun karşılığında kira bedelini kiralayana ödemektedir. Bir süre sonra kiralayan kiraya zam yapmış, ancak dernek üyeleri bu artışı yerine getirememiştir. Bu durum karşısında taşınmazın maliki tüzel kişilik perdesi ardındaki gerçek durumu dikkate alarak doğrudan doğruya dernek üyelerine başvurmuş ve kira farkını onlardan talep etmiştir. Alman Federal Mahkemesi bu olayda dernek tüzel kişilik perdesinin aralanarak dernek üyelerinin derneğin kira borcundan sorumlu oldukları sonucuna ulaşmıştır. Mahkemenin bu kararının temel gerekçesi ise, derneğin zamlı kirayı ödeyebilmesine yetecek miktarda ihtiyaten para ayırmamasını ve bunun da dernek üyelerinden tahsil edilememesi olarak açıklanmıştır.⁵⁴

Öğretide, yetersiz sermaye sebebiyle tüzel kişilik perdesinin aralanmasının, kesin kriterlerinin belirli olmadığı ve Mahkemelerin somut olayların özelliklerine göre yapacakları değerlendirmelere bağlı olduğu önemle vurgulanmaktadır.⁵⁵

1.4. Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Türleri

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının dört türü bulunmaktadır. Bu türlerden herbirini kısaca açıklamak suretiyle belirtecek olursak:

1.4.1. Doğrudan (Düz) Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma

Doğrudan perdeyi kaldırarak sorumlu kılma durumunda perde aralanarak arkasında bulunan kişi veya kişiler sorumlu kılınmaktadır. Bu sorumlu kişi veya kişiler gerçek veya tüzel kişi olabilirler. Bu kişi genellikle bir ana ortaklıktır.⁵⁶

Bu durumda, bir gerçek kişinin veya tüzel kişi ana ortaklığın, bir sözleşme ile kabul ettikleri rekabet etmeme yasağı gibi bir yapmama borcundan kurtulmak amacıyla, rekabeti yavru ortaklık veya tek orta-

⁵⁴ Sağlam(2008); s.160; Tekinalp-Tekinalp; s.396.

⁵⁵ Sağlam(2008); s.160.

⁵⁶ Tekinalp-Tekinalp; s.396.

ğı oldukları ortaklık aracılığıyla yapmaları karşısında perde aralanarak gerçek kişi veya tüzel kişi ana ortaklık sorumlu tutulmaktadır.⁵⁷

1.4.2. Ters Yönden Perdeyi Kaldırarak Sorumlu Tutma

Ana ortaklığın borcu ya da yükümü için yavru ortaklığın veya pay sahibinin sorumlu kılınması durumlarında ters yönden perdeyi kaldırarak sorumlu kılma durumu olur. Bu türün temel özelliği şudur: Yavru ortaklık hakimiyet altında olduğu için, ana ortaklığın bir yapma veya yapmama yükümünü yerine getirmemesinden kural olarak sorumlu tutulamaz. Çünkü ana ortaklığın yapma veya yapmama yükümünü yerine getirmemesi kararında yavru ortaklık etkili olamaz, yani ana ortaklığa bu yolda karar aldırılmaz⁵⁸. Ancak somut olayda özel bir sebep veya sebepler varsa, yavru ortaklık sorumlu tutulabileceği bazı durumlar olabilir. Örneğin: Bir olayda bir gerçek kişi bir patent hakkı iktisap etmiş ve buna bağlı olarak da rekabet etmeme yükümlülüğü altına girmiştir. Bu kişi daha sonra bu patenti hakim olduğu bir ortaklığa devretmiştir. Çıkan ihtilafta İsviçre Federal Mahkemesi bu ortaklığın da rekabet AO'lüğün aktifinde bulunan gayrimenkulün onun tek hakimi olan gerçek kişinin borcu için haczedilemeyeceğine karar vermiştir.⁵⁹

1.4.3. Borçlunun Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanmasını Talep Etmesi

Borçlunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep etmesi durumunda, borçlu ya da yükümlü perdenin arkasına gizlenmek veya sığınmak yerine perdenin kaldırılmasını talep etmektedir. Bu tür öğretilerde şüphe ile karşılanmıştır.⁶⁰ Örneğin bir olayda eş kocasının tek pay sahibi olduğu bir ortaklığa karşı icra takibi yapmış, bunun üzerine koca kendisi ile ortaklık arasında özdeşlik olduğunu belirtmiş, diğer ifade ile tüzel kişilik perdesinin aralanmasını talep etmiş ve karı koca arasında icra takibi yapılamayacağı yasağına dayanmıştır. Bu ihtilafta İsviçre Federal Mahkemesi savunmayı reddetmiştir.⁶¹

⁵⁷ Tekinalp-Tekinalp; s.369.

⁵⁸ Tekinalp-Tekinalp; s.398-399.

⁵⁹ BGE. SEM. JUD. 1973 369 (Tekinalp-Tekinalp; s.399, dp.25 b'den naklen)

⁶⁰ Tekinalp-Tekinalp; s.399.

⁶¹ BGE 72II 67 (Tekinalp-Tekinalp; s.399, dp.25/c'den naklen).

1.4.4. Çapraz Perdeyi Kaldırma

Çapraz perdeyi kaldırma durumunda sadece ana veya yavru ortaklık değil, fakat aynı zamanda konzern veya holding sistemi içinde yer alan kardeş ortaklıklar arasında perdeyi kaldırma mümkündür.⁶² Açık ifade ile, aynı şirketler topluluğu içinde yer alan kardeş şirketler arasındaki perdenin aralanması durumunda da çapraz perdeyi kaldırma sözkonusu olur. Kardeş şirketler arasındaki perdenin kaldırılması bakımından, kardeş şirketlerin ekonomik anlamda bağımsız işletmeler vasfına sahip olup olmadıkları, önem kazanmaktadır. Büyük çaplı bağlı işletme topluluklarında, birbirinden tamamen farklı ticari ve iktisadi faaliyetlerde bulunan bir çok işletme bulunur. Örneğin: Bir bağlı işletmeler topluluğunda gıda, finans, otomotiv, enerji, telekomünikasyon gibi farklı sektörlerde faaliyet gösteren kardeş şirketler yer alabilir. Kardeş şirketler arasında bir iktisadi bütünlük sözkonusu olmadığı için, bunlar arasında perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması mümkün görülmemektedir.⁶³

1.5. Kuramın Türk Hukukunda Ortaya Çıkışı

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı Dünyada ilk defa Amerikan Mahkemeleri nezdinde şirketlerinin tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmiş olan gerçek sorumluları ortaya çıkarmak amacıyla hakimlerin adalet ve hakkaniyetin sağlanmasına yönelik olarak perdeyi aralaması gereken durumların varlığını keşfetmeleri üzerine Anglosakson Hukuk Sisteminde İngiliz ve Amerikan hukukunda ortaya çıkmış ve benimsenmiştir. Bundan sonra bu kuram aynı gerekçelerle ve gerekliliklerle Kara Avrupası Hukuku Sistemi tarafından ve bu bağlamda Türk Hukukunda da benimsenmiştir.⁶⁴

Türk hukukunda, özellikle ticaret hukuku alanında ortakların kendileri ile şirket tüzel kişiliği arasındaki ayrılıktan objektif iyiniyet (MKm.2) kurallarına aykırı olarak çıkar sağlamak istedikleri durumlar karşısında öncelikle öğretilde kanuna karşı hile kavramına⁶⁵ ve/veya

⁶² Tekinalp-Tekinalp; s.399.

⁶³ Öztekin,-Memiş; s.208-209.

⁶⁴ Bkz. Yukarıda 1.1, dp.4.

⁶⁵ Akünel; s.312

objektif iyiniyet (MKm.2) düzenlemesine aykırılık⁶⁶ oluşturduğu gerekçeleriyle tüzel kişilik perdesinin aralanarak, ayrılık ilkesinin bertaraf edilmesi suretiyle; ortakların haksız çıkar sağlamalarının reddedilmesi gerekliliği iddiaları ile savunulmuştur.⁶⁷ Bundan sonraki süreçte bu kuram yargı kararları ile de benimsenmiş ve ticaret hukuku alanında özellikle de banka işletmesi hukukuna ilişkin kanunlarda düzenlenmiştir. Kuramı açıkça içeren düzenlemeler belirgin olarak ilk defa 3182 S. Bankalar Kanunu ve bunu takiben 4389 S. Barkalar Kanunu ve yürürlükteki 5411 S. Bankacılık Kanununda yer almıştır.

Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması kavramının açıkça ifade edilerek uygulandığı örnek teşkil eden ilk yargı kararlarından biri olarak⁶⁸ Yargıtay'ın 19. HD.15.05.2006. E.2005/8774 K.2006/5232 Sayılı kararı, Türk hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının ortaya çıkış sürecinin açıklanmasında üzerinde durulması gereken önemli bir karardır.⁶⁹

Bu Karara konu olan olayda hukuki sorun davalılar Ege AŞ ve Ege Ltd Şti.'nin savunmaları dikkate alındığında 20.09.2000 tarihli 2 adet faturanın ve keza 04.10.2000 tarihli fatura tutarından davalılar-

⁶⁶ Tekinalp-Tekinalp; s.387; Dural; s.102.; Serozan; s.18.

⁶⁷ Ulusoy; s.370.

⁶⁸ Yalçın; s.295.; Seven, V- Göksoy, C; Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması-Bir Kararın Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, 2006, Cilt 80, Sayı 6. s.2455.; Kuramın açıkça ifade edildiği son yıllara ait bir diğer Karar ise Yarg.23.HD'nin E.2013/9400 K.2014/1242. Sayılı Karardır. Bu kararda Yerel Mahkeme kararında iki davalı şirketin aynı yani özdeş oldukları yönünde bir kanaate ulaşılmadığından davacının talebi doğrultusunda 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi'nin uygulanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Bu Kararın temyizi üzerine Yarg 23.HD, Yerel Mahkeme kararının belirtilen gerekçelerle hükmün ONANMASINA Karar Verilmiştir. Bu ifadelerin ters anlamından davalı şirketlerin özdeşliği kabul edilebilseydi davacının talebi doğrultusunda 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi'nin uygulanacak olduğu anlamı çıkmaktadır. <http://www.hukukmedeniyeti.org> (10.10.2016).

⁶⁹ Bu Kararın ayrıntılı bir analizi için bkz. Seven - Göksoy,; s.2454-2470.Türk İdari Yargı sisteminde örnek teşkil eden bir karar da Da. 10. Dairesi tarafından verilmiş olan 27.05.2005 T., E.2005/937, K.2005/815 S. Karardır. Bu Karar için bkz. Yalçın; s.308-310.

dan hangisinin sorumlu olduğu veya ikisinin de sorumlu olup olmadığı noktasındadır.⁷⁰

Davalılardan Ege AŞ, tüzel kişiler arasındaki ayrılık ilkesine dayanarak diğer davalı Ege Ltd Şti ile ayrı tüzel kişilikler oldukları ve ilgili sözleşmeye sadece davalı Ege Ltd Şti.'nin taraf olduğu gerekçeleriyle dava konusu fatura tutarlarından da Ege Ltd Şti.'nin sorumlu olması ve kendisinin Ege AŞ'nin sorumlu olmaması gerektiği savunmasını yapmıştır.⁷¹

Yerel Mahkeme, davalının tüzel kişilik esasına ve ayrılık ilkesine dayanan savunmalarına itibar etmemiş ve hukuki açıdan farklı tüzel kişilikler de olsa tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramına dayanarak olayda iki davalı şirket arasında bir özdeşliğin bulunduğu ve farklı tüzel kişilik savunmasının MK m.2 düzenlemesi kapsamında hakkın kötüye kullanılmasını oluşturduğu, çünkü iki davalı şirketin temsilcilerinin ve ortaklarının aynı kişiler olduğu tespitlerini dikkate alarak olaydaki farklı tüzel kişilikler olgusunun sadece şekli olarak değerlendirilmemesi özün ve esasın dikkate alınması gerektiğini, bu bağlamda uyumsuzluğun dürüstlük kuralları ve hakkaniyet ölçütleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülerek; davalı Ege AŞ'nin ödeme kabiliyeti olmayan biçimsel olarak farklı tüzel kişiliği bulunan, diğer şirkete borçları yüklemeye yönelik kötü niyetli çabalarının kabul görmemesi gerektiği gerekçeleriyle iki davalı şirketin borcun tamamından müteselsil olarak sorumlu olacaklarına hükmetmiştir.⁷²

Bu kararı temyiz aşamasında değerlendiren Yargıtay ise kararında '...(olayda) tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak, davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmadığı...' ifadelerine yer verilerek Yerel Mahkeme kararı onanmıştır.⁷³

⁷⁰ Seven- Göksoy; s.2455.

⁷¹ Seven -Göksoy; s.2458

⁷² İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi 17.05.2005 E.2002/843, K.2005/64 S. Kararı

⁷³ Yarg. 19. HD 15.05.2006 E.2005/8774 K.2006/5232 Kararı.; Seven- Göksoy; s.2455.

2. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN ARALANMASI İLKESİNİN BANKA İŞLETMESİ HUKUKU ALANINDA UYGULANMASININ GEREKLİLİĞİ VE ÖNEMİ

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının şirketler hukukunda geniş bir uygulama alanı bulunmaktadır. Ancak bu kuramın banka işletmesi hukuku alanında uygulanması, özel bir öneme sahip olup bu bağlamda önemli ve kapsamlı bir ihtiyaca cevap vermektedir.

Bu durumun başlıca nedenleri: Banka işletmesinin, bir taraftan ülkelerin iktisadi sisteminin temel taşlarından biri olması, diğer taraftan da bunun yanısıra banka işletmesinin faaliyet konularının gereği olarak çok ciddi risklerle karşı karşıya olması ve kaynaklarının özellikle hakim ortaklar ve yöneticiler tarafından kötüye kullanıma müsait olmasıdır. Bu nedenleri açıklayacak olursak:

İyi işleyen bir iktisadi sistemin temel unsuru finansal piyasaların istikrarlı bir yapıda olmasıdır.⁷⁴ İstikrarlı bir finansal sistemin temel unsuru da güçlü bir bankacılık sisteminin varlığıdır. Bu bağlamda bankacılık sistemi ile finansal sistem karşılıklı etkileşim içinde olup birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdır. Ayrıca son yüzyılda teknolojik gelişmelerin sonuçlarından biri olan Dünyadaki finansal sistemlerinin küreselleşmesinin etkisiyle özellikle finansal bakımdan ülkelerin birbirlerine olan bağımlılıkları ve finansal piyasaların kırılganlıkları artmıştır. Bu durumdan öncelikle bankacılık sektörü etkilenmiş ve kırılganlığı artmıştır.⁷⁵

Bu durumların sonucu olarak, bir ülkenin finansal sisteminde ortaya çıkan bir finansal sorun diğer ülkeleri de etkilemekte ve çok kısa bir süre içinde sıkıntıya sokabilmektedir. Finansal krizlerin bulaşma etkisi olarak adlandırılan bu durum 1994 Meksika ve yaşanmış ve kanıtlanmıştır. 1994'te Meksika'da başlayan finansal kriz, diğer Latin Amerika ülkelerini etkileyerek hızla yayılmıştır. Benzer bir durum daha, 1997'de Tayland'da başlayan finansal krizin yayılarak bir Doğu ve Güney doğu

⁷⁴ Tezer, Ömer-Çolak, Ömer Faruk-Eser, Kadir; Finansal Sistem ve Bankalar, Nobel Yayın Dağıtım, Ankara, 1999, s.1-19,35-47.

⁷⁵ Tunay, Batu; 'Türk Bankacılık Sektöründe Rekabet ve Kırılganlık', Bankacılar Dergisi, s.68, 2009, s.30-33.

Asya krizine dönüşmesinde yaşanmıştır.⁷⁶Bu krizleri meydana getiren başlıca nedenler, finansal sistem ile karşılıklı bir etkileşim içinde bulunan ve finansal sistem üzerinde kilit rol oynayan bankacılık sektörünün sorunlarından kaynaklanmıştır.⁷⁷

Karşılıklı etkileşim ilişkisi çerçevesinde, finansal küreselleşme sürecinde finansal piyasalarda ortaya çıkan bu sorunlardan en çok bankacılık sektörünün etkilendiği gözlemlenmiş ve bankacılık krizlerinin sayısında önemli bir artış meydana gelmiştir.⁷⁸ Bu bankacılık krizlerinin boyutları öylesine ileriye uzanmıştır ki, çok geniş kitleleri etkileyen ciddi zararlar ile kusursuz ve haklı olanı mağdur eden sonuçlar doğmuştur.

Finansal krizlerin bulaşma etkisi, bankacılık sektöründe de gözlemlenmektedir. Örneğin: Ülkemizde 2001 yılındaki ekonomik kriz, bankacılık sektörünü ciddi boyutlarda etkilemiş ve bunun sonucunda, ortaya çıkan; haksız, adaletsiz ve kamu vicdanını rahatsız eden gerçeklerin engellenmesi için banka işletmesi hukukunda tüzel kişilik perdesinin aralanmasının ne kadar gerekli ve önemli bir hukuki araç olduğu somut olarak kanıtlanmıştır. Bu çerçevede, bir taraftan, bankaların mali gücünün zayıflamasının gerçek sorumluları olan ortakların aleyhine tüzel kişilik perdesinin aralanması gerekirken; diğer taraftan da, bankalardan kredi alarak geri ödemeyen ve bankaları büyük zarara uğratan ortaklıklar aleyhine tüzel kişilik perdesinin aralanması ve bu ortakların bankalara karşı sorumlu tutulmaları gerekli olmuştur.⁷⁹ Vurgulamak gerekir ki, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuşkusuz, aksi takdirde doğacak olan adaletsiz ve kamu vicdanını rahatsız eden sonuçların bir ölçüde engellenmesinin sağlanması bakımından gerekli ancak yeterli değildir. Bu yeterliliğin sağlanabilmesi için yanısıra bankacılık sisteminde hala yapılması gereken çok şey bulunmaktadır.⁸⁰ Mevcut

⁷⁶ 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun Genel Gerekçesi; TBMM Tutanak Dergisi 30.03.2005, Dönem: 22, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 972.

⁷⁷ Karabulut, G.; Gelişmekte Olan Ülkelerde Finansal Krizin Nedenleri, Der Yayınları, İstanbul, 2002, s.20-29.,

⁷⁸ Bu bankacılık krizlerine ilişkin açıklamalar ve somut örnekler için bkz. Üstün, Özgür; Bankacılık Krizleri ve Türk Bankacılık Sistemi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kocaeli, 2007, s.83-127.

⁷⁹ Yalçın; s.393-394.

⁸⁰ Yapılması gerekenler için bkz. Cengiz(2016); s.382-383.

sistemde banka çözümleme maliyetlerinin faturasını nihayetinde vergi mükellefi ülke halkları ödemektedir.

Bu bağlamda bir banka nezdinde meydana gelen bir kriz, finansal sistemin olumsuz etkileriyle zaten kırılmalı düzeyi artmış olan diğer bankaları kural olarak ülkedeki bütün bankaları bir domino taşı etkisiyle etkileme ve böylece bütün ülkeye yayılan, bir bankacılık krizi , hatta ülke genelinde bir finansal krizi tetikleme ve bunun da bulaşma etkisiyle, Dünyanın belirli bir bölgesinde finansal kriz çıkartma potansiyeline sahiptir.⁸¹ Bu durum 5411 S. Bankacılık Kanunu m.72 düzenlemesinde genel bir bankacılık krizi çıkartma potansiyeline sahip risk anlamında ‘Sistemik Risk’ kavramı ile ifade edilmekte ve sistemik risk oluşturma potansiyeline sahip mali gücü zayıflayan bankalara diğerlerine kıyasen daha farklı çözümleme yöntemlerinin uygulanması düzenlenmektedir.⁸²

Bütün bu açıklamalar çerçevesinde, gerek iktisadi sistemin genelini gerekse finansal sistemin sağlıklı işleyişi ve istikrarı bakımından banka işletmesinin kilit rol oynadığı ve stratejik öneme sahip olduğu kuşkusuzdur. Bu nedenle banka işletmesinin mali gücünün korunması , krizlerin önlenmesi amacıyla gereklidir ve ülke halklarının sosyal refahı ve geleceği bakımından büyük öneme sahiptir.

Banka işletmesi stratejik öneminin yanısıra, finansal sistemin en etkin ve ağırlıklı kurumu olarak, bankacılık sektörünün ve finansal piyasaların artan kırılmalı zemininde çok ciddi risklerle ve tehlikelerle karşı karşıyadır.⁸³ Bunlardan çok sık karşılaşılanlardan birisi de, banka yöneticilerinin ve hakim ortaklarının banka tüzel kişiliğini sorumluluktan kaçmak veya kapsam dışı kalmak amaçlarıyla ardına gizlenilecek bir perde gibi kullanmak suretiyle bankanın kaynaklarını kişisel menfaatleri doğrultusunda kullanmaları durumudur. Bu durum tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kuramının uygulanması ihtiyacının olduğu en önemli ve sık rastlanan durumlardan biridir. Hatta banka işletmesi hu-

⁸¹ Karadağ, Mehmet Mete; ‘Sistemik Risk -Sistemik Risk Açısından Önemli Finansal Kuruluşlar ve Küresel Finansal Kriz’, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, 2015, C.VII., S.13, s.88.

⁸² 5411 s. Bankacılık Kanunu m.72 düzenlemesine ilişkin açıklama için bkz. Cengiz, Dilek; Türk Hukukunda Banka İşletmesinin Denetlenmesi ve Sorunlu Bankaların Çözümlemesi, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 360-362.

⁸³ Önder, Türkan; Batan Bankalar Bağımsız Denetim ve Meslek Ahlakı, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2001, s.14 vd.

kuku alanında banka tüzel kişiliğinin tabanında yer alan ister yönetici ister hakim ortak veya küçük pay sahipleri olsun eline fırsat geçen tüm gerçek veya tüzel kişilerin, banka kaynaklarını kendi kişisel menfaatleri doğrultusunda kullanmak amacıyla banka tüzel kişiliğini ardına gizlenecekleri bir perde gibi kullanarak *doğan zararların sorumluluğundan kurtulmak ve bu sorumluluğu banka tüzel kişiliğinin üzerine yıkabilmek* için kurnazca yöntemler geliştirmek hususunda sınırsız bir yaratıcılık gücüne sahip olduklarını ileri sürmek abartılı olmayacaktır.⁸⁴

Bu durum karşısında, banka işletmesi hukuku alanını düzenleyen kanunlarda, bu tür olasılıklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin özel düzenlemelere yer verilmektedir. Türk hukukunda da hem mülga banka işletmesi kanunlarında⁸⁵ hem de yürürlükteki 5411 S. Bankacılık Kanununda bu tür düzenlemeler bulunmaktadır. Ancak vurgulamak gerekir ki, banka işletmesi hukuku alanında bu husustaki sınırsız yaratıcılık gücü karşısında bütün olasılıkların önceden tahmin edilebilmesi ve kanunlarda düzenlenmesi sosyal gerçeklere uygun olmayacaktır. Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının banka işletmesi hukuku alanında uygulanmasında mutlaka kanunlarda düzenlenen durumların dışında, Mahkemelere çok önemli ve etkin rol düşecektir.

⁸⁴ Cengiz,Dilek;'*Türk Banka Hukukunda Kredi Kavramının Anlamı ve Kapsamı*', Hasan Kalyoncu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.3, Mart 2013, s.169-171,175-180; Cengiz Dilek; '*5411 S. Bankacılık Kanunu Sisteminde Bankaların Verebilecekleri Kredilerin Sınırlandırılması*', Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, s.1271-1279.; Cengiz(2016); s.1-3,103-112.

⁸⁵ Örneğin 4389 S. Bankalar Kanunu'nun Genel Gereğesinde tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin banka hukuku alanında düzenlenmesi gerekliliği ve önemi şöyle ifade edilmektedir: '*...banka hakim ortakları ve yöneticileri halktan mevduat olarak toplanan paraları kendilerine eş ve çocuklarına ve yakın akrabalarına, kendi offshore bankalarına, çoğunluğu sadece kağıt üzerinde varlığı bulunan tabela şirketi veya posta kutusu adresli grup şirketlerine,kredi, her türlü taşınır ve taşınmaz mal edinimleri için aktarıldığı ve Fonun batık banka alacaklarını tahsilde hukuki açıdan yetersiz kaldığı ve özellikle banka hakim ortakları, yönetici ve diğer yakınları ve bunların muvazaalı işlemlerini aşmak için yasal düzenleme yapılmasının zaruri olduğu belirtilmiş ve uygulamada karşılaşılan olaylardan hareketle uygulamada tereddüte mahal vermemek için sayma usulü tercih edilerek perdenin aralanması ve perde arkasındaki gerçek sorumluların bulunması amaçlanmıştır...*'.(TBMM Tutanak Dergisi; 03.06.1999, 21. Dönem, S Sayısı 386

Belirtmek gerekir ki, banka işletmesi nezdinde, böyle durumlarda tüzel kişilik perdesi kaldırılmazsa, bunun başlıca sonucu, bankanın kaynaklarının bu kişilerin menfaatleri doğrultusunda harcanması suretiyle bankanın mali gücünün zayıflatılması, bu bağlamda da bulaşma potansiyeline sahip krizlerin doğması ve bu durumdan doğan zararın faturasını en nihayetinde vergi mükellefi ülke halkları ödeyecektir

Bütün bu nedenlerle banka işletmesi hukuku alanında tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması hukukun diğer alanlarına kıyasen büyük önem taşımaktadır. Bu önem karşısında Türk Hukukunda banka işletmesi kanunlarında tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin düzenlemelere 3182 S. Bankalar Kanunu'ndan itibaren tüm banka işletmesi Kanunlarında yer verilmiştir. Ancak en detaylı ve kapsamlı düzenlemeler 4389 S. Bankalar Kanunu ve 5411 S. Bankacılık Kanunu'nda bulunmaktadır. Vurgulamak gerekir ki, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı Banka işletmesi Kanunlarında ne kadar kapsamlı olarak düzenlenirse düzenlensin, kuramın bu alandaki gerekliliği ve önemi karşısında, uygulamada ortaya çıkabilecek bütün olasılıkların kanun koyucu tarafından öngörülebilmesi ve Kanunda düzenlenmesi mümkün değildir. Bu nedenle bu kuramın mutlaka banka işletmesi hukuku alanında uygulanmasında Mahkemelere önemli ölçüde görev düşeceği ve kapsamlı bir yargı kararları birikimi oluşacağı kuvvetle muhtemeldir.

3. 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU ÇERÇEVESİNDE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN ARALANMASI KURAMINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER VE EKSİKLİKLERE İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER

3.1. Sistem

5411 S. Bankacılık Kanunu Ülkemizde 1990'lı yıllarda ve 2000'li yılların başlarında yaşanan ciddi bankacılık krizleri sonrasında ortaya çıkan haksız ve kamu vicdanını rahatsız eden sonuçların tekrarının önlenmesi için tedbirler alınması gerekliliğinin bilinci ile ve hazırlandığı dönem itibarıyla geçerli olan uluslararası bankacılık ilke ve standartları ile uyumlu bir Kanundur.⁸⁶ Bu Kanunda sözkonusu bilinç ile tüzel kişilik perdesinin aralanması Mahkemelerin takdirine bırakılmamış, bizzat

⁸⁶ Cengiz(2016); s.148-164.

kanun koyucu tarafından Kanunda düzenlenmiştir. Kanunda tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin pek çok düzenleme bulunmaktadır. Konunun banka işletmesi hukuku alanındaki yukarıda açıklanan önemi karşısında Türk Hukukunda banka işletmesi kanunlarında tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin düzenlemelere ayrıntılı olarak 3182 S. Bankalar Kanunu'ndan⁸⁷ itibaren tüm banka işletmesi Kanunlarında yer verilmiştir.⁸⁸ Ancak en detaylı ve kapsamlı düzenlemeler 4389 S. Bankalar Kanunu ve 5411 S. Bankacılık Kanunu'nda bulunmaktadır.

Bu düzenlemeler, 5411 S. Bankacılık Kanunu sistematüğinde toplu bir halde değil, herbiri ilgili olduğu konuya ilişkin bölümde düzenlenmiş olup, bu bağlamda düzenlemeler arasındaki gerekli bağlantılar da kurulmuş ve Kanunun bütününe yaygın ve dağınık olarak yer verilmiştir. 5411 S. Bankacılık Kanununda tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin düzenlemeleri içerikleri ve amaçları bakımından '*tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenme amaçlı bir araç olarak kullanılmasını engellemeye yönelik önlem niteliğindeki düzenlemeler*' ve '*tüzel kişilik perdesinin ardındaki gerçek sorumluların perde aralanarak sorumlu tutulmasına ilişkin düzenlemeler*' olarak ikiye ayırmak mümkündür. Bazı düzenlemelerde ise bu ayırım bakımından bir iç içe geçmişlik veya örtüşme dikkat çekmektedir.

Öğretide yapılan çalışmalarda Bank. K'daki çeşitli düzenlemeler tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile dorudan veya dolaylı olarak ilişkilendirilmektedir.⁸⁹ Bu bağlamda dolaylı olarak ilişkilendirilen düzenlemeler de dahil edildiğinde Bank. K.'da tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile ilişkilendirilen çok geniş kapsamlı bir düzenlemeler alanı ortaya çıkmaktadır. Belirtmek gerekir ki, Bank. K.'da tüzel kişilik perdesinin aralanması ile dolaylı olarak ilişkilendirilen düzenlemelerin (m.3,7,10,16,18,19-20,43-54;65-72.vş)⁹⁰ hemen hemen tamamı doğrudan doğruya bir güven ve itibar kurumu olarak banka işletmesinin

⁸⁷ 3182 S. Bankalar Kanunu'nda yer alan düzenlemelere ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tekinalp, Ünal; Banka Hukukunun Esasları, 1. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 1988, s.123-124,158-162,176-182,255-258.

⁸⁸ Türk Hukukundaki Banka İşletmesi Kanunlarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cengiz, Dilek; 'Türk Banka Hukukunun Tarihi Gelişimi ve Kaynakları', Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, Filiz Kitabevi İstanbul, 2011, s.357-402.

⁸⁹ Özkurt; s.137-227.

⁹⁰ Bu düzenlemelerin listesi için bkz. Aşağıda 3.2.5.

mali gücünün korunması ile ilgilidir. Bu düzenlemelerin tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı ile ilişkilendirilmesinin temel gerekçesi ise, banka hakim ortaklarının veya yöneticilerinin bankanın mali gücünü zayıflatacak işlem veya eylemleri tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek yapmalarını ve bu suretle bankanın mali gücünü zayıflatarak bankaya ve sisteme zarar vermelerini engellemektir.

Bu durum karşısında, aşağıdaki açıklamalarımızda, özellikle Bank. K. Sistemindeki tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile doğrudan bağlantılı olan düzenlemeler ile ilke ile dolaylı olarak ilişkilendirilen ancak bu bakımdan belirgin özellik taşıyan belli başlı düzenlemelerin üzerinde durulacaktır. Bu açıklamalarda her bir düzenlemenin temelindeki ilgili konuda tüzel kişilik perdesinin aralanması gereğini doğuran nedenler ve amaçlar üzerinde durulacaktır. Zira ilke ile dolaylı olarak ilişkilendirilen tüm düzenlemelerin kapsama dahil edilmesi bu çalışmanın amacını ve kapsamını aşacaktır.

3.2. Düzenlemelerin İçeriklerine İlişkin Genel Açıklamalar

3.2.1. Bank. K.'nın Uygulanmasına İlişkin Temel Kavramların Tanımlarına İlişkin Düzenlemeler Çerçevesinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması

Bankacılık Kanunu 'Tanımlar' başlığını taşıyan m.3 düzenlemesinde bu Kanunun uygulanmasına ilişkin belirli temel kavramlar tanımlanmıştır. Bu tanımlar tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının dolaylı olarak ilişkilendirilen normatif görünümleri olarak dikkat çekmektedir.

Bu tanımların banka tüzel kişiliği ile ardında yer alan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ve bu suretle kötüye kullanım eylem ve işlemlerinin önlenmesine yönelik olarak belirlendiği, anlaşılmaktadır. Bu tanımların içeriği değerlendirildiğinde, banka tüzel kişiliğinin ardında yer alan kişilerin, en gizli köşelere saklanmak veya tüzel kişilik perdesini kalınlaştırmak suretiyle tüzel kişilik perdesini kişisel menfaatleri için kötüye kullanmalarının önlenmesi ve sorumluların belirlenmesine yönelik olarak özellikle kaleme alınan çok ince ve hassas ifadeleri içerdikleri dikkat çekmektedir. Diğer ifade ile bu kavramların tanımlarında şekli ve görünürdeki sahiplik veya sorumluluk anlayışının ötesine geçilerek tüzel kişilik perdesinin aralanması

ilkesi normatif olarak düzenlenmektedir⁹¹Bu suretle Kanunun girişindeki (m3) düzenlemeler ile Kanun'un sorumluluk anlayışının görünürdeki kişilerle sınırlı ve şekli olmadığı görünürdeki kişilerin arkasındaki gerçek sorumlulara uzandığı ortaya konulmuştur.⁹²

Bu tanımlanan bu kavramların başlıcaları 'kontrol', 'hakim ortak', 'ana ortaklık', 'bağlı ortaklık', 'nitelikli pay' kavramlarıdır. Aşağıda bu kavramları tanımlayan m.3 düzenlemesi hükümleri, içerdiği tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin uygulanmasına ilişkin ayrıntıları bakımından ele alınarak açıklanacaktır.

3.2.1.1. Kontrol

5411 S. Bankacılık Kanunu çerçevesinde hakim ortak ve yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında banka tüzel kişiliğinin ardında yer alan gerçek kişilerin hukuken belirlenebilmesi için öncelikle banka tüzel kişiliğinin kim ya da kimler tarafından kontrol edildiğinin belirlenmesi gereklidir.⁹³ Bu bağlamda 'Kontrol' kavramı 5411 S. Bank. K. sisteminde dağınık olarak düzenlenmiş olan tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının görünümünü içeren düzenlemelerde ve diğer pek çok düzenlemede de atıfta bulunulan merkez ve temel bir kavramdır.⁹⁴

Bu gerekliliğe yönelik olarak 5411 S. Bank. K. m.3 düzenlemesinde 'Kontrol' kavramı şu ifadelerle tanımlanmıştır:

'Bir tüzel kişinin sermayesinin, asgari %51'ine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını... (ifade eder).''

Uygulamada karşılaşılan en büyük sorunlardan birisi, bankanın hakim ortağı olan ve bu bağlamda bankayı fiilen yöneten ve denetleyen

⁹¹ Yalçın; s.292.

⁹² Yalçın; s.294.

⁹³ Paslı, Ali; 'Anonim Ortaklıklarda Kontrol Sahibinin Özel Durumu', İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2008, Cilt 66, S.2.

⁹⁴ Özkurt; s.138.

kişiler ile kayıtlara göre yöneten ve denetleyen kişilerin farklı olabilmesidir. Bu durumda kamu otoritesinin paravan kişi veya kuruluşlarla karşı karşıya kalması gibi sorunlar doğmaktadır.⁹⁵ Böyle durumların esasında, bankanın yönetim ve denetimini fiilen elinde tutan kişiler tarafından tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek sorumluluktan kaçınmak için bir fırsat olarak kullanılmak amacıyla, tüzel kişilik perdesinin en kalın ve ardındakilere ulaşılamaz bir biçimde örtülmesi suretiyle⁹⁶, bilinçli bir yöntem olarak oluşturulduğu ve kullanıldığı pek çok deneyime dayanılarak dikkat çekmiştir. Böyle durumlarda, adalete ve hakkaniyete uygun sonuçlara ulaşılabilmesi için, tüzel kişilik perdesinin aralanması ve ardındaki gerçek sorumluların belirlenmesi gerektiği kuşkusuzdur.

Bu nedenle, ilk defa 4389 S Bankalar Kanunu'nda değişiklik yapılmasına ilişkin 12.12.2003 tarihli ve 5020 S. Kanun⁹⁷ ile 4389 S. Bankalar Kanunu. m.22/4'e eklenen 'bankaların hukuken ve fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişiler' ifadesi ile kayden bir ortaklık bulunmasa dahi bir gerçek kişinin bankanın hakim ortağı olabileceği kabul edilmiş ve bir bankaya paravan ortak veya tüzel kişiler üzerinden sahip olan gerçek ortaklara ulaşılması amaçlanmıştır.⁹⁸ Daha sonra da 5411 S. Bank. K.m.3 düzenlemesinde yapılan bu tanım ile 'Kontrol' kavramı kişilere tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenmeleri fırsatını vermemek amacıyla ayrıntılı olarak tanımlanmıştır.⁹⁹

⁹⁵ Yalçın, Taner; 'Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları' Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Sempozyumu, İstanbul, Şubat, 2008, s.293, <http://marmara.edu.tr/yayinlar/semp> (17.08.2016) Özkurt; s.138.

Özkurt, s.138-139; Alıcı, Yaşar; Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.57.

⁹⁶ Özkurt; s.138.

⁹⁷ RG.26.12.2003, S.253285.

⁹⁸ Yalçın; s.293; Özkurt, s.140.

Danıştay 10. Dairesi 2003/2896 E. Sayılı dosyası çerçevesinde vermiş olduğu 14.07.2003 tarihli kararında bu düzenleme yürürlüğe girmeden önce '...Bir şirketin yönetim ve denetimini elde bulundurmanın dayanağının tek başına paydaşlıktan gelen yetki ve gücü oluşturmayacağını doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi olmadan da yönetimin elde bulundurulacağını' ifade ederek görüşünü bu düzenlemelere paralel olarak açıklamıştır.

⁹⁹ Yalçın; s.293.

Bu alanda çok sık rastlanan durumlardan birisi de, bankanın ortaklarının birden fazla ortaklıktan oluşan ortaklıklar topluluğu olması veya ortaklıklar topluluğunu oluşturan ortaklıklardan birisinin bankanın hakim ortağı olarak görünmesi ve bu ortaklıkta hakim ortak konumunda olması durumudur¹⁰⁰. Bu durumlar zincirleme olarak birkaç ortaklığın birbirine ortak olması ve gerçek kişinin de en gizli köşeye saklanması şeklinde de görülebilmektedir.¹⁰¹ Nitekim Fon'a devredilen bankalarda bu duruma rastlanmaktadır. Bu durumda öncelikle bankada ortaklığı bulunan görünürde ortak konumundaki ortaklığın ortaklarının Bankacılık Kanunu m.71,108,110, düzenlemeleri çerçevesinde sorumlu tutulmaları gerekmektedir. Öğretide bir görüşe göre, bu durumda daha sonraki ortaklıklar için tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰². Bir diğer görüşe göre ise, hakim ortağın sahibi olduğu tüm iç içe geçmiş şirketlerin dikkate alınması suretiyle dikkate alınarak hakim ortağın tespitinin yapılacağı'nın zaten Bankacılık Kanununda düzenlenmiş olduğu ileri sürülmektedir¹⁰³. Bu düzenlemelere örnek olarak da Bankacılık Kanununun 'Fonun Alacaklarının Tahsiline İlişkin Diğer Yetkiler' başlığını taşıyan m.134¹⁰⁴ düzenlemesi verilmektedir. Bu bağlamda bu düzenlemeler kapsamında Fon'a 6183 S. Kanun hükümlerine göre tüzel kişilik perdesinin aralanması sonucunu doğuran, alacağın takip ve tahsil yetkisi tanınmış olduğundan mükerrer m.35 çerçevesinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilmesi de mümkün olduğu ileri sürülmektedir. Bu düzenlemeler karşısında, 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi'nin

¹⁰⁰ Özkurt; 139.

¹⁰¹ Özkurt; s.139-140.

¹⁰² Ulusoy; s.397. Ulusoy bu görüşünü: '*...Şirketler topluluğunu oluşturan şirketlerin birisi bankanın hakim ortağı ve bu şirketin de hakim ortağı bir gerçek kişi olabilir. Bu durumda 5411 S. Kanununun 71. Maddesi uygulandığı zaman m.110 ereği kanunen tüzel kişilik perdesi aralanıp önce hakim olan ortak şirketin tüzel kişilik perdesi aralanıp önce hakim ortak olan ticaret şirketine ulaşılmalı, daha sonra bankanın hakim ortağı olan şirketin tüzel kişilik perdesi aralanarak oradaki hakim ortağa ulaşılmalıdır. Gerektiğinde bu metod birkaç kere daha uygulanabilir. Böyle durumlarda birden fazla perdeyi aralama sözkonusudur. İlk perdeyi aralamam. 110 gereği olurken sonrakiler 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi' gereği olmaktadır.*' sözleri ile ifade etmektedir.

¹⁰³ Özkurt; s.139.

¹⁰⁴ Bankacılık Kanunu m.134'ün ayrıntılı açıklaması için bkz. Reisoğlu, Seza; Bankacılık Kanunu Şerhi, C. II, Yaklaşım Yayınları, Ankara,2015, s.2064-2103.

sadece 6183 S. Kanun m.35'in uygulanamadığı durumlar bakımından uygulanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁵

Söz konusu durumda, dolaylı hakim ortaklığın tespiti bakımından 'tüzel kişilik perdesinin birden fazla aralanması' durumu sözkonusudur.¹⁰⁶

Kanaatimizce, 5411 S. Bank. K. düzenlemesinde 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi'ne yeterince kapsamlı ve ayrıntılı olarak yer verilmiştir. Kanun koyucu bu düzenlemeleri, ülkemizde yaşanmış olan mağduriyetler ve zararlar karşısında tecrübe edilmiş olan ilgili bütün durumları dikkate almak suretiyle hazırlamıştır. Bu bağlamda kanunda düzenleme bulunduğu durumlarda genel ve soyut ilke anlamında 'tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi'ne başvurulması hukuk tekniği bakımından uygun olmayıp, öncelikte kanundaki düzenlemelerin dikkate alınması ve uygulanması gereklidir. Bu nedenle, kanaatimizce yukarıdaki görüşlerden ikincisinin¹⁰⁷ isabetli olduğunun ileri sürmek daha doğrudur.

Bu durum, dolaylı hakim ortaklığın tespiti bakımından 'tüzel kişilik perdesinin birden fazla aralanması' durumunun başlıca örneğini oluşturmaktadır.¹⁰⁸

5411 S. Bank. K. m.3 düzenlemesindeki banka tüzel kişiliğinin kontrolü oldukça kapsamlı tanımlanmış ve tanımda çeşitli dolanlı işlem veya ilişkilerle bankayı fiilen kontrol gücü sonucunu veren bütün öngörülebilir muhtemel durumlar kapsama alınmıştır.

Bu kapsamda banka tüzel kişisinin sermayesinin asgari %51'ine sahip olmasalar dahi çoğunluğuna doğrudan veya dolanlı olarak sahip olunması, hatta bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselere sahip olunması ya da diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması durum-

¹⁰⁵ Özkurt; s.139.

¹⁰⁶ Ulusoy; s.397,402.

¹⁰⁷ Özkurt; s.139.

¹⁰⁸ Ulusoy; s.397,402.

ları banka tüzel kişiliğinin kontrolünü elde bulundurma anlamına gelmektedir

Bu tanım çerçevesinde kaydi olarak, açık ifade ile sermayenin %51'ine sahip olmadıkları halde fiilen kontrol gücüne sahip olan kişilerin bu fiili durumların açıkça kaydi olarak ifade edilmemiş olmasını bir fırsat olarak değerlendirerek belirli işlem veya eylemlerinden doğan zararların sorumluluğundan banka tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek kurtulmalarının baştan önlenmesi caydırılması amaçlanmıştır.

Önemle belirtmek gerekir ki, fiili kontrol gücünün elde bulundurulmasına ilişkin bütün olası durumların öngörülerek kanun metninde ifade edilmesi mümkün değildir. Kanundaki olası durumlar sadece tecrübe edilmiş olan başlıca olasılıklara daırdır. Bu bağlamda uygulamada karşılaşılabilecek olan bu tanımın kapsamına girmemekle beraber fiili kontrol gücü sonucunu doğuran başka durumların da m.3 düzenlemesinin kıyasen genişletici yorumu ile kontrol tanımının kapsamına dahil edilmesi ve tüzel kişilik perdesinin aralanması mümkündür.

2.2.1.2. Hakim Ortak

'Hakim Ortak' kavramı 5411 S. Bank. K. m.3 düzenlemesinde: *'Bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi (ifade eder)'* ifadesi ile tanımlanmıştır.

Bu düzenlemede hakim ortak kavramının belirlenmesinde 'Kontrol' kavramının merkez alınmış olduğu dikkat çekmektedir. Bu bağlamda yukarıda 'Kontrol' kavramını açıklarken belirtilmiş olan kontrolün belirlenmesinde dikkate alınacak olan, tüzel kişilik perdesinin aralanması amacına yönelik belirtilen bütün olası durumlar. 'Hakim ortak' kavramının belirlenmesi bakımından da dikkate alınacak ve bu kavram bakımından da bu durumlarda tüzel kişilik perdesi aralanacak veya perdenin ardına gizlenilmesi fırsatı verilmeyecektir.

Ayrıca düzenlemede, 'Birlikte kontrol' ve 'Dolaylı kontrol' kavramlarına da yer verilmiştir.

Bu tanım çerçevesinde kontrol bir ortak tarafından tek başına gerçekleştirilebileceği gibi, doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olan birden fazla gerçek ya da tüzel kişi tarafından birlikte hareket edilerek de gerçekleştirilebilecektir. Bu durum 'Birlikte kontrol' kavramı ile adlandırılmıştır(m.3).Tüzel kişiliği kontrol altında tutan ortakla

birlikte hareket eden diğer ortaklar da hakim ortak olarak kabul edilmektedir.

Tanımda yer verilen ‘*Dolaylı kontrol*’ durumunda ise dolaylı pay sahipleri¹⁰⁹ tarafından gerçekleştirilen kontrol olgusu kastedilmektedir.¹¹⁰

Bank. K.’nın uygulanmasında ‘Hakim ortak’ kavramının belirlenmesinde de aynen kontrol kavramının belirlenmesinde olduğu gibi, tüzel kişilik perdesi aralanarak, kaydi olmasa dahi gerçek fiili durumlar dikkate alınmış ve bu durumun bir fırsat olarak değerlendirilmesi suretiyle sorumluluktan kaçmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenilmesine izin verilmemiştir.

Tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin uygulanması ve bu bağlamda hakkaniyetin ve adaletin sağlanabilmesi için hakim ortak belirlemesi Bank. K.’nın uygulanmasında çok önemlidir. Çünkü Bank. K’ da hakim ortaklar için çok önemli hukuk veya ceza sorumluluğu durumları düzenlenmiştir.¹¹¹

2.2.1.3. Ana Ortaklık ve Bağlı Ortaklık

Bank. K.m.3 düzenlemesinde Ana Ortaklık kavramı: ‘*Kontrolündeki ortaklıklar ile Kurul tarafından belirlenen usul ve esaslarla tanımlanan ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde konsolide eden banka veya finansal holding şirketini*’; Bağlı Ortaklık ise: ‘*Ana ortaklığın kontrolü altında faaliyet gösteren ortaklıkları*’ (ifade eder) ifadeleriyle tanımlanmıştır.

Bu tanımlara ilişkin ifadelerde de ilk dikkat çeken ‘Ana Ortaklık’ ve ‘Bağlı Ortaklık’ kavramlarının belirlenmesinde de diğer kavramlarda olduğu gibi ‘Kontrol’ kavramının merkez alınmış olmasıdır. Dolayısıyla bu kavramların belirlenmesinde de ‘Kontrol’ kavramının tanımına ilişkin açıklamalarımız dikkate alınacaktır.

Bu tanım çerçevesinde ana ortaklık bir banka veya finansal holding şirketi olabilecektir. Ana ortaklık banka olmanın hukuki sonucu, ana ortaklığın kontrolündeki veya kontrolünde olmasa dahi Kurul

¹⁰⁹ Dolaylı pay sahipliği kavramına ilişkin açıklama için bkz. aşağıda 3.6.

¹¹⁰ Özkurt; s.141; Reisoğlu; Cilt I, s.262; Tekinalp, Ünal; Fondaki Bankanın Hukuku, Lebip Yalkın Yayınları, İstanbul, 2003, s.35.

¹¹¹ Reisoğlu; Cilt I, s.263.

tarafından belirlenen ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde Türkiye Muhasebe Standartlarını esas alarak konsolide etmesi ve konsolide finansal raporlar hazırlamasıdır (m.34).Bu Kanundaki koruyucu düzenlemeler 38. madde uyarınca konsolide mali tablo hazırlama yükümlülüğü bulunan ana ortaklık için Kurulca belirlenecek usul ve esaslar çerçevesinde konsolide olan veya konsolide olmayan bazda uygulanabilecektir. Konsolide özkaynak ise konsolide esasa göre uygulanacak kredi sınırlarında ve standart oranların hesaplanmasında solo özkaynak ile birlikte gözönünde tutulacaktır.¹¹²Bağlı ortaklık ise ana ortaklığın kontrolü altında faaliyet gösteren ortaklıkları ifade etmektedir.

Bu tanımlar çerçevesinde ana ortaklık ve bağlı ortaklıklar ilişkisinde, diğer ifade ile grup bankacılığında¹¹³ tüzel kişilik perdesi aralanmaktadır. Grup bankacılığı niteliği gereği ilişkisi tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenilmesine uygun bir ortam oluşturmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu sözkonusu tanımlar ile dolaylı olarak perdenin aralanmasını düzenlemiştir.¹¹⁴

2.2.1.4. Nitelikli Pay Sahipliği

‘Nitelikli pay’ kavramı Bank. K. m.3 düzenlemesinde: ‘*Bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ve bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar*’ı (ifade eder). İfadesi ile tanımlanmıştır.

Bu tanıma göre bir gerçek veya tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı olarak yönetim kuruluna bir üye belirleme hakkına dahi sahip olması, nitelikli paya sahip olması, diğer ifade ile nitelikli pay sahipliğinin kabulü için yeterli olacaktır. Kural olarak yönetim kuruluna üye belirlemek yetkisi Genel Kurul’a aittir.¹¹⁵

¹¹² Reisoğlu; Cilt. I, s.261

¹¹³ Tekinalp, Ünal; Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, 2. Baskı, İstanbul, 2009, s.123-124.

¹¹⁴ Grup bankacılığı sisteminin eleştirisi için bkz. Tekinalp, Ünal; ‘Fona Banka Devrinden ve Grup Bankacılığından Vazgeçilmeli’, Kredi Kuruluşları Kanunu Taslağının Tartışılması Konferansı, Yapı Kredi Yatırım Active, Activity, 2004, <http://www.tbb.org.tr> (14.05.2016).

¹¹⁵ Reisoğlu; Cilt I, s.260.

'Nitelikli pay sahipliği' kavramı 'Hakim Ortak' kavramından farklıdır. Nitelikli paya sahip ortağın hakim ortak olarak kabul edilebilmesi için tek başına veya diğer ortaklarla birlikte ortaklığı kontrol etmesi şartının da bulunması gereklidir. Bir ortaklıkta birden fazla nitelikli pay sahibinin bulunması mümkündür.¹¹⁶

Bu tanımda '*...sermayenin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını oluşturan paylar ve bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar*' ifadesi ile banka içinde güç sahibi olup da kaydı olarak görünmeyen bir fiili durumdan ibaret olarak görünen bu gücü kullanmak suretiyle tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek sorumluluktan kurtulmak amaçlı pay sahiplerinin eylemlerinin tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle önlenmesi amaçlanmıştır. Bu bakımdan özellikle tanımın ifadesinde yer alan dolaylı pay sahipliği kavramı dikkate değerdir.¹¹⁷

2.2.1.5. Yöneticiler

Bank. K. m3 düzenlemesinde Yöneticiler: '*Bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticileri*' ni (ifade eder) ifadesi ile çok geniş kapsamlı olarak tanımlanmıştır.

'Yönetici' kavramının bu kadar ayrıntılı geniş kapsamlı tanımlanmasının temel sebebi, Kanunda yöneticiler için çok önemli hukuk ve ceza sorumluluğu getiren düzenlemelere yer verilmiş olmasıdır. Bu bağlamda banka yönetimi üzerinde fiilen etkinliği olduğu halde, yönetici kavramının kapsamına girmedikleri iddiasıyla tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek sorumluluktan kurtulmanın engellenmesi amaçlanmıştır.

¹¹⁶ Özkurt; s.144.

¹¹⁷ Dolaylı pay sahipliği kavramının tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması bakımından açıklaması için bkz. Aşağıda 3.6.

2.2.1.6. Dolaylı Pay Sahipliği

'Dolaylı pay sahipliği Bank. K. m.5 düzenlemesinde 'Bu Kanunun uygulanmasında, gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde bir gerçek kişi ile eş ve çocuklarına ve bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi ve ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınır. Tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bunlara ait paylar ile bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte hesaplanır.' İfadesi ile tanımlanmıştır.

Bu düzenlemenin amacı madde gerekçesinde çok açık olarak belirtilmiştir. Gerekçeye göre düzenlemenin temel amacı 'Kanunun uygulanmasında, pay sahipliğinin etkin bir şekilde izlenebilmesi için dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesine dair bu hüküm ihdas edilmiştir. Bu madde hükmüne göre Kanunun uygulanmasında gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, gerçek kişiler bunların eş ve çocukları ile sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi ve ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınacaktır. Tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesi ile ilgili olarak, bunlara ait paylar ile bunların sermayesini veya yönetimini kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların birlikte hesaplanması hüküm altına alınmıştır. Bununla bankaların ortaklık yapısının, genel kurulda oy kullanan kişilerden ziyade oyların aynı yönde kullanılmasına sebep olan aile ve ortaklık ilişkileri çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle yönetim ve denetimin belirlenmesinde veya işleyişinde etkili olan kişilerin tespiti amaçlanmıştır.'¹¹⁸ İfadeleriyle vurgulanmaktadır.

Bu düzenleme (m.5) ve madde gerekçesinden açıkça anlaşıldığı üzere, Bank. K'nın pay sahiplerine hukuk veya ceza sorumluluğu yükleyen hükümlerinin konuluş amacının, gereğince yerine getirilebilmesi için, öncelikle tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanan ve yasal olarak pay sahibi olmayan kişiler ile sorumluluktan kaçınmak için ya da başka nedenlerle kayıtlarda ortak olarak görünmek istemeyen kişilerin net bir şekilde tespiti gereklidir. Bu nedenle Kanunda dolaylı pay sahipliği düzenlemesinde bir gerçek kişinin sadece kendi adına kayıtlı payları değil aile bağı ekonomik birliktelik veya menfaat birlikteliği gibi nedenlerle

¹¹⁸ Bank. K. m.5'in gerekçesi; TBMM Tutanak Dergisi, 03.06.1999,21. Dönem, S. Sayısı 386.

birlikte hareket ettiği kişilere ait payların da dikkate alınmasına hükmedilmiştir.¹¹⁹

Belirtmek gerekir ki, doğrudan veya dolaylı pay sahipliği ile hakim ortak kavramları birbirleriyle tam olarak örtüşen kavramlar değildir. Hatta farklı kavramlardır. Bir kişinin ortaklıkta doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi görünmemesine veya çok az bir payı bulunmasına rağmen, ortaklığı fiilen yönetmesi yani fiilen hakim ortak olması mümkündür.¹²⁰

Öğretide, bu konu hakkında, dolaylı olarak elde bulundurmanın, öncelikle gizli pay sahipliğini ve saman adamlar diye adlandırılabilirler gerçekte pay sahibi olmadığı halde görünüşte bu sıfatı taşıyan kişiler aracılığıyla gerçekleştirilen yönetim ve denetimi ifade ettiğini; ikinci olarak, somut olayın özelliklerinden doğan dolaylı durumların da değerlendirilebileceği belirtilmektedir.¹²¹

3.2.2. Şahsi Sorumluluk Düzenlemesi Çerçevesinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması

3.2.2.1. Bank. K. Sisteminde Şahsi Sorumluluk Düzenlemesinin Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramı Bakımından Anlamı ve Önemi

Bank. K. m.110'da düzenlenen bankanın yöneticilerinin denetçilerinin ve ortaklarının belirli koşullara bağlı olarak bankaya verdikleri zararlardan dolayı şahsen sorumlu olduklarına hükmedilmiştir. Bu düzenleme Bank. K. Sisteminde sorumlu kılma amacı ile normatif olarak doğrudan tüzel kişilik perdesinin aralandığı başlıca örnektir.

Ülkemizde özellikle 1990'lı ve 2000'li yıllarda ciddi bankacılık krizleri yaşanmıştır. Bu krizlerin bankalardan kaynaklanan temel nedenleri arasında öncelikle banka ortaklarının ve yöneticilerinin yaptıkları usulsüz işlemlerin yer aldığı deneysel bir tespittir.¹²² Nitekim TMSF

¹¹⁹ Özkurt; s.146; Dolaylı pay sahipliğinin hesaplanması için bkz. Alıcı; s.85 v.d.; Reisoğlu; Cilt I, s.397-401.

¹²⁰ Özkurt; s.147-148; Alıcı; s.94.

¹²¹ Tekinalp(2003); s.35.

¹²² Bu krizler ve nedenleri hakkında açıklamalar için bkz. BDDK; 'Krizden İstikrara Türkiye Tecrübesi', Çalışma Tebliği, Ankara,2010,s.1-17 <http://www.bddk>.

'Fon bankalarının tarihi olarak 23,2 milyar dolar tutarındaki devir zararının 17 milyar dolarının hakim ortaklarca kullanılan kredilerden kaynaklanmış olduğunu' açıklamıştır.¹²³

Bu krizlerde banka ortaklarının ve yöneticilerinin yaptıkları usulsüz işlemler dolayısıyla bankaların uğradıkları zararın tazmini için bir sorumlu arandığında banka ortakları bazı durumlarda doğrudan bankanın bazı durumlarda ise dolaylı olarak hakimiyeti sağlamakta araç olarak kullandıkları başka şirketlerin tüzel kişilik perdelerinin ardına sığınmışlardır.¹²⁴

Bu durum karşısında, bir taraftan, bankalar zarara uğrarken ve bu zararın faturasını nihayetinde vergi mükellefi ülke halkları öderken; diğer taraftan bu zararın gerçek sorumluları olması gereken ortaklar ve yöneticiler zenginleşmiştir. Bu durum, hem halkın bir güven ve itibar kurumu olarak bankalara ve bankaların kamusal denetiminin sorumlusu olarak Devlete olan güvenini sarsmış, hem de kamu vicdanını derinden zedelemiştir. Bu haksız sonuç kanun koyucuyu teşvik ederek, harekete geçirmiş ve kanun koyucu, bu ve böyle durumlar için standart bir uygulama olmadığından¹²⁵ tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesini ayrıntılı ilkelerle normatif düzenlemek gereği duymuş ve düzenlemiştir.

Türk bankacılık hukukunda tüzel kişilik perdesinin sorumlu kılma amacıyla aralanmasına ilişkin ayrıntılı ve açık şahsi sorumluluk ilkeleri önce 1990'lı yıllardaki bankacılık krizlerine tepki düzenlemeleri içeren 4389 S. Bankalar Kanunu¹²⁶ m.17'de düzenlenmiştir. Daha Son-

org.tr (25.05.2016); Esen, Oğuz; 'Türk Bankacılık Sektörü', Türkiye Ekonomisi Sektörel Analiz (İçinde), Derleyen A. Şahinöz, İmaj Yayınevi, Ankara, Ekim, 2001, s.238-246, Yıldırım, Oğuz; 'Türkiye'de Bankacılık Sektörü-Tarihsel Gelişim, Temel Sorunlar, Mali Riskler ve Yeniden Yapılandırma', Bankacılar Dergisi, Haziran 2011,S37, s.2-11.; Çolak, Ömer Faruk-Eser Kadir; 'Makro Açından Türkiye'de Bankacılık Krizleri', Bankacılık Sorunları Sempozyumu, (Bildiriler, Tartışmalar, Paneller), Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayını, Ankara, 26-27 Kasım 2004, s.21-39.

¹²³ TMSF: 'Fon Bankaları Çözümleme Maliyetleri Çalışması', [http:// www.tmsf.org.tr/documents/reports/fonbankcozcal.doc](http://www.tmsf.org.tr/documents/reports/fonbankcozcal.doc) (25.05.2016),s.8; Ayrıca bu Raporun özgün metni için bkz. Cengiz(2016); s.375-383, yukarıdaki ifade için bkz., s.382.

¹²⁴ Ulusoy; s.394.

¹²⁵ Özkurt; s.170.

¹²⁶ RG 23.06.1999,S.23734.

ra bu düzenleme sadece birkaç küçük farkla 4389 S Kanun'u ilga eden 5411 S. Bank. K. m110 düzenlemesine aktarılmıştır.¹²⁷

Bu düzenlemenin gerekliliği veya sisteme yararlı olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Şöyle ki:

Öğretide Tekinalp tarafından; bu düzenlemenin; bir taraftan TTK Sisteminde A. O.'lar hukukuna hakim olan sınırlı sorumluluk ilkesine, bir taraftan da sadece tacirlerin iflasa tabi olduğu kuralına, aykırılık oluşturduğu gerekçesiyle, sistemleri zedeleyen sert ve gereksiz bir istisna oluşturduğu, ayrıca şimdiye kadar bu düzenlemeden ciddi bir yarar sağlanamadığı, ne caydırıcı ne de zararı giderici olmadığı ileri sürülerek eleştirilmektedir.¹²⁸ Bu eleştirilerden anlaşıldığı üzere Yazar, bu düzenlemeyi sadece bankacılık hukuku açısından değil daha kapsamlı TTK ve AO'lar hukuku sistemlerinin geneli çerçevesinde ele alarak değerlendirmektedir.

Buna karşılık bu düzenlemeyi sadece bankacılık hukuku açısından ele alarak değerlendiren bazı yazarlar; tüzel kişilik perdesinin aranması ilkesinin sorumlu kılmak amacıyla normatif düzenlemesi olarak önemli ve gerekli olduğunu ileri sürmektedirler.¹²⁹

¹²⁷ B Bu farklılıkları üç noktada toplamak mümkündür . Şöyle ki:

1-Mülga 4389 S. Kanun m.17 düzenlemesinde sorumluları belirleyen ifadede 'yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden memurları' terimlerine yer verilerek, sınırlı sayı ilkesine tabi bir belirleme yapılmıştır. Bank. K.'da ise bunun tam aksine bilinçli bir tercih olarak açık uçlu bir terim olan 'yöneticiler' terimi kullanılmıştır. Ancak bu terim açık uçlu olarak kullanılmış olmakla birlikte sorumlu gruplarına ilişkin 'yöneticiler', 'denetçiler' ve 'hakim ortaklar' belirlemesinin sınırlı sayı ilkesine tabi olduğu anlaşılmaktadır.

2-Bank. K.'da sorumluların arasına bankanın organı olan 'denetçiler' de dahil edilmiştir. Mülga 4389 S. K.'da ise sorumluların arasında 'denetçiler' yer almamaktadır .

3-Bank.K.'da sorumlulardan tahsil edilen tutardan artan paranın bankaya iade edilmesi hükmüne yer verilmiştir. Bu hükmün hukuki temelleri, yöneticiler bakımından sözleşme ve haksız fiil, hakim ortaklar bakımından ise haksız fiil sorumluluğuna ilişkin genel hükümlerdir. Mülga 4389 S Kanunda ise böyle bir hükme yer verilmemiştir.(Bu karşılaştırma için bkz. Tekinalp(2009); s. 287-288).

¹²⁸ Tekinalp(2009), s.287.

¹²⁹ Ulusoy; 394; Özkurt; s.254.

Kanaatimizce, bu farklı değerlendirmeler karşısında bir kanaate varılabilmesi için öncelikle Bankacılık Hukukumuzda bu düzenlemeye yer verilmeseydi ne olurdu? Sorusunun yanıtlanması gereklidir.

Eğer şahsi sorumluluğa ilişkin böyle bir düzenlemeye yer verilmeseydi, bankaların yöneticilerinin ve hakim ortaklarının en azından bugünkü kadar hatta az da olsa artan oranda banka kaynaklarını kişisel menfaatleri için kötüye kullanacak oldukları kuvvetle muhtemeldir. Bu kişiler *'hukuk sistemi nasıl olsa hoşgörüyor'* mantığı ile daha cesur davranacaklardır.

Bu durum karşısında uyumsuzluklar yargıya intikal ettiğinde, Mahkemeler tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması bakımından objektif kriterlerden yoksun olmaları sebebiyle vaka bazında sübjektif değerlendirmelere dayanarak tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramını uygulamayı veya aksini tercih etmek durumunda kalacaklardır. Bu noktada bankacılık alanının siyasi müdahalelere ve güçlü sermaye sahiplerinin baskılarına ne kadar maruz olduğu ve mevcut sistemde banka zararlarının faturasının en nihayetinde ülke halkına çıkarıldığı dikkate alınacak olursa; Kanunda bu düzenlemenin yer almasının gereksiz veya yersiz olduğunun savunması yöneticilerin veya ortakların banka kaynaklarını lehlerine kötüye kullanarak, bankayı zarara uğratmalarına, bu zararın faturasının nihayetinde vergi mükellefi ülke halkına çıkarılmasına dolayısıyla yukarıda söz edilen kamu vicdanını rahatsız eden haksız durumun oluşmasına açık kapı bırakmak ya da hoşgörü ile bakmak anlamına gelecektir.

Diğer taraftan, yöneticiler, özellikle yönetim kurulu üyeleri bakımından bu sorumluluğun ağır olduğu da ileri sürülemez. Şöyle ki:

Yönetim kurulu üyeliği hem kabulü isteğe bağlı bir görev hem de bankaların birer güven ve itibar kurumu olarak¹³⁰ ülke halkının refahı ve huzuru için çok önemli itibarıyla mümkün olan en yüksek derecede özeni gerektiren bir görevdir.¹³¹ Bu özen derecesi bağlamında sorumluluğunun ağır olması da olağandır. Bu nedenlerle bankacılık hukuku

¹³⁰ Özkurt; s.1700.

¹³¹ Özen borcunun ifa edilecek işin önemi ile orantılı olarak artacağı hakkında açıklama için bkz. Başpınar, Veysel; Vekilin(Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankaların) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Yetkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2004, s. 174-176.

alanında banka yöneticilerinin şahsi sorumluluğunun sistemin geneli bakımından sert bir istisna olarak nitelendirilmesi uygun değildir.

Ayrıca bu istisnanın caydırıcı olmadığı değerlendirilmesi doğru olmakla beraber, ne kadar caydırıcı olduğunun ya da olmadığıнын somut ve kesin ölçütlerle test edilerek tespit edilmesi imkanı bulunmamaktadır. Caydırıcı olmayacağı sadece banka ortak veya yöneticilerinin para hırsına yönelik bir kanaat ifadesidir.

Bunlara ek olarak; bu düzenlemenin istisnai bir düzenleme olarak uygulanma alanı sınırlıdır; bu bağlamda TTK ve AO'lar hukuku Sistemlerindeki, sınırlı sorumluluk ilkesinin veya sadece tacirlerin iflasa tabi olduğu kuralının uygulanma alanları bakımından kanıtlanmış bir zararı da bulunmamaktadır.

Bütün bu gerekçelerle kanaatimizce hukuk sistemimizde bankacılık hukuku alanında, sorumlu kılma amacıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesinin normatif düzenlemesi olarak şahsi sorumluluk düzenlemesinin gereksiz veya uygunsuz olduğu iddiası isabetli değildir. Nitekim Yargıtay da bir kararında¹³² '*...Sorumluluğun iflasla karşılanmasının kabulü, adalet duygularına uyum arz etmektedir. Bu kural Anayasa hükümlerine aykırı olmadığı gibi öngördüğü iflas bir ceza da değildir....*' İfadeleri ile paralel görüşünü ortaya koymuştur.

2.2.2.2. Düzenlemenin Sistemi ve İçerdiği Temel İlkeler

Şahsi Sorumluluk konusu Bank. K. m.110'da düzenlenmiştir. Toplam dört fıkradan oluşan bu düzenlemenin içerdiği esasa ilişkin ilkeler birinci fıkrasında yer almaktadır.

Birinci fıkrada esasa ilişkin ilkeler düzenlenmektedir. İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında yer alan ilkeler ise esasa ilişkin ilkelere ilişkin uygulanması usulüne ilişkindir.

Birinci fıkrada düzenlenen esasa ilişkin ilkeler şunlardır:

- 1- Bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71. madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti halinde, bankaya verdikleri zararlar sınırlı olarak bunların şahsi sorumluluğu yoluna gidilecektir.

¹³² 04.03.1986, 1985/15 E., 1986/5 K., RG. 09.05.1986,S.19102.;

- 2- Ayrıca bu sorumluların Fon Kurulu kararına istinaden ve Fonun talebi üzerine doğrudan şahsen iflaslarına karar verilebilecektir.
- 3- Sorumluluğa ilişkin bu karar ve işlemler bankanın hakim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanacaktır.
- 4- Sorumlulardan, tahsil edilen tutarın Fon tarafından ödenen mevduat ve katılım fonu tutarı ve fer'ileri mahsub edildikten sonra bakiye kısmı tasfiye halindeki veya iflasa tabi bankaya iade edilecektir.

İkinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarda düzenlenen esasa ilişkin ilkeler ise şunlardır:

- 1- Mahkeme tarafından iflasına karar verilen sorumlular hakkındaki takibi Fon yürütecektir(m.110/II).
- 2- Mahkeme tarafından, bu düzenleme çerçevesinde iflası istenen sorumlular hakkında 2004 Sayılı İİK m.57 vd. hükümleri uygulanacaktır(m.110/III).
- 3- Bank. K. 'Faaliyet izninin Kaldırılması' başlığını taşıyan m.106 ve 'Faaliyet İzni Kaldırılan ve Fona Devredilen Bankalara İlişkin Ortak Hükümler' başlığını taşıyan m.109 düzenlemeleri, bu düzenleme çerçevesinde iflası istenen sorumlular hakkında da uygulanacaktır(m.110/IV).

2.2.2.3. Düzenlemenin Amaçları

Şahsi sorumluluğa ilişkin Bank. K. m.110 düzenlemesinin amacını farklı boyutlarıyla birkaç madde ile açıklamak mümkün olduğu gibi bu maddeleri tek cümlede birleştirerek bütünü kapsar bir ifade ile de açıklamak da mümkündür. Burada amaç konusunun daha açık ve net olarak ortaya koyulabilmesi için ayrı maddeler halinde açıklanması tercih edilecektir. Birbirinden farklı ve maddeler halinde ifade edilecek olan bu amaçların birlikte değerlendirildiklerinde aslında bir bütünün birbirini tamamlayan parçaları oldukları ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki:

- 1- Öğretide vurgulanan amaçlardan birisi, düzenlemenin amacının bankanın organlarını ağır sorumluluk baskısı ile iyi

dikkatli yabancı menfaatleri ön planda tutmayan bilinçli bir yönetim anlayışına yönelmek olduğudur¹³³Bu amaç belirlenmesi bakımından öğretide Tekinalp, bu düzenlemede yer alan hakim ortakların sorumluluğunu, bu ortakların genel kurula hakimiyetleri ve istedikleri kararları elde edebilmeleri bağlamında değerlendirilmesi gerekliliğini vurgulamakta ve bu bağlamda amaç belirtilirken ‘organlar’ teriminin kullanıldığı, çünkü m.110’un yöneticilerin denetçilerin ve genel kurula hakim ortakların sorumluluğunu hükme bağlamış olduğu açıklamasını yapmaktadır.¹³⁴

- 2- Öğretide vurgulanan bir diğer amaç ise, sözkonusu karar ve işlemlere bağlı olarak oluşan zararın giderilmesidir.¹³⁵ Bu amaç haksız eylem ve işlemlere bağlanan bütün hukuki sorumluluk durumları için geçerlidir. Bu bağlamda genellenebilir.Kuşkusuz m.110 düzenlemesi bakımından da geçerlidir.
- 3- Yargıtay HGK tarafından ise bu düzenlemenin ve hukuk güvenliğinin bir gereği olduğu ifade edilmiştir.¹³⁶
- 4- Bunlara ek olarak, bu düzenlemenin, tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının normatif görünümünden birisi olduğunun gözardı edilmemesi ve bu bağlamda bir diğer amacının da, bazı işlem veya eylemleriyle bankayı zarara uğratan kişilerin tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek sorumluluktan kurtulmalarının engellenmesi için tüzel kişilik perdesini aralamak ve perdenin ardındaki gerçek sorumlulara ulaşılmasını sağlamak olduğunun da vurgulanması gereklidir.

3.2.2.4. Sorumlular

Bank. K. m.110 düzenlemesi çerçevesinde şahsi sorumluluğa ve iflasa tabi olan üç grup sorumlu belirtilmiştir. Bunlar ‘yöneticiler’, ‘denetçiler’ ve ‘hakim ortaklar’dır. Bu gruplar sınırlı sayı ilkesine tabidir.¹³⁷

¹³³ Tekinalp(2009); s.288; Reisoğlu; Cilt. II, s.1918.

¹³⁴ Tekinalp(2009); s.288.; şahsi sorumluluğun ve iflasın ceza amaçlı olup olmadığına ilişkin tartışmalar ve değerlendirmeler için bkz. Reisoğlu; Cilt II, s.1918

¹³⁵ Doğrusöz; s.15.

¹³⁶ YHKGK; 10.12.1997, 19/665/1018 S. K.; Tekinalp(2009); s.288, dp.1.

¹³⁷ Tekinalp(2009); s.288

Bu gruplardan herbirinin içeriğini Kanun çerçevesinde kısaca açıklayacak olursak:

‘Yöneticiler’ terimi, Bank. K. m.3 düzenlemesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre bu terimin kapsamına: Bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi, kredi komitesi başkan ve üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler faaliyet gösteren birimlerin yöneticilerini kapsamaktadır¹³⁸.

Denetçiler ilk defa Bank.K. m.110 düzenlemesi ile şahsi sorumluluğa dahil edilmiştir.¹³⁹

Bank. K. m.110 düzenlemesinde yer alan denetçiler teriminin kapsamı bakımından; Bankaların birer AO olmaları itibarıyla bu kapsama TTK m.397/5’de düzenlenen ‘denetçiler’in dahil olduğu, yoksa ‘Bağımsız Denetim Kuruluşları’, iç denetim sisteminde yer alan banka müfettişleri ile yeminli banka denetçileri ve Bank. K. sisteminde düzenlenen benzeri denetçilerin dahil olmadığı değerlendirilmektedir. Buna gerekçe olarak da, m.110 düzenlemesinin banka organlarının sorumlu kılınmasını hedefleyen genel mantığının gereği olarak sorumluluğa dahil edilecek denetçinin mutlaka organ niteliğini taşıması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁴⁰. Ayrıca, denetçilerin iflası için TTK’da yer alan görevleri yerine getirmemiş olmalarının yeterli olmadığı, Bank. K. m.110’daki sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi gerektiği de vurgulanmaktadır¹⁴¹.

Kanaatimizce Bank. K.m.110 düzenlemesindeki sorumluluk koşullarının gerçekleşmiş olması kaydıyla sorumluların kapsamının belirlenmesinde sınırlayıcı yoruma gidilmesi düzenlemenin amaçları ile

¹³⁸ Bu kapsamla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tekinalp(2009); s.288-289.; Reisoğlu; Cilt II, s.1920; Doğrusöz, Hanife; Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu; Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.91-102.

¹³⁹ 3182 S. Bankalar K’da denetçilerle ilgili hiçbir düzenleme yer almamaktadır. 4389 s. Bankalar K’da da denetçilerle ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiş ancak bir AO olarak bankalara denetçi seçimi, denetçilerin hak ve yükümlülükleri TTK’nın ilgili hükümlerine tabi kılınmıştır.

¹⁴⁰ Tekinalp(2009); s.290.

¹⁴¹ Tekinalp(2009); s.299.

çelişki yaratmaktadır. Çünkü, düzenlemenin en önemli temel amaçları kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında olağanüstü çözümleme tedbirlerinin uygulanmasına neden olan ve bu suretle bankayı zarara uğratan gerçek sorumluların tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanmalarının engellenmesi ve bu zarardan şahsen sorumlu tutulmaları ile buna bağlı olarak özellikle yönetim kurulunu ve diğer sorumluları görevlerini daha dikkatli ve özenli, bankanın menfaatlerinin kendilerinin ve başkalarının menfaatlerinden üstün tutulması gerekliliği aksi takdirde bundan sorumlu olacakları bilinci içinde ifa etmeye teşvik etmektir.¹⁴² Bu amaçlar karşısında sorumluların belirlenmesinde sınırlı yorum yapılması çelişki yaratmaktadır. Zira bu durumda Bank. K. Sisteminde denetimle görevli oldukları halde m.110'daki koşullar çerçevesinde bankayı zarara uğratan denetçiler bundan sorumlu olmayacaktır. Zarar banka tüzel kişiliğinin üzerinde kalacaktır. Tüzel kişilik perdesinin ardındaki gerçek sorumlular bilindiği halde perde aralanamayacaktır. Oysa düzenlemenin amaçlarından birisi de perdenin aralanmasıdır.

Diğer taraftan denetçilerin karar ve işlemleri bankanın mali gücünün korunması için büyük öneme sahiptir ve Bank. K. Sisteminde zaten 'Denetim organına yer verilmemiştir. Bu bağlamda kanun koyucu m.110 düzenlemesindeki denetçiler terimini olmayan bir organ ile ilişkilendirerek kullanmış olmamalıdır.

'Hakim Ortak' terimi Bank. K. m.3 düzenlemesinde tanımlanmıştır. Bu tanıma göre Hakim ortak: *'Bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi'* ifade etmektedir.¹⁴³

3.2.2.5. Sorumluluğun Hukuki temelleri ve Koşulları

Bank. K.m.110'düzenlemesi çerçevesinde sorumluluğun hukuki temeli ve koşulları sorumlu gruplarının niteliğine göre farklılık arz etmektedir. Bu bağlamda aşağıda bu koşullar her bir sorumlu grubu bakımından ayrı ayrı belirtilecektir.

¹⁴² Bkz. Yukarıda; 2.2.2.3.

¹⁴³ Bkz. Yukarıda; 2.2.1.2.

3.2.2.5.1. Yöneticiler ve Denetçiler Bakımından Sorumluluğun Hukuki Temelleri ve Koşulları

Yöneticiler ve denetçiler bakımından sorumluluğun hukuki temelinde, bu kişilerin banka ile aralarında bir sözleşme ilişkisi olup olmasına göre değişecektir. Eğer sözleşme ilişkisi varsa sorumluluğun hukuki temeli sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanacak; eğer böyle bir ilişki yoksa haksız fiil hükümlerine dayanacaktır.¹⁴⁴

Yöneticiler ve denetçilerin m.110 çerçevesindeki sorumluluğunun temel koşulu: Bu kişilerin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında bankanın olağanüstü tedbirlerle çözümlenmesine ilişkin m.71 düzenlemesinin uygulanmasına, yani bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya Fona devredilmesine sebep olmaları gereklidir.

Bu temel koşula ek olarak ,gerçekleşmesi gereken dört koşul daha bulunmaktadır. Bunlar: Kanuna aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı koşullarıdır.

1- Kanuna aykırılık: Bu koşul hakkında kanun kavramının kapsamı bakımından farklı görüşler bulunmaktadır: Bir görüşe göre buradaki Kanun kavramının kapsamının Bank. K. ve TTK ile sınırlı olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır¹⁴⁵. Bir diğer görüşe göre ise buradaki Kanun kavramının kapsamına Bank. K.'nın yanısıra diğer bütün Kanunların da dahil olduğunun kabul edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁴⁶

Diğer taraftan sorumluluğun gerçekleşmesi için karar ve işlemlerin kanuna aykırılığının Mahkeme kararı ile sabit olması gereklidir.¹⁴⁷

2- Kusur: Sorumluluğun gerçekleşebilmesi için yönetici ve denetçilerin banka hakkında m.71 düzenlemesinin uygulanmasını gerektiren

¹⁴⁴ Tekinalp(2009); s.290.; Doğrusöz; 55-66.

¹⁴⁵ Tekinalp(2003); Fondaki Banka; s.76.; Tekinalp(2009); s.290.

¹⁴⁶ Reisoğlu; Cilt II, s.1922.; Alıcı,Yaşar; Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2007, s.1055.

¹⁴⁷ Kanuna aykırılık koşuluna ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Taşdelen, Servet; Bankacılık Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara, Haziran 2006, s.1059.

kararların alınmasında ve işlemlerin yapılmasında ağır kusurlu¹⁴⁸ olmaları gereklidir.¹⁴⁹

3- Zarar; Yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile m.71 düzenlemesinin uygulanmasına sebep olmaları sonucunda bankanın zarara uğramış olması gereklidir.¹⁵⁰

4- Nedensellik bağı: Bankanın uğradığı zarar ile şahsi sorumluluğu veya iflası istenen yönetici ve denetçilerin ağır kusurlu olarak aldıkları kararlardan ve yaptıkları işlemlerden kaynaklanmalıdır. Diğer ifade ile bu karar ve işlemler ile bankanın uğradığı zarar arasında uygun nedensellik bağı bulunmalıdır.¹⁵¹

3.2.2.5.2. Hakim Ortaklar Bakımından Sorumluluğun Koşulları

Banka hakim ortağının veya hakim ortaklarının m.110 düzenlemesi çerçevesinde şahsi sorumluluklarının gerçekleşebilmesinin temel koşulu: Yöneticilerin ve Denetçilerin Banka hakkında m.71 düzenlemesi hükümlerinin uygulanmasına sebep olan kanuna aykırı karar ve işlemlerinin hakim ortaklara menfaat sağlamak amacı ile alınmış veya yapılmış olmasıdır.

Hakim ortağının veya hakim ortaklarının şahsi sorumluluğunun gerçekleşebilmesi için bu temel koşula ek olarak gerçekleşmesi gereken bir koşul daha bulunmaktadır. Bu koşul ise: Bu karar ve işlemler sebebiyle banka hakkında m.71 hükümlerinin uygulanmasından hakim ortak veya ortakların menfaat elde etmiş olmalarıdır.

¹⁴⁸ Kusur derecesine bağlı olarak özen borcunun kapsamına ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Tekinalp(2009); s.291-293.; Doğrusöz; s.165-168.

¹⁴⁹ Kusur koşuluna ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Tekinalp(2003); Fondaki Banka, s.76; Tekinalp(2009); s.291-293; Reisoğlu; Cilt II, s.1924; Taşdelen Servet; Bankacılık Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara, 2006, s.1062.; Doğrusöz; s.69.

¹⁵⁰ Taşdelen; s.1062; Tekinalp(2009); s.294. Doğrusöz; s.116.; zararın tespiti ve hesaplanmasına ilişkin bilgi için bkz. Doğrusöz; s.122.

¹⁵¹ Böyle durumlarda nedensellik bağına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Tekinalp(2009); s.294; Doğrusöz; s.168.

Eğer bu iki koşul birlikte gerçekleşiyorsa banka hakim ortağı veya ortakları m.110 düzenlemesi çerçevesinde şahsi sorumluluğa tabi olacaklar ve gerekirse şahsi iflaslarına hükmedilebilecektir.¹⁵²

3.2.2.7. Sorumluluğun Hukuki Niteliği ve Kapsamı

Sorumluluk durumun özelliklerine göre sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil haksız fiil sorumluluğu niteliğindedir.¹⁵³

Sorumluluğun kapsamı sorumluların bankaya verdikleri zarar ile diğer ifade ile bankanın uğradığı zarar ile sınırlıdır.¹⁵⁴ Zarar şahsi iflas davasının hem sebebi hem konusu hem de sorumluluğun sınırıdır.¹⁵⁵ Zararın gerçekleşmiş olması ve kesin olarak belirlenmiş olması şarttır¹⁵⁶. Bu nedenle, doğması muhakkak dahi olsa, henüz somut olarak gerçekleşmemiş olan beklenen veya varsayılan zararlar ile sonuç zararları hesaba katılamaz.¹⁵⁷

3.2.3. Banka Kaynaklarının Kötüye Kullanılması Suretiyle Bankanın Zarara Uğratılması Durumunda İade ve Tazmin Yükümlülüğü

3.2.3.1. Düzenlemenin Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması İlkesi Bakımından Anlamı ve İçeriği

Bank. K.'da tüzel kişilik perdesinin sorumlu kılmak amacıyla aralanmasının bir diğer örneği de m.108/I düzenlemesinde yer almaktadır. Bu düzenlemede bankanın hakim ortaklarının ve yöneticilerinin banka kaynaklarını kendilerinin veya başkalarının lehine kötüye kullanmaları suretiyle bankanın zarara uğraması durumunda, bankanın tüzel kişilik perdesi doğrudan kaldırılmakta ve bu zarar belirli koşullara bağlı olarak perdenin ardında yer alan kötüye kullanma eylemlerini gerçekleştiren hakim ortaklara ve yöneticilere, yani gerçek sorumlulara iade ve tazmin

¹⁵² Tekinalp(2009); s.295.

¹⁵³ Bkz yukarıda 2.2.2.5.1. ve burada atıfta bulunulan kaynaklar.

¹⁵⁴ Zarara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Doğrusöz; s.114-130.

¹⁵⁵ Tekinalp(2009); a.g.e., s.294.

¹⁵⁶ Zararın tespitine ve hesaplanmasına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Doğrusöz; s.122-127.

¹⁵⁷ Tekinalp(2009); s.294-295.

ettirilmektedir. Ancak şahsi sorumluluğun düzenlendiği m.110 hükmü saklı tutulmaktadır. Açık ifade ile koşulları varsa m.110 düzenlemesi de uygulanabilecektir. Bank. K. Sisteminde sorumlu kılmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin düzenlemeler olarak m.110 ve m.108 düzenlemeleri birbirini destekleyici ve pekiştirici düzenlemelerdir. Somut olayın özelliklerine göre hangi düzenlemenin koşulları varsa ve hangisinin uygulanması zararın tazmini bakımından banka için daha avantajlı ise o düzenlemeye dayanılarak talepte bulunulabilecektir. Böylece sorumlu kılma amacıyla tüzel kişilik perdesinin aralanması sadece belirli bir düzenleme çerçevesine sığdırılmakla kalınmamış, sistem bütününde sağlam bir temele oturtulmuştur.

Bu düzenlemede: ‘...m71/I-e bendi hükümlerine göre faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların, hakim ortakları ve yöneticileri, Kanunun şahsi sorumluluğa ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, kullandıkları kaynakları ve bu suretle uğranılan zararları Fon tarafından verilecek süre içinde iade ve tazmin etmekle mükelleftir’ ifadesi yer almaktadır.

Bu hükmün uygulanabilmesi için düzenlemede m.71/I-e’ hükmüne¹⁵⁸ atıfta bulunulduğundan bu hükümdeki(m.71/I-e) bankanın hakim ortaklarının veya yöneticilerinin banka kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanılması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankanın bu suretle zarara uğramış olması nedeniyle bankanın faaliyet izni kaldırılmış ya da Fona devredilmiş olması gereklidir.

Bu koşulların gerçekleşmesi üzerine, düzenlemede adı geçen hakim ortaklar veya yöneticiler, kullandıkları kaynakları ve bu suretle bankanın uğramış olduğu zararı iade ve tazmin ile yükümlü olacaklardır. İade ve tazmin yükümlülüğünün Fon tarafından verilecek süre içinde yerine getirilmesi gereklidir.¹⁵⁹

Bu düzenleme çerçevesinde kullanılan kaynaklardan genelde krediler kastedilmekle beraber, örneğin, banka tarafından taşınmazların değerinin çok üzerinde satın alınması da bir kaynak kullanımudur.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Bank. K.m.71/I-e düzenlemesine ilişkin açıklamalar için bkz. Reisoğlu; s.1469-1473.

¹⁵⁹ Bu düzenlemeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Reisoğlu; Cilt II, s.1892-1904.

¹⁶⁰ Reisoğlu; Cilt II, s.1895.

Banka kaynaklarının kullanılmasının en sık rastlanan şekilleri II. fıkrada dolanlı kaynak kullanımı örnekleri olarak gösterilmiştir¹⁶¹. Bu düzenlemeye göre:

- Banka kaynaklarını ve varlıklarını; rehnemek, teminat göstermek;
- Açıldığı tarih itibarıyla kredibilitesi olmadığı aşikar bulunan kişilere kredi vermek;
- Karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak (back to back krediler);
- Yurt içi ve yurt dışı banka ve mali kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek;
- Sair şekillerde doğrudan veya dolaylı olarak kendileri veya başkaları lehine para, mal, her türlü alacak ve hak temini amacıyla kullanmak veya başkalarına kullandırmak; işlemleri başlıca örneklerdir.

Düzenlemede bu örnekler çerçevesinde kullanılan kaynakların dolanlı kaynak olarak kullanılmış sayılacağına hükmedilmiştir. Öğretide bu işlemlerin ancak kanunda öngörülmuş olan şartlar varsa ve işlemin bağlantılı olduğu içerik ve somut olayın özellikleri haklı gösteriyorsa dolanlı kaynak kullanımı olarak kabul edilebileceği; yoksa per se olarak dolanlı kaynak kullanımı olarak kabul edilemeyecekleri ileri sürülmektedir. Bunun gerekçesi olarak, bu işlemlerin uluslararası bankacılık uygulamalarında sıkça kullanılan ve hukuka uygun oldukları kabul gören bankacılık işlemlerinden oldukları açıklaması yapılmaktadır.¹⁶²

2.2.3.2. Düzenlemenin Amaçları

Bu düzenlemenin aynen m.110 düzenlemesinde olduğu gibi birden çok amacından söz edilebilir. Bu amaçlar:

¹⁶¹ Tekinalp(2009); s.281-282.

¹⁶² Tekinalp(2009); s.282.

- 1- Banka yöneticilerini ve hakim ortaklarını banka kaynaklarını bankayı zarara uğratmayacak şekilde kullanmaya teşvik etmek veya banka kaynaklarının kötüye kullanmalarını engellemek;
- 2- Bankanın bu suretle uğradığı zararların tazmininin sağlanması;
- 3- Bankanın bir güven ve itibar kurumu niteliğinin korunması;
- 4- Banka tüzel kişilik perdesinin aralanması ve ardındaki gerçek sorumlulara ulaşmak; olarak belirlenebilir.

3.2.3.3. Yükümlüler

Bank. K.m.108 düzenlemesi çerçevesinde iade ve tazmin yükümlülüğüne tabi olanlar banka kaynakların kötüye kullanılmasına ilişkin işlem ve eylemleri gerçekleştiren hakim ortakları ve yöneticilerdir. Hakim ortak ve yöneticilerin kapsamı m.3 düzenlemesinde tanımlanmıştır.¹⁶³

3.2.3.4. İade ve Tazmin Yükümlülüğünün Koşulları

Bank. K. m.108 düzenlemesi çerçevesinde iade ve tazmin yükümlülüğünün koşullarını şu şekilde belirlemek mümkündür:

- 1- Bankanın m.71/I-e hükümlerine dayanılarak faaliyet izni kaldırılmış veya Fona devredilmiş olmalıdır.
- 2- Bu bankanın hakim ortakları ve yöneticileri banka kaynaklarını bu düzenleme çerçevesinde kastedildiği şekilde kullanmış olmalıdırlar.
- 3- Kaynakların kullanılması suretiyle banka zarara uğramış olmalıdır.¹⁶⁴

3.2.3.5. İade ve Tazmin Yükümlülüğünün Kapsamı

Kullanılan kaynakların iadesi ve uğranılan zararın tazmininin dayanağını oluşturan işlem ve eylemlerin; yöneticilerin ve hakim ortakların bankanın yetkili ve görevlileri aracılığı ile bu işlem ve eylemlerle banka kaynaklarını kötüye kullandıkları veya kullandırdıkları, bütün bunların sonucu olarak banka nezdinde bir zarar doğup doğmadığı;

¹⁶³ Bu tanımlar ve açıklamalar için bkz. Yukarıda 2.2.1.2. , 2.2.1.5. ,2.2.1.4.

¹⁶⁴ Bu koşullara ilişkin açıklamalar için bkz. Reisoğlu; Cilt II, s.1893-1900.

ne kadar kaynak kullanıldığı, kullandırıldığı, ne kadar zarar doğduğu iade ve tazmine konu olacak miktarın kapsamı ilgili bankada BDDK tarafından yapılacak olan incelemeler ve değerlendirmeler sonucunda tespit edilecek ve bu tespitler dikkate alınarak Fon Kurulu tarafından belirlenecektir¹⁶⁵(m.108/III).

Bu durumda Fon Kurulu tarafından yapılan belirlemelerin kesin olduğu ileri sürülemez. Çünkü bankaların faaliyet izninin kaldırılması ve Fona devri halinde verilen süre içinde ödenmeyen banka kaynağı ve uğranılan zararlar Fon alacağına dönüşmektedir. Fon bankasının faaliyetine devam etmesi halinde ise ortaklara ait hisseler Fona intikal etmektedir¹⁶⁶ (m.108/4). Bu şartlarda konu yargıya intikal ettiğinde, alacaklının kendi alacağını bizzat belirleyerek, Mahkemenin bu tutara karar vermek zorunda olduğu yorumu öncelikle temel hukuk ilkelerine ve Anayasa'ya aykırılık oluşturacaktır. Bu bağlamda bu düzenleme hükmü adi bir karine olarak kabul edilmektedir.¹⁶⁷

Bu düzenleme çerçevesinde kullanılan kaynakların iadesi ve bankanın uğradığı zararların tazmini Fon tarafından verilecek olan süre içinde yerine getirilecektir. Bu süre içinde iade ve tazmin yükümlülüğünün yerine getirilmemesi ya da Fon tarafından uygun görülecek şekilde teminatlandırılmaması veya bu ortaklara ait hisselerin Fon tarafından verilecek süre içinde üçüncü kişilere devredilmemesi durumlarında bu zarar veya kullanılan kaynakların miktarı dikkate alınmaksızın ortaklara ait hisseler başkaca bir işleme gerek kalmadan Fona intikal eder. Bu suretle Fona intikal eden hisselerin üçüncü kişilere satışını takiben Fon tarafından elde edilen tutar hakim ortakların bankaya veya Fona olan borçlarına mahsub edilir(m.108/IV). Bu hüküm ile iade ve tazmin yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınan hakim ortaklar ve yöneticiler karşısında bir güven ve itibar kurumu olarak bankanın konumu teminat altına alınmıştır.

¹⁶⁵ Reisoğlu; Cilt II, s.1901.

¹⁶⁶ Reisoğlu; Cilt II, s.1901-1902.

¹⁶⁷ Reisoğlu; Cilt II, s.1901.

3.2.4. Faaliyet İzni Kaldırılan veya Fona Devredilen Bankalar Hakkında Fona Tanınan Özel Yetkiler ve tedbir talepleri

3.2.4.1. Düzenlemenin İçerdiği İlkeler

Ban. K. Sisteminde çeşitli düzenlemelerde hakim ortak veya yöneticilerin tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek bankanın mali gücünü zayıflatacak bu bağlamda hak sahiplerini ve alacaklılarını zarara uğratabilecek nitelikteki işlem veya eylemlerini önlemek amacıyla tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin bazı önemli ve istisnai yetkiler, bağımsız ve tarafsız bir kamu tüzel kişisi olarak güvenilir kurum olması itibarıyla Fon'a verilmiştir.¹⁶⁸ Bank. K. Sisteminde bu nitelikte yani tüzel kişilik perdesini aralanması hususunda Fon'a özel ve istisnai yetkilerin verildiği pek çok düzenleme bulunmaktadır. Bunun başlıca örnekleri: Bank. K. m.71,106,109,134-135 düzenlemelerinde yer almaktadır.¹⁶⁹ Burada, bu başlık altında bu düzenlemelerden m.109'un içeriği açıklanacaktır. Şöyle ki:

Bank K.'nın '*Faaliyet İzni Kaldırılan veya Fona Devredilen Bankalara İlişkin Ortak Hükümler*' başlığını taşıyan m.109 düzenlemesinde faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların hakim ortak ve yöneticilerinin kişisel menfaatleri için tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek bankaya ve banka alacaklılarının haklarına zarar vermemelerini engelleyecek tedbir niteliğinde bazı ilkeler kabul edilmiş ve aynı bağlamda Fona belirli yetkiler verilmiştir.

Bu bağlamda düzenlemede ifadesini bulan başlıca ilkeler şunlardır:

1- Fon, faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların, ana sözleşmelerinde yer alan düzenlemelerin. TTK hükümlerine tabi olmaksızın ve genel kurul yapılmaksızın değiştirilmesi ve bu değişikliklerin tescil ettirilmesi ile yetkili kılınmıştır(M.109/I).

2- Fon, faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların hakim ortaklarından ve tüzel kişi ortaklarının sermayesinin %10'undan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarlarından ve yöneticilerinden, bunla-

¹⁶⁸ Özkurt;s.129-132.

¹⁶⁹ Özkurt,s.132,168-169;Ulusoy;s.394-395.

rın eşlerinden, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımlarından, evlatlıklarından ve kendilerini evlat edinenlerden kendilerine ait taşınmaz ve iştiraklerini, haczi caiz olan taşınır, hak ve alacaklarını ve menkul kıymetlerini, her türlü kazanç ve gelirleri ile yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını ve ayrıca bildirimden önceki iki yıl içinde ivazlı veya ivazsız olarak iktisab ettikleri veya devrettikleri taşınmaz, haczi caiz taşınır, hak alacak ve menkul kıymetlerini gösterir birer mal beyannamesi vermelerini istemeye yetkili kılınmıştır(m.109/II).

3- Fon, faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankada mevduat ve katılım fonu sahipleri ile diğer alacaklıların haklarını korumaya yönelik her türlü tedbiri almaya yetkili kılınmıştır(m.109/III-c.1. Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankanın, hakim ortaklarının ve tüzel kişi ortaklarının sermayesinin %10'undan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarları ve yöneticilerinin, mal hak ve alacaklarına Fonun talebi üzerine Mahkeme tarafından tedbir şartı aranmaksızın, ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulabilir, bu kişilerin yurt dışına çıkışları yasaklanabilir(m.109/III-son c).

4- Bankanın faaliyet izninin kaldırıldığı veya Fona devredildiği tarihten itibaren, bankanın alacaklılarından temlik yoluyla alacak edinen borçlular, temlik yoluyla edindikleri alacakları ile bankaya olan borçlarının takasının yapılması veya mahsub edilmesi talebinde bulunamayacaklardır. Bu sonucu doğuracak takas ve mahsup işlemleri banka açısından geçersiz olacaktır(m.109/IV).

3.2.4.2. Düzenlemenin Amaçları

Bu düzenlemenin doğrudan amaçları hakkında madde gerekçesi açıklayıcı niteliktedir. Ayrıca, yukarıda ifade ettiğimiz üzere, bu düzenleme öğretide¹⁷⁰ dolaylı olarak tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile de ilişkilendirilmektedir. Bu bağlamda bu ilke ile ilgili bir dolaylı amacından sözedilmesi de mümkündür.

Düzenlemenin madde gerekçesinde yer alan amaca ilişkin açıklamalara göre, düzenlemenin doğrudan amaçlarını ikiye ayırarak belirlemek mümkündür:

¹⁷⁰ Özkurt; s.103-126,137,138-227.

1. Gerekçedeki 'Fon faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankalardaki mevduat ve katılım fonu sahipleri ile diğer alacaklıların haklarını korumaya yönelik olarak, gerekli göreceği her türlü tedbiri alması kapsamında...' ifadesinden doğrudan amaçlardan birinin, özellikle m.109/I-II kapsamında, mevduat ve katılım Fonu sahipleri ile diğer alacaklıların korunması olduğu anlaşılmaktadır.
2. Gerekçedeki '...bankanın faaliyet izninin veya Fona devredildiği tarihten sonra bankaya borçlu olanların banka alacaklılarından temlik yoluyla alacak edinmeleri, takas ve mahsup talebinde bulunmalarına kısıtlamalar getirilmiş, böylelikle bu bankalar hakkında etkin ve süratli biçimde çözümleme faaliyetlerinin başlaması ve kesintiye uğratılmadan devam ettirilmesi amaçlanmıştır.' İfadesinden doğrudan amaçlardan diğerinin, özellikle m.109/I,IV) kapsamında faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankalar hakkında etkin bir şekilde çözümleme faaliyetlerinin başlatılması ve kesintiye uğratılmadan devam ettirilmesi olduğu anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, öğretide bu düzenlemeyi, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi ile dolaylı olarak ilişkilendiren görüş açısından düzenlemenin bu amaçların yanısıra dolaylı olarak, banka hakim ortaklarının ve yöneticilerinin, tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek banka mevduat ve katılım payı sahiplerini zarara uğratabilecek nitelikteki çeşitli işlem veya eylemleri yapmalarını engelleyici tedbirlerin alınmasını amaçladığı da ileri sürülebilir.

3.2.5. Kıyı Bankacılığı Alanında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Gerekliliği Karşısında Bank. K.'nda Tercih Edilen Çözüm Yolu

Kıyı bankacılığı Bank. K. m3 düzenlemesinde 'Bankacılık faaliyetleri kurulu bulunulan ülke harici ile sınırlı tutulan veya ülke genelinde uygulanan ekonomik ve mali mevzuata tabi olmayan ya da kurulu bulunulan ülkede yerleşik olanlardan mevduat ve fon kabulünün yasaklandığı bankacılığı ifade eder' ifadeleri ile tanımlanmıştır.

Dıştan dışa işleyen bir bankacılık sistemi olan¹⁷¹ kıyı bankacılığı uygulamalarında özellikle muhabir banka ile kıyı bankası arasında ayrılık ilkesinin bertaraf edilmesi ve özdeşlik ilkesinin uygulanması sistemin, mevduat sahipleri ile banka alacaklılarının haklarının korunması bakımından. Kötüye kullanılmasının engellenmesi için önemli bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. Şöyle ki:

Kıyı bankacılığı sistemi uygulamada genellikle şöyle işlemektedir:

Kıyı bankası ile ülke içindeki muhabir bankanın ortakları genellikle aynı kişilerdir ya da muhabir banka bizzat kendisi hakim ortak olarak yurt dışında bir kıyı bankası kurar ve ülke içinde bu kıyı bankasının muhabir bankalığını üstlenir. Bundan sonra faaliyetler şu şekilde yürütülür: Muhabir banka bizzat kendi adına ve hesabına mevduat toplamak yerine mevduat hesabı açtırmak isteyenlere, bu mevduatı daha yüksek faizle muhabirliğini yaptığı kıyı bankasına yatırabilecekleri yönünde tavsiyede bulunur. İşte bu noktada muhabir banka ile kıyı bankasının özdeşleşmesi başlar. Öyle ki başlıca faaliyet konularından olarak mevduat kabul etmek üzere kurulmuş olan muhabir banka, hakim ortağı olduğu kıyı bankası ile özdeşleştiği için esasında kıyı bankası namına kendi hesabına mevduat toplamaktadır. Bunu tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmek için yapmaktadır. Aksi takdirde kendi adına ve hesabına mevduat toplaması makul olacak ve kıyı bankası adına mevduat toplaması için hiçbir sebep bulunmayacaktır. Muhabir bankanın bütün şubelerinin çalışanları hakim ortağı oldukları kıyı bankasına mevduat yatırılması için müşterileri ile görüşmeler yaparlar ve tavsiyede bulunurlar. Hatta bazı bankaların iç yazışmalarında personeline bu yönde talimat vermeleri sık rastlanan bir durumdur. Müşterilerin ise vergi mevzuatından muaf olan kıyı bankalarının mevduata yüksek faiz vermek avantajının çekim gücüne kapılarak genellikle bu tavsiyelere uymaktadırlar. Bütün bu ilişkiler muhabir banka ile kıyı bankasının özdeşleşme sürecini açıkça ortaya koymaktadır.

Muhabir banka bu süreçte kendisini hakim ortağı olduğu kıyı bankası ile öylesine özdeşleştirir ki, kıyı bankasının hesabında toplanan

¹⁷¹ Kıyı Bankacılığının tanımına ilişkin açıklamalar için bkz Helvacı, Mehmet; 'Kıyı Bankacılığı Kavramı ve Kıyı Bankacılığının Yararları', Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı Cilt I, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2002, s.399-413; Tekinalp, Ünal; Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009; s.29. Reisoglu; Cilt I, s.277-280.

paraları bizzat kullanır ve bu paraları hiçbir zaman fiilen yurt dışında kurulu kıyı bankasına aktarmaz. Toplanan paralar muhasebe kayıtlarında hileli işlemlerle¹⁷² kaydi olarak yurduşına gönderiliyor gibi gösterilse de bu paralar gerçekte muhabir banka tarafından kendi topladığı mevduatmış gibi kullanılır. Sonuç İtibarıyla muhabir banka, kıyı bankası adına kendi hesabına mevduat toplayarak kendi tüzel kişiliğı ile kıyı bankasının tüzel kişiliğini özdeşleştirmiş olmaktadır. Bu çerçevede kıyı bankasının hesabında toplanan paraların muhabir banka tarafından kullanılması malvarlıklarının da birleşmesini ortaya koymaktadır.¹⁷³

Böylece muhabir banka ile kıyı bankasının tüzel kişiliklerinin ayrılığının sadece bir şekli durumdan ibaret olduğu kuşkusuzdur. Bu şeklin arkasındaki gerçek tüzel kişilerin gerek aralarındaki ve üçüncü kişilerle olan ilişkileri gerekse malvarlıklarının birleşmiş olması suretiyle özdeşleşmiş olmaları karşısında tüzel kişilik perdesi aralanmalıdır. Aksi halde çeşitli uyuşmazlıklarda adalet ve hakkaniyet sağlanamayacak, kamu vicdanını son derece rahatsız eden ve bir güven kurumu olarak bankaların itibarını sarsan sonuçlar doğacaktır. Örneğın: Kıyı bankasından tahsil edilemeyen alacaklardan tüzel kişilik perdesi aralanarak gerçek sorumlulara ulaşılmalı yani ortaklar sorumlu tutulabilmelidir. Eğer ortak bir banka ise ondan tahsil edilebilmelidir¹⁷⁴

Belirtmek gerekir ki, Dünyadaki ve ülkemizdeki bankacılık uygulamalarında tüzel kişilik perdesi, en fazla kıyı bankacılığında yukarıda açıklanan uygulamalar çerçevesinde kötüye kullanılmış ve en büyük mağduriyetler de bu alanda yaşanmıştır. Kıyı bankalarının hakim ortakları kişisel menfaatlerinin gerektirdiğı her durumda tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenerek, kıyı bankasının ayrı bir tüzel kişiliğı

¹⁷² Kıyı Bankacılığı sisteminin işleyişi ve muhasebesine ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Ersoy, Ayten; Kıyı Bankacılığı(Off-Shore Banking) İşletmesi İşlemleri ve Muhasebesi, İstanbul Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası Yayını, Yayın No: 50, İstanbul, 2004. s.55-112. Melemen, Mehmet; Hayali İhracat ve Dış Ticarete Usulsüz İşlemler, Türkmen Kitabevi, İstanbul 2003., s.33-57.

¹⁷³ Kıyı Bankacılığı sisteminin uygulamada işleyişi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erdoğan, Pekcan; Kıyı Bankacılığı (Off Shore Banking) Gelişimi Uygulaması ve Türkiye, İstanbul Ticaret Odası Yayını (1993-33), İstanbul, 1993.; Ersoy; s.66-68.

¹⁷⁴ Ulusoy; s.400-402.; Kıyı bankacılığında alacakların tahsiline ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Sarıbrahimoğlu Hukuk Bürosu; Ofshore Bankacılığı-Yurt dışındaki Alacakların Tahsil Yöntemleri, Plar, Odak Ofset, Ankara, 2001, s.67-96.

olduğunu ileri sürmüşlerdir. Oysa bu hakim ortaklar muhabir banka mevduat toplarken tasarruf sahiplerini mevduatı kıyı bankasının hesaplarına yatırmaları için ikna ederek kıyı bankası ile muhabir bankayı özdeşleştirmişler, ayrıca buna ek olarak kıyı bankasının hesabına sadece kayden geçirilen bu mevduattaki paraları muhabir banka nezdinde fiilen kullanarak malvarlıklarını da özdeşleştirmişlerdir. Uygulamada muhabir banka tarafından toplanan bu mevduatta biriken ve kıyı bankası hesabında sadece kaydi olarak geçirilen bu paralara kıyı bankalarında hiçbir zaman rastlanmamıştır.¹⁷⁵

Ülkemizde de yakın geçmişte muhabir banka Ülke içi banka ve kıyı bankaları arasındaki bu tür ilişkiler bağlamında büyük sosyal mağduriyetlere yol açan olaylar yaşanmıştır. Örneğin bir olayda, mali gücü oldukça zayıflamış olan ülke içi muhabir banka, mevduat hesabı açmak amacıyla gelen müşterilerini hesaplarını Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde bulunan şubelerine açmaları halinde ülke içi şubelere kıyasen çok daha fazla faiz alabilecekleri teklifi ile ve yaptığı çeşitli duyurularla hesaplarını kıyı bankalarında açmaya yönlendirmiş ve bu suretle kapsamlı bir mevduat birikimi sağlamıştır. Ancak daha sonra, bu yüksek faizleri ödemeye gücü yetersiz kalmış ve bu durumun halk arasında yayılması üzerine bir panik ortamı içinde mevduat sahipleri ve alacaklılar yığın halinde talepte bulununca anaparaların dahi ödenmesi mümkün olmamış ve muhabir bankaya Bank. K.'daki, olağanüstü tedbirlerle çözümleme yöntemlerinin uygulanması gerekmiştir.¹⁷⁶ Bu durum karşısında açılan hemen hemen her davada gerçek sorumlular tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenmişlerdir.¹⁷⁷

Bu olayda en önemli mağduriyet, o dönemde bu hesapların açıldıkları tarihler itibarıyla yürürlükte bulunan TC Merkez Bankası '1997/1 Sayılı Mevduat Türleri ve Vade Dilimleri Hakkında Tebliğ'¹⁷⁸ dü-

¹⁷⁵ Ulusoy; s.400.

¹⁷⁶ Bank. K. çerçevesinde sorunlu bankaların olağanüstü önlemlerle çözümlenmesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Cengiz(2016); s.331-362.

¹⁷⁷ 2003 yılında yaşanan İmar Bankası nezdinde gerçekleşen bu olayın ve açılan davaların ayrıntılarına ilişkin ayrıntılı açıklamalar, belgeler, bilirkişi raporları ve bilimsel değerlendirmeler için bkz. Domaniç, Hayri; 03.07.2003 Tarihinde Kapatılan İmar Bankası Konusunda Çeşitli Resmî ve Özel Belgelerle İlmî İncelemeler, Arıkan Yayıncılık, İstanbul, 2005.

¹⁷⁸ RG.30.01.1997, S.22893.

zenlemesinde yer alan tasarruf mevduatı üzerindeki TMSF garantisinin sadece ülke içi bankalarda bulunan tasarruf mevduatı hesapları için geçerli olduğu ve off- shore hesaplarda(kıyı bankaları hesaplarında) bulunan tasarruf mevduatının TMSF garantisine tabi olmadığı hükmü bakımından yaşanmıştır. Açık ifade ile bu nitelikteki paraların kayden kıyı bankalarının hesaplarında yer aldıkları gerekçesiyle, bu hükme dayanılarak Fon garantisine tabi olmadıkları sorunu ortaya çıkmıştır.

Diğer taraftan öğretilerde, böyle bir hüküm olmasaydı dahi kıyı bankalarına tevdi edilen paraların hukuki niteliği bakımından karz olup tasarruf mevduatı olmadıkları da ileri sürülmektedir. Bu bağlamda kıyı bankasının tüzel kişilik perdesi aralanarak hakim ortağın bir ülke içi TC bankası olduğu tespit edilse bile kıyı bankasına tevdi edilmiş olan paraların hukuki niteliğinin değişmeyecek olduğu dolayısıyla bunların TMSF garantisinden yararlanamayacakları savunulmaktadır¹⁷⁹.

Bu bağlamda, olağanüstü tedbirlerle çözümlenme süreci içindeki muhabir banka vasıtasıyla gerçekte tasarruf mevduatı niteliğindeki paralarını devlete güvenerek kıyı bankalarına sadece kayden tevdi ettiren bu kişiler, anaparalarını dahi kaybetmiş olmak durumu ile karşı karşıya gelmişlerdir. Aslında bu kişiler arasında yok denecek kadar azı başlangıçta sözkonusu hesapları açarken kıyı bankalarındaki hesapların TMSF garantisine tabi olmadığı bilgisine sahipti.

Bütün bu açıklamalar karşısında ülke içi muhabir banka ve kıyı bankaları ilişkilerinde, muhabir bankanın olağanüstü tedbirlerle çözümlenme sürecine girmesiyle hak sahipleri ile alacaklıların karşı karşıya kaldıkları ağır mağduriyet çok açık ortaya çıkmaktadır.

O dönemde Ülkemiz bankacılık mevzuatında sözkonusu sorunlar bakımından tüzel kişilik perdesinin aralanmasını düzenleyen açık bir düzenleme bulunmamaktaydı. Sorunların çözümü sadece yargı organlarının tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin uygulanması konusundaki takdirine kalmıştı.¹⁸⁰

Birer güven ve itibar kurumu olarak bankaların halkın nezdinde bu duruma düşmesi karşısında, olayın tekrarını engellemek amacıyla öncelikle o dönemde yürürlükte olan 4389 S. Bankalar Kanunu'nun

¹⁷⁹ Yalçın; s.400.

¹⁸⁰ Açılan davalar ve sonuçları için bkz. Domaniç; s.800 vd.

verdiği yetkilere dayanılarak bazı alt hukuki düzenlemeler çerçevesinde bazı hukuki düzenlemeler yapılmıştır¹⁸¹. Kanun koyucu ise 5411 S. Bank. K. 'nun hazırlanması sürecinde harekete geçmiştir. Ancak kanun koyucu Kanun'da sözkonusu sorunlara çözüm olarak tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin açık bir düzenleme yapmak yerine ülke içi muhabir bankaların kıyı bankaları adına mevduat toplamalarını engelleyen bir yasak hükmü koymayı(m.60/5) ve bu yasağın ihlalini suç olarak düzenleyerek ceza yaptırımına(m.150) tabi kılmayı tercih etmiştir.¹⁸² Bu düzenlemeyi açıklayacak olursak:

Bank.K.'nın sözkonusu yasak hükmünü içeren m.60/5 düzenlemesine göre: *'Türkiyede kurulan kuruluşların yurt dışındaki şubeleri ve ortaklıkları mevduat cüzdanı ve fon toplamaya ilişkin evrakın düzenlenmesi işlemlerini faaliyette buldukları ülkede yapmak zorundadır. Bu şube ve ortaklıklar adına hiçbir şekil ve surette yurt içinde mevduat cüzdanı ve fon toplamaya ilişkin evrak düzenlenemez ve verilemez.(60/1)*.

Türkiye'de kurulu kredi kuruluşlarının, yurt dışında kurulu ortaklıkları veya başka banka veya finansal kuruluşlar adına yurt içinde yerleşik kişilerden mevduat veya katılım fonu temin etmek amacıyla; evrak ya da cüzdan bulundurmaları, personel istihdam etmeleri bu ortaklıklar veya başka kredi kuruluşu veya finansal kuruluşlar adına toplanacak mevduat veya katılım fonu üzerinden personele ücret, prim veya benzeri adlar altında para ödemek veya personele bu kuruluşların reklamını yaptırmak suretiyle müşterilerini anılan kuruluşlara yönlendirmeleri, bu ve benzeri yöntemler kullanarak yurt dışında kurulu kuruluşlar adına mevduat ve katılım fonu kabul etmeleri, bu madde kapsamında izinsiz mevduat ve katılım fonu kabulü sayılır.' İfadeleri yer almaktadır.

Bu yasağın ihlalinin suç olarak düzenlenerek, ceza yaptırımına tabi kılındığı m.150/1 düzenlemesine göre: *'Bu Kanuna göre alınması gereken izinleri almaksızın banka gibi faaliyet gösteren ya da mevduat kabul eden yahut katılım fonu toplayan gerçek ve tüzel kişilerin görevlileri üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır. Ayrıca bu suçun bir işyeri bünyesinde işlenmesi halinde bu işyerinin bir aydan bir yıla kadar, tekerrür halinde ise sürekli olarak kapatılmasına karar verilebilir.'* İfadeleri yer almaktadır.

¹⁸¹ Bkz Bank. K. m.60/5'in madde gerekçesi.

¹⁸² Bu düzenlemeye ilişkin açıklamalar için bkz. Tekinalp(2009); s.244-246.

Dikkat edilecek olursa yukarıda yer verilen düzenlemelerden özellikle m.60/5 düzenlemesinin ifadesinde ve bu düzenlemenin madde gerekçesinde¹⁸³ o dönemde ülkemizde kıyı bankaları nezdinde yaşanmış olan ve hak sahipleri ile alacaklıların ağır mağduriyeti ile sonuçlanmış olan somut olaylar ayrıntılı olarak tanımlanmıştır. Yasak hükmü ve bu bağlamda suç tanımı ile ceza yaptırımını bu somut olaylarla sınırlı olarak düzenlenmiştir.

Kanaatimce, sözkonusu soruna çözüm olarak, belirli bir somut olayla sınırlı olmayan kıyı bankaları nezdinde gerçekleşmiş veya gerçekleşmesi muhtemel çeşitli durumları kapsar anlamda genel ve soyut nitelikte bir çözüm düzenlemesi getirilmesi daha uygun olurdu. Zira kıyı bankaları nezdinde yaşanacak olan özdeşleşmeye bağlı bütün sorunların kesinlikle düzenlemede tanımlanmış olanla sınırlı olduğunun veya olacağının ileri sürülmesi gerçeklere aykırı olduğu gibi Kanun yapma tekniğine de aykırıdır. Çünkü yaşanmış olanın dışında farklı özdeşleşme formlarının icad edilmesi de muhtemeldir.

Bu nedenle bir yasak ve ceza hükmü konulması yerine, muhabir banka ve kıyı bankası ilişkilerinde belirli koşullara bağlı olarak tüzel kişilik perdesinin aralanmasını açıkça düzenleyen genel ve soyut bir hüküm konulması daha uygun olurdu. Aksi takdirde Kanunların deneme yanılma aracı toplumun ise bir deneme yanılma laboratuvarı ve bireylerin birer denek haline gelmeleri kaçınılmaz olurdu. Diğer taraftan finansal fırsatlar için önemli ölçüde potansiyel içeren bankacılık hukuku alanında yasakların ve ceza yaptırımlarının caydırıcı olmadığı da bilinmektedir. Önemli olan uyuşmazlıklar yargıya intikal ettiğinde Mahkemelerin uzun süreli ve kapsamlı öngörülere dayanılarak yapılmış olan genel ve soyut nitelikteki düzenlemelere dayanarak, hak sahiplerinin mağduriyetlerini giderici, adalete ve hakkaniyete uygun kararları verebilmeleridir.

¹⁸³ Bkz. Bank. K. m.60/5'in madde gerekçesindeki '*...krizlerinde yaşanan hususlar da dikkate alınarak madde ile tasarruf sahiplerinin haklarının korunması izinsiz mevduat ve fon kabulü sayılacak durumlar ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış ve Türkiye'de.....'* ifadeleri.

3.2.6. Grup Bankacılığı Alanında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Gerekliliği ve Önemi ile Bu Gereklilik ve Önem Karşısında Bank. K. Düzenlemesindeki Boşluk

3.2.6.1. Grup Bankacılığında Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasının Gerekliliği ve Önemi

Grup şirketleri sistemi özellikle de aynı sistemi içeren grup bankacılığı uygulamalarında ortaya çıkan sorunlar karşısında, daima, önemli ölçüde tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanması gerekliliği olmuştur.

İçinde en az bir bankanın bulunduğu bir şirketler topluluğunda bankanın 'Topluluk' (Grup) ile bankanın yaptığı bankacılık 'grup/topluluk bankacılığı' olarak adlandırılmaktadır. Bu durumda Grup içinde banka genellikle yavru ortaklık konumundadır. Bu tür bankacılık Türk bankacılık uygulamasında 'holding' bankacılığı olarak da adlandırılmaktadır.¹⁸⁴

Çünkü grup sisteminde yer alan ana ortaklık yavru ortaklıklar arasında, ana ortaklığın yavru ortaklıklar üzerindeki hakimiyetine bağlı olarak, özdeşleşme oluşturulması oldukça kolaydır. Bu özdeşleşme gruptaki yavru ortaklık banka ile ana ortaklık arasında gerçekleştiğinde sorumluluktan kurtulmak veya kapsam dışı kalmak amacıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenilmesi çok sık rastlanan bir durumdur. Bu duruma sadece grup bankacılığında değil aynı zamanda banka olmayan yavru ortaklık ana ortaklıkla ilişkilerinde de aynı nedenlerle rastlanmaktadır.

Diğer taraftan, bir şirketin gerçek kişi ortaklarının normal şartlar altında şirket menfaatlerini ön planda tutacakları varsayılmaktadır. Ancak tüzel kişi ortaklar bakımından aynı varsayım kabul edilmemektedir. Özellikle, grup şirketleri sisteminde olduğu gibi bir şirketin diğer bir şirketin hakim ortağı olması durumunda bu hakim ortak şirketin çıkarları ile ortağı olduğu şirketin menfaatleri çatıştığında hakim ortak şirketin kendi menfaatlerini tercih edeceği ise kabul edilen bir gerçektir. Bu durumda ana şirketin yavru şirketler üzerindeki hakimiyetini

¹⁸⁴ Tekinalp(2009); s.123.

kendi menfaatleri doğrultusunda kötüye kullanması suretiyle yavru şirketlerin alacaklılarının uğradıkları doğrudan veya dolaylı zararlardan ana şirketin sorumlu tutulabilmesi ve böylece hakkaniyete uygun sonuçlara varılabilmesi için ana şirket ile yavru şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin aralanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Ancak yavru şirket bir banka olduğunda ana şirketin yavru şirket üzerindeki hakimiyetini kendi menfaatleri doğrultusunda kötüye kullanması karşısında bankanın alacaklılarının uğrayacakları zarar ve bu zararın sosyal boyutları düşünülecek olursa grup bankacılığında ana şirket ve yavru şirket banka arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının, diğer grup şirketlerine kıyasen öncelikle gerekli ve önemli olduğu açıktır.

Bu durum karşısında, Alman Hukukunda, önce uygulamada grup içinde ana şirketin yavru şirketler üzerindeki hakimiyetinin fazlasıyla genişlemekte olduğu gerçeği zorunlu olarak kabul edilmiş ve¹⁸⁵ Mahkemeler ana şirketi yavru şirketin borçlarından sorumlu tutabilmek için yavru şirketler için (ana şirketin) ‘kuklası,aracı,cebi’ gibi benzetme anlamında kavramlar geliştirmişlerdir.¹⁸⁶ Nihayet oluşan mağduriyetlerin hakkaniyet ve adalet ilkelerine uygun olarak objektif çözümlenmesi amaçlı özel hukuki düzenlemeler hazırlanarak yürürlüğe konulmuştur.¹⁸⁷

Amerikan hukukunda, bu konuda uygulamada sık rastlanarak tecrübe edilmiş olan somut olaylar dikkate alınmak suretiyle, öğretide geliştirilmiş ve uygulamada da kabul edilen kriterler bulunmaktadır. Örneğin: Ana ortaklık yavru ortaklık ilişkilerinde iki durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekliliği genel kabul görmektedir. Bunlardan birincisi ana şirketin yavru şirket üzerindeki hakimiyetini kötü-

¹⁸⁵ Sağlam(1995), s.88.

¹⁸⁶ İyi gün; s.4; Sağlam(1995); s.88; Topaloğlu, M; Sermaye Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Bu Konuda Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Getirilen Hükümler; Prof. Dr. Fırat Oztan’a Armağan; Turhan Kitabevi, Ankara, 2010, s.2086.

¹⁸⁷ Alman Hukukundaki bu hukuki düzenlemeler hakkında açıklamalar için bkz. İyigün; s.4-5; Boyacıoğlu, Cumhuriyet; Konzern Kavramı, Nobel Kitabevi, Ankara, 2006, s.115-117; Dennler Markus, Durchgriff im Konzern, Dissertatiton, Huber Druck AG, s.16, İyigün; s.4 dp. 140’tan naklen); Keki Selim; Deutsches und türkisches Konzernrecht in der rechtsvergleichender Betrachtung, Kostanzer schriften zur rechtswissenschaft, Hartung-Gorre Verlag Konstanz, s.6-7 (İyigün; s.4, dp.142’den naklen); Yanlı; s.209-210.; Topaloğlu; s.2094-2095.

ye kullanması durumunda yavru şirket alacaklılarının doğrudan menfaatlerini zedeleyen bir doğrudan zararın bulunduğu durumlarda; ikincisi ise, yavru şirketin özen ve sadakat yükümüne aykırı olarak devralınması suretiyle yavru şirketin aktifinde oluşan azalmalar nedeniyle yavru şirket alacaklılarının uğradıkları bir dolaylı zararın bulunduğu durumlarda ana şirket ile yavru şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekliliğine ilişkindir.¹⁸⁸

3.2.6.2. Bank. K. Düzenlemesindeki Boşluk

Türk hukukunda, ETK hukuken birbirinden bağımsız olmakla beraber aralarında hakimiyet ilişkisi bulunan birden çok şirketin bulunduğu topluluk veya grup içindeki hakim şirket ve bağlı şirketler arasındaki ilişkileri düzenleyen bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Sadece Anonim Şirket hükümleri arasında yer alan m.466'da bilançosu bakımından 'Holding' kavramı düzenlenmişti. Türk hukukunda bu boşluk 6102 S. TTK (na kadar devam etmiştir. Şirketler arasındaki gruplaşma faaliyetlerinin ülkemizde de hızla artmış olmasına bağlı olarak; bu konu ilk defa 6102 S TTK ile 'Şirketler Topluluğu' kavramı ve başlığı altında düzenlenerek(m.195-210) bu önemli boşluk doldurulmuştur.¹⁸⁹ Ancak öğretilerde¹⁹⁰ Alman Hukukundaki 150 maddelik uzun paragraflardan oluşan düzenlemeye kıyasen 20 maddeden ibaret bu düzenlemenin yetersizliği önemle vurgulanmaktadır. Bu yetersizlik zaman içinde uygulamada ortaya çıkacaktır.

Bu düzenlemede, birden çok ticaret şirketinin sırf hukuken bağımsız olmaları yeterli görülmemeyerek, hakim şirket ile bağlı şirketlerden oluşan aralarında hakimiyet ilişkisi bulunan ticaret şirketlerinden oluşan şirketler topluluğunun ilişkilerinin uygulamada ortaya çıkarttığı sorunların niteliği ve önemi ile ekonomik işlevleri dikkate alınarak topluluğa dahil şirketler arasındaki ilişkiler,hak ve yükümlülükler ile sorumlulukları düzenlenmiştir.¹⁹¹

¹⁸⁸ İyigün; s.4; Örnek kararlar için bkz. Topaloğlu; s.2095.

¹⁸⁹ Türk hukukunda bu düzenlemeyi bilimsel olarak irdeleyen ve açıklayan ilk eserlerden birisi olarak bkz. Nilsson-Okutan, Gül; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu, XII Levha Yayınları, 1. Baskı, İstanbul, 2009.

¹⁹⁰ İyigün, s.4.

¹⁹¹ Bahtiyar, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku; Kısa Karşılaştırma ve Değerlendirmeler, Beta Yayınları,11. Baskı, İstanbul, 2016, s.73-77.

‘Şirketler Topluluğu’ hakim (ana) şirket ile ona doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan,yani ana şirket ile aralarında hakimiyet ilişkisi bulunan en az bir veya daha fazla sayıda yavru şirketten oluşur. (m195/1).

Tüzel kişilik perdesinin aralanması yani konumuz bakımından önemli olan bu düzenlemede yer alan ‘sorumluluk’ hükümleridir (m.202,209)

Bu düzenlemede sorumluluk ‘*Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk*’ (m.202) ve ‘*Güvenden Doğan Sorumluluk*’ (m.209) olmak üzere ikiye ayrılmak suretiyle düzenlenmiştir.

‘Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk’: Bu düzenlemeye göre, hakim şirket, hakimiyetini bağlı şirketi zarara uğratabilecek şekilde kullanamaz. Aksi takdirde hakim şirketin bundan doğan zararı denkleştirme yükümlülüğü doğar(m.202/1).

Bu yüküme aykırılık gerçekleştiği takdirde bağlı şirketin her bir pay sahibi ve şirket alacaklıları hakim şirketten ve onun kayba sebep olan yönetim kurulu üyelerinden şirket zararını talep edebilirler.Bu durumda hakim tazminat yerine davacıların bağlı şirketteki paylarının hakim şirketçe satın alınmasına veya başka bir çözüme karar verebilir. (m.202/2).

Bu düzenleme TTK’da hakim (ana) şirket ile bağlı(yavru) şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin doğrudan ve açıkça aralanmasına ilişkin önemli bir örnektir. Zira bu düzenlemeye göre, bağlı şirketin pay sahipleri veya alacaklıları uğranılan zararın tazminini, belirli koşullara bağlı olarak bağlı şirket ve hakim şirket arasındaki tüzel kişilik perdesinin aralanması suretiyle hakim şirketten veya onun yönetim kurulu üyelerinden talep edebileceklerdir.¹⁹²

‘Güvenden Doğan Sorumluluk’ ise, hakim şirketin şirketler topluluğunun itibarının, topluma veya tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumlu kılınmasıdır.(m.209).

¹⁹² Bu sorumluluk düzenlemesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gürel, Murat; Türk Ticaret Kanunu Tasarısında Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2009, Ankara.

Bu düzenleme bir sosyal koruma tedbiri olarak değerlendirilmektedir.¹⁹³ Nitekim TTK Tasarısındaki bu düzenlemenin gerekçesine göre: *'Türkiye bu hüküm ile Avrupa öğretisinde çoğunluk tarafından savunulan güven kavramının önemli bir uygulamasını oluşturan ve İsviçre Federal Mahkemesi'nin Wibru/Swissair kararı(BGE120 II 331) ile kabul edilen şirketler topluluğunun (konzern'in) toplumda veya tüketicide yarattığı güvenden doğan sorumluluğu¹⁹⁴ kanunen düzenleyen ilk ülkedir' ifadeleri yer almaktadır.*¹⁹⁵

Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanmasının grup bankacılığında diğer grup şirketlerine kıyasen öncelikle gerekli ve önemli olmasına rağmen Bank. K.'da grup bankacılığında tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının uygulanmasına ilişkin bir sorumluluk düzenlemesine yer verilmemiştir. Bu Bak. K.'na yönelik eleştiriye değer çok önemli bir eksikliklerdir. Zira Ülkemiz bankacılığında grup bankacılığı çok yaygın bir uygulama alanına sahiptir. Bu bağlamda 1990'lı yıllardan bugüne mali gücü zayıflayarak sorunlu hale gelen ve olağanüstü çözümlerle yöntemlerinin uygulanmasına maruz kalan bankaların çoğu grup bankalarıdır, diğer ifade ile Ülkemizde bankacılık sektörünün yaşadığı ciddi krizlerde grup bankacılığı sisteminin önemli etkisi olmuştur.¹⁹⁶

Diğer taraftan, grup bankacılığı nezdinde yavru ortaklık konumundaki bankaların pay sahiplerinin ve alacaklıları önemli zararlara maruz kalmaktadırlar. Bu nitelikteki uyumsuzluklarda Bank. K.'daki boşluğun kıyasen TTK. m.202'deki 'Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kul-

¹⁹³ Bahtiyar; s.77.

¹⁹⁴ Bu konuya ilişkin doktrin, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarını içeren ayrıntılı bir bilimsel inceleme olarak bkz. Yılmaz, Asuman; Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenen Doğan Sorumluluk, İstanbul, 2010.

¹⁹⁵ Bahtiyar; s.77.

¹⁹⁶ Bumin, Mete-Ateş, Ferhun; Sorunlu Bankaların Çözümlemesi Türkiye Deneyimi, Palme Yayıncılık, Ankara, 2008, s.35-44, 131-136; Tekinalp, Ünal; 'Fon'a Banka Devrinden ve Grup Bankacılığında Vazgeçilmeli', Kredi Kuruluşları Kanunu Taslağının Tartışılması Konferansı (Yapı Kredi Yatırım, Active, Activity, 2004, s.10; Diğer taraftan grup bankacılığı sisteminin bankacılık sektöründe sebep olduğu u krizler karşısında Türk banka hukuku öğretisinde grup bankacılığı sisteminin, sınırlandırılarak da olsa muhafaza edilmiş olması şiddetle eleştirilmekte ve açık bir hükümle tamamen yasaklanması gerektiği tavsiye edilmektedir. Tekinalp(2004), s.8-10.

lanılmasından Doğan Sorumluluk' düzenlemesi hükmünün uygulanması suretiyle doldurulması mümkündür. Ancak bu imkan Bank. K.'ndaki mevcut boşluğu mazur göstermez.

Zira Bank.K. Sisteminde, Grup bankacılığı yasaklanmamış, sadece sınırlandırılmıştır.¹⁹⁷ Grup bankacılığı sisteminin niteliği itibarıyla özdeşleşmeye dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenilerek sorumluluktan kaçmaya veya kapsam dışı kalmaya çok müsait olduğu bilinen bir gerçektir. Bu durum karşısında, Bank.K. Sisteminde kanun koyucunun tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenerek banka pay sahipleri ile alacaklılarını zarara uğratanlara karşı koruyucu politikasını açıkça ortaya koyan(m.110) düzenlemelere yer verilmişken; aynı koruyucu politikanın grup bankacılığı sistemi çerçevesinde tüzel kişilik perdesinin ardına gizlenilmesi suretiyle zarara uğratan pay sahipleri ve alacaklılar için ihmal edilmiş olması açık bir çelişki oluşturmaktadır. Üstelik Bank. K'nın hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği dönemde kıyasen uygulanması mümkün olan TTK m.202 düzenlemesi de bulunmaktaydı. Bu dönemde Bank. K. çerçevesinde banka pay sahiplerinin ve alacaklılarının grup bankacılığı sisteminde uğrayacakları zararların tazminine ilişkin uyumsuzluklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sorununun çözümü tamamen Mahkemelerin takdirine bırakılmıştır.

Ayrıca bugün itibarıyla TTKm.202 düzenlemesinin kıyasen uygulanması da her durumda grup bankacılığı alanındaki mağduriyetlerin giderilmesi bakımından tatmin edici olmayabilir. Çünkü banka işletmesinin faaliyet konuları ve finansal sistemdeki rolü, onu diğer ticari şirketlerden farklı kılmaktadır. Bu nedenle kuşkusuz, grup bankacılığı için. Bank. K.'da ticari yaşamdaki önemi vazgeçilmez olan güven ve hızlilik ilkelerinin dikkate alınması suretiyle özel bir düzenleme yapılması daha uygun olurdu.

3.2.6. Bank. K. Çerçevesinde Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramı ile Dolaylı Olarak İlişkilendirilen Diğer Düzenlemeler

Yukarıdaki açıklamalarımızda, tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin banka işletmesi hukuku alanında; özel bir öneminin ve bu bağlamda geniş kapsamlı bir uygulanma alanının olduğu, bu durumun

¹⁹⁷ Tekinalp(2004); s.10.

bir gereği olarak da ilkenin uygulanmasının sadece Mahkemelerin takdir yetkisine bırakılmayıp bunun yanısıra ilgili hukuki düzenlemelerde normatif olarak ifade edildiği vurgulandı.

Bu nedenle Bank.K. 'da tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesinin normatif düzenlenmesi niteliğinde hükümlerin olduğu; ancak öğretilerde Bank. K.'da yer alan düzenlemeler bakımından tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile bağlantılı düzenlemelerin, bu ilke ile doğrudan ilişkili ve dolaylı olarak ilişkili düzenlemeler olarak ikili bir ayırma tabii tutularak incelendiği ve bu çerçevede dolaylı olarak ilişkilendirilen düzenlemeler de kapsama alındığında ortaya çıkan bütünün Bank. K. hükümlerinin hemen hemen tamamına yaygın olduğu belirtildi.

Bu geniş kapsamlı bütünün açıklanması bu çalışmanın boyutlarını aşacağı gerekçesiyle yukarıda Bank. K. çerçevesinde yer alan düzenlemelerden tüzel kişilik perdesinin aralanması ilkesi ile doğrudan ilişkili olan düzenlemeler ile öğretilerde dolaylı olarak ilişkilendiren ancak belirgin örnek niteliğinde olan düzenlemeler bu ilkeyi olan bağlantıları ve amaçları açıklanmak suretiyle çalışma kapsamına dahil edilmiştir.

Bu kapsama dahil etmediğimiz ancak öğretilerde bu ilke ile dolaylı olarak ilişkilendiren diğer düzenlemelere burada sadece madde başlığı ve numarası itibarıyla değinilecek ve ilgili yazarların bu düzenlemelere ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesi ile olan bağlantılarına ilişkin açıklamalarına dipnotlarda atıf yapılacaktır. Zira bu düzenlemelerin sözkonusu ilke ile olduğu iddia edilen dolaylı bağlantıları bakımından belirgin özellik göstermedikleri kanaatindeyiz. İddia konusu düzenlemeler şunlardır:¹⁹⁸

1. 'Kuruluş Şartları' başlığını taşıyan m.7.
2. 'Kurucularda Aranılan Şartlar' başlığını taşıyan m.8.
3. 'Faaliyet İzni' başlığını taşıyan m.10 düzenlemesindeki bankanın faaliyete geçmesi izninin verilebilmesi için gerekli olan şartlar.
4. 'Pay Edinimi ve Devirleri' başlığını taşıyan m.18.

¹⁹⁸ Bu düzenlemeleri tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı ile dolaylı olarak ilişkilendiren kaynaklar için bkz. Özkurt;s.149-156, 194-198; Yalçın; s.292-294.

5. 'Denetim Komitesi' başlığını taşıyan m.24.
6. 'Yönetim Kurulu' başlığını taşıyan m.23.
7. 'Genel Müdür ve Yardımcıları' başlığını taşıyan m.25.
8. Bankaların denetlenmesi sistemine ilişkin düzenlemeleri içeren m.27-42.
9. 'Ödenmiş Sermaye, Yedek Akçeler Özkaynak' başlığını taşıyan m.44.
10. 'Krediler ve Risk Grubu' bölüm başlığını taşıyan m.48-59.
11. 'Mevduata ve Katılım Fonu' Toplamaya İlişkin Hükümler' Kısım başlığını taşıyan m.60-64.
12. 'Fon Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Yetki ve Usuller' başlığını taşıyan m.132 düzenlemesindeki atıf kapsamında 6183 Sayılı Kanun kapsamında yer alan takip ve tahsil yetkilerine ilişkin düzenlemeler.
13. 'Fonun Alacaklarının Tahsiline İlişkin Diğer Yetkiler' başlığını taşıyan m.134. ve 'Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonu Tutarının Eksik Beyanı Halinde Uygulanacak Takip ve Tahsil Usülleri' başlığını taşıyan m.135.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRMELER

'Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı'nın, banka işletmesi hukuku alanında önceleri sadece Mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda takdir yetkilerine dayanılarak uygulanırken, daha sonraları banka işletmesi kanunlarında normatif olarak düzenlenmeye başlandı; Bu kuramın, banka işletmesi hukuku alanındaki özel önemi gitgide artmakta olduğu;bu artışın temel nedeninin finansal piyasaların küreselleşmesine bağlı olarak kırılğanlıklarının artması ve bu artışın da bankacılık sektörünün kırılğanlığını etkilemesi suretiyle ortaya çıkan bankacılık krizlerinde ya da olağan faaliyet sürecinde banka tüzel kişiliğinin arkasına gizlenilerek yapılan işlemlerden doğan zararın faturasının nihayetinde vergi mükellefleri olarak bütün ülke halkına yansıtılması olduğu. Buna ek olarak bu maddi zarara bağlı olarak halkın bir güven kurumu olarak bankalara olan güveninin sarsılması suretiyle bankaların itibar kaybetmesinden ve kamu düzeninin bozulmasından

kaynaklanan önemli ölçüde sosyal boyutlu bir manevi zararın da doğduğu yukarıda açıklandı:

Bu artan öneme bağlı olarak, yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde Türk banka işletmesi hukuku alanına ilişkin olarak ‘Tüzel kişilik perdesinin aralanması’ kuramının, uygulanması ve normatif görünümü hakkında şu temel sonuçlara varmak mümkündür:

1- 5411 S. Bankacılık Kanunu çerçevesindeki bu ilkeye ilişkin normatif düzenlemeler bakımından bu ilkeye ilişkin iki temel eksiklik bulunmaktadır. Bu eksikliklerden birincisi kıyı bankacılığı faaliyetleri alanında ülke içi banka ile ülke dışındaki kıyı bankası arasında tüzel kişilik perdesinin aralanmasını ve bunun şartlarını düzenleyen açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. İkincisi ise; grup bankacılığı ilişkilerinde ana ortaklık ve yavru ortaklık banka ya da yavru ortaklık banka ile diğer yavru ortaklıklar arasında tüzel kişilik perdesinin aralanmasını ve bunun şartlarını düzenleyen açık bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasıdır. Oysa yukarıdaki ilgili açıklamalarda kıyı bankacılığı ve grup bankacılığı ilişkilerinin banka tüzel kişiliğinin arkasına gizlenilmesine en müsait alanlar oldukları, bu bağlamda uygulamada en ciddi istismarların bu alanlarda gerçekleştiği önemle vurgulandı.

Bu durum karşısında 5411 S. Bankacılık Kanunu’nun bu eksiklikler dışında ‘Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’na ilişkin içerdiği düzenlemeler bakımından yeterli olduğu ve bu bağlamda Kanun koyucunun Kanunu hazırlarken ‘Tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramı’ nın normatif düzenlenmesinin önemi konusunda yeterince bilinçli ve bilgi sahibi olduğu açıkça anlaşılmaktadır. Zira ilgili düzenlemelerin ifadelerinin tercihinde farkedilir bir hassasiyet gösterilmiştir. Bu bağlamda, Kanun koyucunun sözkonusu husustaki bilinci, bilgisi ve hassasiyetine rağmen mevcut iki önemli eksikliği neden bıraktığı sorusu akla gelmektedir. Bu sorunun cevabı ‘Kanun koyucunun dikkatsizliği, dalgınlığı, acele davranmış olması’ gibi bahanelerle geçiştirilemez. Akla gelen en makul ve olası cevap Kanun koyucunun bu hususları bir hukuk politikası tercihi olarak eksik bırakmış olduğudur. Bu durumda kaçınılmaz olarak Kanun koyucunun bu tercihi yapmasının gerekçesinin ne olabileceği sorusu akla gelmektedir. Bunun olası cevabı olarak öncelikle bu çok önemli iki hususu bir hukuki düzenlemenin kalıpları arasına sığdırarak uygulamayı sınırlandırmak yerine Mahkemelere geniş bir takdir alanı bırakmayı tercih etmiş olabileceği düşünülebilir.

Ancak Kanun koyucunun tercih nedeni ne olursa olsun bu eksiklikler; Kanun sisteminin genelinde tüzel kişilik perdesinin aralanması kuramının normatif görünümünden olarak esaslı nitelikte eksikliklerdir. Bu bağlamda sistemin geneline hakim olan, hak sahiplerinin korunmasına yönelik hukuk politikalarını içeren hükümler karşısında çok önemli bir çatlak ve çelişki oluşturmaktadırlar. Bunların dışında kalan, sözkonusu kuramın normatif görünümünden olan diğer düzenlemelerin ise pek çoğu teferruattır. Bunlar mevcut çatlakları kapatacak veya çelişkiyi gidecek nitelikte değildir.

2- Yukarıda Kanun koyucunun sözkonusu hususları eksik bırakmış olmasına ilişkin hukuk politikası tercihinin ihtimali sebeplerinden biri olarak belirtmiş olduğumuz, kıyı bankacılığı ve grup bankacılığı ilişkilerinde ‘*Tüzel kişilik perdesinin aralanması*’ kuramının uygulanmasına ilişkin yargıya bırakılan ve düşen görevin ne ölçüde yerine getirilmiş olduğuna ilişkin bir değerlendirme yapılacak olursa; Maalesef Türk banka işletmesi hukukunda Mahkemelerce verilmiş olan grup bankacılığı ve kıyı bankacılığı ilişkileri ile ilgili ‘*Tüzel kişilik perdesinin aralanması*’ kuramının uygulanmasına ilişkin bir ilke kararı bulunmamaktadır. Mahkemelerin bunu gerektirecek bir uyumsuzlıkla karşı karşıya kalmamış oldukları ise oldukça zayıf bir ihtimaldir. Zira ülkemizde 1990’lı yıllardan bu güne kadar gerçekleşmiş olan önemli banka krizlerinin, birçoğu grup bankaları nezdinde gerçekleşmiş ve grup bankacılığı ilişkilerinden kaynaklanmış olup¹⁹⁹bu krizlerin hemen hemen tamamındaki uyumsuzluklarda yargı yoluna başvurulmuştur. Gene 2003 yılında gerçekleşmiş olan kıyı bankacılığı krizi önemli bir sosyal sorun oluşturmuş ve yargıya intikal etmiştir.²⁰⁰

¹⁹⁹ TMSF:‘Fon Bankaları Çözümleme Maliyetleri Çalışması’, s.1.

<http://www.tmsf.ortri/documents/reports/fonbankcozcal.doc> (25.05. 2016).: ayrıca bu belge için bkz. Cengiz, Dilek; Türk Hukukunda Banka İşletmesinin Denetlenmesi ve Sorunlu Bankaların Çözümlemesi, s. (375-383),375, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

²⁰⁰ Bu krize ilişkin resmi ve özel belgeler, bilimsel mütalaalar ve yargı kararları için bkz. Domaniç, Hayri; 03.07.2003 Tarihinde Kapatılan İmar Bankası Konusunda Çeşitli Resmi ve Özel Belgelerle İlmî İncelemeler, Arıkan Yayıncılık, İstanbul,2005.