

ŞAHSİ OLARAK İFLASI İSTENE BİLEN BANKA YÖNETİCİLERİ, DENETİCİLERİ VE HAKİM ORTAKLARI

(Managers, Auditors and Controlling Shareholders of Banks whom
Individual Bankruptcy Can Be Petitionned)

Doç. Dr. M. Fahrettin ÖNDER*
Av. Sibel MUTLUCAN SAYIN

ÖZET

Ticari faaliyetleri sonucu tacirler iflasa tabi iken, tacir olmadıkları halde bankacılıkta banka yöneticileri, denetçileri ve hakim ortakları da belli şartların bulunması halinde Bankacılık Kanununun 110. maddesi uyarınca iflasa tabi kılınmışlardır. Bankaların ekonomide güven müessesesi olması, yöneticilerinin de dikkatli bir şekilde bankaları yönetmelerini gerektirir. Bu yüzden bu çalışmada şahsi iflasa tabi kişiler tek tek belirlenmiş ve iflas şartları da ayrıntılı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

Anahtar kelimeler: İflas, banka yöneticilerinin iflası, şahsi iflasın şartları, banka yöneticisi, şahsi iflas

Abstract

Bank executives, auditors and also controlling shareholders and managing are subject to bankruptcy in accordance with the Banking Act Article 110 although they are not the traders while the traders are subject to bankruptcy as a result of their commercial activity. Because of the fact that banks are the institutions of confidence in economies, their managers have to be also careful about managing the banks. Therefore, the study tries to explain the bankruptcy conditions and it also tries to define the people who are subject to bankruptcy individually.

Keywords: Bankruptcy, bankruptcy of managers of bank, individually bankruptcy conditions, managers of bank, individual bankruptcy

GİRİŞ

Bankalar günümüz ekonomik sisteminin en önemli yapı taşlarından bir tanesidir. Liberal ekonomik sistemin hakim olduğu ülkelerde bankaların çok önemli işlev-

* Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

leri bulunmaktadır. Bankalar, bir taraftan halkın maddi zenginliklerinin yönetiminde önemli bir rol üstlenirken diğer taraftan tutumlarıyla ekonomideki para hacminin belirlenmesinde etkili olmaktadır¹. İşte ekonominin bir nevi lokomotif konumundaki bankaların, mali yapıları ile herkese güven vermesi gerekmektedir. Nitekim bankalara karşı oluşabilecek en ufak bir güven kaybı domino taşı etkisi meydana getirmekte ve tüm ekonomik ve siyasi düzeni olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Aynı zamanda ülke ekonomisi üzerinde önemli rolleri olan bankalar, ekonomideki meydana gelebilecek tüm gelişmelerden de etkilenmektedirler².

Ülkemiz açısından baktığımızda, bankacılık geçmişinin bir bölümünde sicilinin hiç de parlak olmadığını görmekteyiz. Avrupa ülkelerinden çok sonra kurulan bankalar, dönem dönem ekonomik açıdan birçok acı tecrübenin yaşanmasına neden olmuşlardır. Bir türlü oturtulamamış bir bankacılık sistemi üzerine inşa edilen bankalar, yöneticilerinin basiretsiz ve etik olmayan yönetimleri ile ciddi ekonomik darboğaza neden olmuşlardır. Bankaların mali durumlarının kötüleşmesinin de ülkenin kırılgan ekonomik yapısının da neden olduğunu unutmamak gerekmektedir. 2003 yılında İmar Bankası'nın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna (TMSF) devrinden sonra konu önemini yitirmiş gibi gözükmekteyse de 29.05.2015 tarihinde bu sefer Bank Asya'nın TMSF'ye devredilmesi, konunun öneminin hala devam ettiğini göstermektedir.

Ekonomide acı reçetelerden geçmek zorunda kalan ülkemizde Bankacılık mevzuatı konusunda birçok düzenleme yapılmıştır. Bu düzenlemelerin en sonuncusu da 2005 yılında çıkarılan 5411 sayılı Bankacılık Kanunudur (BankK). Bu Kanun, şahsi iflasa tabi olma bakımından farklılaştırılmış şekillerde de olsa 1936 tarihli 2999 sayılı Kanunda düzenlenip daha sonraki Kanunlarda da benzer prensibini muhafaza etmiştir.

Bu çalışmamızda, banka yöneticileri, deneticileri ve hakim ortaklarının şahsi iflasları incele konusu yapılmıştır.

I. Şahsi İflasa Tabi Banka Yöneticilerinin Belirliliği

Şahsi sorumluluğu düzenleyen BankK. m. 110/I hükmü aşağıdaki gibidir.

“Bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71 inci madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti hâlinde, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek, Fon Kurulu kararına istinaden ve Fonun talebi üzerine doğrudan şahsen

¹ YÜKSEL, A.Sait/ YÜKSEL, Aslı/YÜKSEL, Ülkü; Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Beta Yayınevi, İstanbul, 2004, s. 10.

² OY, Osman, Bankalar Kanununa Göre Yönetim Kurulu, Yönetici ve Ortakların Hukuki ve Cezai Sorumlulukları ve 4389 Sayılı Bankalar Kanunu, Beta yayınevi, 2. bası, İstanbul, 2002, s. 3.

iflaslarına mahkemece karar verilebilir. Bu karar ve işlemler bankanın hâkim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanır. Bu suretle tahsil edilen tutarın Fon tarafından ödenen mevduat ve katılım fonu tutarı ve fer'ileri mahsup edildikten sonra bakiye kısmı tasfiye hâlindeki veya iflasa tâbi bankaya iade edilir.” Bu fıkra da şahsi iflası istenecek kişiler için “banka yöneticileri” kavramına yer verilmiştir. Bu kavram da, yine “yöneticiler” olarak BankK. m. 3’de;

“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 yöneticilerini,” şeklinde tanımlanmıştır.

Bankacılık yapacak kuruluşun bir anonim şirket olması açısından konunun BankK.’da olmayan hususlarda Türk Ticaret Kanunu’ndaki (TTK) anonim şirketler için geçerli hükümlerin de dikkate alınmasını bir açıdan karşılaştırılmasını da gerektirecektir. Çünkü 6102 sayılı TTK m. 359 ve devamında yönetim ve temsili içeren ve organ niteliğindeki yönetim kurulu şeklinde bir yönetici kavramı düzenlenmiştir. Oysa BankK. m. 3’ de, başta yönetim kurulu olmak üzere yönetime etki ve katkıda bulunan yönetim kurulu üyelerinden ve diğer kişilerden oluşan genişletilmiş bir düzenleme yapılmıştır. Sahsi sorumluluk söz konusu olduğu için organdan ziyade organ üyesi dahil kişiler açısından bir yönetici kavramı getirilmesi yerinde olmuştur. 5411 sayılı BankK düzenlemesi ile şahsi iflası istenebilecek kişiler artık belirli hale gelmiştir denilmesinde bir sakınca bulunmamaktadır. Çünkü burada yapılan bilimsel tartışma ve Yargıtay uygulaması³, özellikle mülga 3182 sayılı Kanun döneminde şahsi iflası düzenleyen 69. maddesinin de değiştirildiği 512 ve 538 sayılı KHK düzenlemelerinin Anayasa Mahkemesince yönetim kurulu üyesi ve genel müdür dışında iptal edilmesinden dolayı ortaya çıkmış ve mülga 4389 sayılı Bankalar Kanununun 17/(1) hükmünde de;

“Bir bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden memurlarının kanuna aykırı karar ve işlemleriyle bankanın iflasına neden olduklarının tespiti halinde, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek, fon kurulu kararına istinaden ve Fon un talebi üzerine doğrudan şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir. Bu karar ve işlemler bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklara menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden aynı hüküm uygulanır.” Şeklinde düzenlenmiştir.

³ Yargıtay 19. HD’nin 16.10.2004 T. Ve 2004/9515 E, 2004/12667 sayılı ilamı(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Prog)

5411 sayılı BankK.'daki tanıma kadar genel değişmeyen uygulama, **bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleriyle, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imzaları bankayı ilzam eden memurları** şeklindeydi. Ancak 5411 sayılı BankK ile bu husus, tanımlara bırakılmış, şahsi iflası düzenleyen 110. maddede ise yöneticiler şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda şahsi iflası istenebilecek olanları tanım'da yer alan kişiler olarak sayılı ve sınırlı kabul etmek gerekecektir.

A- Banka Yönetim Kurulu Başkan ve Üyeleri

Bankalar, 6102 sayılı TTK.'da düzenlenen bir sermaye şirketi olarak anonim şirket şeklinde kurulmak zorundadırlar. Ancak bankalar, özelde 5411 sayılı BankK.'da düzenlenen hükümlere tabi olarak bir anonim şirketten farklı özelliklere de sahiptirler. Bu farklılıklar, bankaların taşıdıkları önem nedeniyle, şirketin kuruluşundan ortak sayısına, organların niteliklerinden daha pek çok alanda kendisini göstermektedir. Keza, 6102 sayılı TTK.'da belirtilen tek kişi ile anonim şirket kurulabilmesi imkanı bankalar için mümkün olmamaktadır.

BankK.'nun 23. maddesine göre, kurulan bir bankanın yönetim kurulu, genel müdür dahil 5 kişiden az olamayacaktır. Bankaların yönetim kurulu için bir alt sınır öngörülmüş iken üst sınır için bir sayı belirtilmemiştir. Bankalar, bu Kanuna göre bir genel müdür atamak zorundadırlar. Bunun sebebi, bankacılık işlemlerinin uzmanlık gerektiren bir iş olması, işlem hacimlerinin büyüklüğü ve ülke genelinde çok sayıda şube ve personele sahip bulunmalarındır⁴.

BankK.'da, banka yönetim kurulu üyelerinin görev süresi ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu nedenle görev süresi ile ilgili olarak 6102 sayılı TTK.'nun 362. maddesi uygulanacaktır. Bu maddeye göre, yönetim kurulu üyeleri 3 yıl için atanmaktadır. BankK. m. 110 anlamında icrai yetkisi olsun olmasın banka yönetim kurulu üyesi sıfatını taşıyan kimseler şahsi iflasa tabi olacaklardır. Ancak bazı yönetim kurulu üyeleri atandıkları görev dolayısıyla başka sıfatları da taşıyacaklarından Kanuni tanımda yer aldıkları ölçüde yeni sıfatları dolayısıyla şahsi iflasa tabi olacaklardır.

B- Murahhas Üyeler

BankK. m. 23'de murahhas üyelerden bahsedilmektedir. Murahhas üyeliği ilişkin BankK'da başka bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durumda devreye 6102 sayılı TTK m. 367 ve 370 girmektedir. Aslında murahhas üye bir yönetim kurulu üyesidir. Bu husus, sadece organ niteliğinde görev yapan yönetim kurulunun esas sözleşme ve iç yönerge hükümleri çerçevesinde yönetim ve temsilini bir veya birkaç

⁴ ALICI, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s. 258.

yönetim kurulu üyesine yetkinin devrinden ibaret olan bir husustur. Böyle bir durum gerçekleştiğinde yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu özel olarak murahhas üyenin şahsi sorumluluğu olarak devreye girecektir.

C- Denetim Komitesi Üyeleri

BankK. m. 24 uyarınca organ niteliğinde olan denetim komitesi, yönetime bağlı bir denetimi⁵ kapsamaktadır. Denetim, yönetim yeteneğini de gerektirir. Çünkü denetleyebilmek için yönetimi bilmek gerekir. Denetim görev ve yetkilerine bakıldığında bu sonucu çıkarmak mümkündür. Uzun yılların verdiği tecrübeler, sadece geçmişe yönelik değil geleceğe yönelik olarak da denetim yapılması zaruretini ortaya çıkardığından geleceği de içine alan yönetimin bir parçası haline gelen risk denetimi de bir denetim komitesi şeklinde organı meydana getirmiştir.

BankK. m. 24/III ve IV'e göre, denetim komitesi, yönetim kurulu adına bankanın iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin etkinliğini ve yeterliliğini, bu sistemler ile muhasebe ve raporlama sistemlerinin BankK ve diğer ilgili düzenlemeler çerçevesinde işleyişini ve üretilen bilgilerin bütünlüğünü gözetecek, bağımsız denetim kuruluşlarının yönetim kurulu tarafından seçilmesinde gerekli ön değerlendirmeleri yapacak, yönetim kurulu tarafından seçilen bağımsız denetim kuruluşlarının faaliyetlerini düzenli olarak izleyecek, ana ortaklık niteliğindeki kuruluşlarda, konsolide denetime tâbi kuruluşların iç denetim işlevlerinin konsolide olarak sürdürülmesini ve eşgüdümünü sağlayacaktır. Denetim komitesinin bu şekildeki yönetime bağlı denetimi bir nevi denetim yönetimi olduğu için ayrıca bu sıfatlarıyla şahsi iflasa tabi kişiler olarak sayılmışlardır.

D- Genel Müdür ve Yardımcıları

BankK. m. 23'de yönetim kurulunun doğal üyesi olduğu belirtilen genel müdür, 25. Maddede taşınması gerekli nitelikleri gösterilmektedir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri gibi belli uzmanlık alanlarına sahip kişilerden olması gerekmektedir. Genel müdürün atanması konusunda ise BankK.'da bir düzenleme yer almamaktadır. Yönetim kurulunun doğal üyesi olması ve mutlaka atanacak bir kişi olarak banka teşkilatlanması içinde yer almasından dolayı ağırlıklı olarak doğrudan genel kurul tarafından atanması veya yönetim kurulu üyeleri kendi arasından birini seçmesinin mümkün olduğu söylenebilecektir⁶.

Bana genel müdür yanında yeteri kadar genel müdür yardımcıları da atanabileceği atanma şartlarının yazıldığı BankK. m. 25'den anlaşılmaktadır. Dolayısıyla

⁵ **ÖNDER, M. Fahrettin**, "Bankalarda Denetim Komitesinin Kurumsal Yönetim İçindeki Yeri", Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, s. 180.

⁶ **GÖKTÜRK, Kürşat**, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Adalet Kitapçılık, Ankara, 2013, s. 77.

tanımlarda banka genel müdür yardımcıları da yönetici sayıldıklarından şahsi iflasa tabi kişilerden olmaktadır. Burada ayrıca BankK. m. 25/II'de zikredilen genel müdür yardımcısı sıfatı bulunmasa bile başka unvan altında görev yapan üst düzey personelin genel müdür yardımcısına denk veya daha üst bir görev icra ediyorsa bu yöneticilerin de genel müdür yardımcısı niteliğinde olacağına ilişkin hükmü de unutmamak gerekir. Dolayısıyla şahsi iflasa tabi olmak açısından sadece genel müdür veya yardımcılardan olmak yeterli olmamakta benzer görevleri yapanların da genel müdür yardımcısı sıfatı taşımasa bile eşitlik ilkesi gereği iflasa tabi olacaklardır. Uygulamada koordinatör sıfatıyla atama yapıp görev yapan kişiler⁷ bulunmaktadır. Bunlar da genel müdür yardımcıları gibi iflasa tabi kişilerden olacaklardır. Ayrıca Bankaların İç Sistemleri Hakkındaki ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkında Yönetmelik⁸ hükümlerine göre iç denetim, iç kontrol ve risk yönetimi sistemi yöneticileri de üst yönetim olarak adlandırıldığından iç sistem yöneticileri de genel müdür yardımcıları gibi değerlendirilmelidir.

Banka genel müdürünün hukuki niteliği konusunda 6762 sayılı TTK döneminde 342. madde kapsamında müdür sıfatındaki kişiler olarak değerlendirilebileceği⁹ savunulmaktadır. 6102 sayılı TTK m. 370/(2)'de de aynı şekilde düzenleme mevcuttur. Ancak kanaatimce banka genel müdürünü bu şekildeki müdür olarak görmek BankK. m. 23 hükmü karşısında doğru olmayacaktır. Özellikle yönetim kurulu üyeleri arasından bir genel müdür seçildiği takdirde bu kişiyi 6102 sayılı TTK m. 370/(2) anlamında müdür saymak mümkün olmayacaktır. Bu durumda olsa olsa yetki verildiği ölçüde murahhas üye olarak görmek gerekir. Ancak bu husus, genel müdür yardımcıları açısından geçerli olmaz.

E- Kredi Komitesi Üyeleri

Kurulması zorunluluğu bulunmayan kurulduğu takdirde yasal dayanağını BankK. m. 51/II'den alan kredi komitesinin oluşumu bu madde kapsamında Yönetmelik hükümlerine bırakılmıştır. Nitekim Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin¹⁰ 6. maddesine göre yine yönetim kurulu üyelerinden en az iki üyesi ve banka genel müdüründen oluşmaktadır. Bu durumda kredi komitesi oluşturulmuşsa şahsi iflasa ilişkin sorumluluk kredi komitesi üyesi olarak dikkate alınacaktır. Aslında kredi açma yetkisi banka yönetim kurulunun yetkisinde olan bir husus iken Kanun bu yetkiyi oluşturulmuşsa kredi komitesine en fazla özkaynağın % 10 oranında ve-

⁷ ALICI, s. 284.

⁸ 11.07.2014 T. Ve 29057 sayılı RG.

⁹ TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009. (Banka Hukukunun Esasları), s. 177, DOĞRUSÖZ, Hanife, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s.99.

¹⁰ 01.11.2006 T. ve 26333 sayılı RG.

rebilecektir. Bu durumda yönetim kurulunun sorumluluğu da aynı şekilde devam edecektir.

F- İmza Yetkisine Sahip Diğer Kişiler

1. Bölge ve Şube Müdürleri

Mülga 4389 sayılı Kanun ile daha önceki kanunlarda şahsi iflası istenebilen münferit kişiler için “imzaları bankayı ilzam eden memurları” kavramı kullanılmaktaydı. Bu gün için kapsamı belirten sayma yöntemi kullanılsa da aslında imza yetkisine sahip diğer yöneticiler kavramı da kullanılabilir. İşte bunların başında bankanın varsa bölge müdürleri veya şubeleri için atanmış şube müdürleri kendi alanları için en üst yönetici konumundadırlar. Çünkü şubede idari anlamda bir bağımsızlık olmadığı bilakis merkeze bağımlılığın olduğu yerde dışa karşı bir diğer deyişle müşterilere karşı bağımsızlık bulunduğundan yapılan işlemler bakımından şube müdürlerinin de iflasa tabi kişilere dahil edilmesi yerinde olmuştur. Ancak şahsi iflas istenebilmesi şartlarının bir bütün olarak banka üzerinde gerçekleşmesi gerektiğinden, bir şube müdürünün sonuca ne derece etkili olduğu veya şubenin faaliyetinin doğrudan bunlarla ilgili olup olmadığı da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği unutulmamalıdır.

2. Merkez Teşkilatı Birim Amirleri

BankK. m. 3'te yer alan yönetici tanımında merkezdeki genel müdürlük bünyesinde yer alan bölüm, kısım, grup gibi birimlerin amirleri de yer almaktadır. Bankaların merkez teşkilatlanmasında bir sınırlama olmadığı için geniş yetkilere sahiptirler. Görüldüğü üzere, bölüm, kısım, grup gibi tabirlerden kapsamın geniş tutulduğu sonucu çıkmaktadır. Önceki Kanunlara nazaran yönetici tanımının daha da genişletilmesinin sebebinin bankacılık sektöründe yaşanan acı tecrübelerin olduğu muhakkaktır. Ancak şahsi iflaslarının istenebilmesi bakımından genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup gibi birimlerin yöneticilerinden kişi olarak kimlerin kastedildiğini anlamak çok mümkün değildir¹¹. Üstelik bankacılık işlemlerinin işleyişi bakımından bu kimselerin bir bankanın fona devrine veya faaliyet izninin kaldırılmasına sebep olacak nitelikte karar almaları, aldıkları varsayılsa bile bunun tespiti oldukça zor gözükmektedir. Kanun koyucunun buradaki amacının, gelişen teknolojinin geleneksel banka yapılandırmasını ortadan kaldırdığı yeni birimlerin ortaya çıkması ile yönetimde söz sahibi olan bu kimselerin sorumluluk kapsamı dışında bırakılmasının önüne geçme düşüncesi olduğu ifade edilmektedir¹². Bu nedenle banka bünyesindeki bir yapılanmanın birim olup olmadığının tespitinde,

¹¹ DOĞRUSÖZ, s.92.

¹² DOĞRUSÖZ, s. 102.

sonuç olarak kime bağlı olduğuna değil, üstünde ayrı bir yapılanmanın varlığına ve faaliyetlerinin niteliğine bakılacaktır¹³. Özellikle istihbarat, hukuk, insan kaynakları, finans yönetimi gibi isimler sayılabilir¹⁴. Ayrıca, Bankaların İç Sistemleri ve İçsel Sermaye Yeterliliği Değerlendirme Süreci Hakkındaki Yönetmelik hükümlerine göre iç denetim, iç kontrol ve risk yönetimi sistemi kurulması da bir zorunluluk olduğundan iç sistem yöneticileri genel müdür yardımcısı gibi değerlendirilse bile ayrı ayrı her bir birimdeki imza yetkisine haiz kişiler de birim amiri olarak şahsen iflası istenecek kişiler gibi değerlendirilecektir. Bu gibi birimlerde iç işleyiş bakımından genel müdürlüğe bağlılık olsa da bağımsız karar alabilme yetkisi bulunduğu kabul edilerek yönetici kapsamına dahil edildikleri kanaatini taşımaktayız. Çünkü tanımda imza yetkisine sahip şeklinde bir açıklama ile karar alma serbestisi kısmen vurgulanmış olmaktadır.

II. Şahsi İflası İstenebilen Banka Denetçisinden Kimlerin Anlaşılması Gerektiğinin Tespiti

BankK. m. 110, açıkça banka denetçilerinin de şahsen iflası istenebilen kişiler arasında saymıştır. Oysa 2005 yılından önce benzer bir düzenleme bulunmamakta idi. 5411 sayılı BankK.'nun yürürlüğe girdiği dönemde aynı zamanda bir anonim şirket olan banka için 6762 sayılı TTK.'nun 347. maddesi uyarınca organ niteliğinde bir denetçi bulunmakta idi. Bunun yanında organ niteliğinde denetim komitesi yer almakta ayrıca iç sistemler kapsamında banka müfettişlerinin yürüttüğü iç denetim ile bağımsız dış denetim yapılmakta idi.

Denetim organındaki denetçi, hukuki olarak da bir iç denetim ve fonksiyon olarak da yönetim denetimi yapmaktaydı. Banka müfettişleri de iç denetim yapmaktaydı ve hala yapmaktadır. Bağımsız dış denetçi ise dış denetim yapmaktadır. Burada denetçi kavramı, organ niteliğindeki denetçide ve bağımsız dış denetçide kullanılmaktadır. İç denetimdeki banka müfettişlerine ise bu ad kullanılmakta ve denetçi ismi kullanılmamaktadır.

Organ niteliğindeki denetçilik için herhangi bir uzmanlık şartının aranmadığı bu denetim sisteminde, geçen süreç içinde fonksiyonunu yitirdiğinden 6102 sayılı TTK ile kaldırılarak belli şartlara sahip şirketler için bağımsız dış denetim öngörül-müştür. 6102 sayılı TTK.'nun yürürlüğe girdiği 2012 yılından bu yana artık denetçi sadece dış denetçiyi ifade ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Yukarıdaki gelişmeler ışığında BankK.'nun 110. maddesi ile sorumluluk kapsamına alınan denetçiler kavramının muğlak kaldığı ilk bakışta söylenebilecektir. Ancak, yöneticiler kavramı içinde ifade edilen banka yönetim kurulunda ayrı bir

¹³ ALICI, s. 62.

¹⁴ GÖKTÜRK, s. 87.

birim olarak örgütlenen denetim komitesinin bu kapsamda olmadığı açıktır. Çünkü denetim komitesi, yönetimin bir parçası olarak denetim yönetimini üstlenmiştir ve denetçi değil yöneticidirler.

Tekinalp¹⁵, konuya ilişkin olarak denetçi kavramının organ anlamında kullanıldığını bu nedenle bağımsız denetim kuruluşları, yeminli banka murakıpları ve iç denetçilerin bu kapsamda olamayacağını belirtmektedir. Reisoğlu¹⁶ ve Doğrusöz¹⁷ de bu görüşe benzer açıklamalar yapmaktadırlar. Battal¹⁸, aksi görüşü savunarak iç denetim sistemine dahil olan müfettişlerin bu kapsamda olduğunu belirtmektedir. Kanaatimizce BankK. m. 110, şahsi sorumluluk için belirleme yaparken 3. maddede belirtilen yöneticiler merkezinde hareket ederek organdan ziyade kişileri esas almıştır. Organ niteliğindeki iç denetçiler de 6762 sayılı TTK döneminde şahsi iflasa tabi iken hali hazırda kaldırıldığından geriye denetçi olarak görev yapan bağımsız dış denetçiler kalmaktadır. Banka müfettişleri, iç denetim biriminde imza yetkisine sahip olarak amir pozisyonunda iseler o takdirde zaten yönetici olarak sorumluluğa dahil olmaktadır. Banka müfettişleri yönetici konumunda değilse bu takdirde iç denetim biriminde yer alsalar da yönetim kapsamında kaldıklarından şahsi iflası gerektiren denetçi sayılmamaları gerektiği kanaatindeyiz.

III. Şahsi İflası İstenebilen Banka Hakim Ortakları

BankK. m. 110'un banka ortaklarına uygulanması açısından ön şart, banka anonim şirketi ortağının hakim ortak konumunda olması gerekmektedir. Bu durumda "hakim ortak" kavramının çok iyi bilinmesi gerekecektir.

Hakim ortak, BankK. m. 3'de, bir bankayı doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişi olarak tanımlanmaktadır. Bu tanımda öne çıkan husus, hakim ortaklık için kontrol¹⁹ gücü bulunması gerektiğidir. Yine BankK. m. 3'de "kontrol" kavramı da, asgari sermayenin % 51'ine sahip olma şartı aranmaksızın çoğunluğa doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya çoğunluğa sahip olunmasa da imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması veya herhangi bir surette yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme yada görevden alabilme gücünün elde bulundurulması olarak tanımlanmaktadır. Burada sermayenin çoğunluğuna sahip olunması doğrudan hakim

¹⁵ **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 290.

¹⁶ **REİSOĞLU Seza**, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. II, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2007, s.1369.

¹⁷ **DOĞRUSÖZ**, s. 94.

¹⁸ **BATTAL, Ahmet**, Bankacılık Kanunu Şerhi (5411 Sayılı Kanunun Metni ve Açıklaması), Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 385.

¹⁹ **TURANBOY, Asuman**, "Bankacılık Kanununda Düzenlenen Hakim Ortak Kavramı", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara, 2010, s. 2117.

ortak olma anlamında en kolay anlaşılması gereken husus olacaktır. Ancak dolaylı pay sahipliği ile dolaylı kontrol kavramlarının anlaşılması biraz güç gözükmektedir. Çünkü hakim ortak için temel nokta kontrol gücüdür. Hal böyle olunca banka ortak yada ortaklarının bankayı kontrolü altına alabilmelerinin bir çok yolu olabilecektir.

Öncelikle dolaylı pay sahipliği ile dolaylı kontrol sahipliği aynı manayı içermektedir. Dolaylı pay sahipliğinden anlaşılması gereken, BankK. m. 5 ve Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik²⁰ hükümleri doğrultusunda bankada tüzel kişi ortak varsa ortaklık yapılarında gerçek kişiye kadar ulaşılması, gerçek kişi ortak varsa, gerçek kişinin eş ve çocukları ile sınırsız sorumlu ortak olarak katıldıkları şirket yapılarına kadar bir bütün olarak dikkate alınmasıdır. Kontrol kavramında sadece banka genel kurulunda oy çoğunluğu ile yönetim kuruluna üye atama veya görevden alma gücü yoktur. Bunun dışında kontrol, dolaylı pay sahipliği dışında birlikte hareket edilerek yönetim kurulu üyesi belirleme çoğunluğunun elde edildiği birçok ihtimali de kapsamaktadır. Bu durumda şahsi iflası istenebilen banka ortakları pay çoğunluğuna sahip olmasalar bile, esas sözleşme hükümlerinden kaynaklanan, hakimiyet anlaşmalarından kaynaklanan bir çok nedenle yönetim kurulunda söz sahibi olabiliyorlarsa bu dolaylı kontrol²¹ gücü olarak kabul edilecek ve hakim ortak sıfatını taşıyacaklardır.

Hakim ortak yada ortakların şahsi iflaslarının istenebilmesi, özel bir şarta bağlamıştır. Bu şart, menfaat temini kastının bulunmasıdır. Banka yönetim kurulunca alınan karar ve yapılan işlemlerin hakim ortaklara menfaat temini maksadıyla yapıldığı saptanırsa, temin ettikleri menfaat oranı kadar hakim ortakların da şahsi sorumluluğuna gidilecektir.

İlk bakışta banka ortağının hakim ortak olup olmadığı şeklen şirket kayıtlarından anlaşılıyorsa bu husus, doğrudan veya dolaylı pay sahipliği ile izah edilebilir. Ancak doğrudan veya dolaylı kontrole sahip ortak konusu, şirket kayıtlarından çıkarılabilecek bir husus olmayacaktır. Ancak banka ortak yada ortaklarının yönetim kurulunda karar almaya etki ettiğinin somut birtakım emarelerinin ispatlanmasıyla anlaşılabilir.

IV. Şahsi İflasa Tabi Kişilerin İflaslarının İstenebilme Şartları

Banka yöneticisi, denetçisi ve hakim ortaklarının şahsi iflasları, 5411 sayılı BankK. m. 110'da düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, bir banka yöneticisi ve denetçilerinin kanuna aykırı olan karar ve işlemleri neticesinde banka hakkında 71. madde hükümlerinin uygulanmasına neden olmaları halinde, bankaya verdikleri zararlar sınırlı olarak, TMSF kararı ve talebi üzerine mahkeme tarafından şahsi iflaslarına

²⁰ 01.11.2006 T. ve 26333 sayılı RG.

²¹ TEKİNALP, (Banka Hukukunun Esasları), s. 160, GÖKTÜRK, s. 93, ALICI, s. 59.

karar verilebilecektir. Bu madde ile anonim şirketler hukukuna hakim olan sınırlı sorumluluk ilkesine ve kural olarak yalnızca tacirlerin iflasının istenebileceği kuralına bir istisna sayılmaktadır²².

A- Bankanın Yöneticisi, Denetçisi ve Hakim Ortağı Olmak

BankK. m. 110'da şahsi iflasları istenebilecekleri kişi temelli olarak yukarıda belirli olduğu tespiti ile ifade etmiştik. Bu şart, sorumluluk açısından gerekli olan bir ön şarttır. Bu durumda sorumluluğun hukuki temelini ne olacaktır?

Banka yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumluluğunun hukuki temeli konusu doktrinde tartışmalıdır. Tekinalp²³, yöneticiler bakımından sorumluluğun haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu olduğunu ifade etmektedir. Reisoğlu²⁴, yöneticiler ile banka arasında sözleşmesel bir ilişki olarak vekalet akdi bulunduğunu, diğer yöneticiler ile banka arasında hizmet akdi bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıca yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile bankayı zarara uğratmalarının aynı zamanda bir haksız fiil oluşturduğunu, bu nedenle bankanın hem sözleşmeye hem de haksız fiile dayanabileceğinden bahisle hakların yarışmasının söz konusunu olduğunu belirtmektedir. Doğrusöz²⁵, yöneticiler bakımından sorumluluğun banka ile arasındaki sözleşmesel ilişkiye dayandığını, bu nedenle yöneticinin sorumluluğunun vekalet ya da hizmet sözleşmesinin ihlali neticesinde meydana geldiğini vurgulamaktadır Caymaz Demiryas²⁶ ise, banka ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkinin vekalet akdine dayandığını ifade etmektedir. Kanaatimizce yazarların hepsi de sözleşmesel bir ilişki temelinden hareket etmektedirler. Dolayısıyla yöneticiler açısından vekalet ve hizmet, bağımsız denetçi açısından vekalet sözleşmesi hukuki temeli oluşturmaktadır. Hakim ortak bakımından ise, Kaplan²⁷'in da belirttiği gibi tüzel kişilik perdesinin kaldırılması veya dürüstlük kuralında²⁸ yer alan hakkın kötüye kullanılması olarak açıklanabilir.

B- Alınan Karar ve Yapılan İşlemlerin Kanuna Aykırı Olması

Banka yöneticileri tarafından alınan kararların ve yapılan işlemleri kanuna aykırı olması gerekmektedir. Madde metninde ifadesini bulan kanun kelimesinden

²² **TEKİNALP** (Banka Hukukunun Esasları), s. 287, **REİSOĞLU**, s. 1367.

²³ **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 288.

²⁴ **REİSOĞLU**, s. 1370.

²⁵ **DOĞRUSÖZ**, s. 58.

²⁶ **CAYMAZ Demiryas Neşe**, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009, s. 20.

²⁷ **KAPLAN, İbrahim**, "Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları", **BATİDER**, C.XXV, S.4. s. 40

²⁸ **GÖKTÜRK**, s. 167.

hangi Kanunun kastedildiği anlaşılamamaktadır. Bu nedenle kanun kelimesinden sadece Bankacılık Kanunu mu yoksa onun yanında diğer Kanunlarında anlaşılması gerektiği konusu doktrinde tartışmaya neden olmuştur. Tekinalp²⁹, kanuna aykırılık kelimesi ile BankK.'nun kastedildiğini ve sorumluluğun belirlenmesi bakımından TTK.'nun da “kanun” kelimesinin kapsamında kaldığını ifade etmektedir. Reisoğlu³⁰, Alıcı³¹, Doğrusöz³²., Göktürk³³ gibi yazarlar hem Bankacılık Kanunu'nun hem de diğer kanunların kastedildiğini hatta bu kanunlara dayanak olarak çıkartılan tüzük, yönetmelik, tebliğ gibi yazılı metinlere aykırılığın da kanuna aykırılık içinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Kanaatimizce de yukarıdaki yazarlar gibi kanuna aykırılık, maddi anlamda kanunu içermekte ve geniş yorumlanması gerekecektir. Çünkü bu Kanun denilmediği yerde ilgili olduğu yerde kanunlar, KHK.'lar, tüzükler ve Yönetmelik ve benzeri yazılı düzenlemeleri kapsamaktadır.

Konu ile ilgili diğer bir sorun ise özen borcuna aykırılık ve bankacılık ilke ve teamüllerine aykırılığın kanuna aykırılık kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Doktrinde çoğunluk görüşü³⁴, bu kavramlara aykırılık şahsi sorumluluk nedeni olabilir de yöneticilerin şahsi iflaslarının istenemeyeceği yönündedir. Kanuna aykırılığı hukuka aykırılık olan görerek kanun dışında özen borcuna aykırılık veya bankacılık teamüllerine aykırılığında dahil olduğu görüşü³⁵ de savunulmaktadır. Biz de çoğunluk görüşe katılmaktayız. Banka yöneticilerinin teamüllere aykırı olarak almış oldukları karar ve işlemler sonucunda banka bir zarar uğramış ise bu halde şahsi iflasları yerine genel hükümlere göre sorumluluklarına gidilmelidir.

Burada bir de BankK. m. 110 hükmünde Kanuna aykırı karar ve işlemlerde, “ve” tabiri kullanıldığı görülmektedir. Bundan karara dayanmayan işlem olmaz sonucu çıkarılmamalıdır. Pekala doğrudan hukuki bir hukuki işlem de yapılabilir. Özellikle banka merkez teşkilatı içinde imza yetkisine sahip birim amirleri önceden belirlenmiş banka politikaları doğrultusunda doğrudan bir hukuki işlem yaptıklarında bu işlemler Kanuna aykırı olduğu takdirde bu işlemin kararı yok denilemez. Karar ve işlem tabiri ile genellikle karar alındıktan sonra 3. kişilere uygulanması hukuki işlem yoluyla yapılmaktadır. Aynı şekilde sadece alınan bir kararla da kanuna aykırılık gerçekleşebilir. Özellikle işlem yapılmasını gerektirecek olumlu bir karar alınması gerektiği halde olumsuz bir karar alınması hali böyledir. Dolayısıyla karar ve işlemlerde zorunlu bir birliktelik olmaması gerektiği kanaatindeyiz.

²⁹ **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 291. **TEKİNALP, Ünal**, Fondaki Bankanın Hukuku, Lebib Yalkın Yayınları, İstanbul 2003, s. 76.

³⁰ **REİSOĞLU**, s. 1370.

³¹ **ALICI**, s. 1065.

³² **DOĞRUSÖZ**, s. 105.

³³ **GÖKTÜRK**, s. 101.

³⁴ **REİSOĞLU**, s. 1370, **DOĞRUSÖZ**, s. 107, **TEKİNALP**, (Fondaki Banka), s.77.

³⁵ **GÖKTÜRK**, s. 103.

C- Yanlış Karar ve İşlemler Yapılmasında Yöneticilerin Kusurlu Bulunması

Şahsi iflas istenebilmesi için banka yöneticisi, denetçisi ve hakim ortağı için kusurlarının bulunmasının gerekip gerekmediği ya da derecesi kanunda açıkça belirtilmemiştir. Ancak her ne kadar açıkça ifade edilmemiş olsa da BankK. m. 71'in oluşumuna sebebiyet verecek fiillerin ortaya çıkmasına neden olmak ancak kusurun varlığı halinde mümkündür. Doktrinde kusurun varlığının aranması konusunda bir tartışma yoktur. Ancak kusurun derecesi konusunun doktrinde oldukça tartışmalı olduğu görülmektedir. Nitekim Tekinalp³⁶, Reisoğlu³⁷ gibi yazarlar maddede yazılan sonucun ancak ağır kusurun varlığı halinde mümkün olduğunu savunurken Taşdelen³⁸, Doğrusöz³⁹ ve Göktürk⁴⁰ gibi yazarlar bu sonucun sadece ağır kusur ile değil ihmal ve/veya özensizlik neticesinde de oluşabileceğini savunmaktadırlar.

Kusuru, hukuk düzeninin kınadığı, hoş görmediği davranış biçimi olarak tanımlamak mümkündür⁴¹. Sorumluluk hukuku açısından kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır ve genel olarak fail, ister kasten ister ihmali ile bir zarara sebebiyet vermiş olsun bu zararı tazmin ile mükelleftir⁴². BankK. m. 110 hükmünden, 71. maddeye baktığımızda, yazılan fiillerin oluşumuna neden olmanın yalnızca ağır kusur ile değil ihmal veya özensizlik neticesinde de mümkün olabileceği görülmektedir. Nitekim özellikle 71. maddenin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde belirtilen hususların yani yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi ve yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıkların toplam değerini aşması maddelerinin ihmal ya da özensiz yönetimle de işlenmesi mümkündür⁴³. Hatta bu nedenle Çamoğlu⁴⁴, banka hakkında 71. maddenin uygulanmasına neden olduklarının tespit olunmasını ifade eden hükmünün doğrudan 71. maddenin (e) bendine yollama yaptığını bu nedenle 110. maddedeki iflas müeyyidesinin uygulanmasının bankaya 71. madde hükümlerinin uygulanması halinde mümkün olabileceğini belirtmektedir. Kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün bulunmamaktadır. Çünkü 110. madde hükmünde açıkça "71. madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti halinde" ifa-

³⁶ **TEKİNALP**, (Banka Hukukununun Esasları), s. 291.

³⁷ **REİSOĞLU**, s.1371-1372.

³⁸ **TAŞDELEN, Servet**, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 1056 vd.

³⁹ **DOĞRUSÖZ**, s. 136.

⁴⁰ **GÖKTÜRK**, s. 119.

⁴¹ **EREN, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Beta Yayınevi, 2011, İstanbul, s. 529, **TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 492.

⁴² **EREN**, s. 535.

⁴³ **DOĞRUSÖZ**, s. 136.

⁴⁴ **ÇAMOĞLU, Ersin**, "Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları", (İflasın Koşulları), BATİDER, C. XXVII, S. 1, s.12, **ÇAMOĞLU, Ersin**, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, s. 24.

desi geçmektedir. Kanun koyucunun iradesi 71/(e) bendine yönelik olsaydı madde hükmünde açıkça belirtmesi gerekirdi. Bu nedenle yorum yolu ile böyle bir sonuca ulaşmanın mümkün olmadığı kanaatindeyiz.

Bununla birlikte 71. maddenin (e) bendine baktığımızda yani yöneticilerin hakim ortaklara menfaat temin etmeleri noktasında artık yöneticilerin özensiz ve ihmali davranışları değil bilakis kasıtlı bir durumun getirdiği sonuç söz konusu olduğundan yöneticilerin ağır kusurlu olduklarını kabul etmek gerekecektir ⁴⁵.

Banka yöneticilerinin özen ölçülerinin derecesi ile ilgili olarak BankK.' da bir hüküm bulunmamaktadır. BankK. m. 2/III hükmüne göre, bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanacağından bu konuda TTK hükümlerine bakmak gerekecektir. Anonim şirketlerde özen yükümlülüğü 6102 sayılı TTK.'nun 369. maddesinde düzenlenmiş olup yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken tedbirli bir yöneticinin özeniyle davranmak ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altında oldukları belirtilmiştir. 6762 sayılı TTK hükümlerinden farklı olarak özen yükümlülüğü konusunda Borçlar Kanunu (BK) hükümlerine atıf yapılmamış ve bu konuda yapılan birçok tartışmanın önüne geçilmiş bulunmaktadır. Tedbirli yönetici kavramı, bir yandan kusurda ölçü görevi görürken diğer yandan karar ve işlemlerde nesnel davranışı ifade etmektedir⁴⁶. Bu durumda banka yöneticilerinin şahsi iflaslarına gidebilmek için yalnızca tedbirli bir yöneticinin özeniyle ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etme yükümlülüğüne aykırılık yeterli olacak mıdır? Kanaatimizce burada banka yöneticileri için tedbirli bir yöneticinin özeniyle hareket etmekten daha fazlası gerekmektedir. Çünkü banka yöneticisi olmak için BankK.'da bir takım özel şartlar öngörülmüş bulunmaktadır. Bu nedenle banka yöneticilerinin tedbirli bir yöneticiden daha fazla özen yükümlülüğü altında bulunduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Yani bir banka yönetici görevini ifa ederken tedbirli olmanın ve dürüstlük kurallarına uygun hareket etmenin yanında, ileriye gören, bulunduğu ülkenin ekonomik konjonktürlerini iyi değerlendirebilen bir donanıma sahip bulunmalıdır. Zaten banka kurucuları ve yönetim kurulu üyeleri için özel şartlarda aranması da bu noktadandır. Ancak bu şekildeki bir özen yükümlülüğüne aykırılığın her zaman şahsi iflası gerektirdiği düşünülmemelidir. Banka yönetim kurulu üyesinin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı kusurlu olarak addedildiği⁴⁷ ve kanuna aykırılık taşıdığı takdirde hakkında BankK. m. 110'un uygulanması söz konusu olabilecektir. Nitekim Yasaman⁴⁸'da kanuna veya esas sözleşmeye aykırı bir durum söz konusu değilken sadece özen yükümlülüğüne

⁴⁵ DOĞRUSÖZ, s. 136.

⁴⁶ PULASLI, Hasan, Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s.653.

⁴⁷ DOĞRUSÖZ, s.148.

⁴⁸ YASAMAN, Hamdi, Banka Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 57.

aykırılık sebebiyle yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilemeyeceği düşüncesindedir.

Banka yöneticilerinin özen yükümlülüğünün bir başka boyutu kurumsal yönetim ilkeleridir. Son yıllarda meydana gelen banka iflaslarının en önemli sebebi kurumsal yönetimin uygulanmamış olmasıdır⁴⁹. Kurumsal yönetim, bir şirketin, hak sahipleri ve kamuoyunun menfaatlerine zarar vermeyecek bir biçimde, mali ve insan kaynaklarının kendisine çekmesi, verimli çalışması ve bu sayede uzun vadede ekonomik kazanç oluşturarak istikrar sağlamasını mümkün kılan kanun, yönetmelik, ve ilgili isteğe bağlı özel sektör uygulamalarını yerine getirmesi ve böylece sorumlulukları ile kamuyu aydınlatma esasları doğrultusunda etkin bir yönetim anlayışıdır⁵⁰ Banka yöneticilerinin özen yükümlülüğü ise Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik⁵¹” de düzenlenmiştir. Bu yönetmeliğin 3/f maddesinde bankaların kurumsal yönetimi, banka üst yönetiminin bankayı, belirlenmiş hedefler, Kanun, Kanuna istinaden çıkarılan düzenlemeler ile ilgili diğer mevzuat, ana sözleşme ve banka içi düzenlemeler ile bankacılık etik kuralları doğrultusunda, tüm menfaat ve pay sahipleri ile tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini koruyacak biçimde yönetimidir. Üst yönetim ise 3/g maddesinde, banka yönetim kurulu ile üst düzey yönetimi olarak tanımlanmıştır. Yönetmelikte ayrıca, banka üst yönetiminin özen yükümlülüğüne ilişkin hükümleri de bulmak mümkündür. Bu maddeye göre yönetim kurulu üyeleri özellikle, görevde sadakat, yeterli zaman ayırma, toplantılara katılma, basiret ve iyiniyet kurallarına uyma, mevzuatı bilme, etkinlik, baskılara boyun eğmeme, menfaat kabul etmeme, eksik bilgi vermeme gibi önemli ilkelerdir.

Bu ilkeler değerlendirildiğinde banka yöneticilerinin, bir yönetmelikle düzenlenmiş olması nedeniyle kurumsal yönetim ilkelerinde belirtilen hususlarla bağlıdır. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, banka yöneticilerinin karar ve işlemlerinin kanuna aykırı olması tabirinin içine BankK.’na dayanılarak çıkarılan yönetmelikler de dahildir. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin kurumsal yönetim ilkelerinde belirtilen bu maddelere uygun olmayan karar ve işlemlerle banka hakkında 71. madde hükümlerinin uygulanmasına neden olmuşlarsa şahsi iflaslarına karar verilmelidir. Yöneticilerin özen yükümlülüğünün yönetmelikle ayrıca düzenlenmiş olması onlardan daha fazla dikkat ve özenin beklendiğinin ifadesidir⁵².

Banka yöneticilerinin özen borcuna ilişkin bir başka düzenleme 6102 sayılı TTK.’nun 369. maddesidir. Bu madde, Business Judgement Rule(İşadamı kararı)

⁴⁹ **ÇEVİK, K.**, *Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2009, s. 233.

⁵⁰ **ÖNDER, M.Fahrettin**, “Anonim Şirketlerde İç Denetim Yapısının Kurumsal Yönetime Katkısı”, *Özel Hukuk, Uluslararası Sempozyum, Tebliğler, Kafkas Üniversitesi, Bakü*, 2005, s. 278.

⁵¹ 09.06.2011 T ve 27959 sayılı RG.

⁵² **DOĞRUSÖZ**, s. 162.

ilkesinin TTK.'da ifadesini bulmuş şeklidir⁵³. İş adamı kararı, yönetim kurulu üyelerinin göstermekle yükümlü oldukları özen derecesinde uygulanan ve yöneticilerin sorumluluklarını azaltılmasına yarayan, Amerika Birleşik Devletlerinde mahkeme kararlarında ortaya çıkmış ve gelişmiş kurallar toplamıdır⁵⁴. Diğer bir deyişle, şirketin esas sözleşmesinde belirtilen yönetimin görev ve yetkilerinin çerçevesi içinde kalınması ve bir yükümlülüğün kusurla ihlali niyetini taşımaması şartıyla iyi niyetle alınan kararların sorumluluğa yol açmaması anlamına gelmektedir⁵⁵.

6102 sayılı TTK.'nun 369. maddesiyle, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimde görevli kişilerin, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altına buldukları belirtilmiştir. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bu madde genel bir kanunda yer almasından dolayı banka yöneticilerine de uygulanacaktır. Ancak ortaya çıkan her durumda yöneticilerin sorumlu tutulmasını engellemek üzere, sorumluluk başlığı altına düzenlenen 6102 sayılı TTK.'nun 553/(3) maddesi ihdas edilmiştir. Bu maddeye göre, hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar nedeniyle sorumlu tutulamayacak, bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamayacaktır. Bu maddelere dayanılarak, banka yöneticileri, bütün bu özeni yerine getirdikten sonra bile aldıkları karar ve işlemler neticesinde beklenmeyen zararlar ortaya çıkmışsa bu zarardan sorumlu tutulmayacaklardır. Çünkü ekonomik hayat, büyük ölçüde risklerden oluşmaktadır ve bazen ne kadar özenli davranılırsa davranılsın beklenmedik sonuçlar ortaya çıkabilmektedir. Burada BankK. açısından özellik arzeden bir husus, ispat yükünün banka yönetim kurulu üyelerinde olmasıdır. Yani BankK. m. 137 gereğince, şahsi iflas davalarında kusur sorumluluğunun oluşumu bakımından bir kurucu unsur olarak aranmakta ancak davalıların baştan itibaren kusurlu oldukları kabul edilerek kusursuzluklarını ispat etme zorunluluğu yüklenmektedirler⁵⁶. Bu madde ile hukukun genel ilkelerine hakim olan herkes iddiasını ispatla mükelleftir hükmü tamamen ters çevrilmiş olup BankK açısından özel bir düzenleme getirilmiştir. Yani banka yöneticileri aldıkları karar ve işlemlerde hiçbir kusurlarının bulunmadığını ispatlamak mecburiyetindedirler.

⁵³ Business Judgment Rule (İşadamı Kararı) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **GÖKTÜRK**, s. 121-154, **DOĞRUSÖZ**, s.162-168.

⁵⁴ **DOĞRUSÖZ** s.162.

⁵⁵ **TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013. s. 385.

⁵⁶ **DOĞRUSÖZ**, s. 154.

D- Kanuna Aykırı Karar ve İşlemler Nedeniyle Bankanın Zarara Uğraması

Zarar kavramı esas itibarıyla BK.'da düzenlenmiş olup kişinin isteği dışında, hukuka aykırı ve kusurlu bir fiille malvarlığında meydana gelen eksilme olarak tanımlamak mümkündür⁵⁷. Zararın, maddi zarar-kar mahrumiyeti, dolaylı zarar-doğrudan zarar, mevcut zarar-müstakbel zarar gibi ayırımları bulunmaktadır. Doğrudan zarar, hukuka aykırı fiil sonucunda meydana gelen ilk ve en yakın zarar olup, dolayısıyla zarar, hukuka aykırı fiilin ilk sonucu olan zarar nedeniyle meydana gelen yani ona bağlı bulunan zarardır⁵⁸.

BankK. m. 110'da, banka yöneticilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile oluşan zarardan bahsedilmektedir. Madde metninde geçen "zarar" kelimesinden ne kastedildiği konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Reisoğlu⁵⁹'na göre, bankaya verilen zararların tespitinde TTK.'daki anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları esas alınarak belirleme yapılmalıdır. Tekinalp⁶⁰'e göre ise zarar, Borçlar hukuku ilkeleri ile belirlenen zarardır ve bu zararın kesin olarak belirlenmesi gerekmektedir. Kanaatimizce de, BankK. m. 110'da belirtilen zarar, Borçlar hukuku anlamındaki maddi zarardır. Yani, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu hareketleri ile banka mevcudunda azalmaya sebebiyet verdikleri miktardır. Buradaki zarar doğrudan zarar olarak ifade edilmektedir⁶¹. Çünkü yönetim kurulu üyeleri, aldıkları karar ve işlemler ile aslında öncelikle bankanın malvarlığında bir azalmaya neden olmuşturlar. Şirket ortaklarının ve alacaklarının uğradıkları zararı ise dolayısıyla zarar olarak ifade etmek mümkündür⁶².

BankK. m. 110'a ilişkin şahsi iflas davalarında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, hukuka aykırı karar ve işlemlere katıldıkları oranda vermiş oldukları zararla sınırlıdır. Bu konudaki en büyük güçlük batık kredi işlemlerinde kendisini göstermektedir. Banka zararından sorumlu yönetim kurulu üyelerinden birden fazlasının aynı zarara sebebiyet vermesinden dolayı zarar verenler arasında müteselsil sorumluluğun bulunup bulunmadığı, sorumluluk varsa mahkemenin hangi miktar üzerinden iflasa karar vereceği konusu doktrinde tartışmalıdır. Reisoğlu⁶³, Akdağ

⁵⁷ UYGUR, Turgut, Borçlar Kanunu(Sorumluluk ve Tazminat Hukuku), C. 2, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 1341.

⁵⁸ UYGUR, s. 1342.

⁵⁹ REİSOĞLU, s.1371.

⁶⁰ TEKİNALP, (Banka Hukukunun Esasları), s.294., TEKİNALP, (Fondaki Banka), s. 80.

⁶¹ AKDAĞ GÜNEY, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2010, s. 52.

⁶² AKDAĞ GÜNEY, s.53, DOĞRUSÖZ, s. 120.

⁶³ REİSOĞLU, s. 1371.

Güney⁶⁴ ve Alıcı⁶⁵ yöneticilerin birlikte aldıkları kararlarla bankayı zarara uğrattıkları düşünüldüğünde 818 sayılı BK m. 50 uygulanacağını (bu husus 6098 sayılı BK m. 61'e karşılık gelmektedir), Caymaz Demiryas⁶⁶ ve BankK. m. 110'daki sorumluluğun şahsi sorumluluk olduğunu, bu hükümle yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğuna bir istisna getirildiğini savunmakta, Tekinalp⁶⁷ ve Çamoğlu⁶⁸ ise Kanun metninin farklılaştırılmış teselsülün bir ifadesi olduğunu savunmakta ve Göktürk⁶⁹ ise, şahsi sorumluluğu öne çıkarmakla birlikte hakkaniyet açısından bunun rahatsız edici olduğu belirterek müteselsil sorumluluk olduğunu belirten düzenleme yapılması gerektiğini savunmaktadır.

Kanaatimizce genel itibariyle kişi merkezinde birden fazla kişinin vermiş olduğu zararda BK. hükümleri devreye girdiğine göre aralarındaki ilişki de BK m. 61'in de varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda teselsülün varlığı kabul edilecek ve BankK. m. 2 uyarınca da hüküm bulunmayan hallerde devreye TTK m. 557 girecek ve Tekinalp ve Çamoğlu'nun da belirttiği gibi farklılaştırılmış teselsül hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca TMSF açısından zarar miktarı belli olsa bile her bir kişi için ayrı ayrı belirlenmesi zorluğu da dikkate alındığında, 6102 sayılı TTK açısından birden fazla kişinin sebep olduğu zararlarda farklılaştırılmış teselsül hükmü uygulanmalıdır.

E- Kanuna Aykırı Karar ve İşlemler ile Bankanın Zararı Arasında İlliyyet Bağı Bulunması

BankK. m. 71'e göre, yöneticilerin şahsi iflaslarına karar verilebilmesi için yöneticilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile bankanın zararı arasında illiyet bağının bulunması gereklidir. Yani, bankanın zararı yöneticilerin bu kanuna aykırı karar ve işlemleri neticesinde oluşmuş bulunmalıdır.

İlliyyet bağı, meydana gelen zararla sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine denilmektedir⁷⁰. Ancak illiyet bağı uygun olmalı ve zararı meydana getiren neden, insanın genel tecrübesine ve akıllıca bir düşünceye göre o sonucun aynısını doğurabilecek nitelikte bulunmalıdır⁷¹. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, yönetici veya yöneticiler tarafından alınan birkaç karar ve

⁶⁴ AKDAĞ GÜNEY, s. 254 vd.

⁶⁵ ALICI, s. 1057.

⁶⁶ CAYMAZ DEMİRYAS, s. 59.

⁶⁷ TEKİNALP, (Fondaki Banka), s. 80-81.

⁶⁸ ÇAMOĞLU, (İflasın Koşulları), s.14.

⁶⁹ GÖKTÜRK, s. 236-237.

⁷⁰ EREN, s. 487.

⁷¹ NİHAT Yavuz, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.

işlem ile şahsi iflasa karar verilmesinin mümkün olmadığıdır⁷². Çünkü bir bankanın fona devredilmesi veya faaliyet izninin kaldırılması, genellikle bir zaman dilimini alan peş peşe yanlış kararlar şeklinde işlemektedir⁷³. Bu yanlış kararlar ve işlemler silsilesinde, hangi kararın hangi yönetim kurulu üyesi tarafından alındığı titizlikle tespit olunmalıdır. Çünkü son derece ağır sonuçları olan şahsi iflas kurumunda, yönetim kurulu üyeleri arasında müteselsil sorumluluğa yer vermek günümüzün modern hukuk anlayışına uymamaktadır⁷⁴. Bu nedenle, her bir yönetim kurulu üyesi, ortaya çıkan zarardan kararın alınmasında ya da işlemin yapılmasında oynadıkları rol kadar sorumludurlar. Yani yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu şahsen iflasa tabi olduklarından bireysel olarak da illiyet bağı ilişkisinin bulunduğu ortaya konulacaktır.

Banka yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda yetki devrinin gerçekleşmesi halinde illiyet bağı, yetki devri yapılan murahhas, denetim komitesi ve kredi komitesi üzerindeki üst gözetim görevinin ihlal edilip edilmemesi üzerinde dikkate alınacaktır⁷⁵.

Banka yöneticilerinin şahsi iflaslarında, gerçekleşen zarar ile yönetim kurulunun aldığı karar ve işlemler arasında illiyet bağını ispat etme görevi TMSF'ye aittir. Ancak bu illiyet bağını ispatlamak oldukça güçtür⁷⁶. Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, bütün bu işlemler bir sürecin sonunda ortaya çıkmaktadır ve hangi üye veya üyelerin hangi kararıyla bu sonuçların ortaya çıktığının tespiti pratikçe oldukça zor gözükmektedir.

F- Oluşan Zarar Nedeniyle Bankanın TMSF'ye Devrine veya Faaliyet İzninin Kaldırılmasına Neden Olmak

Banka yönetici, denetici ve hakim ortaklarının kanuna aykırı karar ve işlemleri sonucunda oluşan zarar nedeniyle BankK. m. 71 hükmünün uygulanmasına neden olmak gerekmektedir. BankK. m. 71, Denetim ve Alınacak Önlemler başlığı altında düzenlenmiştir. Bankalar ekonomik hayatın lokomotif ve güven müesseseleri olduklarından birçok denetime tabi tutulmaktadırlar. Bu denetimlerin hepsinde amaç bankaların mevzuata uygun gelebilecek riskleri de ortadan kaldırmaya yöneliktir. Gerek iç denetim ve gerekse dış denetimler sonucunda bir bankanın 67. maddede⁷⁷

⁷² **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esaslar), s. 294.

⁷³ **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s.294, **TEKİNALP**, (Fondaki Banka), s.79. **DOĞAN İlker**, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2009, s. 115.

⁷⁴ **TEKİNALP**, (Fondaki Banka), s.79.

⁷⁵ Bu noktada özellikle murahhas üyeler bakımından sorumluluğunda devri olarak diğer yönetim kurulu üyelerinin şahsi iflasının istenemeyeceği fikri de önem verilecek bir görüştür. Bakınız. **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları). s.294.

⁷⁶ **REİSOĞLU**, s.1372.

⁷⁷ *Önlem alınmasını gerektiren haller.*

belirtilen hallerden herhangi birinin tespit edilmesi durumunda banka hakkında bu Kanununun 68. , 69. ve 70. maddelerindeki önlemlerin alınması yoluna gidilecektir. BankK. m. 67'deki durumları mali bünye bozuklukları ve mevzuata aykırılık olmak üzere iki grupta toplamak mümkündür⁷⁸. İşte yapılan denetimler sonucunda mali bünyesi bozulan veya mevzuata aykırı durumlar içinde olduğu tespit edilen banka hakkında 68. maddedeki⁷⁹ düzeltici önlemlerin veya 69. maddedeki⁸⁰ iyileştirici ön

Madde 67- Konsolide veya konsolide olmayan bazda yapılan denetimler sonucunda bir bankanın;

- a) Aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi ya da likiditeye ilişkin düzenlemelere uymaması,
 - b) Gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin bozulması nedeniyle kârlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması,
 - c) Özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması veya bu durumun gerçekleşmek üzere bulunması,
 - d) Aktif kalitesinin mali bünyeyi zayıflatabilecek şekilde bozulması,
 - e) Bu Kanuna ve ilgili düzenlemelere veya Kurulca alınan kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamalarının bulunması,
 - f) İç denetim, iç kontrol ve risk yönetim sistemlerini kurmaması veya bu sistemleri etkin ve yeterli bir şekilde işletmemesi veya denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunması,
 - g) Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle bu Kanun ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya mali bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması,
- Hâllerinden herhangi birinin tespit edilmesi durumunda, bu Kanunun 68 inci, 69 uncu ve 70 inci maddelerinde öngörülen tedbirler derhal alınır.

⁷⁸ **DOĞRUSÖZ**, s. 175.

⁷⁹ *Düzeltilici önlemler*

Madde 68 — Kurum, 67 nci maddede düzenlenen;

- a) (a), (b), (c) ve (d) bentlerindeki hâllerden birinin veya birkaçının tespiti hâlinde, bankanın özkaynağının artırılması veya kâr dağıtımının geçici bir süreyle durdurularak ihtiyatlara aktarılması veya ayrılan karşılıkların artırılması, hissedarlara kredi verilmesinin durdurulması veya aktiflerin elden çıkarılması suretiyle likidite temin edilmesi veya yeni yatırımların sınırlandırılması veya durdurulması, ücret ve diğer ödemelerin sınırlandırılması, uzun vadeli yatırımların durdurulması,
 - b) (e), (f) ve (g) bentlerindeki hâllerden birinin veya birkaçının varlığı hâlinde bu aykırılıkların giderilmesi, kredi politikasının gözden geçirilerek riskli işlemlerin durdurulması, maruz kalınan vade, kur veya faiz riskinin azaltılması için gerekli önlemlerin alınması,
- Tedbirlerinden bir veya birkaçının ya da tamamının ve Kurumca uygun görülecek diğer tedbirlerin, Kurumun uygun göreceği bir süre ve onaylayacağı bir plân dahilinde alınmasını ve uygulanmasını bankanın yönetim kurulundan ister.

⁸⁰ *İyileştirici önlemler*

Madde 69 — Banka tarafından 68 inci maddede yer alan önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınmayacağı Kurumca belirlenmesi hâlinde Kurul;

- a) 67 nci maddenin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan hallerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi durumunda, mali bünyenin düzeltilmesi, sermaye yeterliliği veya likidite düzeylerinden birinin ya da her ikisinin yükseltilmesi, uygun bir süre vererek uzun vadeli veya duran varlıkların elden çıkarılması, işletme ve yönetim giderlerinde kısıntıya gidilmesini veya mensuplarına her ne ad altında olursa olsun düzenli olarak ödenenler dışındaki ödemelerin durdurulması, belirli kişi, kurum, risk grubu veya sektörler nakdi ve gayrinakdi kredi kullanımının sınırlandırılması veya yasaklanması,

lemlerin veya 70. maddedeki⁸¹ kısıtlayıcı önlemlerin ve Bankacılık ve Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından 71. maddedeki faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF.'ye devir önlemlerinden biri alınır. BankK.'nun 68, 69, ve 70'de düzenlenen önlemler olağan, BankK. m. 71'deki önlemler ise olağanüstü önlemlerdir⁸². Yapılan denetimler sonucunda banka hakkında olağan önlemlerin alınmış olmasına rağmen gerekli iyileşme sağlanamamış ise, olağanüstü önlemlerin alınmasına geçilecektir. Ancak olağanüstü önlemlerin alınması için BankK. m. 68, 69 ve 70'deki önlemlerin sırasıyla alınmasına gerek yoktur⁸³. Çünkü aniden ortaya çıkan ekonomik konjonktürler, 71. maddedeki önlemlerin alınmasını gerekli kılabilir.

Hakkında BankK m. 71 hükmü uygulanacak bankalar yalnızca mevduat ve katılım bankaları olup, kalkınma ve yatırım bankaları Fona devredilmeyecek genel hükümlere göre tasfiyesi gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla sadece mevduat ve katılım

b) 67 nci maddenin (e), (f) ve (g) bentleri ile ilgili olarak aykırılıkların giderilmesi, karar, işlem ve uygulamalarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bulunması hâlinde genel kurulun en kısa sürede olağanüstü toplantıya çağrılarak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının veya tamamının değiştirilmesi veya üye sayısını artırarak üye atanması veya karar ve işlemlerde sorumluluğu bulunan mensuplarının görevden alınması, (g) bendi ile ilgili olarak maruz kalınan risklerin azaltılması için kısa, orta ve uzun vadeli olmak üzere Kurulca uygun görülecek bir plân oluşturulması ve yönetim kurulu üyeleri ile nitelikli paya sahip ortaklarından, bu plânın yazılı olarak taahhüt edilmesi ve belirlendiği dönemler itibarıyla uygulama sonuçlarının gönderilmesi, De dâhil olmak üzere, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını ve ivedilikle uygulanmasını banka yönetim kurulundan ister.

81 *Kısıtlayıcı önlemler*

Madde 70 — Banka tarafından 68 inci ve/veya 69 uncu maddelerde yer alan önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağı belirlenmesi hâlinde Kurul bankadan;

a) Faaliyetlerini, faaliyet türleri itibarıyla tüm teşkilatını veya gerekli görülecek yurt içi veya yurt dışı şubelerini veya muhabirlerle ilişkilerini kapsayacak şekilde kısıtlaması veya geçici olarak durdurulması,

b) Kaynakların toplanması ve kullanılmasına ilişkin olarak faiz oranı ve vade kısıtlamaları da dâhil olmak üzere, her türlü sınırlama ve kısıtlama getirmesi,

c) Yönetim kurulu da dâhil olmak üzere genel müdür, genel müdür yardımcıları, ilgili birim ve şube yöneticilerinin bir kısmını veya tamamını görevden alması, görevden alınan kişilerin yerine atanacak veya seçilecek kişiler için Kurumdan onay alınması,

d) Sigortaya tâbi mevduat veya katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlaması,

e) Zarar doğurduğu tespit edilen faaliyetlerinin sınırlandırılması veya durdurulması, verimi düşük veya verimsiz varlıklarının elden çıkarılması,

f) İstekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesi,

g) Özkaynakların artırılmasını sağlamak amacıyla uygun görülecek yeni hissedarlar bulunması,

h) Doğan zararın özkaynaktan indirilmesi,

Tedbirlerinden bir ya da birkaçının veya uygun göreceği diğer tedbirlerin alınmasını ve uygulanmasını ister.

82 **TEKİNALP**, (Banka Hukukununun Esasları), s. 251.

83 **TEKİNALP**, (Banka Hukukununun Esasları), s. 254, **REİSOĞLU**, s. 936.

bankalarının yöneticileri, deneticileri ve hakim ortakları hakkında şahsi iflas talep edilebilecektir.

Bir bankanın TMSF'ye devrine veya faaliyet izninin kaldırılmasına neden olan şartlar BankK. m. 71'de düzenlenmiştir. Sözkonusu 71. maddede hangi hallerde bankanın faaliyet izninin kaldırılacağı hangi hallerde ise yönetiminin TMSF'ye devredileceği belirtilmemiştir. Dolayısıyla BDDK, bankanın mali bünyesinin TMSF bünyesinde düzelmesi imkanı bulunduğu durumlarda devir, aksi halde iflas ve tasfiye sonucunu doğuran faaliyet izninin kaldırılmasına karar verecektir. Her iki durumda şahsi iflas nedeni olmasından dolayı, TMSF açısından bir fark bulunmayacaktır.

1. BankK.'nun 70. maddesine göre alınması gerekli tedbirlerin BDDK tarafından belirlenen veya en geç oniki ay içinde alınmaması ya da alınmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi

BankK. m. 71/(a)'ya göre bir bankanın fona devrine veya faaliyet izninin kaldırılmasının sebebi, ilk olarak bu Kanunun 70. maddesinde belirtilen kısıtlayıcı önlemlerin kurul tarafından belirlenen süre içerisinde veya en geç 12 ay içerisinde alınmaması halidir. İkincisi ise, bu tedbirlerden bir veya birkaçının alınmasına rağmen mali bünyesinin güçlendirilmesine imkan bulunmadığının tespit edilmesidir. Bu maddede son olarak getirilen düzenleme, bu tedbirler alınmış olsa dahi mali bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi halidir. Kanun hükmünde geçen "mali bünye" kavramından anlaşılması gereken, bankanın sermaye yeterliliğinin yanı sıra bankanın varlıklarının taahhütlerini karşılama yeterliliği ve likiditesidir⁸⁴. Getirilen bu düzenlemelerin ortak noktası bankanın durumunun ümitsizliği olup, bu ümitsizliğin derecesinin yüksek olması bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına, düşük olması yani başka bir banka ile birleştirilmek, varlıklarının satılması yoluyla tedavi edilmesi imkanı varsa TMSF'ye devredilmesine karar verilir⁸⁵. BDDK, bankanın mali bünyesinin güçlendirilip güçlendirilemeyeceği konusunda tek yetkili karar merciidir⁸⁶.

⁸⁴ KUNTALP, Erden, "Bankanın Temettü Hariç Ortaklık Hakları ile Yönetim ve Denetiminin ve Hisselerinin Fon'a İntikali Önlemleri ve Bu Önlemlerin Hukuki Değerlendirmesi", Yıldızhan Yayla'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Graphis Matbaacılık, İstanbul, 2003, s. 390.

⁸⁵ TEKİNALP, (Banka Hukukunun Esasları), s.255.

⁸⁶ REİSOĞLU, s. 965.

2. Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması

Bu hükümde, iki sebebe dayanılmış olup ilki bankanın faaliyetine devamı halinde mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları, ikincisi ise mali sistemin güven ve istikrarı konusudur. Bu bentte, “tehlike arz edecek” nedenlerin neler olduğu belirtilmemiştir. Mevduat ve katılım fonu sahiplerinin haklarının tehlikede olmasına örnek olarak, geçmiş dönemlerde sıkça rastlanılan mudilerin bankadaki paralarını geri alamamaları, oyalanmaları ve bahanelerle karşılaşmaları durumu örnek olarak verilebilir⁸⁷. Bankanın tehlikeli durumda olması, mali yapısı ile doğrudan ilgili olup, mali yapısının sağlamlığı, bankanın sermaye yeterliliği, likiditesi ve özvarlığı gibi ölçütlere göre belirlenecektir⁸⁸. Mali sistemin güven ve istikrarı bozulması tehlikesine örnek olarak, kamuoyunda bankalara karşı şüpheyle yaklaşılması durumlarının ortaya çıkması, dedikoduların çoğalması ve küçük krizlerin yaşanmaya başlaması gibi durumlar örnek olarak verilebilir⁸⁹. Tüm bunları alınmış kararlar yada hukuki işlemlerin sebep olması gerekmektedir. BDDK, Bank Asya'nın TMSF'ye devrinde bu bent hükmünü gerekçe göstermiştir.

3. Bankanın yükümlülüklerini zamanında yerine getiremediğinin tespit edilmesi

Bankanın yükümlülükleri, BankK.'da yer alan yükümlülüklerdir. Bir bankanın yükümlülüklerini yerine getirememesi, onun mali yapısındaki bozulmanın göstergeleri olup kendisini iki şekilde göstermektedir. Bunlar solvabilite (ödeme gücü) yönünden yetersizlik ve likidite yönünden yetersizliktir⁹⁰. Ödeme gücü, bankanın bir tarih ya da zaman aralığı söz konusu olmaksızın genel olarak varlıklarının taahhütlerini karşılayıp karşılayamadığı ile ilgilidir⁹¹. Likidite ise, bankanın belirli bir tarih veya zaman aralığındaki taahhütlerini yerine getirmesi ile ilgili olup, anlık ödeme gücünü ifade etmektedir⁹². İşte bir bankanın hem ödeme gücünü hem de likiditesinin yetersizliği onun taahhütlerini yerine getiremediğinin gelecekte de yerine getirmesinin mümkün bulunmadığının emareleridir.

Bankanın yükümlülüklerini yerine getirememesi durumlarına örnek olarak ban-

⁸⁷ **TEKİNALP**, (Banka Hukukununun Esasları), s. 256.

⁸⁸ **DOĞRUSÖZ**, s.190.

⁸⁹ **TEKİNALP**, (Banka Hukukununun Esasları), s.256.

⁹⁰ **AYOĞLU, Tolga**, “Bankalar Hukukunda Mali Yapının Bozulması Kavramı ve Mali yapısı Bozulan Bankaların Temettü Müessesesinden Yararlanma İmkânı”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günün Armağanı, C. 1, Beta Yayınevi, 2002, s.76-77.

⁹¹ **AYOĞLU**, s.76.

⁹² **TEKİNALP**, (Banka Hukukununun Esasları), s. 218.

kanın garanti, akreditif, kabul, aval gibi gayrinakdi kredilerden kaynaklanan sorumlulukları olabileceği gibi, mevduat ve katılım fonu anaparaları ile ürünlerini ödeyememesi, havalelerden ve diğer yükümlülüklerden doğan borçlarını zamanında yerine getirememesi gibi durumlar gösterilebilir⁹³. Maddede belirtilen yükümlülükler kavramının çoğul olması dolayısıyla tek bir yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması maddenin uygulanması için yeterli değildir. Bu durumda bankanın mali durumu ile ilgili diğer göstergelere bakılmalıdır⁹⁴. Ayrıca kanundaki “bankanın yükümlülüklerini yerine getirememesi” kavramından, söz konusu bankanın yükümlülüklerini az veya çok süreklilik gösteren bir süreçte eylemli olarak yerine getirememesi anlaşılmalıdır⁹⁵. Bu nedenle banka açısından bu durumun çok iyi irdelenmesi gerekmektedir. Bir bankanın mali bünyesinin bozulması nedeni ile yükümlülüklerini yerine getiremediğinin sonucuna varılabilmesi için bu yükümlülüklerden birden fazlasının devam eden bir zaman diliminde beri yerine getirilmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

4. Bankanın yükümlülükleri toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması

Bankanın yükümlülüklerinin toplam değerinin, varlıklarının toplam değerini aşması, bankanın ödeme gücü yetersizliği içinde olduğuna karinedir⁹⁶. Bankanın ödeme gücü, sermaye yeterliliği ve likidite yeterliğinin toplamından⁹⁷ oluşmakta olup bu hükümdeki varlıklardan kastedilen de bu ikisi olmaktadır. Sermaye yeterliliği, BankK. m. 45’de ifade edilmiş olup, bankanın maruz kalınan risklere karşı yeterli öz kaynağa sahip bulunması zorunluluğu şeklindedir. Özkaynak ise BankK. m. 44/ III’ de tanımlanmış olup, ana sermaye ve katkı sermaye toplamı ile bu toplamdan sermayeden indirilecek değerlerin düşülmesi sonucu bulunacak tutarı ifade etmektedir. Likidite yeterliliği ise, bankanın belirli bir tarih veya zaman aralığında taahhütlerinin yerine getirip getiremeyeceğini esas alan bir durum olduğu ise daha önce belirtmiştik.

Somut örneklerle ifade edecek olursak, “yükümlülüklerin toplam değerinin varlıkların toplam değerini aşması”, şirket varlıklarının borçlarını karşılayamaması yani borca batık olması⁹⁸, şirketin iflas halinde bulunması ve şirkete iflas tasfiyesinin uygulanması zorunluluğunun bulunmasını ifade etmektedir⁹⁹.

Bankanın yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerinin

⁹³ **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s.256.

⁹⁴ **DOĞRUSÖZ**, s.191.

⁹⁵ **KUNTALP**, s. 391.

⁹⁶ **AYOĞLU**, s. 87.

⁹⁷ **DOĞRUSÖZ**, s. 193.

⁹⁸ **KUNTALP**, s.393.

⁹⁹ **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 257.

atığı sonucuna varılırsa bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına ya da TMSF'ye devrine karar verilecektir.

5. Bankanın hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması

Denetimler sonucunda, bankanın hakim ortaklarının veya yöneticilerinin banka kaynaklarının bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması durumunda bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına ya da TMSF'ye devredilmesine karar verilir. Bu maddenin uygulanma koşulları şu şekilde sıralanabilir¹⁰⁰:

- Banka kaynakları hakim ortaklara veya yöneticilere kullandırılmış olmalıdır.
- Bu kullandırma doğrudan, dolaylı veya dolanlı olmalıdır.
- Bu şekilde bu kullandırma bankanın emin bir şekilde çalışmasını engelleyecek nitelikte olmalıdır.
- Bütün bunlardan zarar doğmalıdır.

Banka kaynaklarının hakim ortaklara veya yöneticilere kullandırılmış olması gerekmektedir. Öncelikle bu maddede bazı terimlerin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bunlardan ilki, banka kaynağı tabiri ile neyin kastedildiğidir. Banka kaynağı, bankanın bilanço varlığı niteliğini taşıyan veya taşımayan bütün malvarlığı imkanlarıdır¹⁰¹. Bu imkanlardan ilki banka kredileridir¹⁰². Yalnız, bankanın kaynaklarının kullandırılması noktasında krediler tek araç değildir. Bunun yanında taşınmazların değerinin çok üstünde bankaya satılması da bu kapsamda değerlendirilmiştir¹⁰³.

Hakim ortak yada ortakların kontrol temelli doğrudan veya dolaylı olarak banka yönetimine etki edilebilmesi olduğunu daha önce belirtmiştik. Hakim ortakların banka kaynaklarını kullanması BankK'da yasaklanmamıştır. Ancak kredi kullanımı, olması gereken durumdan farklı ayrıcalıklar taşıyorsa yani bir istismar söz konusuysa o takdirde kanuna aykırı bir durum oluşmaktadır¹⁰⁴. Banka yöneticilerinin ise banka

¹⁰⁰ TEKİNALP, (Banka Hukukunun Esasları), s.257.

¹⁰¹ TEKİNALP, (Banka Hukukunun Esasları), s. 257.

¹⁰² DOĞRUSÖZ, s. 195.

¹⁰³ REİSOĞLU, s. 1342.

¹⁰⁴ TEKİNALP, (Banka hukukunun esasları), s. 261.

kaynaklarını kullanmaları her halükarda yasaklandığından bu şekildeki bir kullandırma banka kaynaklarının kullanılmasında anlamına gelmektedir¹⁰⁵.

Banka kaynaklarının kullandırılması, doğrudan veya dolaylı veya dolanlı şekilde olmalıdır. Banka kaynaklarının kullandırılması ile ilgili kararın alınmasına ve uygulanmasında banka yöneticisi veya hakim ortaklar bizzat katılmış ise bu takdirde doğrudan kullanım söz konusudur¹⁰⁶. Banka kaynağının dolaylı olarak kullandırılması kavramı BankK.'da tanımlanmamışsa da bununla kastedilen dolaylı kontrole benzer şekilde, banka kaynağının doğrudan doğruya hakim ortağa değil, üçüncü bir kimseye kullandırılıp, ona kullandırılan kaynağın daha sonra hakim ortak/ortaklara veya gruplara yönlendirilmesidir¹⁰⁷. Dolanlı kaynak kullanımını yine BankK.'da tanımlanmamıştır ancak BankK. m. 108'de, banka kaynaklarının istismarı başlığı altında dolanlı kaynak kullanımına örnekler verilmiştir. Buna göre, hakim ortaklar veya yöneticilerinin, bankanın yöneticileri olan yönetim kurulu, kredi komiteleri, yöneticiler, şubeler ve diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle,

1. Banka kaynaklarını ve varlıklarını rehnetmek, teminat göstermek,
2. Açıldığı tarih itibariyle kredibilitesi olmadığı aşikar bulunan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak (back to back kredi),
3. Yurtiçi ve yurtdışı banka ve mali kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak ve bu hesapları teminat göstermek,
4. Veya buna benzer şekillerde doğrudan veya dolaylı olarak kendileri veya başkaları lehine para, mal, her türlü hak ve alacak temini amacıyla kullandıkları veya başkalarına kullandırdıkları banka kaynakları ve varlıkları, dolanlı olarak kaynak olarak kullanmış sayılır.

Bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürmek, yukarıda bahsedilen işlemlerin bankanın güçlü finansal yapısına ilişkin göstergeleri bozması, bu bozulmanın tehlikeli boyutlara ulaşması ve bu uygulamanın devamlılık göstermesi anlamına gelmektedir¹⁰⁸.

Son olarak bir banka hakkında BankK. m. 71 hükümlerinin uygulanması yani bir bankanın TMSF'ye devredilmesi ve faaliyet izninin kaldırılması sonucunu doğuracak nitelikteki işlemlerden dolayı bankanın zarara uğraması gerekmektedir. Burada kastedilen zarar BK anlamında maddi zarar olup, bankanın emin bir şekilde çalış-

¹⁰⁵ **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s.262.

¹⁰⁶ **DOĞRUSÖZ**, s.196.

¹⁰⁷ **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 263.

¹⁰⁸ **TEKİNALP**, (Banka Hukukunun Esasları), s. 263.

masını tehlikeye düşürecek nitelikte olmalıdır¹⁰⁹. Yalnız bu maddenin uygulanmasında, zararın ne zaman doğmuş sayılacağı yönünde tereddütler bulunmaktadır. Bu konuda, kullanılan veya kullandırılan kaynağın geri ödenmesine dair talebin hakim ortak veya yönetim kurulu üyesi tarafından yerine getirilmemesi anında zararın ortaya çıkmış sayılacağı kabul edilmelidir¹¹⁰. Hakim ortak veya yöneticiler tarafından bu talebin yerine getirilmesi ve zararın ödenmesi şahsi iflas davasının açılmasına engel olmamaktadır¹¹¹. Yani şahsi iflas davası açılıp açılmaması buradaki zararın ödenmesine bağlı değildir. Çünkü BankK. m. 108/1'de öngörülen zarar ile, BankK. m. 110'da öngörülen şahsi sorumluluğun şartlarından biri olan zarar kavramları birbirlerinden farklıdır¹¹². BankK. m. 108'de öngörülen zarar BK anlamında bir zarar olup bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikte olmalıdır¹¹³. BankK. m. 110'da bahsedilen zarar ise, yönetici ve denetçilerin kanuna aykırı karar ve işlemleri neticesinde oluşan zarar olup bu karar ve işlemler neticesinde ortalara menfaat temin edilmiş ise hakim ortakların da temin ettikleri bu menfaat üzerinden sorumlulukları doğacaktır¹¹⁴.

V. TMSF'nin Karar Alması ve Mahkemeden İlgililerin İflasını İstemesi

Banka yöneticileri, denetçileri ve hakim ortaklar hakkında şahsi iflas davasının açılabilmesi için öncelikle TMSF tarafından bu yönde bir karar alınması gerekmektedir. TMSF'nin bu yöndeki kararı bir ön koşul olup mahkemece bu yönün araştırılması gerekmektedir. Şahsi iflas davası açılabilmesi için gerekli olan TMSF kararı ile ilgili olarak kanun özel bir toplantı ve karar nisabı öngörmemiştir. Bu nedenle, TMSF'nin şahsi iflas yönündeki kararı en az beş üyenin hazır bulunduğu bir toplantıda en az dört üyenin olumlu oyu ile alınmalıdır.

TMSF'nin aldığı kararlara karşı açılan davalar, 2012 yılı ortalarına kadar BankK. m. 128 uyarınca, değeri 500.000-TLYi aşan davalar ilk derece mahkemesi olarak Danıştay'da görülüyordu. Ancak, bu maddedeki hüküm, 6352 sayılı Kanunun¹¹⁵ 105/7. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından artık TMSF Kurulu kararlarına karşı idari işlemlerle ilgili yargılamayı düzenleyen İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümleri uygulanacaktır. Böylelikle TMSF'nin şahsi iflas kararlarına karşı açılacak davalarda görevli mahkeme TMSF'nin bulunduğu il İstanbul olduğu için İstanbul İdare Mahkemesi olacaktır. İdare bir işlemin iptal davasına konu olabilmesi için bir

¹⁰⁹ REİSOĞLU, s. 1345, TEKİNALP, (Banka Hukukunun Esasları), s. 264, GÖKTÜRK, s. 186.

¹¹⁰ KUNTALP, s. 413.

¹¹¹ DOĞRUSÖZ, s.200.

¹¹² DOĞRUSÖZ, s. 200.

¹¹³ REİSOĞLU, s. 1345.

¹¹⁴ REİSOĞLU, s. 1345.

¹¹⁵ 05.07.2012 T ve 28344 sayılı RG.

takım şartları gerekmektedir. Bunlardan ilki, kural olarak idari işlemlerin iptal davasına konu olmasıdır. İdari işlemlerin özellikleri ise idare adına açıklanmış bir irade beyanı olması, bu irade beyanının hukuki anlamda bir değişiklik yapacak nitelikte olması, bu irade beyanının idarenin sahip oyduğu kamu gücü ayrıcalıklarına dayanılarak yapılmış ve icrai ve kesin nitelikte bulunması gerekmektedir¹¹⁶. TMSF'nin şahsi iflas davası açılması kararının taraflara tebliğinden itibaren 60 gün içinde idare mahkemesine iptal davası açılabilir. Davacılar, TMSF kararının şekil, yetki, maksat, konu ve sebep yönlerinde hukuka aykırı olduğunu ileri süreceklerdir.

TMSF'nin bu yönde bir karar aldıktan sonra mahkemeden kişilerin şahsi iflaslarını istemesi gerekecektir. BankK.'da bu konuda bir süre belirlenmemiştir. Burada iki durumun açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. İlk olarak BDDK tarafından devir kararı veya faaliyetin sonlandırılması kararı alındıktan sonra TMSF hangi süre içinde şahsi iflasa ilişkin karar alacak, ikinci olarak da, şahsi iflasın istenmesi kararı alındıktan sonra ne kadar süre içinde dava açılacaktır. Her iki hususa ilişkin ayrı ayrı bir düzenleme mevcut değildir. BankK. m. 141'de "Bu Kanundan kaynaklanan Fon alacaklarına ilişkin dava ve takiplerde zamanaşımı süresi 20 yıldır" hükmü bulunmaktadır. Acaba bu hüküm doğrultusunda TMSF, gerek karar almada gerekse de şahsi iflas istemede 20 yıllık sürede mi bu hakkı kullanacaktır? Doktrinde ağırlıklı görüş¹¹⁷, iflas istemede 20 yıllık sürenin geçerli olduğu yolundadır. Ancak kanaatimizce, Göktürk¹¹⁸'ünde belirttiği gibi her alacak TMSF alacağı olmadığından ve BankK. m. 110'da belirtildiği gibi, TMSF tarafından tahsil edilen tutarlar banka alacak ve borçları özellikle mevduat ve katılım fonuna ödenenlerde kullanılacağından, BankK. m. 141 uygulanacağı söylenemez. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK.'da ayrıca bir düzenleme olmadığından devreye BK girecek ve BK. m. 147 uyarınca 5 yıllık süre uygulanacaktır. TMSF'nin iflas isteme kararı alma süresi de bu sürenin içinde değerlendirilmelidir. Ancak şahsi iflasın bir yaptırım olduğu, BDDK kararının alınmış olduğu bir yerde ve bankacılık sisteminin çabukluk ve güven gerektirmesi karşısında 5 yıllık süre bile TMSF açısından uzundur. Bu sürenin uzaması belki, BDDK kararından sonra banka yöneticileri veya hakim ortakları ile TMSF arasında yapılacak karşılıklı ödemeye ilişkin anlaşmalarda olabilir. Bu anlaşmalarla da şahsi iflası istenecek kişiler açısından zamanaşımı süresi kesilmiş olacağından bir sorun olmayacaktır.

BDDK veya TMSF'nin kararına karşı idari davalar açılmış olabileceğinden bu idare davaların neticesinde verilen kararlar da, şahsi iflas davası sonucunu etkileyebilecektir.

¹¹⁶ ÇAĞLAYAN, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2012.

¹¹⁷ TEKİNALP, (Banka Hukukunun Esasları), s. 296, DOĞRUSÖZ, s. 293, AKDAĞ GÜNEY, s. 351

¹¹⁸ GÖKTÜRK, s. 265 vd.

TMSF tarafından açılacak şahsi iflas davalarında görevli ve yetkili mahkeme BankK.'nun 142. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre TMSF tarafından açılacak hukuk davalarında asliye ticaret mahkemeleri görevlidir.

Yetkili mahkeme ise, Fon bankaları ve faaliyet izni kaldırılan bankaların iflas ve tasfiye idareleri tarafından muamele merkezi veya ikametgahı İstanbul sınırları içinde olan kişiler aleyhinde açılacak hukuk davaları ile borçlular hakkında açılacak iflas davalarında İstanbul 1. ve 2. Asliye Ticaret Mahkemesidir.

SONUÇ

5411 Sayılı BankK'nun 110. maddesinde düzenlenen şahsi iflas müessesesi yalnızca tacirlerin iflas edebileceği prensibine istisna oluşturmakta ve şartları özel olarak düzenlenmiş bulunmaktadır.

Bir anonim şirket olan bankada kimlerin şahsi iflasa tabi olduğu sadece tacirlerin iflasa tabi olmasına istisna teşkil etmesi bakımından kapsamı belirli ve sayılı olması gerekmektedir. Bu bakımdan ilk olarak bunun kişiler bazında kapsamın belirli olması gerektiği söylenmelidir. BankK.'da yöneticiler temelinde bunlar, banka yönetim kurulu başkan ve üyeleri, murahhas azalar, denetim komitesi üyeleri, genel müdür ve yardımcıları, kredi komitesi üyeleri, bölge ve şube müdürleri ile merkez teşkilatında imza yetkisine haiz bölüm, grup ve birim amirleri olarak belirlenmiştir. Şahsi iflasa tabi banka denetçisi olarak da organ niteliğindeki iç denetçiler 6102 sayılı TTK ile kaldırılmış olduğundan geriye bağımsız dış denetçiler kalmakta ve sadece bankanın bağımsız dış denetimini yapanlar şahsi iflasa tabi olacaklardır. Üçüncü grupta da hakim ortaklar yer almaktadır. Hakim ortaklar, doğrudan veya dolaylı pay sahipliği dahil, doğrudan veya dolaylı olarak banka yönetimini kontrol gücüne sahip kişilerdir.

Banka yöneticilerinin, denetçilerinin ve hakim ortaklarının şahsi iflaslarına karar verebilmek için bir takım şartlar öngörülmüştür.

Banka yönetiminde şahsi iflasa tabi kişilerin, alınan karar ve yapılan işlemlerde kanuna aykırılık bulunması gerekir ki, bu sadece BankK olmayıp maddi anlamda ilgili tüm mevzuatı içermektedir.

Kanuna aykırılıkta ilgili kişilerin kusurlu olmaları gerekmektedir. Kusur sorumluluğu bulunmakla birlikte kusuru ispat yükü konusunda BankK m. 137 ile özel bir düzenleme getirilerek ispat yükü ters çevrilmiş ve kusursuz olduklarını ispat yükümlülüğü davalılara yüklenmiştir.

Bir diğer şart, Kanuna aykırı karar veya işlemler neticesinde BK anlamında kesin ve somut bir zararın meydana gelmiş olmasıdır. Ancak, birden fazla kişinin kanuna aykırı karar ve işlemleri ile zarara sebebiyet vermeleri halinde sorumluluklarının ne olacağı konusu tartışmalı olmakla birlikte BK. m. 61'de dikkate alınarak 6102 sayılı

TTK m. 557 doğrultusunda farklılaştırılmış teselsül hükümlerinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Çünkü farklılaştırılmış teselsül uygulanmayıp bireysel sorumluluk uygulanacak olursa TMSF açısından toplam zarar belirli olsa bile zararın kişilerin bazında ayrı ayrı tespiti başlangıçta zor gözükmetedir.

Bir diğer şart, alınan karar ve işlemler ile oluşan zarar arasındaki illiyet bağının bulunmasıdır. Bir diğer anlatımla zarar o karar ve işlemler neticesinde ortaya çıkmaktadır. Burada, zararın ortaya çıkması genellikle tek bir karar ve işlemle değil birden çok karar ve işlemle ortaya çıkmakta ve bir sürecin neticesi olarak husule gelmektedir. Bu nedenle illiyet bağının tespiti son derece önemlidir ve husus TMSF tarafından yapılması gerekmektedir.

Şahsi iflas sorumluluğu için son şart, Banka yönetim kurulu üyelerinin aldıkları karar ve işlemler neticesinde Bankanın Fona devrine ve faaliyet izninin kaldırılmasına sebep olmaları gerekmektedir. Bu hususlar da BankK. m. 71'de düzenlenmiştir. Bu madde bir sonuç maddesidir. Dolayısıyla banka yöneticilerinin buradaki hükümleri iyi bilmesi bu sonuca uğramaları için de sırasıyla 67, 68, 69 ve 70. maddeleri hükümlerinin gereklerini yerine getirmeleri veya hiç bu maddelere maruz kalmamalarını öneririz. Çünkü bankacılık, bir itibar işidir ve itibarlı kişilerin bu itibarlarını korumaları ile sağlamaktadır.

KAYNAKLAR

- AKDAĞ GÜNEY, Necla** (2010), Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Genişletilip Güncelleştirilmiş 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ALICI, Yaşar** (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, Beta Yayınevi, İstanbul.
- AYOĞLU, Tolga** (2002), "Bankalar Hukukunda Mali Yapının Bozulması Kavramı ve Mali Yapısı Bozulan Bankaların Temettü Avansı Müessesesinden Yararlanma İmkanı", Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Beta Yayınevi, s.s. 69-98.
- BATTAL, Ahmet** (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- CAYMAZ DEMİRYAS, Neşe** (2009), Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ÇAĞLAYAN, Ramazan** (2012), İdari Yargılama Hukuku, 2. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara.
- ÇAMOĞLU, Ersin** (2007), Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- ÇAMOĞLU, Ersin** (2011), Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin İflasının Koşulları, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Mart 2011, C. XXVII, S. 1, Ankara, s. 5-17.(İflasın Koşulları).
- ÇEVİK, Kemal** (2009), Ekonomi Hukuku Yaklaşımı ile Banka Hukuku, 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- DOĞAN, İlker**, (2009), Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara.

- DOĞRUSÖZ, Hanife** (2010), Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- EREN, Fikret** (2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.
- GÖKTÜRK, Kürşat** (2013), Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Adalet Kitapçılık, Ankara.
- KAPLAN, İbrahim**, (2009), “Tüzel Kişiliğe Sahip Ticaret Ortaklıklarında Perdenin Kaldırılması Talepli Hukuki Sorumluluk Davaları”, *BATİDER*, C.XXV, S.4. s. 37-46.
- KUNTALP, Erden** (2003), “Bankanın Temettü Hariç Ortaklık Hakları ile Yönetim ve Denetiminin ve Hisselerinin Fon’a İntikali Önlemleri ve Bu Önlemlerin Hukuki Değerlendirmesi”, Yıldızhan Yaylaya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Graphis Matbaası, İstanbul, s. 387-428.
- OY, Osman** (2002), Bankalar Kanununun Yönetim Kurulu, Yönetici ve Ortakların Hukuki ve Cezai Sorumlulukları ve 4389 Sayılı Bankalar Kanunu, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul.
- ÖNDER, M. Fahrettin**, (2006), “Bankalarda Denetim Komitesinin Kurumsal Yönetim İçindeki Yeri”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.6, s. 175-190
- ÖNDER, M. Fahrettin** (2005), “Anonim Şirketlerde İç Denetim Yapısının Kurumsal Yönetime Katkısı”, *Özel Hukuk, Uluslararası Sempozyum, Tebliğler*, Kafkas Üniversitesi, Bakü, 2005, s.272-289.
- PULAŞLI, Hasan** (2012), Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara.
- REİSOĞLU, Seza** (2007), Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 2, Yaklaşım Yayınları, Ankara.
- TAŞDELEN, Servet** (2006), Bankacılık Kanunu Şerhi, Turhan Kitabevi, Ankara, **TEKİNALP, Ünal** (2003), Fondaki Bankanın Hukuku, Lebib Yalkın Yayınları, İstanbul. (Fondaki Banka)
- TEKİNALP, Ünal** (2009), Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul. (Banka Hukukunun Esasları)
- TEKİNALP, Ünal**, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013
- TEKİNAY, S.Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TURANBOY, Asuman**, “Bankacılık Kanununda Düzenlenen Hakim Ortak Kavramı”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara, 2010, s. 2115-2122.
- UYGUR, Turgut** (2010), Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Seçkin Yayınevi, İstanbul.
- YASAMAN, Hamdi** (2013), Banka Hukuku ile İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, C. II, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- YAVUZ, Nihat** (2013), 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Adalet Yayınevi, Ankara.
- YÜKSEL, A. Sait, YÜKSEL, Aslı, YÜKSEL, Ülkü** (2004), Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Beta Yayınevi, İstanbul.