

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİMDALI

BANKACILIK HUKUKUNDA
“TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI”

Yüksek Lisans Tezi

AYŞEGÜL ÖZKURT

İstanbul, 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI

**BANKACILIK HUKUKUNDA
“TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI”**

AYŞEGÜL ÖZKURT

Danışmanı Yard. Doç. Dr. MURAT YAVAŞ

İSTANBUL, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

HUKUK Anabilim Dalı ÖZEL HUKUK Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi
AYŞEGÜL ÖZKURT'ın BANKACILIK HUKUKUNDA " TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN
KALDIRILMASI " adlı tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 01.03.2010 tarih ve
2010-3/27 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği oyçokluğu ile Yüksek
Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi : 14.1.2010

1) Tez Danışmanı : YRD. DOÇ.DR. MURAT YAVAŞ

2) Jüri Üyesi : DOÇ. DR. MURAT ALIŞKAN

3) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ.DR. İPEK SAĞLAM



GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı : Ayşegül ÖZKURT

Anabilim Dalı : Hukuk

Bilimdalı : Özel Hukuk

Tez Danışmanı : Yar. Doç. Dr. Murat YAVAŞ

Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Nisan-2010

Anahtar Kelimeler : Bankacılık Hukuku, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Hakim Ortak, Edinme, Edindirme, Kaynak Aktarımı,

ÖZET

Bankacılık Hukuku alanında Fon'a devredilen bankalarda, banka hakim ortakları tarafından tüzel kişilik yapısının arkasına saklanılarak gerçekleştirilen hukuka aykırı işlemler nedeniyle oluşan zarar tüm topluma yansımıştır. Bankacılık alanında banka tüzel kişiliğinin kötüye kullanılmasının önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin teorinin kuralları Kanun koyucu tarafından 4389 s. mülga Bankalar Kanunu ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile doğrudan kanunlaştırılmıştır. Bu nedenle her iki kanunun yorumlanmasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin tarihi gelişiminin ve kurallarının bilinmesi önem arz etmektedir. Bu sebeple tümden gelim yöntemi kullanılarak genelden özele giden bir yaklaşımla konu incelenmiştir. Bankacılık Hukukunda Kanun koyucu tarafından teori kanunlaştırılarak hayata geçirilmiştir. Bankacılık alanında yaşanan hukuka aykırılıkların ortadan kaldırılabilmesini teminen söz konusu teori esas alınarak hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu nedenle teori tarafından kabul edilen bir kanun hükmü bulunmakta ise hükmün uygulanacağına dair kural bankacılık alanında fiilen önemini kaybetmiştir. 4389 s. Bankalar Kanunu ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun yorumunda ve uygulamasında teorinin ve bu konudaki örnek kararların yol gösterici olarak kabul edileceği düşünülmektedir. Ayrıca her iki kanunda da olaya uygulanacak bir hüküm bulunmamakta veya hükmün aradığı koşullar maddi olayda gerçekleşmemiş ise, o takdirde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulama alanı bulabileceği sonucuna varılmıştır.

GENERALE KNOWLEDGE

Name – Surname : Ayşegül ÖZKURT
Master discipline : Hukuk
Discipline : Özel Hukuk
Thesis advisor : Yar. Doç. Dr. Murat YAVAŞ
Thesis class and date : Yüksek Lisans – Nisan-2010
Key words : Banking Law, Lifting the corporate veil , hold in common, optaining, to get, wealth transfer

ABSTRACT

In the field of Banking Law, in Banks transferred to the Fund, the damage which occurred owing to unlawful transactions realized by leading shareholders of the banks by hiding behind the legal entity structure influenced the whole society. The theoretical rules regarding prevention of abuse of legal entity of banks and elimination of the results by removal of the legal entity curtain were directly legalized by the abolished Banking Law No. 4389 and Banking Law No. 5411 by the Legislator. Therefore, knowing the chronological development and rules regarding the removal of the legal entity curtain is significant. Thus, the subject is examined by adopting a deductive method, with an approach referring from the general to specific aspects. Based on the theory in question, legal arrangements were regulated with the purpose of ensuring elimination of unlawful acts in the field of banking. Therefore, where a provision of law accepted by the theory prevailed, the rule implementing the provision lost its significance *de facto* in the field of banking. The theory and example decisions in this subject are considered to provide guidance in interpretation and implementation of Banking Law No. 4389 and Banking Law No. 5411. Furthermore, it is concluded that the theory of removal of the legal entity curtain shall find an implementation area when there is not any provision applicable to the incident in either Laws, or the circumstances required by the provision does not exist in the material incident.

*Annem'e, Babam'a,
Ağabeyim'e, Özgül'e ve
Amcam'a
Sevgilerimle ...*

*Dürüstlük erdemini gelecek nesillere aktarabilmek ümidiyle;
Cem, Kaan ve Gökçe için, ...*

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	IV
KAYNAKÇA	VI
GİRİŞ	- 1 -

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜZEL KİŞİLİK VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI	- 7 -
I- TÜZEL KİŞİLİK KAVRAMI	- 7 -
A. Tanım	- 7 -
B. Unsurlar	- 8 -
1. Örgütlenme Unsuru	- 8 -
2. Sürekli Amaç Unsuru	- 8 -
3. Bağımsızlık Unsuru	- 9 -
a. Şahıs Ayrılığı	- 9 -
b. Mal Ayrılığı	- 10 -
II. TÜZEL KİŞİLİĞE HAKİM İLKELER ve İSTİSNALARI	- 11 -
A. Sınırlı Sorumluluk İlkesi	- 11 -
1. Genel Olarak	- 11 -
2. Sınırlı Sorumluluk İlkesinin Anlamı	- 13 -
a. Pay Sahibinin Anonim Ortaklığa Karşı Tek Bir Borcunun Bulunması	- 13 -
b. Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Olmaması	- 13 -
c. Ortaklık Borçlarından Dolayı Sadece Ortaklık Malvarlığının Sorumlu Olması	- 14 -
3. Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnaları	- 14 -
a. Genel Olarak	- 14 -
b. Özel Düzenlemeler	- 14 -
4. Sınırlı Sorumluluk İlkesi Karşısında Alacaklıların Korunması	- 14 -
B. Ortaklık Malvarlığının Korunması İlkesi	- 15 -
C. Kamuyu Aydınlatma İlkesi	- 16 -
III- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI	- 19 -
A. Dürüstlük Kuralı	- 19 -
B. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Ortaya Çıkışı	- 22 -
C. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Anlamı	- 25 -
IV. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİ KALDIRARAK SORUMLU KILMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ	- 27 -
A. Öncelikle Tüzel Kişiliğin veya Üyenin Sorumluluğu	- 27 -
B. Öncelikle Diğer Sorumluluk Halleri	- 28 -
C. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Halleri	- 33 -
1. Tüzel Kişilik Perdesini Kaldırarak Tüzel Kişi ve Üyelerini Özdeş Kılma (Kapsama Alma)	- 33 -
a. Vasıflar, Bilgi Sahibi Olma ve Filler Açısından Özdeş Kılma	- 33 -
aa. Vasıflar	- 34 -
bb. Bilgi Sahibi Olma Hali	- 35 -
cc. Olumlu ve Olumsuz Fiiller	- 36 -
b. Sözleşmelerin ve Kanun Hükümlerin Uygulanması Hali İçin Özdeş Kılma	- 37 -
aa. Sözleşmelerin Uygulanması Açısından	- 37 -
bb. Kanun Hükümlerinin Uygulanması Açısından	- 38 -
2. Tüzel Kişilik Perdesini Kaldırarak Sorumlu Kılma	- 41 -
a. Sorumlu Kılınacak Kişiler Açısından	- 41 -
aa. Üyeler Açısından	- 41 -
bb. Tüzel Kişi Açısından	- 42 -
cc. Kardeş Ortaklıklar Açısından (Çapraz Olarak Tüzel Kişilik Perdesini Kaldırma)	- 43 -
dd. Birden Fazla Kez Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması	- 43 -
b. Sorumlu Kılma Şekline Göre	- 44 -
aa. Aktif Sorumlu Kılma	- 44 -
bb. Takas-Mahsup Yoluyla Sorumlu Kılma	- 44 -
D. Konulan Haczin Geçerliliğini Sağlama Yolu İle Sorumlu Kılma	- 44 -
E. Tüzel Kişilik Perdesini Tersten Kaldırarak Yararlandırma	- 47 -
1. Üyeler Açısından	- 47 -
2. Tüzel Kişi Açısından	- 48 -
V- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KONUSUNDAKİ TEORİLER	- 49 -

A. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Konusundaki Teoriler	- 49 -
1. Kötüye Kullanma Teorisi	- 50 -
a. Sübjektif Kötüye Kullanma Teorisi ve Eleştiriler.....	- 50 -
b. Objektif Kötüye Kullanma Teorisi ve Eleştiriler.....	- 53 -
2. Normların Amaçları Teorisi	- 54 -
3. Teorilerin Değerlendirilmesi	- 56 -
B. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Türk Hukukundaki Yeri	- 57 -
1. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İle İlgili Görüşler	- 57 -
2. Yargı Kararlarında Teorinin Uygulanması ve Organik Bağ Kavramı	- 64 -
a. Teorinin Uygulanması	- 64 -
b. Organik Bağ Kavramı	- 66 -
VI. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILARAK SORUMLU KILMANIN SÖZ KONUSU	
OLABİLECEĞİ ÖZEL DURUMLAR	- 76 -
A. Özkaynak Yetersizliği	- 76 -
1. Özkaynak.....	- 76 -
2. Özkaynağın Fonksiyonları.....	- 77 -
3. Özkaynak Yetersizliği Türleri	- 78 -
a. Başlangıçta Bulunan ve Sonradan Oluşan Özkaynak Yetersizliği.....	- 78 -
aa. Başlangıçta Bulunan Özkaynak Yetersizliği.....	- 78 -
bb. Sonradan Oluşan Özkaynak Yetersizliği.....	- 78 -
b. Adi ve Olağanüstü Özkaynak Yetersizliği	- 79 -
aa. Adi Özkaynak Yetersizliği	- 79 -
bb. Olağanüstü Özkaynak Yetersizliği.....	- 79 -
c. Nominal ve Materyal Özkaynak Yetersizliği.....	- 80 -
aa. Nominal Özkaynak Yetersizliği	- 80 -
bb. Materyal Özkaynak Yetersizliği.....	- 81 -
B. Tüzel Kişi Üzerinde Belirli Bir Kişi Ya da Grubun Hakimiyet Kurması	- 81 -
C. Malvarlıklarının ya da Alanlarının Birbirine Karışması	- 81 -
D. Yabancı Sermayeli Ortaklıklar veya Yabancı Ortaklıkların Faaliyetlerinin Taşınması	- 83 -
E- Kurumsal Kötüye Kullanma	- 84 -

İKİNCİ BÖLÜM

BANKACILIK HUKUKUNDA KANUNEN TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI	- 85 -
I. BANKACILIK HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI SÜRECİ	- 85 -
A. Bankacılık Hukuku Ana İlkeleri	- 85 -
1. Bankaların Güven ve İtibar Kurumu Olması	- 85 -
2. Anonim Şirket Olarak Kurulma Zorunluluğu.....	- 87 -
3. Bankacılık Hukukuna Özgü Olan ve Genel Kurala Göre İstisna Teşkil Eden Düzenlemeler	- 88 -
B. İflas Eden ve Fon'a Devredilen Bankalar ve Yaşanan Süreç	- 90 -
C. Bankaların İflasının veya Fon'a Devrinin Sosyo-ekonomik Nedenleri	- 92 -
II. HAKİM ORTAKLARIN BANKA KAYNAKLARINI AKTARIM YÖNTEMLERİ	- 96 -
A. Gerçeğe Aykırı Kayıt ya da Kayıt Dışılık.....	- 96 -
B. Banka Hisselerinin Alınmasında ya da Satılmasında Banka Kaynağı Kullanımı	- 97 -
C. Krediler Kullanılarak Gerçekleştirilen Banka Kaynağının Aktarım Yöntemleri	- 98 -
D. Bankanın veya İştiraklerinin Kaynak Aktarımında Kullanılması	- 102 -
E. Off-shore Bankalarla Yapılan İşlemler	- 102 -
F. Karmaşık İşlemler ve Bankanın İç İşleyişinin Kötüye Kullanılması.....	- 103 -
G. Değerlendirme	- 104 -
III- TASARRUF MEVDUATI SİGORTA FONU'NUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜZEL KİŞİLİK	
PERDESİNİN KALDIRILMASINDAKİ ROLÜ.....	- 105 -
A. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Hukuki Niteliği.....	- 105 -
B. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasındaki Rolü.....	- 108 -
C. Dürüstlük Kuralı ve İspat Yükünün Yer Değiştirmesi.....	- 109 -
IV- BANKACILIK HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASINA İLİŞKİN	
DÜZENLEMELER.....	- 113 -
A. Önleyici Düzenlemeler	- 114 -
1. Kontrol, Hakim Ortaklık, Ana Ortaklık, Bağlı Ortaklık ve Nitelikli Pay Kavramları	- 114 -
a. Kontrol	- 114 -
b. Hakim Ortaklık.....	- 116 -
c. Ana Ortaklık ve Bağlı Ortaklık.....	- 118 -

d. Nitelikli Pay Sahipliği	- 118 -
e. Yönetici Kavramı	- 119 -
f. Dolaylı Pay Sahipliği	- 119 -
2. Bank. K' nun 7. Maddesinde Yer Alan Kuruluş Şartları	- 123 -
a. Anonim Şirket Olma Zorunluluğu	- 123 -
b. Banka Hisse Senetlerinin Nakit Karşılığı Çıkarılması ve Tamamının Nama Yazılı Olması Şartı	- 123 -
c. Kurucuların Kanunla Belirlenen Şartları Taşınması	- 124 -
d. Yönetim Kurulu Üyelerinin Belirli Nitelik ve Tecrübeye Sahip Olması	- 124 -
e. Öngörülen Faaliyet Konularının Planlanan Mali Yönetim ve Organizasyon Yapısı ile Uyumlu Olması ..	- 124 -
f. Ödenmiş Sermayenin Asgari Tutardan Az Olmaması	- 125 -
g. Ana Sözleşmenin Bankacılık Hükümlerine Uygun Olması	- 125 -
h. Bankanın Ortaklık Yapısının ve Organizasyon Şemasının Kurumun Etkin Denetimini Engellemeyecek Şekilde Açık Olması	- 125 -
i. Konsolide Denetimi Engellenecek Nitelikte Herhangi Bir Hususun Bulunmaması	- 125 -
i. Faaliyet Programının İbrar Edilmesi	- 125 -
3. Bank. K' nun 10. Maddesinde Faaliyet İzni Verilmesine İlişkin Olarak Belirlenen Şartlar	- 126 -
4. Pay Edinim ve Devirleri	- 126 -
5. Birleşme, Bölünme, Hisse Değişimi ve İradı Tasfiye	- 127 -
6. Yönetim Kurulu, Denetim Komitesi, Murahhas Üye, Genel Müdür ve Yardımcıları	- 127 -
7. Denetlemeye İlişkin Hükümler	- 128 -
8. Ödenmiş Sermaye, Yedek Akçeler ve Özkaynak	- 128 -
9. Krediler ve Risk Grubu	- 128 -
10. Mevduat ve Katılım Payı Toplamaya İlişkin Hükümler	- 128 -
11. Mal Beyanı Verme Yükümlülüğü	- 129 -
V- BANKACILIK HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KANUNEN KALDIRILDIĞI	
DÜZENLEMELER	- 129 -
A. Banka Kaynaklarının İstismarı ve İade Tazmine Konu Edilmesi	- 131 -
B. Fon'nun Mahkeme'den Tedbir Talepleri	- 138 -
C. Şahsi Sorumluluk	- 140 -
D. 6183 s. AATUHK ile Perdenin Kaldırılması	- 157 -
1. 6183 sayılı AATUHK'nun 35. Maddesi	- 158 -
2. 6183 sayılı AATUHK'nun Mükerrer 35. Maddesi	- 158 -
3. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 132. Maddesinde Yer Alan Atıf Kapsamında 6183 sayılı Kanuna Göre Takip ve Tahsil Yetkisi	- 161 -
E. Sorumluluk Davalarına İlişkin İstisnai Yetkiler	- 164 -
F. Fon' un Alacaklarının Tahsilini Teminen Tüzel Kişiler İle İlgili Olarak Tanınan Yetkiler	- 169 -
1. Fon' un Şirketlerin Yönetim ve Denetimlerini Devralma Yetkisi	- 169 -
2. Ticari ve İktisadi Bütünlük Satışları	- 172 -
3. Banka Kaynağının Kullanılması Halinde Edinilenlere El Koyma Yetkisi	- 173 -
G. Mevduat Sigortası ve Katılım Fonu Tutarının Eksik Ödenmesi Halinde Takip	- 180 -
SONUÇ	- 184 -

KISALTMALAR

3182. s. K.	3182 sayılı Bankalar Kanunu
4389 s. K.	4389 sayılı Bankalar Kanunu
AATUHK	Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun
A.Ş.	Anonim Şirket
AMK	Alman Medeni Kanunu
Bank. K.	5411 sayılı Bankacılık Kanunu
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
D.	Dairesi
dpn.	Dipnot
Dr.	Doktor
E.	Esas
f.	Fıkra
Fak.	Fakültesi
Fon	Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
HD.	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
Huk.	Hukuk
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İHU	İş Hukuku
İİK	İcra İflas Kanunu
İk.	İktisat
İMK	İsviçre Medeni Kanunu
İst.	İstanbul
İş K.	İş Kanunu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
ltd.	Limited
M.Ü.	Marmara Üniversitesi
m.	Madde

Mal.	Maliye
MK	Türk Kanunu Medenisi
Prof.	Profesör
s.	Sayfa
S.	Sayı
SBE	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Semp.	Sempozyumu
SPK	Sermaye Piyasası Kanunu
şti.	Şirket
T.	Tarih
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
Tic.	Ticaret
TMK	Türk Medeni Kanunu
TSGLK	Toplu İş Sözleşmesi Grev ve Lokavt Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
Ulus.	Uluslar arası
vd.	ve devamı
Y.	Yargıtay
YK	Yönetim Kurulu

KAYNAKÇA

- AKDAĞ-GÜNEY, Necla** Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2010.
- AKİPEK, Jale G./**
AKINTÜRK, Turgut T. Medeni Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, İstanbul, 2007.
- AKÜNAL, Teoman** Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, İst., 1995.
- AKYOL, Şener** Banka Sözleşmeleri, İstanbul, 2001.
- ALICI, Yaşar** Bankacılık Kanunu Şerhi, İstanbul, 2007.
- ALIŞKAN, Murat** Türk Banka Hukukunda Mevduat Sigortası, İstanbul, 2004.
- ALTINTAŞ, M. Ayhan** Bankacılıkta Risk Yönetimi ve Sermaye Yeterliliği, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve BASEL-I ve BASEL-II Düzenlemeleri Çerçevesinde, Ankara, 2006.
- ALTOP, Atilla** Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları, İstanbul, 1996.
- ANSAY, Turgut** Çağdaş Anonim Şirketlerin Sorunları ve Türk Anonim Şirketleri (Bir Anketin Sonuçları), Ankara, 1971 (Kısaltılmışı: Anonim Şirketlerin Sorunları).
- ANSAY, Turgut** Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, 1982, (Kısaltılmışı: Anonim Şirketler Hukuku).
- ARSLANLI, Halil** Anonim Şirketler II-III, Anonim Şirketlerin Organizasyonu ve Tahviller, İstanbul, 1960.
- ARSLANLI, Halil** Kolektif ve Komandit Şirketler, İstanbul, 1960.
- BATTAL, Ahmet** Bankacılık Kanunu Şerhi, (5411 sayılı Bankalar Kanunu ve Açıklaması), Ankara, 2006 (Kısaltılmışı: Bankalar K. Şerhi).
- BATTAL, Ahmet** Güven Kurumu Nitelendirmesi İşığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara, 2001, (Kısaltılmışı: Bankaların Hukuki Sorumluluğu).
- BAŞPINAR, Veysel** Vekilin (Avukatı, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004
- BİLGE, Necip** Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, Ankara, 2009.
- BİLGİN, Mahmut** İflas Davaları, Ankara, 2008.
- BÖNCÜOĞLU, Erkan** Bilanço Yorumlama Teknikleri, Türkiye Bankalar Birliği Eğitim ve Tanıtım Seminer Notları, İstanbul, 2002.
- ÇAMOĞLU, Ersin** Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Sorumluluk Davalarına Etkisi, İÜHFM, 1970, C.XXXVI, Sayı 1-4, s. 323-348 (Kısaltılmışı: İbralar).
- ÇAMOĞLU, Ersin** Anonim Oraklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, (Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluk İle), İstanbul 2007, (Kısaltılmışı: Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu).

ÇELİKEL, Aysel	Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul, 2009.
/ERDEM, B. Bahadır	
DOĞRUSÖZ, Hanife	Banka Yöneticilerinin Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, İstanbul, 2010.
DURAL, Mustafa	Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması ya da Tüzel Kişiliğin Tabanına Basılması, Sermaye Piyasası Kurulu, 15. Yıl Sempozyumu, s. 97-107, Ankara, 1988.
DURAL, Mustafa /SARI, Suat	Türk Özel Hukuku, C. I., (Temel Kavramlar ve Medeni Hukukun Başlangıç Hükümleri), İstanbul, 2009.
DURAL, Mustafa /	
ÖĞÜZ, Turgut	Türk Özel Hukuku, C. II, İstanbul, 2009.
DOMANİÇ, Hayri	03.07.2003 Tarihinde Kapatılan İmar Bankası Konusunda Çeşitli Resmi ve Özel Belgelerle İlmî İncelemeler, İstanbul, 2005 (Kısaltılmışı: İmar Bankası).
DOMANİÇ, Hayri	Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması II, İstanbul 1998.
DONAY, Süheyl	Bankacılık Ceza Hukuku, İstanbul, 2007.
ESENER, Turhan	Türk Hukukunda Muvazaalı Muameleler, İstanbul, 1956.
GÖZÜBÜYÜK, Şeref	İdare Hukuku, C. I, Genel Esaslar, İstanbul, 2008 (Kısaltılmışı: İdare Hukuku).
GÖZÜBÜYÜK, Şeref	İdare Hukuku, C. II. İdari Yargılama Hukuku, İdari Yargının Görev Alanı, İstanbul, 2008 (Kısaltılmışı: İdare Yargılama Hukuku).
GÜMÜŞ, Alper	Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001
HELVACI, Mehmet	Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001.
KAPLAN, İbrahim	Banka Sözleşmeleri Hukuku, C. I. Ankara, 1996
KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip	Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968.
KUNTALP, Erden	Bankalar Kanunu'nun Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na Tanıdığı Olağanüstü Yetkiler Dr. Yıldızhan YAYLA' ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, Armağan Servisi No. 4, s.387-398, İstanbul, 2003.
KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan	
/YILMAZ, Ejder	Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, Ankara, 2009 (Kısaltılmışı: Medeni Usul Hukuku).
KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan	
/YILMAZ, Ejder	İcra İflas Hukuku, Ders Kitabı, Ankara, 2009 (Kısaltılmışı: İcra İflas Hukuku).
KUZU, Burhan	“Hukuk Devleti ve Hukuk Zihniyeti”, Akademik Araştırmalar Der., Sayı:11, s.1-25, Ankara, 2006.
MANAVGAT, Çağlar	Aleni Pay Alım Teklifi, Ankara, 1997.
NOMER, Engin /EKŞİ, Nuray/	

- ÖZTEKİN-GELGEL, Günseli** Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, İstanbul, 2008.
- OĞURLU, Yücel** İdare Hukukunda Fiili Yol ve Yargısal Denetimi, Kamu Hukuku Arşivi (K. Huk A.), s. 59-71, Yıl 6, Mart 2003.
- OĞUZMAN, Kemal /**
- BARLAS, Nami** Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2008.
- OĞUZMAN, Kemal /**
- SELİÇİ, Özer/**
- OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe** Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), İstanbul, 2009.
- ÖNDER, Türkan** Batan Bankalar, Bağımsız Denetim ve Meslek Ahlakı, İstanbul, 2001
- ÖZ, M. Turgut** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2005.
- ÖZTEK Selçuk /MEMİŞ, Tekin** Şirketler Hukuku ve icra İflas Hukuku İlkeleri Karşısında Borçlu Şirketin Alacaklılarının Hakim Ortağa Karşı Korunması, , M.Ü. Huk. Fak. I. Ulus. Tic. Huk. Semp., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İst., 2008.
- ÖZTEK, Selçuk** İcra İflas Hukukunda Borç Ödemeden Aciz Vesikası, İstanbul 1994 (Kısaltılmışı: Aciz Vesikası).
- ÖZTEK, Selçuk** İflasın Ertelenmesi, İstanbul,2007 (Kısaltılmışı: İflasın Ertelenmesi).
- ÖZSUNAY, Ergun** Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, Tüzel Kişilerin Genel Teorisi, Dernekler, Vakıflar, İstanbul,
- POROY, Reha** Holdingler, III. Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1963.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal** Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, 2010
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal**
- /ÇAMOĞLU, Ersin** Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2003 (Kısaltılmışı: 7. Bası).
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal**
- /ÇAMOĞLU, Ersin** Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, Güncelleştirilmiş 11. Bası İstanbul 2009 (Kısaltılmışı: Güncelleştirilmiş 11. Bası).
- REİSOĞLU, Seza** Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2007, (Kısaltılmışı: Bankacılık K. Şerhi).
- REİSOĞLU, Seza** Bankalar Kanunu Şerhi, , Ankara, 2000, s.679 (Kısaltılmışı: Bankalar K. Şerhi, 2000).
- REİSOĞLU, Seza** Bankalar K. Şerhi ve Bankacılık Uygulamasında Diğer Hukuki Kavramlar, Ankara, 2002 (Kısaltılmışı: Bankalar K. Şerhi, 2002).
- SAĞLAM, İpek** Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması (Amerikan ve İngiliz Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak), (M.Ü. S.B.E. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul, 1995 (Kısaltılmışı: Tüzel Kişilik Örtüsünün Kaldırılması).
- SAĞLAM, İpek** Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kavramına Genel Bir Bakış, M.Ü. Huk. Fak. I. Ulus. Tic. Huk. Semp., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s.153-171, İst., 2008, (Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması) .
- SEROZAN, Rona** Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1997 (Kısaltılmışı: Medeni Hukuk, 1997).
- SEROZAN, Rona** Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 2008 (Kısaltılmışı: Medeni Hukuk, 2008).

SEROZAN, Rona	Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İst., 1994 (Kısaltılmışı: Tüzel Kişiler).
SEVEN, Vural /GÖSOY, Y. Can	Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması (Bir Kararın Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu Dergisi, C. 8., s. 2455-2470, İstanbul, 2006.
STAUDINGER, Ansgar	Anonim Şirket Ortağının Sınırı Aşan Meselelerde Ticari Hayatı Tehlikeye Sokan Müdahalelerinden Dolayı Sorumluluğu, (Almancadan çeviri metin) M.Ü. Huk. Fak. I. Ulus. Tic. Huk. Semp., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s.91-96, İst., 2008.
SUNGURBEY, İsmet	Medeni Hukuk Sorunları, VI C. 1994.
TAN, Turgut/	
GÖZÜBÜYÜK, Şeref	İdare Hukuku, C. 2, İdari Yargılama Hukuku, Ankara 1999.
TANRIÖVER, Süha	Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler, A. Ü. Huk. Fak. Der., C. 49, s. 67-83 Ankara, 2000.
TAŞDELEN, Servet	Bankacılık Kanunu Şerhi, Bankacılık Hukuku Alanında Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler, Denetim Hukukunun Tarihçesi, Diğer Yasalardaki Bankacılık Suçları, Ankara, 2006.
TEKİL, Fahiman	Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1993 (Kısaltılmışı: 1993).
TEKİL, Fahiman	Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul, 1998 (Kısaltılmışı: 1998).
TEKİNALP, Ünal/	
TEKİNALP, Gülören	Perdeyi Kaldırma Teorisi, Prof. Dr. Reha POROY’ a Armağan, s. 387-404, İstanbul, 1995.
TEKİNALP, Ünal	Holding’in Pay Senetleri Yavru Ortaklık Tarafından Satın Alınabilir mi? İk. Mal. C. XV, Sayı 10 s. 417-420 (Kısaltılmışı: Pay Senetleri).
TEKİNALP, Ünal	Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 1988 (Kısaltılmışı: Banka Hukukunun Esasları).
TEKİNALP, Ünal	Fon’daki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003 (Kısaltılmışı: Fon’daki Bankanın Hukuku).
TEKİNALP, Ünal	Ünal Tekinalp’ in Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 2009 (Kısaltılmışı: Ü.T.’ nin Banka Hukuku).
TEKİNALP, Ünal	Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul, 1982, (Kısaltılmışı: Sermaye Piyasası).
TEKİNALP, Ünal	Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, İSTANBUL, 1979. (Kısaltılmışı: Bilanço) .
CANDAN, Turgut	Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun, Açıklamalı, Ankara, 2007.
UYAR, Tahil	İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, Manisa,1992.
ÜLGEN, Hüseyin /	
HELVACI, Mehmet/	
KENDİGELEN, Abuzer /	

KAYA, Arslan	Kıymetli Evrak Hukuku, İstanbul,2008.
ÜSTÜNDAĞ, Saim	İcra Hukukunun Esasları, İstanbul, 2004. (Kısaltılmışı: İcra Hukuku) .
ÜSTÜNDAĞ, Saim	İflas Hukuku, (İflas, Konkordato ve İptal Davaları), İstanbul 2007. (Kısaltılmışı: İflas Hukuku).
YANLI, Veliye	Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması, İstanbul, 2000. (Kısaltılmışı: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması).
YANLI, Veliye	Limited Şirketlerin Amme Borçlarından Dolayı Ortakların Sorumluluğu”, Prof, Dr, Erdoğan Moroğluna’na 65. Yaş Günü Armağanı, s. 743-770, İstanbul, 1999 (Kısaltılmışı: Limited Şirketlerde).
YALÇIN, Taner	Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Karşılaşılan Yollar ve Çözüm Yolları, M.Ü. Huk. Fak. I. Ulus. Tic. Huk. Semp., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 277-315, İst., 2008.
YASAMAN, Hamdi	Banka Hukuku İle İlgili Makaleler Hukuki Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, İstanbul, 2005.
YAVAŞ, Murat	İcra İflas Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, Terazi (Aylık Hukuk Dergisi), Yıl: 3, S.24, Ağustos 2008, s.17-46, (Kısaltılmışı: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması).
YAVAŞ, Murat	Tasarrufun İptali ve İstihkak Kurumlarında Perdenin Kaldırılması, M.Ü. Huk. Fak. I. Ulus. Tic. Huk. Semp., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, İst., 2008 s. 217-231, (Kısaltılmışı: Perdenin Kaldırılması).
YAVAŞ, Murat	Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacaklarının Haczi, İstanbul, 2005 (Kısaltılmışı: Üçüncü Kişilerdeki Mal, Hak ve Alacakların Haczi).
YAVUZ, Cevdet/ACAR, Faruk/	
ÖZEN, Burak	Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, Tıpkı 8. Baskı, 2009
YAYLA, Yıldızhan	İdare Hukuku, İstanbul, 2009.
YILDIRIM, M. Kamil	İcra İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul, 1995 (Kısaltılmışı, İptal Davaları).
YILDIRIM, M. Kamil	Maddi Hukuk İcra Hukuku İlişkisi, İptal Davalarından Perdeyi Kaldırma Teorisine Hukuki Koruma Sağlayan Enstrümanlar, M.Ü. Huk. Fak. I. Ulus. Tic. Huk. Semp., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 173-194, İst., 2008, (Kısaltılmışı: Perdeyi Kaldırma Teorisi).
YILDIRIM, Mesut	Banka Muhasebesi, Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, İstanbul, 2008, (Kısaltılmışı: Banka Muhasebesi).
YILMAZ, Ejder	Usul Ekonomisi, AÜHFD, C. 57. S. 1, s. 243-274, Ankara, 2008.
YILMAZ, Lerzan	Anonim Şirketlerde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Meselesi Hakkında İsviçre Federal Mahkemesi Işığında Düşünceler, M.Ü. Huk. Fak. I. Ulus. Tic. Huk. Semp., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 233-260, İst., 2008, (Kısaltılmışı: Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi).

YILMAZ, Lerzan

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun Getirdiği Yenilikler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:5 Sayı:10 Güz Dönemi, C. 2, s. 173-190, İstanbul 2006 (Kısaltılmışı: Yabancı Yatırımlar).

YÜKSEL, Kamil

Şirketler Hukuku’nda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, Örtünün Aralanması, Lifting The Corporate Veil, M.Ü. Huk. Fak. I. Ulus. Tic. Huk. Semp., Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s.261-275, İst., 2008.

ZEVKLİLER, Aydın/

ACABEY, Beşir/

GÖKYAYLA, Emre

Medeni Hukuk, Giriş- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 2000.

GİRİŞ

Bankalar, ekonominin temel yapı taşlarından bir olup, mevduat toplama ve kredi arzı sureti ile mali piyasalarda istikrarın sağlanmasında önemli fonksiyonları bulunan güven ve itibar kuruluşlarıdır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu' nun (Bank. K.) 1. maddesinin ilk fıkrasında ortaya konulan amaçlardan birisi de güven ve istikrarın sağlanmasıdır¹. Bankalar toplumun iktisadi hayatındaki paranın mübadelesi, kredi teminine hizmet etmeleri ve vasıta olmaları gibi önemli faaliyetlerde bulunmaktadırlar. Bu nedenle bankaların, faaliyetlerini mevzuatın korumasında gerçekleştirirken, bu faaliyetlerin zorunlu kıldığı güven ortamının sağlanması amacıyla bankalara ve çalışanlarına ağır bir sorumluluk yanında yükümlülükler getirilmiştir.

Ülkemizde bugün 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun (3182. s. K.) 12. ve 68. maddesi kapsamında üç bankanın mevduat toplama izni kaldırılarak iflaslarına karar verilmiştir. Aynı Kanun kapsamında iki bankanın daha mevduat toplama izni kaldırılarak hisseleri devralınmış, yirmi bankanın yönetim ve denetimi 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun (4389. s. K.) 14. maddesi kapsamında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmiş, 18. madde kapsamında bir bankanın tasfiyesine ve 16. madde kapsamında ise iki bankanın iflasına karar verilmiş bulunmaktadır.

“Mevduat Sigortası²” ndaki devlet güvencesinin mevduatın tamamı oranında genişletilmesinin amacı bankacılık krizinin aşılabilmesi³ için likiditenin artırılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Devlet güvencesinin, mevduatın tamamı oranında genişletilmesine ilişkin bu kararlar ilk başta ekonomik bir canlanma yaşanmıştır⁴. Ancak bu suretle oluşan mevcut durum hakim ortaklar tarafından banka kaynaklarının edinilmesi veya edindirilmesi sureti ile kötüye kullanılmasına zemin yaratmıştır. Devlet tarafından mevduatların tamamının mevduat sahiplerine ödenmesi sonucunda ise bankalardan aktarılan kaynaklar nedeniyle oluşan zarar tüm topluma yansımıştır⁵. Her ne kadar bununla likiditenin sağlanması gibi masum bir amaç güdülmüş ise de bazı banka hakim ortaklarınca bu güvence kötüye

¹ Bu Kanunun diğer amaçları ise, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması, kredi sisteminin etkin şekilde çalışmasının sağlanmasıdır. (ALICI, s. 31 d.).

² Mevduat sigortasının geçmişten bugüne gelişimi ve hukuki niteliği ile ilgili olarak Bkz. **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 33 vd., **ALIŞKAN**, s. 23 vd., **ALICI**, s. 62 vd., **REİSOĞLU**, Bankacılık Kanunu, s. 119, 822 vd.

³ **ALIŞKAN**, s. 444, **REİSOĞLU**, s.679.

⁴ **ALICI**, s. 8., **ALIŞKAN**, s. 261.

⁵ Bkz. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda değişiklik yapılmasına dair 5020 sayılı Kanunun gerekçesi.

kullanılmıştır. Bazı bankalarda şeklen hukuka uygun dürüstlük kuralına aykırı bulunan muvazaalı işlemler ile bankaların kaynakları edinilmiş ve edindirilmiştir. Denetim mekanizmalarında yaşanan aksaklıklar⁶ da bunlara eklenince oluşan zararın ülke ekonomisi üzerinde yıkıcı sonuçları olmuştur. Bu nedenle, mevduatın tamamının mevduat güvencesi kapsamına alınmasına ilişkin karar, ekonomik gelişim amacıyla alınmış olsa da denetim kurumlarının yeterli olmadığı bir sistemde, öngöründen uzak bir karar olduğu düşünülmektedir. Bununla yanı sıra yirmi banka ile ilgili olarak toplum zararına gelişen bir sürecin doğmasının ana nedenlerindenidir. Bu kapsamın dışında olan üç bankada ise, mevduat toplama ve bankacılık yapma izninin kaldırıldığı 3182 s. K. döneminde mevduat sigortasındaki güvence sınırlıdır. Bu kanun döneminde ise üç bankanın iflasına karar verilmiştir.

Bir çok bankada; hakim ortak ve yöneticileri tarafından banka malvarlığının pasifinde yer alan halktan toplanan mevduat veya off-shore hesaplardaki⁷ nakitleri veya bankanın aktifinde yer alan gayrimenkuller, iştirakler gibi kalemleri kendi mülkiyetlerinde gibi kabul eden bir bakış açısı ile edindikleri veya edindirdikleri gözlenmektedir.

Bankaların anonim şirket şeklinde kurulu olmaları nedeniyle, ortaklarından ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliğe sahiptirler. Dolayısıyla bankaların mal varlıkları, ortaklarının malvarlığından ayrıdır. Ortağın tüzel kişilik üzerindeki mülkiyet hakkının açılımı; kullanma, genel kurulda şirketin yönetimini belirleme, yararlanma, kar payı alma ve tasarruf ise hisseleri devir ve temlik edebilme olarak kendisini göstermektedir. Anonim şirket ortağının, doğrudan şirket malvarlığı üzerinde tasarruf etme hakkı bulunmamaktadır. Ancak şirketin tasfiyesi halinde, anonim şirket ortağının tasfiye sonucunda tasfiye olunan şirketin malvarlığının aktifinde artı bir değer kalır ise ortağın tasfiye payı alma hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle toplumun genele yakın bir kesiminde yerleşen yaygın kanının aksine anonim şirketlerin malvarlıkları, -şirketin adında yer alan anonim ifadesinden de anlaşıldığı üzere- şirket hissedarının mülkiyetinde yer almamaktadır. Şirket ortağının mülkiyet hakkı TTK ile düzenlenen şirket ortaklık haklarından ibarettir.

Toplumumuzda kurulan şirketlerin tamamına yakının aile şirketi olduğu ve bu nedenle de şirketin malvarlığının aileye aitmiş gibi bir anlayışın yerleştiği gözlemlenmektedir. Bu anlayışın bir uzantısı olarak, kurulan bankalarda da hakim ortak hissedarların bankası olmanın yanı sıra bankaların malvarlıklarının da aynı aileye mensup hakim ortak hissedarların mülkiyetinde olduğu yönündeki anlayış tüm toplumda yerleşmiştir. Banka hakim ortaklarının ise bankaların kuruluşunda güttükleri ilk amaç, aynı anlayış ile kurmuş oldukları grup

⁶ ÖNDER, s. 3.

⁷ Off-shore hesaplardan aktarılan kaynaklar banka açısından yoksun kalan kar niteliğindedir.

şirketlerine kredi teminini kolaylaştırmak ve ucuzlaştırmaktır. Ancak kolaycı bir anlayışın ürünü olan bu basit ve ahlaki açıdan çok da geçerli olmayan amaç, sonrasında tamamen ahlak ve hukuk dışı olan “banka malvarlıklarının aktifinde ve pasifinde yer alan unsurların şeklen hukuka uygun görünen ve kanunun arkası dolanılarak gerçekleştirilen muvazaalı işlemler ile banka hakim ortaklarına ve üçüncü kişilere aktarılması” amacına dönüşmüştür. Bu amaç ise toplumun genelinde gözlemlenen bankanın mal varlığının, banka hissedarlarına ait olduğu yönündeki hukuken kabul edilemez nitelikteki bir anlayıştan kaynaklanmaktadır. Banka kaynaklarının hakim ortaklara ve üçüncü kişilere aktarımında çok sayıda gerçek ve tüzel kişi kullanıldığı, teknolojinin de yardımı ile farklı usuller benimsediği ve bunun yanı sıra çok sayıda dolanlı işleme tabi tutulduğu gözlemlenmektedir. Bu suretle edinilen veya edindirilen banka kaynaklarının aradan geçen yıllarla beraber, ilk çıkış noktasının, geçirdiği evrelerin ve en son kimin yedinde bulunduğunun tespitinin ve tahsilinin imkansız hale getirilmiş olduğu gözlemlenmiştir.

Söz konusu aktarımların sosyal, ekonomik ve siyasi nedenleri bulunduğu gibi, yine aynı şekilde ekonomik, sosyal ve siyasi sonuçları yanında hukuki sonuçları da doğmuştur. 2001 yılındaki ekonomik krizin yaşanmasındaki en büyük nedenlerden birinin 22 bankanın ekonomik hayattan büyük zararlar vererek çekilmesi olduğu düşünülmektedir.⁸

3182 s. K.’ nun yürürlükte bulunduğu dönemden başlayarak Bankaların sayısı giderek artmıştır. 4389 s. K. döneminde bankalarda yapılan denetimler sonucunda zarar doğurucu işlemlerin tespiti sonrasında banka yönetim kurulu üyeliklerine atamalar yapılmıştır. Sorunlu bankalarda kanunun arkasını dolanma kastı ile muvazaalı olarak gerçekleştirilen işlemler sonucunda banka kaynakları hakim ortaklara veya üçüncü kişilere aktarılmıştır. Bunun sonunda bankalara verilen zarar ise tüm topluma yansımıştır. 3182 s. K.’nun toplum zararına gerçekleşen bu hayat olaylarını çözmekte yetersiz kalması nedeniyle 4389 s. K. çıkarılmıştır. Söz konusu kanun taşıdığı hükümler nedeniyle oldukça yoğun eleştiriler almıştır. İhtiyaçların bu kanun ile tam olarak karşılanamadığı düşüncesi ile birçok değişiklik geçirmiş ve sonrasında Ban. K. kabul edilmiştir. Ancak Bank. K. ile getirilen geçici 11. maddenin atfı ile 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu’nun fon lehine getirilen hükümleri ile geçici 11. madde sayılan hükümlerinin halen yürürlükte olduğu kabul edilmiştir. Bu hükümde yönetim ve denetimi son olarak Fon’a devredilen bankanın karar tarihi esas alınarak 4389 s. mülga Bankalar Kanunun ilgili hükümlerinin yürürlük süresi belirlenmiştir. Bu nedenle 4389 s. mülga K.’nun bu hükümlerinin yürürlükte kalma süresi Fon tarafından tüm bankaların tasfiye

⁸ AKDAĞ-GÜNEY, s. 5.

işlemlerinin tamamlanması ile sınırlandırılmıştır. Bank. K. 16. maddesinde bu kanun ile getirilen Fon lehine hükümlerin geçmişe yürüyeceği kabul edilmiştir. 4389 sayılı Bankalar Kanununda ve Bank. K.' nunda gelişen ihtiyaçları karşılama amacı güdülerek düzenlemeler yapıldığından kanun metinleri sık sık değişmiş ve kanun yapma tekniği olarak kazuistik yöntem benimsendiğinden somuta yakın hükümler getirilmiştir. Bankalara ilişkin düzenlemelerin özel nitelikte olması nedeniyle genel kurallardan öncelikli olarak, özel kanun niteliğindeki Bank. K. ve 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunun halen yürürlükte olan hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

4389 s. K. ile başlayan kanun değişikliklerinin nedeni ise bazı bankalarda hakim ortakların, dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçekleştirdikleri kötü niyetli, muvazaalı ve şeklen hukuka uygun işlemler ile ilgili olarak yaşanan ispat güçlüğüne yanı sıra yargının da yavaş işleminin katkıları ile açılan dava ve takiplerin zamanla kilitlenme noktasına gelmiş olmasıdır⁹. Bu gibi nedenlerle kamu alacağının tahsilinde yaşanan güçlüklerin toplumdaki adalet anlayışını zedelenmesi sonucunda sorunun çözümüne yönelik kanunlaştırmalarla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi hayata geçirilmiştir. Daha sonra 5020 sayılı Kanun ile 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nda yapılan değişikliklerle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi daha geniş bir şekilde hüküm altına alınmıştır.

Bank. K. ve 4389 s. K. ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğuran Fon'a tanınan özel yetkiler (6183 sayılı AATUHK hükümlerine göre takip yapma yetkisi gibi) çokça eleştirilmiştir. Kanun koyucunun yenilikleri içeren düzenlemeler getirilmesinin asıl nedeni ise normal ve dürüst insanlar arasındaki hukuki ilişkilerin ve sorunların çözümünü düzenleyen yürürlükteki kanun hükümlerinin, bankacılık alanında dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçekleştirilen ve kanunun arkasını dolanma amacını güden muvazaalı işlemlerle oluşan kamu zararının tahsilinde sonuca götürememiş olmasıdır. Bankacılık Hukuku kurallarına tabi olan banka ve müşteri ilişkisi, klasik olarak kabul edilen güçsüz birey ve güçlü devlet anlayışının dışında bir ilişkidir. Burada ise ekonomik gücü bankalar aracılığı ile elinde tutan güçlü banka hakim ortakları ve güçsüz müşteri ilişkileri söz konusudur. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ise dellilerin olduğu dönemde hukuki ilişkinin tarafı değildir. Fon hukuki ilişkiye bankanın Fon'a devri ile kanuni halef sıfatı ile taraf olmaktadır. Ancak kanun koyucu kanuni halefiyete ilişkin genel kuralları bazı istisnalarla getirmiştir. Bu nedenle bu

⁹ A.İ.H.S.'nin 6. mad.'nin 3. f.'na göre davanın makul bir sürede sonuçlandırılması zorunluluğu bulunmaktadır. Adil ve kalıcı bir sonuç bu şekilde sağlanabilecektir. (YÜKSEL, s.271, TANRIÖVER, s. 67-83, YILMAZ, E, s. 243-274). Bu konuda hukuk literatüründe yerleşen değimiyle "geç gelen adalet değildir" denilebilir (KUZU, s. 1-25).

ilişkide güçlü taraf olan banka hakim ortakları olup, banka kaynaklarının kötüye kullanılması sureti ile banka zararına usulüz olarak gerçekleştirilen kayıt dışı ya da gerçeğe aykırı kayıtlarla oluşturulan işlemler söz konusudur.

Özetle yukarıda yer alan nedenlerle Kanun koyucu tarafından kamu alacaklarının tahsilini teminen 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu çıkarılmıştır. Bu kanun ile başlayan ve değişikliklerle devam eden, süreç içerisinde 5020 s. K. ile etkin tahsil yöntemleri tanınmıştır. Bu değişiklikler sonrasında Bank. K. ile tamamlanmıştır. Hak ve özgürlükler açısından çokça eleştirilen bir hukuki gelişim süreci yaşanmıştır.

Kanun maddelerinin yorumunda, objektif sonuçlara varılabilmesi için bu düzenlemelere neden olan olaylar ve sebeplerinin birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Tarafsız bir bakış açısına sahip olan adil bir sonuca ise kanunun amacı gözetilerek, yaşanan maddi olayların neden sonuç ilişkisi içerisinde incelenmesiyle ulaşılabilecektir.

Tüzel kişi, ayrı ve bağımsız bir hukuk süjesi olması nedeniyle kendini oluşturan kişi ve organların üyelerinden bağımsız bir kişiliğe ve kendine ait ayrı bir mal varlığına sahiptir¹⁰. Bu nedenle, tüzel kişilerin ortakları için sınırlı sorumluluk ilkesi getirilmiştir.

İncelememizin konusunu ise ortaklar tarafından kişi ve mal ayrılığı ilkesinin hakkaniyete aykırı olarak kötüye kullanıldığı hallerden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına en çok ihtiyaç duyulan alan olan bankacılık hukukundaki düzenlemeler oluşturmaktadır. Bu düzenlemelerin amacının, hukuki niteliğinin ve sonuçlarının daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle birinci bölümde “tüzel kişilik” kavramı, “tüzel kişiliğe hakim ilkeler ve istisnaları”, “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması”, bu konudaki teoriler, ve teorinin uygulanmasına ihtiyaç duyulan haller ve kaldırma şekilleri incelenecektir. İkinci bölümde ise “bankacılık hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması süreci”, “hakim ortakların banka kaynaklarını aktarım yöntemleri”, “Fon’un hukuki niteliği”, “bankacılık alanında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili önleyici düzenlemeler” ve “tüzel kişilik perdesinin kanunen kaldırıldığı” hükümler incelenecektir. Önleyici düzenlemeler başlığı altında; kontrol, hakim ortaklık, ana ortaklık, bağlı ortaklık ve nitelikli ortaklık kavramları, bankaların kuruluş şartları, bankalara faaliyet izni verilmesinin şartları, pay edinim ve devirleri, birleşme, bölünme, hisse değişimi ve iradi tasfiye, yönetim kurulu, denetim komitesi, Murahhas üye, genel müdür ve yardımcıları, denetlemeye ilişkin hükümler, ödenmiş sermaye, yedek akçe ve özkaynak,

¹⁰ Tüzel kişilerin kurulmasının bir ihtiyaçtan doğmuş olduğuna ilişkin olarak bkz. **YILMAZ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 241.

krediler ve risk grupları kavramları, mevduat ve katılım payı toplamaya ilişkin hükümler ile mal beyanı verme yükümlülüğü açıklanacaktır.

Bankacılık hukukunda tüzel kişilik perdesinin kanunen kaldırıldığı düzenlemeler başlığı altında ise “banka kaynaklarının istismarı ve iade tazmine konu edilmesi”, “Fon’un mahkemelerden tedbir talepleri”, “şahsi sorumluluk”, “6183. s. AATUHK hükümlerine göre perdenin kaldırılması”, “sorumluluk davalarına ilişkin istisnai yetkiler”, “Fon alacaklarını tahsilini teminen tanınan yetkilerden Fon’un şirketlerin yönetim ve denetimlerini devralma yetkisi”, “ticari iktisadi bütünlük satışları”, “banka kaynağının kullanılması halinde edinilenlere el koyma yetkisi” ve “mevduat sigortası ve katılım fonu tutarının eksik ödenmesi” halinde takip yetkisi incelenecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜZEL KİŞİLİK VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

I- TÜZEL KİŞİLİK KAVRAMI¹¹

A. Tanım

Hukuken kişi, haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade eder. Ancak bugün hukuk sistemlerinde gerçek kişiler dışında, fiziki varlığı bulunmayan bir takım kurumlar ve topluluklar da hak sahibi olarak kabul edilmektedirler. Tüzel kişiler, insan ömrünün sınırlı süresinde, bir kişinin kendi imkanları ile gerçekleştiremeyeceği amaçları hayata geçirmek ve bu amacın devamlılığını, gerçek kişilerden bağımsız olarak sağlamak için, zaman içerisinde toplum hayatında gelişen uygulamaların hukuk sistemlerince tanınması sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu topluluk veya kuruluşların ortaya çıkması ise ortak amacı gerçekleştirebilmek için birleşmek veya mallarını bir amaca tahsis ederek kullanmak ihtiyacından doğmuştur. Bu amacın gerçekleştirebilmesi için ise kişi ve mal topluluklarına hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen bir hukuk süjesi olarak kişilik hakkı tanımıştır¹².

Tüzel kişiler, hukuk düzenince kendilerini oluşturan kişi veya mallardan bağımsız bir hukuk süjesi olarak kabul edilen belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiş kişi veya mal topluluklarıdır¹³. Hukuk düzeni, ortak bir amacın gerçekleştirilebilmesini sağlayacak örgütlenmeye sahip tüzel kişilere; kişi veya mal toplulukları olarak birleşen veya bir malı tahsis eden kişilerden bağımsız olarak bir kişilik tanımıştır¹⁴. TMK'ın 47. maddesinde tüzel kişilik "belli bir amaca örgütlenmiş bağımsız kişi ve mal toplulukları olarak tanımlanmaktadır.

¹¹ Tüzel Kişilik kurumunun hukuki niteliği ile ilgili olarak iki temel teori ileri sürülmüştür. Bunlar Savingy'in savunucusu olduğu farazi kişilik (fiksiyon) teorisi ve Wirken'in gerçeklik teorileridir. Bkz. **DURAL/SARI**, s. 212-214, **BİLGE**, 236-240, **ÖZSUNAY**, 20 vd. *Antalya*, 743 sayılı Mülga Türk Kanunu Medenisi'nin gerçeklik teorisinin etkisinde olduğunu, bu kanunu yürürlükten kaldıran 1421 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun ise gerçeklik teorisini benimsediğini belirtmektedir. **ANTALYA**, s.145.

¹² **HATEMİ**, s. 132 vd., **SEROZAN**, Tüzel Kişiler, s. 29 vd., **AKÜNAL**, s. 4 vd., **AKİPEK/AKINTÜRK**, s. 501 vd., **OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR**, s. 191 vd., **DURAL/ÖĞÜZ**, s.199 vd., **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 9 vd., Tarihi gelişim ile ilgili olarak Bkz. **YILMAZ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 233-237, 241, **DURAL/ÖĞÜZ**, s. 208-211, **OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR**, s.191-192.

¹³ **AKÜNAL**, s. 3, **DURAL/ÖĞÜZ**, 199, **SAĞLAM**, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 153.

¹⁴ **OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR**, s.192.

B. Unsurlar

Tüzel kişiliğin kazanılmasında kanunen belirlenen şekillerde örgütlenme, sürekli amaç ve bağımsızlık unsurlarının bulunması gerekmektedir¹⁵.

1. Örgütlenme Unsuru

Bir kişi veya mal topluluğunun örgütlenmiş olması, amacın gerçekleştirilebilmesi için kanunen öngörülen zorunlu organlara¹⁶ yeterli bir şekilde sahip olunması anlamına gelmektedir¹⁷. Ancak belirli bir amacı gerçekleştirmek üzere, bağımsız ve devamlı olacak bir örgütlenmeyi sağlayan kişi veya mal toplulukları, kendilerini oluşturan gerçek kişilerden bağımsız bir kişilik kazanır¹⁸. Örgütlenme bu bağımsız hukuki varlığın iradesini açıklayacak ve amacını gerçekleştirmek üzere faaliyette bulunacak organların oluşturulmasını ifade eder¹⁹. Tüzel kişiliğin zorunlu organlarının bulunmaması veya sonradan ortadan kalkması tüzel kişiliğin kazanılamamasına ya da tüzel kişinin sona ermesine neden olur²⁰.

2. Sürekli Amaç Unsuru

Kişi topluluklarında amaç tek bir kişinin menfaatinin üstündeki daha genel ve ortak bir menfaattir²¹. Toplum yaşamında bazı iş ve hizmetlerin kesintisiz olarak yürütülmesinin tüm toplumu kapsayan büyük bir ortak fayda bulunmaktadır. Örneğin, sağlık ve sosyal yardım, bankacılık ve sigortacılık hizmetleri ciddi maddi güce sahip insanların bir araya gelerek kuracakları kurumlar eliyle yürütülebilir. Süreklilik gerektiren işlerin ve hizmetlerin insan hayatının süresini ve sınırlı olanaklarını aşan belirli bir amaca²² hizmet edilebilmesini teminen tüzel kişilik olgusu ortaya çıkmıştır²³.

¹⁵ Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 192 -194, DURAL/ÖĞÜZ, s. 199.

¹⁶ DURAL/ÖĞÜZ, s. 201-202.

¹⁷ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s.192.

¹⁸ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 11.

¹⁹ AKÜNAL, s. 11.

²⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 201.

²¹ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 193, DURAL/ÖĞÜZ, s. 200, bkz. HATEMİ, s.132.

²² AKÜNAL, s. 11, DURAL/ÖĞÜZ, s. 201.

²³ YILMAZ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 235. *Akünel'* a göre tüzel kişiliğin amacının değil, bu amaca ulaşmak için yapılan faaliyetlerin süreklilik göstermesi yeterlidir. (AKÜNAL, s. 3, 10, 11.) *Oğuzman/Seliçi/Özdemir* ise tüzel kişiliğin süreklilik arz eden bir amaca hizmet etmek için kurulabileceğini, faaliyetlerin süreklilik taşımayabileceğini ileri sürmektedir. (OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 193.) *Dural/Öğüz* de bu konuda *Akünel'* a katılarak faaliyetlerin süreklilik arz etmemesi halinde süreklilik unsurunun bulunmadığından tüzel kişiliğin kazanılamayacağı bu nedenle amacın sürekliliği görüşüne katılmadığını belirtmektedir. (DURAL/ÖĞÜZ, s. 200).

3. Bağımsızlık Unsuru

Kanun koyucu, tarafından tüzel kişilik tanınmış²⁴ bulunan kişi ve malvarlığı toplulukları, kendini oluşturan kişilerden ve organların üyelerinden ayrı ve bağımsız bir hukuki yapıya sahiptir. Bunun bir sonucu olarak da kendine ait ayrı bir mal varlığına bulunmaktadır²⁵. Tüzel kişiliğin varlığı, onu oluşturan gerçek kişilerin ömrü ile sınırlı değildir. Tüzel kişilerin kuruluşunda iradesi bulunan kurucu ortakların dahi sonradan kanunda yazılı koşullar mevcut bulunmadığı sürece kişisel iradeleri ile tüzel kişiliği ortadan kaldırmaları mümkün bulunmamaktadır. Tüzel kişi hem içe yani kendi üyelerine hem de dışa (üçüncü kişilere) karşı bağımsızdır²⁶.

a. Şahıs Ayrılığı

Tüzel kişi, kurucularından, üyelerinden ve organlarını oluşturan kişilerden ayrı, onların gelip geçiciliğinden etkilenmeyen sürekli bir organizasyondur²⁷. Tüzel kişiliğin iradesi ise belirli usullere göre genel kurul tarafından seçilen ve kanunda belirlenen şekilde oylama sonucunda karar alan bir kurulun iradesidir. Bu nedenle, tüzel kişiliğin iradesi gerçek kişilerden oluşan ortaklarının veya organlarının kişisel iradelerinden bağımsızdır. Bu kişilerin tek tek iradeleri tüzel kişiliğin iradesini belirlemez. Tüzel kişiliğin iradesini kararda yazılı bulunan hususlar oluşturmaktadır. Ancak iyiniyetin tespiti ile ilgili olarak tüzel kişinin organlarını oluşturan kişilerin niyeti önem kazanmaktadır.

Tüzel kişi hak ehliyeti yanında fiil ve dava ehliyetine de sahiptir²⁸. Ancak bu ehliyetlerin anlamları içerik olarak gerçek kişilerden farklıdır. Bu hak ve borçlar kolektif bir nitelik arz etmekte ve ehliyetlerini organları aracılığıyla kullanmaktadırlar. Ayrıca evlenme ve nişanlanma gibi gerçek kişilere özgü ya da bir kişi veya mal topluluğunun yapısına aykırı bulunan haklar dışında, bütün haklara sahip olabilir ve borç altına girebilirler (MK. m. 48). Her tüzel kişinin kendine ait bir kişiliği, ikametgâhı ve uyuşu vardır. Haklarını korumak için davaya taraf olma hak ve ehliyetine sahiptirler²⁹.

²⁴ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 192, SEROZAN, Tüzel Kişiler, s. 29, HATEMİ, s. 132, DURAL/ÖĞÜZ, s. 202.

²⁵ POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 99, ANTALYA, s. 146.

²⁶ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 10, ANTALYA, s. 146.

²⁷ SEROZAN, Medeni Hukuk, 2008 s. 196, YILDIRIM, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s.183.

²⁸ ULUSOY, s. 353.

²⁹ OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 206 -220, DURAL/ÖĞÜZ, s. 209-235, YILMAZ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 237.

b. Mal Ayrılığı

Tüzel kişiler süreklilik arz eden ortak bir amacı gerçekleştirebilmek için ortaklarından ayrı ve bağımsız bir kişiliğe sahip olduğundan, malvarlıkları da ortaklarının malvarlığından ayrıdır. Tüzel kişilerin organları aracılığı ile yaptıkları faaliyetler sonucunda doğan haklar ve borçlar, ortak ve yöneticilerine değil doğrudan tüzel kişiliğe ait olur. Ayrı bir malvarlığına sahip olma, ayrı bir yönetim ve temsil organizasyonunu da gerekli kılmaktadır. Tüzel kişiliğe sermaye olarak getirilen çeşitli malvarlığı kalemleri üzerindeki haklar, belirli bir amacın gerçekleştirilebilmesini teminen üyelerin ve onu yöneten kişilerin değişmesinden bağımsız olarak daimi bir şekilde tüzel kişiliğe devredilerek amaca tahsis edilmesi³⁰ ile birlikte sadece üyelik haklarına dönüşürler. Tüzel kişiliğe tahsis edilecek tüm malvarlığının mülkiyetinin ve diğer hakların usulüne uygun işlemlerle devredilmesi gerekmektedir. Aynı kural, tüzel kişi tarafından üyelerine veya üçüncü kişilere devredilecek mallar ve haklar için de geçerlidir³¹.

Ayrı bir mal varlığına sahip olmanın bir başka sonucu da sınırlı sorumluluk ilkesinde kendini göstermektedir. MK m. 50/II.'nde yer alan "Organın herhangi bir fiilinin tüzel kişiliği ilzam edeceği" yönündeki hüküm gereğince; organın, borca aykırı davranışından tüzel kişilik kendi malvarlığı ile sınırlı olarak sorumludur³². Anonim şirketlerde, şirketin borcundan dolayı ortakların sorumlulukları, koymayı taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlıdır. (TTK m. 405/I) Ortaklar ancak şirketin tasfiyesi halinde tasfiye payı üzerinde haciz uygulanmasını talep edebilirler³³. (TTK m. 145/I ve BK m. 534.) Buna karşılık, üyelerinin şahsi borçlarından dolayı tüzel kişinin malvarlığına başvurulamaz³⁴. Ortağın mülkiyet hakkının açılımı ise, kullanma; genel kurulda yönetimi belirleme, yararlanma; kar payı alma ve tasarruf; ise hisseleri devir ve temlik edebilme olarak kendisini göstermektedir. Tüzel kişilerde, ortağın mülkiyet hakkı kanunla özel olarak düzenlenen ortaklık haklarından ibarettir³⁵. Ortaklar tarafından getirilen sermaye, artık ortağın değil, ortaklığın mal varlığına dahil olmaktadır³⁶. Tüzel kişiliğin ortağının doğrudan şirket malvarlığı üzerinde tasarruf etme hakkı bulunmamaktadır. Tasfiye halinde, tasfiye edilen tüzel kişiliğin malvarlığının aktifinde artı bir

³⁰ ANTALYA, s. 146.

³¹ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 12.

³² Bkz. OĞUZMAN/SELİÇİ/ÖZDEMİR, s. 218 vd. , YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 12, ANTALYA, s. 146, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 153, ULUSOY, s. 352.

³³ POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası,106.

³⁴ YILMAZ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 238.

³⁵ YILMAZ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 238 .

³⁶ ÖZTEK/MEMİŞ, s. 205.

değer kalır ise tasfiye payı alma hakkı bulunmakta ise de tüzel kişilerin kurucuları ve üyeleri sermaye olarak getirdikleri değerlerin aynen iadesini isteyemezler³⁷. (Örn. TTK m. 203, 239, 447/3.) Bu nedenlerle, tüzel kişilerin malvarlıkları, hissedarlarının mülkiyetinde yer almamaktadır. Tüzel kişi kendi mal varlığı üzerinde mülkiyet hakkının getirdiği, kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma hak ve yetkisine bizzat kendisi sahiptir.

II. TÜZEL KİŞİLİĞE HAKİM İLKELER ve İSTİSNALARI

A. Sınırlı Sorumluluk İlkesi

1. Genel Olarak

Sorumluluk dar anlamı ile borç teriminin karşılığıdır. Burada sorumluluk taraflardan birinin diğerine kanundan veya sözleşmeden doğan bir edimi ifa yükümlülüğünü yansıtmaktadır.³⁸ Hatta borçlu ile sorumlu kişi eş anlamlı kullanılmaktadır³⁹. Sorumluluk kavramı diğer bir anlamı ile “isnat kabiliyetini” ifade etmektedir. Kişiye bir fiilin sonuçlarının yüklenilebilmesi, yani “sorumludur” sonucuna varılmasının anlamını ifade etmektedir. Son anlamı ile sorumluluk terimi kişinin borcunu nasıl karşılayacağı ya da başka bir ifade ile alacaklının alacağını karşılamak için başvuracağı sorumluluğun konusunu oluşturan borçlunun malvarlığını da belirtmektedir⁴⁰. Bu sorumluluk şekline “ile sorumluluk” da denmektedir⁴¹. Hukuk kuralı olarak sorumluluk hukuka aykırı bir fiil sonucunda üçüncü kişiye verilen zararın tazmini veya borçlunun edimini yerine getirmemesinden ya da gereği gibi yerine getirmemiş olmasından kaynaklanan tazmin yükümlülüğünü ifade etmektedir⁴².

Anonim ortaklıklarda bir işletmenin faaliyetleri için gereken sermayenin, birliği oluşturan kişilerden toplanan sermaye paylarından oluşması sağlamaktadır⁴³. Böylece, ticari hayatın olağan olan ticari faaliyetten doğan riski birden fazla kişiye paylaştırılarak bu sayede, bir kişinin sınırlı ömrünün ve mali gücünün yeterli olamayacağı ölçüde iktisadi planların geleceğe dönük olarak gerçekleştirilmesi mümkün olmaktadır. Ancak bir girişimci alacağı riskin ne oranda olduğunu öngöremez ve ortaklık borçlarından dolayı malvarlığının tamamı ile sorumlu tutulursa, bu durum onu risk almaktan uzaklaştıracağından sınırlı sorumluluk

³⁷ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 12, YILMAZ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 239.

³⁸ ARSLANLI, s. 343, AKDAĞ-GÜNEY, s. 31.

³⁹ ÇAMOĞLU, s. 9.

⁴⁰ ÇAMOĞLU, s. 9-10.

⁴¹ ANTALYA, s. 146.

⁴² AKDAĞ-GÜNEY, s. 32.

⁴³ ÇAMOĞLU, s. 1.

ilkesi getirilmiştir. Sermaye ortaklıklarında, ortaklık malvarlığının sahibi tüzel kişidir⁴⁴. Bu nedenle, ortaklığın alacaklılarına karşı sadece ortaklığın sorumlu olacağına dair sınırlı sorumluluk ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre ortaklar kural olarak, taahhüt ettikleri sermaye payını ortaklığa ödedikleri oranda ortaklık borçlarından dolayı sorumlulukları söz konusu olmayacaktır. Sonuçta ticari hayatın riskini azaltmak isteyen her yatırımcı sadece yatırdığı miktarı riske atacaktır. Bu nedenle sınırlı sorumluluk ilkesinin getiriliş amacının, “riskin finansmanı” ya da “girişimcinin teşviki” olduğu ifade edilmektedir⁴⁵.

Tüzel kişiliğin unsurlarından olan kendine özgü mal varlığı ile bu mal varlığının belirli bir amaç birliği içinde bağımsız ve ayrı olarak ortaya konmasının sonucu olarak ayrı bir kişilik tanındığından mal varlığının ayrılığı ilkesi kabul edilmektedir. Bu malvarlığı ortaklığın ortaklarının ya da yöneticilerinin değişmesinden bağımsız ve ayrı bir varlık olarak sürekli bir şekilde tüzel kişiye ait olmaktadır⁴⁶.

Kolektif ortaklıklarda, ortaklık borçlarından dolayı ortakların da sorumluluğuna gidilebilmekte olup bu durum, hem tüzel kişilik yapısı ile hem de hisseli komandit ortaklıklarda olduğu gibi sermaye ortaklığının niteliğine ters düşmemektedir. Sınırlı sorumluluk ilkesi, kanun koyucu tarafından limited ve anonim ortaklıklar için öngörölmüş bir ayrıcalıktır⁴⁷.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin tanınmasının temelinde yatan birinci düşünce, kural olarak anonim ortaklığın organları aracılığıyla faaliyetlerini yürüten bağımsız bir tüzel kişi olmasıdır. Bu nedenle, ortaklık ile alacaklıları arasındaki ilişkiler doğrudan, üçüncü kişi durumunda olan pay sahiplerine isnad edilemez. İkincisi düşünce ise, yine kural olarak pay sahibinin ortaklığın yönetimi ile hukuken ilgili olmamasıdır. (Uygulama da ise pay sahiplerinin tüzel kişiliği bizzat yönettikleri görölmektedir.) Özellikle geniş tabana yayılan mali yönden güçlü anonim ortaklıklarda, hukuki düzenlemelerde amaçlandığı üzere pay sahiplerinin genel kuruldaki iradenin oluşumu üzerinde etkisi payları oranında olduğundan çok azdır. Bu nedenle pay sahiplerinin ortaklığın geleceğini belirlemesi ihtimalinden normal olarak söz edilemez⁴⁸. Eğer ortakların kötü niyetinin birleşmesi hali gibi istisnai bir durumla karşı karşıya bulunulmuyorsa, onların ortaklık borçlarından -kanun koyucu tarafından getirilen istisnai

⁴⁴ **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 98.

⁴⁵ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 76.

⁴⁶ **ANTALYA**, s. 146.

⁴⁷ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 77.

⁴⁸ Ancak istisnai nitelikte olan bu durumun hakim ortaklarca kötüye kullanılmasına ilişkin örneklere bankacılık alanında rastlanılmış bulunmaktadır.

hükümler bulunmamakta ise- salt teori ile şahsen sorumlu kılınması kabul edilecek bir sonuç değildir. TTK 269. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “ortakların mesuliyetleri taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile mahduttur” hükmü ile anonim ortaklıklarda pay sahiplerinin sınırlı sorumluluğu ilkesi kabul edilmiştir⁴⁹. Bu hükmü tamamlar nitelikte bir hüküm olan TTK 405. maddenin 1. fıkrasında ise; pay sahibinin, hisse senetlerinin çıkarılması sırasında belirlenen ve hisse senetlerinin itibari değerine eşit veya ondan yüksek olan pay bedelinden fazla bir şey ödemeye, esas sözleşme ile dahi mecbur tutulamayacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm ile sınırlı sorumluluk ilkesi desteklenmiş bulunmaktadır⁵⁰.

2. Sınırlı Sorumluluk İlkesinin Anlamı

Sınırlı sorumluluk ilkesi üç ayrı ilişki ve durumunda varlığını göstermektedir⁵¹.

a. Pay Sahibinin Anonim Ortaklığa Karşı Tek Bir Borcunun Bulunması

Pay sahibinin anonim ortaklığa karşı tek bir borcu⁵² bulunmakta olup, bu ise koymayı taahhüt ettiği sermaye paylarının bedellerini ifa ile son bulan sermaye borcudur. (TTK m. 405./I) Sermaye borcundan dolayı pay sahibinin sorumluluğu sınırsız olup, “sınırlı bir borçtan sınırsız sorumlu olma” şeklinde ifade edilen bu durumda; sermaye borcundan dolayı anonim ortaklık, pay sahibinin tüm şahsi malvarlığına gidebilmektedir⁵³.

b. Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Olmaması

Pay sahibinin ortaklıkla ilgili sorumluluğu sadece koymayı taahhüt ettiği sermaye ile sınırlıdır. Bu sorumluluk ise, ortaklığın kuruluşunda ya da sermaye artırımında taahhüt edilen sermaye payının nakdi olarak ortaklığa ödenmesi veya ortaklık malvarlığına ayni olarak konmasını ifade eder. Buna karşılık kanun pay sahiplerinin ortaklığın alacaklılarına karşı hiçbir borcunun bulunmadığını ve ortaklığın borçlarından da sorumlu olmadıklarını hükme

⁴⁹ **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 242, *Tekil*, “ sermaye payları” ifadesinin “katılma payları” olarak yorumlanması gerektiğini belirtmektedir. Çünkü pay bedelleri onları itibari değerinden yüksek de olabilir. Bu durumda aradaki fark emisyon primidir. (**TEKİL**, 1998, s. 106).

⁵⁰ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 78.

⁵¹ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 78.

⁵² Bunun dışında TTK 405. mad. 3. f. uyarınca esas sözleşme ile ikincil tali yükümler öngörülebilir. Ayrıca bazı tür anonim ortaklıklar için tek borç ilkesine istisna olarak pay sahiplerinin bağlılık borcundan da söz edilmektedir. Bkz. **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 604 vd.

⁵³ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 79, **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 604.

bağlamıştır. TTK m. 405/III'e göre, ortaklığın ana sözleşmesi ile öngörülebilecek tali yükümlülükler ise sadece ortaklığa karşıdır⁵⁴.

c. Ortaklık Borçlarından Dolayı Sadece Ortaklık Malvarlığının Sorumlu Olması

Ortaklık alacaklıları alacaklarının tahsili için üyelerin mal varlığına müracaat hakkına sahip olmayıp sadece ortaklığın malvarlığına gidebilirler. (TTK m. 269/I). Buradaki sorumluluk ise sınırsız bir sorumluluktur. Kanun koyucu burada alacaklıların haklarının esas sermaye ile güvence altına alındığı düşüncesinden hareket etmektedir. Anonim ortaklıklarda malvarlığının oluşturan ve kuruluştan itibaren sahip olması gereken sermayenin asgari miktarı yani güvencenin alt sınırı kanun ile belirlenmiştir⁵⁵.

3. Sınırlı Sorumluluk İlkesinin İstisnaları

a. Genel Olarak

TTK 473. maddesine göre anonim ortaklık pay sahipleri; haksız yere ve kötü niyetle aldıkları kar payı ve hazırlık devresi faizi ile yönetim kurulu üyelerinin kazanç paylarını geri verme yükümlüdür. Bu düzenlemede yer alan geri alım hakkı sadece ortağa tanınmıştır.⁵⁶

b. Özel Düzenlemeler

Kanun koyucu tarafından düzenlenen sınırlı sorumluluk ilkesinin istisnasını teşkil eden hükümlerin “tüzel kişilik perdesinin aralanması” sonucunu doğurduğu gözlenmektedir. Bu düzenlemelere örnek olarak Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunun 35. ve mükerrer 35. maddesi, TTK 179, 180, 263, 264, 258 ve 475. maddelerinde düzenlenen hükümler verilebilir. Bunların 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 108, 109, 110, g 132, 133 ve 134. maddeleri ile hükme bağlanan düzenlemeler ile 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun geçici 11. maddesinin atfı gereğince halen yürürlükte bulunan 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu’nun 15/7 (a), 15/7 (b) ve 17. maddeleri sayılabilir. Bankacılık alanındaki tüzel kişilik perdesinin kanunen kaldırılmasına yönelik düzenlemeler incelememizin ana konusunu teşkil etmekte olup ikinci bölümde ele alınarak incelenecektir⁵⁷.

4. Sınırlı Sorumluluk İlkesi Karşısında Alacaklıların Korunması

Hem gerçek ve hem de tüzel kişiler açısından borçlarından dolayı sadece ortaklığın malvarlığı cebri icra takibine konu edilebileceği ilkesi geçerlidir. Bu durum ortaklıklarda

⁵⁴ **TEKİL**, Şirketler Hukuku, s. 522 .

⁵⁵ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 79.

⁵⁶ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 79, **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 551.

⁵⁷ Bkz. İkinci. Bölüm, V.

sorumluluk ortaklık malvarlığı ile sınırlandırılmış olduğundan, ortaklık alacaklılarının korunmasını temel bir ihtiyaç haline getirmektedir. Ancak, gerçek kişilerin kredibilitesi değerlendirilirken ticari itibarı, sosyal durumu, ailevi geçmişi ve çalışma gücü de değerlendirmede esas alınmaktadır. Oysa kendi mal varlığı ile sınırlı sorumluluğun geçerli olduğu tüzel kişilerde sorumluluğun ve kredibilitenin temelini ticari itibarı yanında asıl olarak malvarlığı oluşturmaktadır. Dolayısıyla, tüzel kişinin malvarlığının azaltılması ya da yok edilmesi ortaklık alacaklılarının zarara uğramasına neden olacaktır⁵⁸.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanıldığı hallere özgü istisnai bir uygulamayı ifade etmektedir.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin karşısında alacaklıların korunması amacını güden iki ilke yer almaktadır.

B. Ortaklık Malvarlığının Korunması İlkesi

Ortaklar, ortaklık alacaklılarına karşı sorumlu olmadıklarından, ortaklık sadece kendi malvarlığı ile sınırlı olarak sorumludur. Ancak bu genel kuralın istisnaları mevcuttur. Ticaret Kanunu'nda, alacaklıların menfaatlerini korumak amacıyla bazı özel hükümlere yer verilmiştir⁵⁹. Ayrıca ortaklık malvarlığı üzerinde tasarruf yetkisi ortaklığın hissedarlarına ait değildir. Ortaklığa hissedarlar tarafından konulan ana sermaye tutarı üzerinde sermayeyi getiren hissedar dahil hissedarların tasarruf yetkisi bulunmamaktadır. Ortaklığın organları hissedarların tamamından meydana gelen genel kurulda seçimle oluşmaktadır. Ortaklık, organları aracılığı ile faaliyette bulunmaktadır. İcra organı olan yönetim kurulunda ise kararların alınması TTK ile getirilen düzenlemelere tabidir. Tüm bu düzenlemelerin amacı ise üyelerinden ve organlarından ayrı ve bağımsız kişiliği bulunan ortaklığın devamlılığının sağlanması amacına dolayısıyla ortaklığın mal varlığının korunmasına hizmet etmektedir.

⁵⁸ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 81-82.

⁵⁹ **ANSAY**, s. 37 vd., **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 258, Bu hükümler; ortaklığın tesciline sermayenin tamamının taahhüt edilmiş olması (TTK m. 285 /I), aynı katılma paylarının değerlerinin bilirkişi marifetiyle tespit ettirilmesi (TTK m. 289/II) ve itibari değerinden aşağı bir bedelle hisse senedi çıkarılmaması(TTK m. 286/I) gibi malvarlığının eksiksiz oluşmasını sağlayan tedbirlerle, ortaklık işlemeye başladıktan sonra da malvarlığının korunması için öngörülen, kârın ancak bilanço kârından (TTK m. 455/I., 457/I, 469/I) veya bunun için ayrılmış yedek akçelerden (TTK m. 466/I, 458) dağıtılabilmesi (TTK m. 470/II) ortaklığın kendi paylarını kural olarak devir ve rehin alamaması (TTK m. 329), pay senetlerine katılma payları karşılığında kural olarak faiz verilmemesi (TTK m. 470/I , 471.), kanunda belirlenen hallerde ortaklık alacaklılarına karşı ortaklıkla birlikte sorumlu olunması (TTK m. 336.) ve mal varlığında azalma halinde özel tedbirler alınması (TTK m. 324) gibi hükümlerdir (**YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.82).

C. Kamuyu Aydınlatma İlkesi

Kamuyu aydınlatma ilkesi ortaklığa ait bilgilerin kapsam ve içerikleri değişken olmakla birlikte kamuya dolayısı ile ortaklığın hissedarlarına, alacaklarına, pay ve tahvil sahiplerine, sermaye piyasasına açık olmasını ifade eder. Buradaki kamuya açıklık ticari sır niteliğindeki bilgileri kapsamamaktadır. Ticari sırrın işletmede yer alan belirli sayıda kişi tarafından bilinmesi ise sır kapsamındaki bir bilginin sır niteliğini kaybetmesine neden olmamaktadır. Kamuya açıklık ilkesi ile şirketle ilgili olanların menfaatlerini korumakta, haklarını kullanırken bilinçli ve etkili olmalarına yardım etmekte, aldatılmalarını önlemek ortaklık yararının ve kazanımlarının korunmasına hizmet eden, özel ekonomik gücün, milli iktisadın gereklerine ve faydasına uygun çalışmasını sağlayan; gerek iç, gerek dış denetimi içine alan ilkelerin tümü olarak tanımlanmaktadır⁶⁰. Şirketlerin hisse sahiplerinin, katılmak isteyenlerin, şirketlerle ticari iş yapan üçüncü kişilerin korunması iç ve dış denetimlere rağmen mümkün olmadığından ve hatta denetim araçlarının da dahil olduğu durumlarla karşılaşıldığından en iyi koruma yönteminin şirketin faaliyetleri hakkında kamuya açık ve yeterli bilgi verilmesi olduğu kabul edilmektedir.

Bilanço bir işletmenin, mali yapısını, likiditesini, iştiraklerini ve bunlarla olan ilgisini ve iştiraklere katılma payını ve ölçüsünü, yönetime katılanların ortaklık karşısındaki durumlarını, hangi değerlendirme yöntemlerinin kullanıldığını, ortaklığın genel durumunu, kredibilitesini ve rantabilitesini göstermektedir⁶¹. Bilanço, rapor, izahname, sirküler ve bunun gibi belgeler makyajlama yöntemlerinden⁶² ari olarak maddi gerçeği yansıtacak bilgiyi verecek usulle ve yeterli ayrıntıları gösterecek modellere göre düzenlenmelidir⁶³.

Kamuyu aydınlatma ilkesinin amacının gerçekleşmesi için ilk olarak şekli anlamda kamunun aydınlatılması gerekmektedir. Bu da ortaklığın fiili durumu, iktisadi faaliyetleri ve mali gücü konusunda verilen bilgilerin ve yapılan açıklamaların yayımlanarak, ilan edilmesidir⁶⁴. İkincisi ise, şekli olarak gerçekleştirilen kamuyu aydınlatmayı tamamlayan ve maddi anlamda gerçeğe uygun olarak kamuyu aydınlatma olarak ifade edilen, bildirilen, ilan edilen, yayımlanan veya sicile kaydedilen konuların içeriğinin açık ve net olması şartıdır⁶⁵. Türk Ticaret Kanunu'nda bilanço ile kâr ve zarar hesabının yayımlanmasına ilişkin şekli

⁶⁰ **TEKİNALP**, Bilanço, s. 53.

⁶¹ **TEKİNALP**, Bilanço, s. 31,40,53, **TEKİL**, s. 59.

⁶² Bilanço makyajlamaları karşısında bilançoların analizi ile ilgili olarak bkz. **BÖNCÜOĞLU**, s. 34 vd.

⁶³ **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 260.

⁶⁴ **TEKİNALP**, Sermaye Piyasası, s.151 vd.

⁶⁵ **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 471, **TEKİNALP**, Bilanço, s. 51.

anlamda bir kamuyu aydınlatmaya yönelik bir hüküm düzenlenmemiştir⁶⁶. Ancak doktrinde anonim ortaklıklarda kamuyu aydınlatma ilkesinin varlığını kabul edilen görüşler⁶⁷ olduğu gibi sadece özel kanunlarında kamuyu aydınlatma ilkesinin bulunduğu hallerde bu yükümlülüğün bulunduğunu belirten görüşler de mevcuttur⁶⁸.

4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu’nun 13. maddesinin 1. fıkrasının (a) bendinde “bankaların hesaplarını, yıllık bilançolarını, kar ve zarar cetvellerini Türkiye Bankalar Birliğinin görüşü alınarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’na belirlenecek esas ve usullere uygun tutmak, yayımlamak ve ilgili mercilere göndermekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun m 37/I’ de bu yükümlülük “Bankalar, kuruluş birliklerinin ve Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun görüşü alınmak suretiyle Kurul tarafından uluslararası standartlar esas alınarak belirlenecek usul ve esaslara uygun olarak muhasebe sistemlerinde tekdüzeni uygulamak; tüm işlemlerini gerçek mahiyetlerine uygun surette muhasebeleştirmek; finansal raporlarını bilgi edinme ihtiyacını karşılayabilecek biçim ve içerikte, anlaşılır, güvenilir ve karşılaştırılabilir, denetime, analize ve yorumlamaya

⁶⁶ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 83.

⁶⁷ **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 260.

⁶⁸ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 84.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda ise, kamuyu aydınlatma ilkesine bir açık bir hükümle yer verilmiştir. Hükümün ilk şeklinde sadece bilanço, kâr-zarar hesabı, yıllık rapor, denetçi raporu gibi yılsonu veya ara tablolar gibi belli dönem sonu belgelerinde ve de menkul kıymetlerin halka arzında kamuyu aydınlatma ilkelerine uyulması gerekliliği düzenlenmiştir. Ancak 1992 tarihli ve 3794 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile sadece belirli dönemlerde değil, gerekli olan her halde ilkelerin uygulanması anlamında sürekli kamuyu aydınlatma kavramı getirilmiştir. (SPK m. 16/I) Ayrıca hisse senedi toplama girişiminde bulunulmasında, genel kurullarda oy hakkını kullanmak için vekalet istenmesinde, pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren hisse senedi el değiştirmelerinde, sermaye artırımlarında, birleşme ve devirler ile menkul kıymetlerin değerini etkileyebilecek önemli işlemlerde ve durum değişikliklerinde (SPK m.16/a) kamuyu aydınlatma ilkelerinin uygulanması öngörülmüştür. Sermaye Piyasası, Kanunu’nun kendisine verdiği yetkiye dayanarak (SPK m. 22) yaptığı düzenlemelerle, güncel bilgilerin sürekli bir şekilde kamuya açıklanmasını öngören bir sistem oluşturmuştur (**YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 83-84, **MANAVGAT**, s. 238.).

Sigorta Murakabe Kanunu’nun 39. maddesinde, sigorta ve reasürans şirketlerinin bilançoları ile kâr ve zarar cetvellerinin denetçilerce onaylanmış birer örneğini, yurt çapında basımı ve dağıtımı yapılan günlük iki gazete ilan etmeleri yükümlülüğü düzenlenmiştir. Bu hükme göre Hazine Müsteşarlığı ayrıca, belirleyeceği esaslar ve örnekler uygun olarak her türlü bilgiyi cetveli, raporları ve mali tabloları istemeye, gerekli görüldüğü takdirde mali tabloları kamuoyuna duyurulmak üzere yayımlatmaya da yetkilidir.

elverişli, zamanında ve doğru şekilde düzenlemek zorundadır.” şeklinde yeniden düzenlenmiştir⁶⁹.

⁶⁹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 37. maddesindeki bu değişikliğe ilişkin kanun gerekçesinde bu hükümle ilgili olarak “Bankaların malî durumlarının doğru olarak tespiti muhasebe sistemlerinde üretilen bilgilerin, kayıtların gerçek mahiyetlerine uygun ve anlaşılır olmasına bağlıdır. Bankaların yönetim kurulu ve hissedarlarının doğru kararlar alabilmeleri ile yatırımcıların ve diğer ilgili tarafların bankalar hakkında doğru değerlendirmeler yapabilmeleri, bu bilgilerin ve kayıtların güvenilir ve anlaşılır olmasına bağlıdır. Son yıllarda oldukça önemli sayıda kitlenin maddi zarara uğramasına neden olan dünyada yaşanan muhasebe skandalları bu sistemlerin sağlıklı bir şekilde işleminin önemini ortaya koymuştur. Bu öneme binaen uluslararası alanda muhasebe sistemlerinin işleyişine ilişkin standartlar getirilmekte ve bu alandaki kurallar sürekli olarak gelişmektedir. Kurumun yapacağı denetimin etkinliği, verimliliği ve sıhhati bu sistemlerin yeterli bir seviyede tesis edilmiş olması ile yakından bağlantılıdır. İyi işlemeyen bir muhasebe sistemi, suiistimallerin ve başarısızlıkların gizlenmesine zemin yaratmakta, gizlenen hususların denetim yoluyla tespiti ise güçleşmekte ve zaman almaktadır. Diğer taraftan, gözetim sisteminin bu kuruluşlardan elektronik ortamda aldığı veriler üzerinden yaptığı analiz ve değerlendirmelerin de yanıltıcı olmasına sebebiyet vermektedir. Bankaların faaliyet ve işlemlerinin, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları ve Ulusal Muhasebe Standartları ile süreklilik, dönemsellik, tutarlılık, sosyal sorumluluk, kişilik, parayla ölçülme, maliyet esaslı, tarafsızlık ve güvenilir belge ve özün önceliği gibi ilkeler çerçevesinde muhasebeleştirilmesi beklenmektedir. Yukarıda açıklanan ilkeler ve standartlar kapsamında bankaların, muhasebe sistemlerinde şeffaflık ve tekdüzenin sağlanması, işlemlerin kayıt dışında kalmasının önlenmesi, faaliyetlerinin gerçek mahiyetlerine uygun olarak sağlıklı ve güvenilir bir biçimde muhasebeleştirilmesi; bankaların etkin bir biçimde denetim ve gözetime tâbi tutulması suretiyle tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması ve finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması bakımından büyük önem taşımaktadır. Bu itibarla, bankaların muhasebe sistemlerinin yeterli olması ve faaliyet ve işlemlerinin temel muhasebe ilkeleri kapsamında muhasebeleştirilmesi zorunluluk arz etmektedir. Bu madde ile Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarında belirtilen temel muhasebe ilkeleri ile Basel Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesinin konuyla ilgili temel prensipleri dikkate alınmak ve bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 13 üncü maddesinin ilgili hükümleri Kanunun sistematiğine uygun olarak yeniden düzenlenmek suretiyle; bankaların muhasebe sistemlerinde tekdüzeni sağlamak, tüm işlemlerini gerçek mahiyetlerine uygun surette ve ihtiyatlılık ilkesi çerçevesinde muhasebeleştirmek; finansal tablolarını finansal bilgi edinme ihtiyacını karşılayabilecek biçim ve içerikte, anlaşılır, güvenilir ve karşılaştırılabilir, denetim, analiz ve yorumlamaya elverişli, zamanında ve doğru şekilde hazırlamak ve raporlamak zorunda oldukları vurgulanmıştır.” açıklamalarına yer verilmiştir.

Bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununda yer alan hükümlere paralel olarak, bankalara ilişkin muhasebe ve raporlama sistemine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi yetkisi Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu ile Türkiye Bankalar Birliği ve Türkiye Katılım Bankaları Birliğinin görüşü alınmak suretiyle Kurula verilmiştir. Ulusal muhasebe sisteminin oluşturulması ile görevli Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından muhasebe sistemine ilişkin usul ve esasların belirlenmesini müteakiben Kurul tarafından tekdüzen hesap plânı ve tip finansal raporlara ilişkin esasların belirlenmesi öngörülmektedir.” şeklinde açıklanmaktadır.

III- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

A. Dürüstlük Kuralı

Herkes hukuki haklarını kullanırken ve borçlarını öderken dürüst davranmakla yükümlüdür. TMK 2/1 maddesi dürüst davranma zorunluluğunu getirirken toplumun huzurlu ve güvenli olduğundan hareketle, asıl olanının dürüstlük ve iyiniyet olduğunu kabul ederek “herkesin dürüst ve iyiniyetli” olduğu varsayımını getirmektedir⁷⁰. (TMK m. 3/I) Dürüstlük kuralının ve iyiniyetin temelinde hukuk sistemlerinde genel olarak geçerliliği kabul edilen namuslu, doğru ve dürüst davranma kuralı yer almaktadır⁷¹. Güvenin korunması dürüstlük kuralı temeline dayanmaktadır. İyiniyet ise güvenin korunabilmesi için korunmaktadır.⁷² Kanun koyucu bu hükmün devamında II. fıkrada yer alan “ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse ise iyiniyet iddiasında bulunamaz.” kuralı ile kişilere özenli davranma yükümlülüğü getirilmiş ve özensiz davranan bir kişinin iyiniyet iddiasına ise itibar edilmemiştir. Toplum hayatında, insanların çeşitli amaçlar altında hukuk düzenin tanıdığı olduğu hakları kötünietli olarak kullandıkları gözlemlenmektedir. Oysaki genel kabul görmüş hukukun temel ilkelerinden biri olan “hiç kimse kendi kusurlu davranışından hareketle bir hak iddia edemez” kuralı ile hukuk sistemlerinde bu gibi haksız davranışların korunmayacağını kabul edilmektedir. Kanun koyucu bu ilkedan hareketle, getirdiği istisnai nitelikte hükümlerle bu tür davranışları önlemek ve sonuçlarını ortadan kaldırmak amacı gütmektedir. Bu nedenle söz konusu hukuka aykırılık hallerini önlemek ve sonuçlarını ortadan kaldırmak için çeşitli önlemler almıştır. TMK m. 2/II’de bir hakkın kötüye kullanılması yasaklanmıştır.

İki kişinin gerçek niyetlerini üçüncü kişilerden gizlemek amacıyla yaptığı muvazaalı işlemler BK m. 18/I gereğince geçersizdir. Her muvazaalı işlem kötünietli veya hakkın kötüye kullanılması durumunu da içermektedir. İyiniyetin olmadığı bir alan olan ahlaka aykırılık hali ise BK 20. maddesi hükmü karşısında geçersizdir. Gabin, (BK m. 20.) hile (BK m. 28) ve ikrah (BK m. 29) hallerinde ise iptal edilebilir işlemler söz konusudur⁷³. Sözleşmenin hazırlanmasında ve yapılmasında da kusurlu olma, culpa in contrahendo ve haksız fiil halleri de tüzel kişilik perdesinin kanun hükmüyle kaldırılmasıdır⁷⁴. İkinci bölümde

⁷⁰ AKYOL, Dürüstlük Kuralı, 6 vd., DURAL/SARI, s. 197, OĞUZMAN/BARLAS, s. 219-220, ZEVKLİLER/ACABEY/ GÖKYAYLA, s. 179, ULUSOY, s. 354.

⁷¹ DURAL/SARI, s. 191.

⁷² AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 12.

⁷³ ULUSOY, s. 354.

⁷⁴ ULUSOY, s. 355.

incelenecek olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu' nunda yer alan hükümler de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması amacını taşımaktadır. Bu nedenle, belirtilen genel hükümlerle aynı amacı güden ve niteliği benzer olan özel düzenlemelerden oluşmaktadır. Bu düzenlemelerde bir dönem bankacılık alanında, dürüstlük kuralına aykırı olarak gerçekleştirilen işlemler nedeniyle oluşan hukuka aykırı zeminin ve sonuçlarının ortadan kaldırılması ve hukuk sisteminden ayıklanılması amacı güdölmektedir. Bu yapıcı amacın yanında sonraki dönemler için bu gibi hukuka aykırılıkların ortaya çıkmasının engellenebilmesi ve dürüstlüğün bankacılık alanında tekrar hayata geçirilebilmesinin temini için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden yararlanılarak bankacılık alanında kanunen perdenin kaldırıldığı düşünülmektedir.

Yukarıda açıklamış olduğumuz üzere tüzel kişiler kendisini oluşturan gerçek kişilerden mutlak olarak ayrı ve bağımsız bir hukuk süjesidir⁷⁵. Şahıs ve mal ayrılığı ilkesi gereğince tüzel kişiliğin ortaklarından ve organlarını oluşturan üyelerinden bağımsız olarak bir kişiliği var olduğundan, ayrı bir malvarlığına da sahiptir. Örneğin bir tüzel kişi borcundan dolayı alacaklıya karşı yalnızca kendi malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu olduğundan, alacaklı alacağını tahsil edebilmek için tüzel kişiliğin malvarlığı yerine tüzel kişiliği oluşturan gerçek kişilerin malvarlığına başvuramayacaktır⁷⁶. Yani tüzel kişiliği oluşturan üye ve ortaklar tüzel kişinin borçlarından dolayı sorumlu değildirler. Hukuken kabul edilen ana kural bu olmakla beraber bu durum, tüzel kişiliği oluşturanlar tarafından bazı yükümlölüklerden kurtulmak ya da hukuken geçerli bulunmayan sonuçlara ulaşabilmek amacıyla kötüye kullanılabilir⁷⁷. Bu nedenle, tüzel kişi ile üyeleri arasında ki mal ayrılığı kuralının mutlak bir biçimde ve her durumda uygulanması zaman zaman hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına ve hukuka olan güvenin sarılmasına neden olabilmektedir⁷⁸. Doktrinde kabul edilen tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi⁷⁹ ile tüzel kişilik kurumunun bu ve benzeri

⁷⁵ DURAL/ÖĞÜZ, s. 202, YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 1, ULUSOY, s. 353-354.

⁷⁶ SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s.153, DURAL/ÖĞÜZ, s. 203.

⁷⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 203, YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 1.

⁷⁸ ÖZTEK/MEMİŞ, s.195.

⁷⁹ Doktrinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin terminolojisi ile ilgili olarak teorinin ilk çıktığı yıllarda bir fikir birliği bulunmamaktadır. İngiliz ve Amerikan Hukuklarında “lifting the corporate veil” piercing the corporate veil” ibarelerinin karşılığı olan tüzel kişilik perdesinin ya da tölünün aralanması veya kaldırılması olarak ifade edilmektedir. (YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 2,13, YILMAZ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 239). İngiliz Hukukunda az da olsa “tüzel kişiliğin nazara alınmaması” anlamına gelen “disregard of legal entity” ifadesinin de kullanıldığına rastlanılmaktadır. Özellikle ortakların şirketleri para toplama aracı olarak ve malvarlıklarını çoğaltmak amacıyla kullandıkları ve şirketin ödeme

şekillerde kötüye kullanılması karşısında belli şartların varlığı koşulu ile istisnaen tüzel kişinin kendisinin göz ardı edilerek üyelerinin dikkate alınması söz konusudur. Tüzel kişinin üyeleri ile arasındaki ayrılık ilkesinin uygulanmasından vazgeçilerek, üçüncü kişilere tüzel kişilerin ortaklarının veya üyelerinin mal varlığına başvurabilme ve sorumluluklarına gidebilme imkânı tanınmakta ve tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanılarak sorumluluktan kurtulmalarına engel olunmaktadır⁸⁰. Aynı şekilde, üyelerin sorumluluklarının bulunduğu

gücünün zayıfladığı hallerde tüzel kişiliğin ortaklar tarafından kötüye kullanılmasının varlığı kabul edilmektedir. Ayrıca ortaklar, şirketten, şirketin aktifini azaltacak şekilde borç aldıklarında veya şirketin aktifinin faaliyetlerini gerçekleştiremeyecek oranda azalması halinde şirketlerin tasfiye edilmemesi ya da şirketin sermayesini artırmaları halinde de sorumlu oldukları öngörülmektedir. Yine ortakların şirkete borç vermesi halinde de şirketin sermayesi olmadığı halde sürekli borçlanarak alacaklılara zarar verilmesinin önlenilmesi istenilmektedir. Bu durumda şirket ortağı, şirketin tüm alacaklılarının alacağını almasından sonra alacağını alabilmektedir. (ÖZTEK/MEMİŞ, s. 200). Alman ve İsviçre Hukuklarında ise terminolojik bir birlik bulunmamakla birlikte genelde “Durchgriff durch die juristische Person” veya Durchgriffshaftung” kavramları kullanılmaktadır. Alman Hukukunda Durchgriff olarak ifade edilen kavram sorumlu kılma amacıyla perdeyi aralama “Haftungsdurchgriff” ve kapsama almak amacıyla perdeyi aralama “Zurechnungsdurchgriff” olarak iki ayrı görüş tarafından savunulmuştur. (TEKİNALP/TEKİNALP, s.389, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 154, Dpn. 4, YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 2,13, YILMAZ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 239, ULUSOY, s. 356). Türk Hukukunda ise; Teoriden ilk olarak *Ansay* tarafından tülü kaldırma ifadesi ile 1963 yılında düzenlenen Banka ve Ticaret Hukuku Haftasında sunduğu makalesinden sonra yapılan tartışma bölümünde bahsedilmiştir. (POROY, s. 425 vd., 450, ANSAY, Anonim Şirketlerin Sorunları, s. 192 vd.). Ancak daha sonra *Ansay*’ ın tüzel kişilik sanısının bertaraf edilmesi olarak teoriye yer verdiği görülmektedir. (ANSAY, Anonim Şirketler Hukuku s. 25). *Yanlı*, Amerikan Hukukunun etkisi ile tüzel kişi ile üyeleri arasındaki ayrılığın kaldırılması, tüzel kişiliğin hukuki şeklinin dikkate alınmaması olarak ifade edilen tüzel kişilik perdesinin veya tülünün aralanması teriminin kullanıldığını belirterek, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması terimini benimsemektedir. (YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 13,-16). *Sağlam*, tarafından hazırlanan yüksek lisans tezinde “ Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması” başlığı kullanılmış ise de daha sonra 2008 tarihli Sempozyum’a ilişkin olarak yayımlanan makalelere ilişkin derlemede yer alan makalesinde “tüzel kişilik perdesinin aralanması” başlığını kullanmaktadır. Bunun yanında tüzel kişilik tülünün aralanması ve perdenin kaldırılması terimlerine de makalesinde yer vermektedir. (SAĞLAM, Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 153-161). *Hatemi* ise adaletin ışığının tüzel kişiliğin arkasına da yansıtılması anlamında “ışıldak ilkesi” ifadesini kullanmaktadır. (HATEMİ, s.132 vd). *Dural* ise tüzel kişinin tabanına basılma terimini (DURAL, s. 97 vd.)’ da kullanmış ise de son eserinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teriminin yerleştiğinin söylenebileceğini ifade etmektedir. (DURAL/ÖĞÜZ, s. 203). *Antalya*’ da aynı görüştedir. (ANTALYA, s. 144).

⁸⁰ DURAL/ÖĞÜZ, s. 203, YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 1, ÖZTEK/MEMİŞ, s. 205, YILMAZ, s. 240, ULUSOY, s. 355.

hallerde örneğin üyenin borcundan dolayı tüzel kişiliğe gidilememesinde de teori uygulama alanı bulmaktadır⁸¹.

B. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Ortaya Çıkışı

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi ilk önce Anglo-Amerikan Mahkemelerinin uygulamasında ortaya çıkmıştır⁸². Amerikan Hukukunda, tüzel kişilik kurumunun hukuki

⁸¹ **ÖZTEK/MEMİŞ**, s. 196.

⁸² **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 5, **SAĞLAM**, Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması, 44, **ÖZTEK/MEMİŞ**, s.196.

Anglo-Amerikan Hukuk (Common Law) Sistemi, örf ve adet hukuku kökenli olup, mahkeme kararlarında yer alan uygulamalarla oluşmuş ve gelişmiş bir hakkaniyet hukukudur. XIX. Yüzyılın başlarında sınırlı sorumluluk ilkesinin ve diğer bazı imtiyazların şirketlere tanınması ile hakkın kötüye kullanıldığı bazı durumlar ortaya çıkmış ve mahkemeler bu hukuka aykırı sonuçları ortadan kaldırmak için tüzel kişilik perdesinin arkasına gizlenenlerin sorumluluğuna gidebilmek için hakimin perdeyi kaldırabileceği sonucuna varmışlardır. *Yanlı* tarafından aktarıldığı üzere; bu kavramlar ilk kez Hakim Saborn tarafından verilen bir kararda maddi olayın çözümünde uygulanmıştır. Bu kararda; “genel bir kural konmak istenir ise de, genelde herkes tarafından kabul edilen görüşe göre, aksi için geçerli bir neden ortaya çıkmadığı sürece bir birliğin tüzel kişiliğinin varlığı esastır. Ancak tüzel kişilik yapısı kamuyu yanıltmak, hileyi korumak, suçu savunmak ya da hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak için kullanılır ise, o taktirde hukuk bu tüzel kişiyi bir kişi birliği olarak değerlendirir.” şeklinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gerekliliği ifade etmektedir. (Ayrıntılı bilgi için Bkz. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 5, dpn.20). Tüzel kişiliğin varlığının amacı dışında kullanılması halinde kişilerin ayrılığı ilkesini ileri sürmenin yani tüzel kişiliğin hukuki bağımsızlığının hakkaniyet ilkesi ile bağdaşmadığı hallerde bu gerekçe teori kapsamında reddedilir. Hakkaniyet ilkesi, Common Law Mahkemelerinin, uygulamada karşılaştığı hukuka aykırılıkların çözümünde, adalet ve nifet kurallarını uygulaması yönünde mahkeme hakimine tanınan hukuki bir imkandır. Mahkemelerce hakkaniyet ilkesi çerçevesinde bu teori uygulamalar ile ortaya atılmış ve tüzel kişilik perdesi kullanılarak gerçekleştirilen usulsüzlüklerin hukuk alanından ayıklanması sağlanmıştır. Zira Amerikan tüzel kişiler ve özellikle anonim şirketler hukukunda geçerli bulunan dürüstlük ve güven ilkesi bağımsızlık kuralının mutlak şekilde uygulanmasına imkan vermemektedir. Bu teorinin temelini tüzel kişiliğin bir varsayımdan ibaret olduğuna ilişkin fiksiyon teorisi oluşturmaktadır. Tüzel kişiler sadece hukuka uygun olan belirli amaçların gerçekleştirilmesi için kurulmuş olduğundan bu amaçların gerçekleştirilmesi dışında faaliyete bulunamaz ve ancak bu amaçlarla sınırlı olarak varlığını sürdürebilir. (“ultra vires teorisi” için bkz. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 100-102, **YILMAZ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 237). Bir tüzel kişinin Tüzel Kişiler Hukuku ile bağdaşmayan amaçlar için kötüye kullanılması halinde hakkaniyetin mahkemelerce sağlanması için tüzel kişilik maskesi arkasına gizlenmiş kişilere gidilebilecek veya maddi gerçeklik araştırılabilecektir. Ancak ana ortaklığı yavru ortaklığın borçlarından sorumlu kılınan kararlara bakıldığında maddi olayların koşullarının farklılığından ötürü bir nedensellik birliği söz konusu olmayıp, belirsizlikler bulunmaktadır. Mahkemelerce tüzel kişilik perdesi yalnız tüzel kişiliğin borçlarını ödemekte acze düşmesi halinde değil, diğer alanlarda da kaldırılmaktadır (**YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 5-8).

temeli, varsayımsal bir varlık olarak kabul edilmekteydi. Bu nedenle tüzel kişilik hiçbir zaman gerçek kişilerle eşit kabul edilmemekte, buna karşın gelişen uygulamalar nedeniyle kabul edilmesi zorunluluk haline gelen farazi bir varlık olduğu belirtilmektedir. Ancak daha sonra bu görüş terk edilerek gerçeklik teorisi kabul edildiğinden, ayrılık ilkesi gereğince kişi ve mal ayrılığı ilkeleri de kabul edilmiştir. Bu teorinin kabulü ile tüzel kişilik perdesinin koruma alanının genişlemesi sonucunda kişilerin perdenin arkasına saklanarak gerçekleştirdikleri işlemler ile karşılaşmıştır. Bu durumun ise hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiğinden hukuken kabul edilemeyeceği⁸³ sonucuna varılarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin doğmasına neden olmuştur⁸⁴.

Ana ve yavru ortak ilişkisinde üç ayrı yaklaşımdan söz edilmektedir. Instrumentality teorisine göre ana ortaklığın yavru ortaklarının borçlarından sorumlu tutulabilmesi için ana ortaklığın kesin hakimiyeti altında olan yavru ortaklığın bulunması, hukuka aykırı bir davranışı sonucunda doğan bir zarar bulunması, hakimiyet ve hukuka aykırı fiil arasındaki nedensellik bağının bulunması gerekmektedir. “Alter ego” teorisine göre ise ana ve yavru ortaklıkları arasında tüzel kişiliklerin birbirlerinden ayrı ve bağımsız oldukları kabul edilemeyecek bir şekilde iç içe geçmiş ise bu suretle aralarında oluşan çıkar birliği karşısında ayrılık ilkesinin uygulanması hakkaniyete aykırılık teşkil etmektedir. Maddi olayda bunun gibi hileli veya ahlaka aykırı bir davranış ile hukuka aykırı yarar sağlanmasının hukuk sistemince korunması gibi bir sonucun doğuracak olayların varlığı aranmaktadır. “Identity” teorisi ise ana ve yavru ortaklıkların ekonomik açıdan birleşerek içi içe geçmesi halinde teorinin uygulanması esasına dayanmaktadır. Genel olarak hakkaniyet düşüncesi ile, kazuistik yöntemin uygulanması sonucunda, mahkemelerin tüzel kişilik perdesini kaldırırken kanun hükümlerinin veya sözleşme hükümlerinin dolanılması ya da tüzel kişi alacaklılarının hileli bir şekilde zarara uğratılması hallerinde teorinin uygulanabileceği yönünde soyuta yakın kurallara ulaşılmıştır. Ancak yine de bu konuda kesin bir kural bulunmamaktadır. Bu nedenle her somut olayın özellikleri dikkate alınarak hüküm kurulması gerekmekte olup, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusundaki her bir dava sui generis bir nitelik taşımaktadır. (YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 5-8).

Seven/Göksoy tarafından aktarılan bir Amerikan Mahkemesi bir kararında “perdeyi kaldırma teorisinin amacının “aldatıcı davranışı önlemek veya hakkaniyeti sağlamak” olduğunu ifade etmektedir. Şirket ortağının şirket tüzel kişiliği üzerinde tam bir hakimiyeti olduğu ve bu hakimiyeti aracılığıyla hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan ve bu nedenle haksız veya hakkaniyete aykırı davranışta bulunduğu durumlar bakımından, tüzel kişiliğin ortak açısından sorumluluktan kurtulmak için sadece bir araç olması olgusundan söz edilmektedir. Bunun yanı sıra, tüzel kişiliğin ayrı bir kişi olma özelliğini ortadan kaldıracak derecede bir mülkiyet ve menfaat birliğinin bulunduğu yani malvarlığının birbirine karıştığı durumlarda mal ayrılığı ilkesinin istisnasız uygulanmasının hakkaniyete aykırı sonuçlarının doğabileceği durumları vurgulama amacıyla, şirketin, ortağın “alter egosu” olması kavramına dayanmaktadır. Somut olaydaki şartların, kişisel sorumluluktan kurtulmak için tüzel kişiliğin kullanılması sonucunu doğurduğu hallerde büyük bir adaletsizlik oluşturacağı anlaşılmakta ise, mahkemelerce şirketin tüzel kişiliğinin arkasında saklanan şirket ortağının da sorumluluğuna yönelme yolu açılabilir.” şeklinde hüküm tesis edilmiştir (SEVEN/GÖSOY, s. 2461).

⁸³ AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s.102, DURAL/SARI, s. 214.

Daha sonra Kıta Avrupa' s ı Hukuk Sistemlerinde de tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi kabul edilmiştir⁸⁵.

⁸⁴ SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 155.

⁸⁵ (YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 13-20, ÖZTEK/MEMİŞ, s. 197.) Normun amacı öğretisi olarak anılan bir görüşe göre, somut olayda uygulanacak olan hukuk kuralının ruhu, tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesi gereğince ortak ve şirket hakkında uygulanmadığından, bu ilke nedeniyle normun ulaşmak istediği sonuca aykırı bir çözüm ortaya çıkıyorsa, normun amacına uygun sonuca ulaşılabilmesi için teorinin uygulanması mümkün görülmektedir. (SEVEN/GÖSOY, s. 2461, ÖZTEK/MEMİŞ, s. 197-198.) Diğer görüş ise kötüye kullanma teorisidir. Bu görüş ise, dürüstlük kuralını esas almaktadır. Tüzel kişiliğin yapısının kötüye kullanılmasının hukuk düzenini zedelediği ya da şirket ile ortaklar arasındaki kişi ve mal ayrılığına dayanmanın dürüstlük kuralına aykırılık oluşturduğu durumlarda teorinin uygulanmasının gerekliliği kabul edilmektedir. Kötüye kullanma teorisi taraftarları ise “objektif kötüye kullanma teorisi” ve “sübjektif kötüye kullanma teorisi” olmak üzere iki ayrı görüş ileri sürmektedir. Sübjektif teori, tüzel kişiliğin hukuka aykırı amaçlarla, hakkın kötüye kullanılarak yönetilmesinin sonuçlarının ortadan kaldırılması esasına dayanmaktadır. Objektif teori ise, tüzel kişi ile üyesi arasındaki ayrılığın somut olayda hukuk düzeni ile bağdaşmayan sonuçlarının ortadan kaldırılması için hukuka aykırı bir amacın bulunması koşulunu aramamaktadır. (SEVEN/GÖSOY, s. 2461).

İsviçre Hukuku' da hakim görüş tüzel kişilik perdesinin kaldırması teorisinin, hukuken İsviçre MK' nun 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına dayandığı yönündedir. Buna göre, tüzel kişilik, bir hakkın kötüye kullanılması niteliğinde fiil ve işlemlerle üyeleri tarafından yönetilmekte veya kullanılmakta ise tüzel kişinin hukuken bağımsız bir kişilik olduğuna dayanarak kişilerin sorumluluktan kurtulmaları dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Buradan hareketle hakkın kötüye kullanılması ve kanunun dolanılmasına ilişkin kurumların esasları doğrultusunda, şirket tüzel kişiliğinin hukuki amaç ve işlevine aykırı olarak kullanımının söz konusu olduğunun tesbiti halinde tüzel kişilik perdesi kaldırılmalıdır. *Seven/Göksoy tarafından* İsviçre Federal Mahkemesinin, teorinin uygulanmasına ilişkin çok sayıda kararı bulunduğu ifade edilmektedir. Yazar Federal Mahkemenin bakış açısını “şirket üzerinde tek başına hakimiyet sahibi olan ortağın akdettiği rekabet yasağına dair sözleşmenin şirket açısından da bağlayıcı olduğu, bir şirketin tek ortağı ile üçüncü bir kişinin şirketin borcu için birlikte kefil olmaları durumunda, alacaklıya ödeme yapan ortağın esasen kendi borcunu ödemiş olması itibariyle üçüncü kişi durumunda olan diğer kefile rücu etmesinin mümkün olmadığı, bir anonim şirketin pay sahibinin kişisel mal varlığı değerlerini şirkete devretmek ve şirketteki hisselerini elden çıkarmak suretiyle alacaklısından kaçırmaya çalışması durumunda pay sahibinin borcu için şirket malvarlığının da haczettirilebileceği ya da kiracı şirketin kira sözleşmesini bağlı işletmeler topluluğunda yer alan bir kardeş şirketine devretmek suretiyle alt kiracısının sözleşme uyarınca sahip olduğu opsiyon hakkını kullanmasına engel olmayacağı yönünde kararları mevcuttur. Buna karşılık, somut olayın özel şartları itibariyle hakkın kötüye kullanılması var olmadığı müddetçe, hakim ortağa karşı sahip olunan alacağın şirkete olan borç ile takas edilmesinin mümkün olmadığı, taşınmaz alım satımı yolu ile ticaretle iştigal eden bir şirketin hisselerinin satılması durumunda taşınmazlar için tesis edilmiş olan şuf' a hakkının kullanılamayacağı ve sözleşme müzakerelerinde şirketin tek ortağı tarafından temsil edilmiş olmasının ortağın kişisel sorumluluğunu doğurmayacağı yönünde tam aksine teoriyi reddeden kararları da mevcuttur. Konuyla ilgili bir kararında ise, tüzel kişinin ayrı ve bağımsız bir kişi olduğunun kural olarak dikkate alınmasının gerektiği ve ancak somut

C. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının Anlamı

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile tüzel kişiliğin kendisini oluşturan üyelerden hukuken ayrı ve bağımsız bir kişi olduğu hususu dikkate alınmamaktadır. Böylece tüzel kişilik ile üyeleri arasındaki kişi ayrılığı ve bunun bir sonucu olan mal ayrılığı ilkeleri somut olayda uygulanmamaktadır⁸⁶. Ancak burada önemli olan husus, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile tüzel kişiliğe hukuken tanınan kişilik tamamen ortadan kaldırılmamaktadır. Kısacası somut olay yönünden hukuka aykırı sonuçların ortadan kaldırılması için perde aralanmakta, ancak tüzel kişiliğe genel olarak ve tamamen dokunulmamaktadır. Teorinin uygulanması sonucunda sadece somut olaya özgü olarak istisnaen tüzel kişi ile üyeleri arasındaki mutlak olan şahıs ve mal ayrılığı ilkesi uygulanmamaktadır. Bunun sonucunda tüzel kişi ile üyelerinin sorumluluk alanları ve malvarlıkları tek bir alandan ibaretmiş gibi hukuki sonuçlar doğmaktadır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile sadece ortaklara veya ortaklığa ilişkin olan hukuki durum diğerlerini de kapsamına almaktadır. Bir başka ifade ile teorinin uygulanması ile normalde tüzel kişilik üzerinde doğması gereken hukuki sonuçların

olayda tüzel kişiliğin, dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacak biçimde ileri sürüldüğü durumlarda teorinin uygulanmasının söz konusu olabileceğini” belirtilmek sureti ile açıklanmaktadır. (SEVEN/GÖSOY, s. 2462, ÖZTEK/MEMİŞ, s. 198).

Fransız Hukukunda, “tüzel kişiliğin kötüye kullanılması (abus de la personnalité morale) kavramından hareketle sorumluluğun sınırlanması gibi meşru amaçlarla tüzel kişiliğin hukuki biçiminin kullanılmasının mümkün olduğu, ancak tesis edilen tüzel kişiliğin faaliyetlerinin gerçeklik taşıması gerektiği ve perdelemek amacına hizmet eden fiil ve hareketlerin ise kabul edilemeyeceği görüşü vurgulanmaktadır. Bunun sonucunda sadece görünürde var olan paravan bir şirketin (fiktif şirket, üzerinde hakimiyet sahibi olan kişilerden bağımsız bir kişiliği ya da mal varlığı fiilen bulunmayan şirketleri ifade etmektedir.) hukuki varlığının olmadığı, tüzel kişilik hukukunun ana kuralının uygulanmaması sonucuna varılabildiği gibi, aciz halinde bulunan şirket tüzel kişiliğinin şirket yöneticilerinin menfaatine olacak bir şekilde kötüye kullanıldığı durumlarda, şirket için mahkeme tarafından uygulanması mümkün olan tüm tedbirlerin tacir sıfatına sahip olmasalar dahi yöneticiler hakkında da uygulanmasını mümkün kılan, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik kanun hükümlerine de rastlanmaktadır. (SEVEN/GÖSOY, s. 2463,) Burada hissedar sıfatı aranmaksızın, şirketin yönetimine olumlu ve bağımsız bir şekilde müdahale eden herkes fiilen yönetici olarak kabul edilmektedir. ÖzteK/Memiş tarafından aktarıldığı üzere; “Fransız mahkeme kararlarında şirket adına sözleşme akdedip imzalayan ortak, yavru şirketi ve onun yöneticilerini kontrol eden ana şirket, şirketin yönetimine müdahale eden bir teknik danışman, istifa etmiş olmakla birlikte şirketin yönetimine aktif olarak katılmaya devam eden eski yönetici, hukuken yönetici olarak görünen kimsenin, yönetici gibi hareket eden eşi, sermaye iştiraki üçüncü kişiler tarafından haklı olarak çok ciddi finansal kontrol garantisi olarak algılanan ve böylece onlarda güven duygusu yaratan banka fiilen yönetici olarak kabul edilmiştir.” (ÖZTEK/MEMİŞ, s. 200).

⁸⁶ ANTALYA, s. 149.

üyelerin üzerinde ya da üyelerin üzerinde doğması gereken hukuki sonuçların tüzel kişiliğin üzerinde doğması sağlanmaktadır⁸⁷.

Ancak tüzel kişi ve üyelerinin çözümlenmesi gereken somut olayda özel bir hukuki sebebe dayanan sorumluluklarının bulunması halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından söz edilemez. Örneğin tüzel kişinin borçlarına üyelerinin kefalet vermesi böyle bir sorumluluk sebebinin bulunması sonucunu doğurmaktadır. Yine üyenin tüzel kişiliğin fiilleri ile verdiği bir zarardan doğabilecek tazminatın tamamını ya da bir kısmını ödemeyi veya sonuçlarını ortadan kaldırmayı taahhüt ederek bir garanti sözleşmesi imzalaması, tüzel kişiliğin borçlarına katılınması veya tüzel kişiliğin kredi borcuna garanti verilmesi hallerinde ayrı bir hukuki sorumluluk sebebi bulunmaktadır⁸⁸. Bunun gibi üyelerinin haksız fiillerinden, sebepsiz zenginleşmeden, culpa in contrahendo' dan ya da konzerne olan güvenden dolayı kendisine yöneltilen talep, bağımsız bir hukuki nedene dayanmaktadır. Burada gerçek (dar anlamda) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve gerçek olmayan (geniş anlamda) tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ayrımı yapılmaktadır. Kanunen düzenlenen hallerde ikinci durumun bulunduğu tüzel kişiliğin hukuki bağımsızlığının doğrudan göz ardı edilmesini gerektirmeyen, ancak doğrudukları sonuçlar açısından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile benzerliği bulunan haller söz konusudur⁸⁹. Esasında kanun koyucu getirdiği hükümlerle tüzel kişinin ve üyelerinin ayrı ayrı sorumluluklarının doğmasını kabul etmişse, bu yönüyle somut olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak hükmün gerektirdiği koşulların bire bir olarak maddi olayda bulunmaması halinde teorisinin uygulanmasının mümkün olabileceği düşünülmektedir.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunda sorumlu kılma halinde ise başka bir hukuki sorumluluk sebebi bulunmamakta ve sorumluluk, sadece tüzel kişinin arkasında yer alan kişinin üyelik, (örneğin anonim ortaklıklarda pay sahibinin) sıfatından doğmaktadır⁹⁰.

Ancak ortak, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin mantık zincirinin tam aksinden hareketle tüzel kişiliğin zararından dolayı "kendi zararının" oluştuğunu iddia ederek, yansıma yoluyla kendi adına ve hesabına zararın tazminini talep edemez⁹¹.

Tüzel kişi ve üyelerinin ayrı kişilikler olması varsayımının doğal sonuçlarından biri ise tüzel kişiliğe borçlu olan bir kişi, kural olarak bu borcuna karşılık, tüzel kişinin ortaklarından

⁸⁷ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 16-19.

⁸⁸ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 19.

⁸⁹ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 19-20.

⁹⁰ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 20.

⁹¹ SEROZAN, Tüzel Kişiler, s. 19, 20.

olan alacağını takas edemez. Ortak da kişisel alacaklısına olan borcuna karşılık, aynı kişiden olan ortaklığın alacağını takas edemez. (TTK m. 184)⁹² Ancak hakkın kötüye kullanılması hali bu hükmün istisnasını teşkil etmektedir. Böyle bir istisnai durumun varlığı halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlu kılma söz konusu olabilmektedir.

Bugün tüm hukukçuların üstünde birleşerek kabul ettikleri husus; TMK 2 maddesine dayandırılan teorinin uygulamasının çok istisnai olması gerektiği, uygulanacak bir kanun hükmü ya da başka bir hukuki dayanak bulunmakta ise teoriye başvurulmamasıdır. Bunun yanı sıra hukuk sisteminde kabul edilen tüzel kişilik kavramının dolayısıyla hukuk güvenliğinin korunmasının asıl olduğu, ancak uygulanabilecek herhangi bir kanun hükmünün bulunmadığı kanuni boşluk hallerinde teorinin uygulanarak tüzel kişiliğin bağımsızlığı ilkesinin bertaraf edilmesinin kabul edilebileceği belirtilmektedir. Aslında bu çıkarım, TMK'nun 2. maddesinin uygulanmasına ilişkin "karşılaşılan hukuki sorunun çözümünde ancak uygulanacak kanun hükmünün bulunmaması halinde bu maddenin uygulanabileceğine dair kuralın bir sonucudur"⁹³.

IV. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİ KALDIRARAK SORUMLU KILMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Öncelikle Tüzel Kişiliğin veya Üyenin Sorumluluğu

Sınırlı sorumluluk ilkesi gereğince, tüzel kişinin alacaklılarının önce tüzel kişiye başvurulması zorunluluğu vardır. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortaklık alacaklılarına karşı ortakların sorumlu kılınması istisnai bir durum olduğu için ancak tüzel kişiden tahsil edilemeyen alacaklar yönünden teorinin uygulanması söz konusu olabilecektir⁹⁴. Örneğin özkaynak yetersizliğinde⁹⁵, tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak ortakların sorumluluğuna gidilebilmesinden önce, alacaklıların alacaklarını ortaklığın malvarlığından tahsil edememiş olmaları gerekmektedir. Ortaklık ile ortakların malvarlığının birbirleri ile ayırt edilemeyecek ölçüde birbirine karışması halinde⁹⁶ hakları yerine getirilen üçüncü şahıslar tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerektiği iddiasında bulunamayacaklardır.⁹⁷

⁹² SEROZAN, Tüzel Kişiler, s. 20.

⁹³ DURAL/SARI, s. 17, YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 2-3, DURAL/ÖĞÜZ, s. 205, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s.156.

⁹⁴ ÖZTEK/MEMİŞ, s. 196.

⁹⁵ Bkz. Birinci Bölüm, VI, A.

⁹⁶ Bkz. Birinci Bölüm, VI, C.

⁹⁷ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 84-85.

Bu husus tüzel kişilik perdesinin kanunen kaldırıldığı hallerden biri olan 6183 sayılı AATUHK'nun mükerrer 35. maddesinde kamu alacaklarının şirket mal varlığından tahsil edilememiş veya tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmış olması şeklinde hükme bağlanmıştır. Söz konusu hükümde yer alan tahsil edilemeyeceğinin anlaşılmış olması⁹⁸ halini teorinin amacına uygun bir kriter olup bu kanun hükmünün kapsamı dışında teorinin uygulanarak perdenin kaldırılmasında da kullanılabilecek bir ölçüttür.

B. Öncelikle Diğer Sorumluluk Halleri

Takip Hukuku'nun başlangıç ve bitiş noktası maddi hukukun sınırları içerisindedir. Özel Hukuk öncelikle taraflardan birinin diğerinden bir edimin ifasını yerine getirmesini istemeye yöneliktir. Borç, taleple ortaya konan hukuk düzenin yapmaya yönelik emridir. Alacaklı, borçludan borcun konusunu teşkil eden edimi istemektedir. Borçlu ise edimi yerine getirecektir. Yapmaya yönelik alacaklının talebi tek başına hukukun istediği durumun gerçekleşmesine yetmemektedir. Sorumluluk, borçlunun yapma zorunluluğuna yönelik emri kabule etmesi ile yerine gelmektedir. Borçlunun kendiliğinden borcunu ifa etmediği takdirde, en son çare olarak hukuki zorlama yoluna başvurabilecektir⁹⁹. Borç-alacak ilişkisi için, Takip Hukuku, Maddi Hukuk'un gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Maddi Hukukun tanıdığı hakların gerçekleşmesi ile hukuk düzeni ve hukuki barış sağlanmış olmaktadır. Takip Hukuku kredi hayatının teminatı olup adaletin gerçekleştirilmesinin hayata geçirilmesi amacını gütmektedir.¹⁰⁰

Borcun ifası talepleri için, malvarlığına başvurmak gerektiğinde, Maddi Hukuktaki mal varlığı ile sınırlı sorumluluk kuralı geçerlidir. Borçlu, tüm malvarlığı ile sorumlu olarak, malvarlığının alacaklının borcuna yeter miktarda paraya çevrilmesine ve alacağını elde etmesine katlanmak zorundadır. Borçlunun tüzel kişi olması halinde, tüzel kişiliğin malvarlığı ile sınırlı olarak sorumludur. Ortağın sorumluluğu ise koymayı taahhüt ettiği sermaye borcu ile sınırlıdır.¹⁰¹ Kural olarak alacaklı, borçluya ait olmayan mallara başvuramaz ve bunlar takibin konusu dışındadır.¹⁰² Borçluya ait malların takip içerisine dahil edilerek alacaklının alacağının tahsili için paraya çevrilmesi tasarrufun iptali kurumu ile sağlanmaktadır.¹⁰³

⁹⁸ Bkz. İkinci Bölüm, V, D, 2.

⁹⁹ **YILDIRIM**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s. 173 vd.

¹⁰⁰ **YILDIRIM**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s. 173,174.

¹⁰¹ **YILDIRIM**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s.174 , **POROY/TEKİNALP/ ÇAMOĞLU**, s. 604 vd.

¹⁰² **ÖZTEK/MEMİŞ**, s. 197,2004-205.

¹⁰³ **YILDIRIM**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s. 174.

Ayrıca, üçüncü kişinin mülkiyetinde olduğu halde haczedilmiş olan mallarla ilgili olarak da, üçüncü kişinin istihkak davası açması hakkı da bulunmaktadır.

Perdenin Kaldırılması teorisinin sadece belirli hukuk dalları içerisinde uygulanacağını söylemek mümkün değildir. Çünkü tüzel kişiliğin arkasına saklanılarak kanundan veya sözleşmeden sorumluluktan kurtulma veya bir hak elde etme amaçları genellikle birbiriyle bağlantılı olan bir çok hukuk alanında karşılaşılabilen bir durumdur¹⁰⁴. Tüzel kişilik perdesi genellikle sorumluluğun bulunduğu ve üçüncü kişilerin tüzel kişilerle veya üyeleri ile ilişkilerinden dolayı zarar görmeleri sonucunu doğuran hallerde kötüye kullanılmaktadır.

Ancak teorinin uygulanma alanının ve şartlarının tespitinde çok dikkatli olunması gerekmektedir. Tüzel kişilerin alacaklıları bakımından zarar verici ya da yükümlülüklerinden kurtulmaya yönelik işlemler için perdenin kaldırılması teorisinin uygulanması Kıta Avrupası Hukuk Sisteminde yeni yeni kabul edilmektedir. Ancak tüm kötüye kullanılan işlemler yönünden teorinin uygulanmaması gerekmektedir. Takip Hukukunda ise yeni mal kazanımı, takasa itiraz, borçlunun üçüncü şahıslardaki mal hak ve alacaklarının haczi ve özellikle tasarrufun iptali ve istihkak davaları gibi kurumlar yönünden bakıldığında tüzelkişilik perdesinin kaldırılmasını gerektirebilecek hallerde takip hukukunun kendine özgü kurumları ve kuralları ile hukuki sorunun çözümü mümkün olabildiğinden, öncelikli olarak bu kuralların uygulanması gerekmektedir.¹⁰⁵ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin çok geniş bir uygulama alanı verdiğinden hareketle her karşılaşılan olayda teorinin uygulanması halinde ticari şirketler aracılığı ile işleyen ve ilerleyen ticari hayatın istikrar ve güvenliğinin zarar göreceği kabul edilmektedir. Bu nedenle her olayda teorinin uygulanmasındansa eğer somut olayın mevcut kanun hükümlerine göre çözümü mümkün ise, o zaman teorinin uygulanması yerine özellikle alacaklıların zarar görmesini engellemeye yönelik olarak düzenlenmiş bulunan bu hükümlerin uygulanmasının bir zorunluluk olduğu kabul edile gelmektedir.¹⁰⁶

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili teorilerin üzerinde ittifakla birleştiği husus eğer olayda uygulanacak bir kanun hükmü bulunmakta ise teorinin uygulanma alanının bulunmadığı yönündedir. Bu nedenle karşılaşılan her somut olayın çözümünde bu konuda bir kanuni düzenlemenin yapıp yapılmadığı araştırılacaktır. Eğer kanuni düzenleme yapılmış ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi değil o hüküm maddi olayın çözümünde doğrudan uygulanacaktır.

¹⁰⁴ SEVEN/GÖKSOY, s. 2467.

¹⁰⁵ YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 22, 23.

¹⁰⁶ YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 23.

Ortakların şahsen sorumluluğunu düzenleyen birden fazla hukuki nedenin varlığı halinde, kanunda düzenlenmiş özel sorumluluk nedenlerinin genel sorumluluk hükümleri karşısında uygulama önceliği bulunmaktadır. Özel sorumluluk hallerinin olayda uygulanamayacağı sonucuna varıldığı takdirde ise kanunda düzenlenen genel sorumluluk sebeplerinin uygulanması söz konusu olacaktır. Şahsen sorumluluğa ilişkin bu kuralların uygulanamayacağı hallerde ise kanunda düzenlenmemiş olan ve fakat tüzel kişilik perdesine dokunulmasını gerektirmeden ortakların şahsen sorumlu kılınmasına olanak tanıyan diğer sorumluluk hallerine öncelik tanınması gerekmektedir. Örneğin bir üyenin veya tüzel kişinin sözleşme ya da culpa in contrahendo¹⁰⁷ dolayısı ile sorumlu kılınması halinde durum böyledir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ise, ancak tüm bu sorumluluk hallerinin uygulanmadığı durumlarda başvurulabilecektir¹⁰⁸.

İnceleme konumuz olan Bankacılık alanında ise teorinin uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle özel kanun genel kanun ilişkisi gereğince kanunların uygulanma sırası dikkate alınarak maddi olayda uygulanabilecek kanun hükmünün bulunup bulunmadığına hakim tarafından karar verilmesi gerekmektedir.

Bankacılık alanında öncelikli olarak uygulanması gereken özel kanun niteliğinde olan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun hükümleri ile yine aynı şekilde özel kanun niteliğinde olan ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 11. maddesi gereğince halen yürürlükte bulunan 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun ilgili hükümleri uygulanacaktır. Daha sonrasında ise 5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun 3. maddesinin 2. fıkrası hükmünde de belirtildiği üzere genel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda bankaların anonim şirket şeklinde kurulmuş olmaları nedeniyle TTK hükümlerinin uygulanması ve sonrasında ise TMK ve diğer genel nitelikteki kanunlar uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁹.

Yalnız buradaki belirleme aynı maddi olaya ilişkin olarak birden fazla hukuki düzenleme bulunmakta ise kanunların uygulanma sıralaması yönünden belirtilmekte olup, eğer maddi olay ile ilgili olarak herhangi bir kanunda düzenlemeye yer verilmiş ise bu hükümde belirlenen kurallar geçerli olacaktır¹¹⁰. Yani bankacılık alanında gerçekleşen bir fiilden dolayı özel kanun niteliğinde bulunan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu' nunda veya 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun halen yürürlükte bulunan ilgili maddelerinde uygulanacak bir hüküm bulunamaz ise bu hususun mevzuatta düzenlenip düzenlenmediği

¹⁰⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 975 vd.

¹⁰⁸ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 85.

¹⁰⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 366-367.

¹¹⁰ BATTAL, Bankalar Kanunu Şerhi, s. 38-49,50.

araştırılacaktır¹¹¹. Özellikle Takip Hukuku alanında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine başvurulmadan önce olayın çözümünde kullanılabilecek hukuki kurumlar mevcut bulunmaktadır. Ancak bu kurallar Bank. K.'nın da hüküm bulunması halinde bankacılık alanında ikinci derece de uygulama alanı bulabilecektir. Bu nedenle özellikle tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanması sonucunu ortadan kaldırma amacını yerine getirebilecek nitelikte olan takip hukukuna ilişkin genel hükümler ve hukuki sorumluluğa ilişkin diğer düzenlemeler incelendikten sonra uygulanacak herhangi bir hüküm bulunmamakta ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasına söz konusu olabilecektir.

Eğer bankacılık alanında gerçekleştirilen hukuka aykırı işlem ve eylemlerle ilgili olarak uygulanacak herhangi bir hukuk kuralı yok ise; bu işlem ve eylemlerin tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanılarak bir hakkın kötüye kullanılması sureti ile gerçekleştirildiğinin tespiti halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması mümkündür. Bu durum hukuki boşluğun, 5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun veya 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun halen yürürlükte bulunan hükümlerinde ilgilinin sorumluluğuna gidilebilmesi için aranan yasal koşulların maddi olayda gerçekleşmemesinden kaynaklandığı hallerde de geçerlidir.

Ancak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun ve 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun hükümleri yaşanan tüm hayat olaylarını çözümlemeye yönelik olarak kazuistik bir yöntemle hazırlanmış olduğundan böyle bir hale tesadüf etmenin oldukça güç olacağı da teorisinin tek başına bir kanun hükmüne dayanmaksızın bankacılık alanında uygulanma alanını da fiilen ortadan kaldırmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu olabileceği haller başlığı altında belirtilen Bankacılık uygulamalarında karşımıza çıkan şekiller esas alınarak ikinci bölümde Bankacılık Hukuku yönünden incelenecektir.

Ancak burada genel kabul gören görüşü yinelersek Tüzel Kişi Hukukunda geçerli olan bağımsızlık ilkesi sonucunda tanınan mal ayrılığı ilkeleri hukuk güvenliği gereği getirilmiş üst bir norm olduğundan ancak istisnai hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulama alanı bulabilecektir. Ancak teorisinin ortaya çıktığı tarihten bu yana gelişen süreçte

¹¹¹ Diğer kanunlarda yer alan düzenlemeler tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik olabileceği gibi başka bir hukuki sebepten doğan bir hak veya alacağa da dayanabilir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu dışında tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu olduğu hükümlerle ilgili olarak bkz. **ULUSOY**, s. 357. Bu hükümlere örnek olarak, TTK 305, 306, 307, 309, 556, 179.256, 259, 257, 260/I, 136, 137, 503, SPK 32, 46/I- k, 46/B-C, Kamu İhale Kanunu 2/I - (c) ,58/II, 59/ III, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu 3, 6, 7/I, TSGLK 3/III, 66, İş K. 2/VI, VII, VIII, AATUHK 35, mükerrer 35 maddeleri örnek verilebilir.

son dönemde bankacılık alanında yaşanan banka ve diğer tüzel kişiliklerin ardına saklanılarak banka kaynaklarının banka hakim ortaklarına ve üçüncü kişilere aktarılması sureti ile hakkın kötüye kullanılmasının çok sayıda örneği ile karşılaşmıştır. Yaşanan bu gelişmeler sonucunda kanun koyucu mevcut hukuki düzenlemelerle sorunun çözilemeyeceği gerekçesi ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini de esas alarak önce 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nu ardından 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nu düzenleyerek tüzel kişilerin ardındaki kişilere gitmeyi hedefleyen düzenlemeler getirmiştir. Bu nedenle bankacılık hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ihtiyaç duyulan her somut olayda öncelikle kanun ile getirilmiş düzenlemenin koşullarının maddi olayda gerçekleşip gerçekleşmediği araştırılacaktır. Eğer kanunun aradığı koşullar gerçekleşmemiş ise teori uygulama alanı bulabilecektir.

Kanun hükümleri yorumlanırken temel gerekçesinden ve amacından yararlanılmalıdır. Hukuk güvenliğine hizmet eden sicile itimat gibi bir kural yorumlanırken gerçek kişiler ile onların kurduğu tüzel kişiler arasındaki ayrılık ilkesinin arkasına saklanılarak üçüncü kişilere zarar verme veya haksız menfaat sağlama amaçlarının korunmaması yine hukuk güvenliğinin zedelenmemesi amacına hizmet eder.¹¹² Hakların kötüye kullanılmasına sıkça rastlanan bu durumun herhangi bir yaptırımla karşılanmaması nedeniyle daha geniş kitlelerce, hatta toplumun geneline yayılan bir şekilde hukuk kurallarının tanıdığı hakların kötüye kullanıldığı ve bu nedenle hukuk sistemine duyulan güvenin sarsıldığı ve bunun doğal bir sonucu olarak hukuk güveninin de bu açıdan zedelenmediği gözlemlenmektedir. Hukuk düzeni bir bütündür. Tüzel kişiliğin ayrı ve bağımsız bir hukuk süjesi olması ve kurumun korunması kadar hukuka aykırılıkların da hukuk düzeninden ayıklanması gerekmektedir. Aksi takdirde sistem çökebilir. Burada en önemli husus hukuka aykırı bir zeminde bulunan kişilerin menfaatlerinin korunmasına devam edildiği takdirde yaşanacak bireysel olayların genele yayılmasının önlenemeyeceğidir. Hukuk kuralları önce önleyici sonra yapıcı yani zararı ortadan kaldırma amacını taşımaktadır. Bu nedenle eğer hakim tarafından kanun hükmünün uygulanma koşullarının olayda gerçekleşmediği kanaatine varılırsa o zaman da genel kanunlar incelenecek ve uygulanacak herhangi bir hüküm yada sözleşmeye dayalı hukuki bir sebebin bulunmaması halinde teorinin belirlediği tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hallerinden birinin bulunup bulunmadığını inceleyecektir. Hakim tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektiren kanunun önceden öngörmediği hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan,

¹¹² ULUSOY, s. 374.

hukuken korunması hukuk güvenliğini zedeleyecek bir durum var ise teoriyi uygulayarak sorunu çözümlenecektir.

C. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Halleri

1. Tüzel Kişilik Perdesini Kaldırılarak Tüzel Kişi ve Üyelerini Özdeş Kılma (Kapsama Alma)

Tüzel kişiliğin kendisini oluşturan kişilerden ayrı ve bağımsız bir varlık olması kuralı; ortağın fiil ve işlemleri ile üçüncü kişilere karşı kendisi ile tüzel kişilik arasında sanki bir ayırım yokmuş gibi davrandığı hallerde uygulanmayabilir. Bu hallere örnek olarak şirket tüzel kişiliği ile özdeşleşmiş olduğu veya ortağın üçüncü kişilere karşı kendisini tüzel kişilikle özdeş gibi göstererek işlem yaptığı haller verilebilir. Bu durumda üyelere ilişkin hukuken önem taşıyan bazı konu ve olaylar doğrudan tüzel kişiliğe izafe edilebilmektedir. Ayrıca doğrudan ve sadece tüzel kişi ile ilgili bazı konu ve olayların belirli hallerde ayrı birer kişiliği bulunan üyelerine izafe edilmesi de mümkün olabilmektedir¹¹³. Yine iki ayrı tüzel kişinin arasında da kişiler arası özdeşlik oluşmuş olduğundan bu iki tüzel kişiyi tek bir tüzel kişilik olarak kabul ederek sorumluluklarına karar verilebilir¹¹⁴. Ancak bu sonuç sadece belirli şartlar altında kabul edilen istisnai bir uygulamadır.

Genel olarak doktrinde bugüne kadar perdenin kaldırılması kurumu ile ilgili olarak tam bir fikir birliğine varılmamıştır. Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak her durum için geçerli kabul edilen somut olarak belirlenmiş genel kurallara dayanan bir hukuki kurallar bütününden söz edilemez. Ancak teorinin genel olarak belirlediği esas; tüzel kişiliğin ayrı bir kişiliğe sahip olması nedeniyle ayrı bir malvarlığına sahip olduğu kuralının, hakkın kötüye kullanılması, uygulanacak hukuk kuralının amacını engellenmesi ya da tüzel kişilik yapısının amacı dışında kullanılması gibi durumlarda perdenin kaldırılması sonucunda istisnaen uygulanmayacağıdır¹¹⁵.

a. Vasıflar, Bilgi Sahibi Olma ve Filler Açısından Özdeş Kılma

Tüzel kişiliğin üyelerinin bağımsızlık ilkesi gereğince üçüncü kişi olarak kabul edilmesine ilişkin genel kuralın, üyeleri ile irade oluşumu ve çıkar alanları açısından sıkı bir bağlantı içinde bulunan ya da içi içe geçmiş durumda olan tüzel kişilerde geçerli olmadığı kabul edilmektedir. Tüzel kişiliğin iradesi ve mal varlığı üzerinde etkin olacak ölçüde güce sahip üyeleri açısından her maddi olayın özelliğine ve uygulanacak kurala göre üyelerin şahsi

¹¹³ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 21, ULUSOY, s. 365-366.

¹¹⁴ SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 154, ULUSOY, s. 377.

¹¹⁵ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 21.

durumlarının ne dereceye kadar dikkate alınacağına ve fiillerinin ya da işlemlerinin tüzel kişiliğe izafe edilebileceğine karar verilecektir. Yani tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak üyelerinin çeşitli vasıflarının bir şeyden haberdar olma hallerinin veya fiillerinin tüzel kişiye ya da tam aksine tüzel kişiye ilişkin bu durumların üyeye izafe edilebilmesidir. Belirttiğimiz gibi burada sadece üyelerin vasıflarının, bilgi sahibi olup olmadıklarının ve fiillerinin tüzel kişiye izafe edilmesi değil, aynı şekilde tüzel kişiye ilişkin bu durumların üyelere de izafe edilebileceği kabul edilmektedir¹¹⁶.

aa. Vasıflar

Hukuk düzeni insanlar arasındaki ilişkiler, yani gerçek kişiler düşünülerek getirilmiştir kurallar bütünüdür. Ancak münhasıran insana özgü haklar dışında düzenlenen kuralların, tüzel kişiler için insana özgü vasıfların geçerliliği olduğu kabul edilebildiği sürece tüzel kişiler için de uygulanması söz konusu olabilmektedir. Ancak bu tür insana özgü vasıflara ilişkin kuralların tüzel kişiliğe uygulanması sorunlara yol açabilmektedir. Bu gibi hallerde Kuralın uygulama şartlarının yerine getirilmesi ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak arkasındaki şahısların vasıflarının dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. Ancak burada, “üyenin pay çoğunluğunu elinde bulundurmasının yetmediği, onunla tüzel kişilik yönetiminin arasında irade birliğinin oluşması gerektiğini” de ifade eden görüşler bulunmaktadır¹¹⁷.

Örneğin sözleşmeye taraf olan veya olmayan bir kişinin, iş hayatında esaslı sayılan vasıfların da hata dolayısıyla, yapılan işlemler iptal edilebilir bir nitelik taşımaktadır¹¹⁸. Tüzel kişiliğin veya üyesinin vasıfları nedeniyle üçüncü kişide güven uyandırılarak akdedilen bir sözleşmede; güven unsurunu taşıyan tüzel kişi ya da üye sözleşmeyi taraf olarak imzalamadığı hallerde tüzel kişilik perdesinin kötüye kullanılması söz konusudur. Bu gibi durumlarda bir ortaklıkla veya hissedarla yapılan sözleşmede ortaklığın vasıfları olarak, ortaklığa hakim olan veya sözleşmenin yerine getirilmesi konusunda etkin rol oynayan tüzel kişiliğin ya da hissedarın vasıflarının dikkate alınacağı öne sürülebilmektedir. Bu halde tarafta esaslı hata nedeni ile sözleşmenin iptali de istenebileceği¹¹⁹ gibi tüzel kişilik perdesi

¹¹⁶ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 21-22, **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 34.

¹¹⁷ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 23.

¹¹⁸ Vasıfta hata Borçlar Kanunu’nun 24/IV. maddesinde düzenlenen esaslı hata kavramı içerisinde değerlendirilebileceği ve işlemin iptaline yön açabileceği yönünde bkz. **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, s. 162 vd. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 427 vd.

¹¹⁹ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 23-24.

kaldırılarak üçüncü kişinin sözleşmeyi akdetmesine neden olan vasıflara sahip tüzel kişi ya da üyenin sorumluluğunun kabul edilmesi yoluna da başvurulabilir.

bb. Bilgi Sahibi Olma Hali

Tüzel kişinin üyelerinin hukuki uyumsuzluğun çözümünde öneme sahip olan bir durumu bilmeleri veya bilmelerinin gerektiği hallerde tüzel kişiliğin yaptığı işlemler üyelere izafe edilebilir. Tüzel kişilik tarafından akdedilen bir sözleşmede hukuki olarak maddi olayın çözümü iyiniyetin ya da kötünietin var olup olmadığının araştırılmasına dayanıyorsa, üyelerin konu hakkında bilgi sahibi olmalarının tüzel kişiliğe isnad edilmesi sureti ile işlemin geçerliliği incelenirken üyelerin iradeleri dikkate alınabilir¹²⁰. Buradaki iyiniyet tüzel kişi ile üçüncü şahıslar arasında yapılan işlemlere ilişkindir. Ortaklık ve Ortaklar arasında iyiniyetin aranacağı bir işlem söz konusu olduğunda¹²¹, ancak hukuki işlemin taraflarının tamamının aynı kişilerden oluşmadığı durumlarda, eğer devralan tarafta fiilen ortak olmayan aralarında gerçek ilişkilerin bulunduğu başka şahıslar yer almıyor ise bu takdirde iyiniyetle iktisap hükümleri uygulanabilecektir. Bu görüşe karşı olarak tüzel kişi ile üyeleri arasındaki iktisap işlemlerinin geçersizliğinin nedenini sadece piyasa işleminin yokluğuna dayandırmanın doğru

¹²⁰ Öğretide, ortaklığa hakim tek ortağın bilgi sahibi olması veya bilmesinin gerektiği hallerde ortaklığın organı tarafından temsil edilenin tüzel kişinin kendisidir. Bu durumda ortağın bilgi sahibi olma halinin ortaklığa izafe edilerek, kötü niyetli olarak kabul edilmesinin gerektiği ifade edilmektedir. Yine bir iktisabın geçerli olabilmesi için iyiniyetin aranmaktadır. Bu gibi hallerde bir mal üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi olmayan ve emin sıfatıyla zilliyet bulunan bir kimseden taşınır bir mal iktisap eden ortaklığın bu iktisabı, eğer ortaklığın tek ortağı olan şahıs kötü niyetli ve tasarruf yetkisinin bulunmadığından haberdar ise iptale tabi bir kazanım söz konusudur (TMK m. 988). Yine tapu sicilindeki kayda güvenerek mülkiyet veya diğer bir ayni hak elde eden ortaklığın bu iktisabının geçerli olabilmesi için iyi niyetli gerekmektedir. Ancak tüm ortakların tapu kaydının yolsuz olduğunu bilmeleri veya bilmeleri gerektiği hallerde, eğer bunlar ortaklığın bu işleminden de haberdar iseler, bu durum ortaklığa isnad edilerek, iyiniyetin bulunmadığı sonucuna varılacaktır. (TMK m. 1023-1024). Özellikle bu ortaklık, ortakların sadece iyi niyet iddiasında bulunabilmeleri amacıyla kötü niyetli olarak kullanılıyorsa, o zaman tüzel kişiliğin hukuki yapısının kötüye kullanılması durumu ile karşı karşıya kalınmaktadır ve bu durumda tüzel kişi ile üyelerin özdeş kılınması zorunluluğunu doğurmaktadır. (YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 24 -25.)

¹²¹ Yanlı tarafından aktarılan Alman Hukukunda hakim olan bir görüşe göre, “iyiniyetli kazanımları düzenleyen hükümler sadece piyasa işlemlerine uygulanabilir. Yani işlemin taraflarının sadece hukuki değil, iktisadi açıdan da birbirlerinden farklı kişilerden olması gerekir. Bu nedenle hukuki işlemin taraflarının gerçekte de farklı kişilerden oluşması şartını arayan kuralların tüzel kişilere de uygulanması durumunda, tüzel kişilik perdesi aralanarak arkasındaki kişilerin kimlerden oluştuğunun araştırılması gerekmektedir. Çünkü tüzel kişilik yapısı, bir hukuki işlemin her iki tarafının da fiilen aynı kişilerden oluşmasına imkan vermektedir. Eğer bir malın tüzel kişi tarafından üyelerinden veya üyeleri tarafından tüzel kişiden elde edilmesi söz konusu ise bu taktirde bir piyasa işlemlerin varlığından söz edilemeyecektir” (YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 25 -26).

olmayacağı, geçersizliğe neden olan sorunun ise gerçekte taraflar arasında birinin sahip olduğu bilginin diğerine izafe edilmesinden kaynaklandığı hususu ileri sürülmektedir. Örneğin kıymetli evrak hukukunda TTK m. 337/II' ye göre, emre yazılı senet borçlusunun önceki hamillere veya senedi düzenleyen kimselere karşı haiz olduğu şahsi def'ileri sonraki hamile karşı ileri sürebilmesi için hamilin bilerek borçlunun zararına hareket etmiş olmasına dair kural genel kuralın bir istisnası olarak kabul edilmektedir. TTK m. 599'da poliçelerle ilgili olarak aynı hüküm getirilmiştir. Hamilin, bonoyu borçluya ödenmek üzere ibrazında karşılaşılabilceği şahsi def'ileri engellemek amacıyla senedi, sermayesinin hemen hemen tamamına yakın bir oranda hissedarı olduğu bir ortaklığa devretmesi durumunda, ortada bir piyasa işlemi bulunmadığından iyiniyetin bulunup bulunmadığı konusunda bir araştırmaya gidilemeyeceği görüşü hakimdir. Ancak bu konuda senedi devreden ile devralanın ayrı kişiler olduğu durumlarda dahi şahsi def'ilerin ileri sürülebilmesini önleyebilmek amacıyla, üyenin senedi ortak olduğu bir şirkete devretmesi halinde, ayrı bir kişilik bulunduğu yönündeki iddiası bir hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmekte ve aynı zamanda devralan kişinin bilerek borçlunun zararına hareket ettiğini göstermektedir¹²².

cc. Olumlu ve Olumsuz Fiiller

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile bir ortaklığın tüm ortaklarının ya da idareye hakim olacak derecede paya sahip hakim ortağının olumlu veya olumsuz fiilleri tüzel kişiliğe izafe edilerek, onun tarafından yapılmış sayılabilir. Örneğin BK m. 28/II' ye göre üçüncü bir şahsın hilesi sonucu yapılan işlemlerde diğer tarafın hileyi bildiğinin veya bilmesi gerektiğinin ispatı halinde işlemin iptali mümkündür. Ortaklık ile sözleşme yapan bir kişi, tek ortağın veya hakim ortağının hileli davranışları sonucunda hataya düşürülmüş ise, burada ortak üçüncü bir kişi olarak kabul edilemez ve ortağın fiilleri ortaklığa izafe edilerek doğrudan ortaklığın hilesinin söz konusu olduğu kabul edilebilir. Ortağın sözleşmenin iptalini önleyebilmek amacıyla sözleşmenin bir temsilci tarafından yapıldığı hallerde de aynı sonuca ulaşılabilir. Aynı şekilde BK m. 154.' e göre taraflardan biri dürüstlük kuralına aykırı olarak kanunen veya sözleşme ile aranan bir şartın gerçekleşmesini engellemiş ise, şartın gerçekleşmiş olduğu varsayılır¹²³. Ortaklık ile üçüncü kişi arasında yapılan şarta bağlı sözleşmede; şartın gerçekleşmesine tüzel kişiliğin kendisi değil de tek ortak, hakim ortak ya da diğer tüm ortaklar birlikte engel olmuşsa tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile söz

¹²² YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 26-27, POROY /TEKİNALP, 1999, s. 106., YILMAZ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 248.

¹²³ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 336 vd.

konusu fiil ortaklığa izafe edilir. Bu şartın gerçekleşmesine onun tarafından engel olunduğu kabul edilerek BK m. 154 uygulanabilir¹²⁴. Aynı durum üye ile yapılan şarta bağlı sözleşmelerde tüzel kişiliğin şartın gerçekleşmesine engel olması halinde de söz konusu olabilecektir.

b. Sözleşmelerin ve Kanun Hükümlerin Uygulanması Hali İçin Özdeş Kılma

Hukuk düzenince tanınan tüzel kişiliğin ve üyelerinin birbirinden, bağımsız bir kişiliği ve malvarlığının bulunmasını ifade eden ayrılık ilkesinin kötüye kullanılması sonucunda, hukuken kabul edilemez sonuçların ortadan kaldırılması için istisnaen ortaklıkların özdeş kılınması kabul edilmektedir. Bunu yapacak olan kanun koyucu veya yargı organları olup, bu durumda ayrılık ilkesinin sınırlandırılması söz konusudur. Burada tüzel kişinin üyelerinden ayrı ve bağımsız kişiliğinin somut olay yönünden varlığı reddedilmektedir. Mal ayrılığının tamamen ortadan kaldırılması kabul edilmemekle beraber, bir sözleşme veya kanun hükmünün uygulanmasında tüzel kişilik yapısına dokunulmadan mal ayrılığı kuralının kısmen dikkate alınmaması belirli koşulların varlığı halinde mümkün olabilmektedir. Bu halde mal ayrılığı ilkesinin uygulanma alanının sınırlandırılması söz konusudur. Tüzel kişi ile üyelerinin birbirinden bağımsız, kendilerine ait birer malvarlığına sahip oldukları kuralının göz ardı edilerek gerçekleştirilecek aksi yöndeki bir uygulama, tüzel kişiliğin mal varlığının belirli bir amaca tahsis edildiğine ve sadece kendi alacaklılarına karşı sorumlu olduğuna ilişkin genel kurala aykırılık oluşturacaktır. Tüzel kişilik ile özdeş kabul edebilmek için tek kişi ortaklığının veya ortaklığa hakim olan bir ortağın varlığı şarttır¹²⁵.

aa. Sözleşmelerin Uygulanması Açısından

Bir sözleşmenin anlamına ve amacına uygun bir şekilde yorumlanabilmesini teminen, sözleşmeye taraf olanların yanında, sözleşmenin taraflarının ekonomik olarak özdeş oldukları diğer kişilerin de dikkate alınması, yani tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekebilir. Sözleşmenin amacının tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi için, teori uygulanması tüzel kişi ile tek ortağın veya hakim ortağın somut olayda hukuken tek bir kişi olarak kabul edilmesi sonucunu doğurabilir. Örneğin bir ticari işletmenin devrinde belirli bir süre için devreden kişiye getirilen rekabet yasağının (yapmama borcu), doğrudan kendisi tarafından değil de, ortağı olduğu şirket üzerinden rekabet yasağının alanına dahil bulunan bir

¹²⁴ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 27-28, % 96 hisse sahibi olan ortağın tek adam olduğu ve tek adamın tüzel kişilikle özdeşleştiğinden tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına dair Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz. YILMAZ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 240, 389.

¹²⁵ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 28.

faaliyet göstermesi halinde sözleşmedeki borca aykırı bir davranışın varlığı kabul edilebilecektir. Burada sözleşmenin tarafı olan asıl borçlunun, sözleşmeye aykırılık teşkil eden fiilin bağımsız bir kişi tarafından işlendiği yönündeki itirazı dinlenmeyecektir. Ortaklığın sözleşmenin akdedilmesinden daha önce veya sonra kurulmuş olmasının da bir önemi bulunmamaktadır. Ayrıca rekabet etmeme yasağına ilişkin olarak borca aykırılığın varlığının kabulü için sözleşme hükmünün dolanılması kastı da aranmamaktadır¹²⁶.

bb. Kanun Hükümlerinin Uygulanması Açısından

Somut bir olayda tüzel kişiliğin bağımsızlığı ve dolayısıyla ayrı bir kişiliğinin olduğunun ileri sürülmesi, tüzel kişi veya üyeleri için aleyhe sonuçlar doğuracak bir hukuk kuralının uygulanmasını engellemek amacıyla, kanunun arkasın dolanılarak gerçekleştirilmekte ve bir hakkın kötüye kullanılması halini oluşturmakta ise, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi olaya uygulanabilecektir. Bu halde tüzel kişiliğin bağımsızlığı sınırlanarak, tüzel kişi ve üyeleri özdeş kabul edilebilecektir¹²⁷.

Genel bir hüküm olan TMK m. 50/III¹²⁸, de yer alan “organlar kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludur.” hükmü ile tüzel kişiler için geçerli bulunan “ayrılık ilkesi” ne çok önemli bir istisna getirmiştir. Bu düzenlemeye göre organlar, kusurlu olarak gerçekleştirdikleri fiil ve işlemlerden doğan zararı müştereken ve müteselsilen tazmin ile yükümlüdürler¹²⁹. Bu madde haksız fiiller yanında borca aykırı davranışlarını da kapsamaktadır¹³⁰.

TTK 178 ve 179. maddelerine göre kolektif ortaklıklarda, ortağın alacaklılarına karşı birinci derecede ortaklığın sorumluluğu yanında ikinci derecede ortakların sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Bu hüküm ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin bir durumun

¹²⁶ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 30-31, **ANTALYA**, s. 152, **ULUSOY**, s. 371. (Rekabet etmeme yasağı ile ilgili olarak Alman ve İsviçre Hukukunda geçerli bulunan görüşlerle ilgili olarak bkz. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 30-31, İsviçre Hukuku ile ilgili olarak bkz. **ÖZTEK/MEMİŞ**, s. 199).

¹²⁷ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 32, 252, **YILMAZ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 247.

¹²⁸ **SAĞLAM**, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 156., **SEROZAN**, Medeni Hukuk, 2008, s. 200.

¹²⁹ Bu hüküm geçerli bir sebebe dayanmaksızın bir kişinin mal varlığından diğerinin mal varlığına kayan değerlerin iadesi anlamına gelen "denkleştirici adalet" düşüncesine dayanmaktadır. Denkleştirici adalet ilkesi ise, haklı bir sebep olmaksızın başkasının mal varlığından istifade ederek kendi mal varlığını artıran kişinin elde ettiği bu kazanımı geri vermek zorunda olduğunu ve gerçek bir eski hale getirme yükümlülüğü bulunduğunu ifade eder. (Y. 13. HD. 14.3.2006 T., 2005/17564 E., 2006/3529 K.)

¹³⁰ **ANTALYA**, s. 147-148 .

varlığı kanunen kabul edilmiş bulunmaktadır. Ortaklık alacaklıları ortağın şahsi mal varlığı üzerine ihtiyati haciz koyabilmektedir. Ancak ortaklığa karşı yapılan takibin semeresiz kalması halinde veya kolektif ortaklık sona erer ise ortaklar hakkında da takip yapılabilmektedir¹³¹.

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanunu'nun 35. maddesi ile limited şirketlerin ortakları için şirketten tahsil imkanı bulunmayan amme alacaklarından sermaye hisseleri oranında doğrudan sorumlulukları kabul edilmiş ve böylece kanundan kaynaklanan bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılması hali doğmuştur¹³². Burada tüzel kişinin borçlarından üyelerinin de sorumluluğu kabul edilmiştir. Yine aynı bu Kanunun mükerrer 35. maddesi ile şirketten tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan kamu alacaklıları için üyelerin müşterek ve müteselsil olarak sorumlulukları kabul edilmiştir.¹³³

TTK 332. maddesinde öngörülen yönetim kurulu üyelerinin, şahsi veya 349. maddede sayılan yakınlarının menfaatlerine dair konularda yönetim kurulu toplantılarına katılma yasağı bulunmaktadır. Burada amaç, yönetim kurulu üyelerinin, kendisinin veya yakınlarının çıkarlarını ortaklığın menfaatlerinden önce gelmesinin veya böyle bir izlenimin diğer üyeler ve ortaklarda yerleşmesini dahi önlemektir. Yönetim kurulu üyesinin, ortağı ya da yönetim kurulunda olduğu bir başka ortaklığa ilişkin konularda da aynı yasağın geçerliliği olduğu kabul edilmelidir¹³⁴.

Bir hukuk kuralının hak sahiplerine tanıdığı olduğu menfaatlerden yararlanmak amacıyla tüzel kişiliğin kullanıldığı hallerde de özdeşlik nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması kabul edilebilir¹³⁵.

¹³¹ SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 156.

¹³² SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 156.

¹³³ Bu iki madde ile ilgili olarak bkz. İkinci Bölüm, V., D, 1-2.

¹³⁴ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 32.

¹³⁵ Örneğin tellallık faaliyetinden söz edebilme ve bunun sonucunda tellallık ücretine hak kazanabilmek için, bir sözleşmenin yapılması imkanının hazırlanması ya da sözleşmenin yapılmasına aracılık edilmesi hali böyledir.(BK m. 404) Aracı olan şahsın faaliyeti sonucu üçüncü bir kişi ile sözleşmenin yapılmasına aracılık etmesi halinde, her ne kadar ortaklığın tüzel kişiliği haiz olması dolayısıyla üçüncü bir kişi olduğundan söz edilebilirse de, izledikleri ekonomik amaç açısından bir birlik oluşturan kişiler arasındaki şekli ayrılığın üçüncü kişi sayılmak için yeterli olmadığı ve dolayısıyla aracılık faaliyetinden söz edilemeyeceği için de böyle bir ücrete hak kazanılamaz. (YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 33, ULUSOY, s. 372-373).

Ansay' a göre anonim şirketlerin kendi hisse senetlerini iktisap edemeyeceğine ilişkin TTK m. 329 (Yasağın gerekçesi açısından bkz. TEKİL, 1993, s. 277-278; POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 258-259) gereğince iki anonim ortaklığın birbirine pay sahibi olmaları anlamına

Yargıtay, TTK 274. maddesinin 2. fıkrası kapsamında bir anonim ortaklığın feshini gerektiren hal ve işlemlerle ilgili olarak açılan bir davada bu ortaklığın pay sahiplerinin aynı zamanda Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir siyasi partinin de kurucuları ve yönetim kurulu üyeleri olmaları nedenine dayanarak siyasi partinin üyeleri ile arasındaki perdeyi kaldırmıştır¹³⁶.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin iş hukukunda çok sayıda örnek karara rastlanılmaktadır.¹³⁷ Yargıtay'ın bir kararında¹³⁸ iş yerleri ve ortaklık adresleri aynı olan iki anonim şirketin, ortaklıkların adreslerinin, her iki şirketin antetli belgelerinde de birlikte gösterildiğini ve bu belgelerin altında anonim ortaklığın bir diğerinin kuruluşu olduğunu

gelen karşılıklı katılmalar konusunda ortaya çıkan yavru ortaklığın holding (ana) ortaklığın pay senetlerini satın alıp alamayacağı ile ilgili olarak, sorun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile çözümlenebilecektir. Holding olarak kurulmuş bulunan bir ortaklık, kanuna hile ile başka (yavru) ortaklıklar kurarak, bu ortaklıklar üzerinden holdingin hisselerini devralmış ise bu durumda holdingin kendi hisselerini bu maddede düzenlenen yasağa aykırı olarak iktisap ettiği kabul edilebilecektir. (*Ansay*' in bu görüşü, *Poroy*' un "Holdingler" konusundaki tebliğinden sonraki tartışma bölümünde yer almaktadır. Bkz. **POROY**, s. 425-451). *Tekinalp* özellikle holding ortaklığın paylarının yavru ortaklık tarafından satın alınması sonucunda oluşan karşılıklı katılmalarda, işlemin kanuna karşı hile oluşturması veya hakkın kötüye kullanılması niteliği taşımaması şartı ile TTK m. 329' un kayıtsız şartsız doğrudan uygulanmasının söz konusu olmayacağı, ancak her somut olayın incelenerek bir sonuca varılması gerektiğini belirtmektedir. Karşılıklı katılan ortaklıklar arasında bir hakimiyet ilişkisinin varlığının TTK 329. maddenin uygulanıp uygulanmaması konusunda etkin olacağı ve katılmanın amacı ve şartları da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerektiği" ifade edilmektedir (**TEKİNALP**, Pay Senetleri, s. 417-420). Buna göre, yavru ortaklığın holdingin paylarını satın almasının, gerçekte ana ortaklık tarafından kendi hisselerinin satın alınması olarak kabul edilebileceği hallerde tüzel kişiliğin perdesi kaldırılarak yavru ortaklığın bağımsızlığı kuralı dikkate alınmamaktadır. Burada TTK m. 329 uygulanarak ana ortaklığın yavru ortaklık ile aynı kişiymiş gibi kabul edilmesine sebep olan, ana ortaklığın yavru ortaklık üzerinde hakimiyetinin bulunmasıdır. Bir başka örnekte ise taşınmaz üzerindeki hissesini hakim ortağı olduğu bir tüzel kişiliğe satan gerçek kişinin, sonradan hakim olduğu ortaklık aracılığı ile şuf' a davası açarak sattığı payı geri almak istemesi halinde, hakkın kötüye kullanılması hali söz konusudur. Bu durumda hakkın kötüye kullanılmasının özel ve somut bir şekli olan şuf'a hakkını kanunun öngördüğü amacın dışında kullanılması hali gerçekleşmekte olup, aynı zamanda ortak çelişkili davranışta bulunmaktadır. Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davanın reddedilmesinin gerektiği kabul edilmektedir (**YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 34-35, **SUNGURBEY**, s. 435-437).

¹³⁶ Bkz. TD. T. 25.09.1972, E. 2538, K. 3860, Batider, C. VI, Sayı 4, s. 733 vd., Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasının vergi konusundaki bir örneğini oluşturan Danıştay Kararı için de bkz. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 98.

¹³⁷ Yargıtay'ın bu konudaki kararları için bkz. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 35-36,

¹³⁸ Y. 9. HD, T. 18.06.1998, E. 8721, K. 10489, Tekstil İş Veren Aralık 1999, S. 16 vd.

gösteren ibarenin yer aldığını bu nedenlerle her iki ortaklığın tek bir kişi ve dolayısıyla tek işveren olarak kabul etmiştir.

Yargıtay bir kararında açıkça “tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından” söz ederek hüküm oluşturmuştur. Karara konu olayda; ana şirketin sorumluluktan ve borçlarından kurtulmak amacıyla ya da bunları sınırlamak maksadıyla bir yavru şirket kurmuş olması ve bunların birbirinden bağımsız olmasına rağmen, bu durumun üçüncü kişilere ileri sürülmesi hali söz konusudur. Yargıtay tarafından bu durumu çeşitli nedenlerle hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilerek, her iki şirketinde birbirlerinin borçlardan müteselsil olarak sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Şöyle ki; görünüşte iki ayrı tüzel kişilikmiş gibi kurulan ve bağımsız hukuki statüdeki şirketlerin iktisadi açıdan özdeş olmaları sebebiyle “bağımsız bir tüzel kişilikleri olduğu” iddiasında bulunmalarını hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmiştir. Böylece saman adam olan ve özkaynağı borçlarını karşılayamayacak durumda bulunan şirketin, ana ortağına müracaat edilmesinin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile mümkün olabileceği kabul edilmiştir¹³⁹.

2. Tüzel Kişilik Perdesini Kaldırarak Sorumlu Kılma

a. Sorumlu Kılınacak Kişiler Açısından

aa. Üyeler Açısından

Kural olarak tüzel kişiliğin alacaklıları üyelerinin malvarlığına başvuramaz. Tüzel kişi, alacaklılarına karşı sadece karşı kendi malvarlığı ile sorumludur. Tüzel Kişinin bir borcunda veya yükümlülüğünden dolayı sorumluluk alanının tüzel kişiliğin üyelerini de içine alacak şekilde genişletilmesi halinde üyeler yönünden tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlu kılınması hali söz konusudur. Ancak bu halde tüzel kişi ile üyeleri arasındaki mal ayrılığı genel olarak ve tamamen ortadan kaldırılmamakta, tüzel kişilik yapısı korunarak sadece somut olaya özgü bir şekilde ayrılık ilkesinin uygulanmaksızın tüzel kişinin üyelerine gidilebilmektedir. Anonim ortaklıklarda geçerli bulunan “üyelerin sorumluluklarının koymayı taahhüt etmiş oldukları sermaye payı ile sınırlı olduğu” kuralı uygulanmamakta ve tüzel kişinin alacaklılarına, alacakları oranında tüzel kişiliğin üyelerinin şahsi mal varlıklarına müracaat edebilme olanağı tanınmaktadır¹⁴⁰.

Üyelerin, tüzel kişi ile bağlantılı olan borç ve yükümlülükleri, doğrudan üçüncü şahıslar ile aralarındaki bir hukuki işleme dayanmakta ise¹⁴¹ “perdeyi kaldırarak sorumlu

¹³⁹ Y. 19. HD. 15.05.2006 T., 200578774 E., 2006/5332 K., (YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması s. 20).

¹⁴⁰ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 37, ULUSOY, s. 352.

¹⁴¹ Bkz. II., D, 1, b.

kılma” yoluna gidilmesine gerek bulunmamaktadır. Ayrı bir hukuki sebep nedeniyle üyeler tüzel kişinin borç ve yükümlülüklerinden sorumlu ise tüzel kişinin bağımsız yapısına dokunulmamaktadır. Tüzel kişilik perdesini kaldırarak sorumlu kılma halinde ise bir borçtan dolayı, ortaklığın veya ortakların sorumluluğu bir kanun ya da sözleşme hükmüne dayanmamaktadır¹⁴². Üyelerin kanuna karşı hile teşkil eden işlem ve eylemlerden dolayı tüzel kişinin üçüncü bir şahıs ile ilişkisindeki sorumlulukları “perdenin kaldırılması” ile ortaya çıkmaktadır. Burada sorumluluk, ortaklar ile üçüncü kişiler arasındaki bir hukuki ilişkiden değil, üyelik ilişkisinden kaynaklanmaktadır¹⁴³. Bu hale “düz perdeyi kaldırarak sorumlu” kılma ismi verilmektedir¹⁴⁴.

bb. Tüzel Kişi Açısından

Üyenin şahsi alacaklıları haklarını, tüzel kişiliğin malvarlığından tahsil edemez. Ancak üyenin tüzel kişilikteki hissesinin haczedilmesi sureti ile dolayısıyla bir tahsil imkanının bulunduğu ifade edilebilir¹⁴⁵. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus tüzel kişiliğin hissesi üzerindeki mülkiyet hakkı üyenin mal varlığına dahil bir haktır. Tüzel kişi açısından ise üyesi ile arasındaki perdenin kaldırılarak sorumluluğa gidilmesi, yani üyelerin, kanuna karşı hile teşkil eden işlem ve eylemlerinden dolayı şahsi borçları için doğrudan tüzel kişinin mal varlığına müracaat edilebilmesidir. Bu hale ise “ters yönden perdeyi kaldırarak sorumlu kılma” denilmektedir¹⁴⁶.

“Perdenin kaldırarak sorumlu kılma” ile “perdenin kaldırarak özdeş kılma sonucu üyeye ait borcun tüzel kişiyi de bağlaması halı” arasında farklılıklar bulunmaktadır. Perdenin kaldırılarak sorumlu kılma, üçüncü kişilerin, üyelerden olan alacaklarını tüzel kişinin malvarlığına müracaat ederek tahsil edebilmesi iken, özdeş kılma halinde, üçüncü kişilerin üyelerden olan hak ve alacaklarından tüzel kişiliğin de sorumlu olması olarak ifade edilmektedir. Ancak bu sorumluluğun ikinci derecede olduğu ve borca aykırılık halinde tazminat davasının, ortaklığın amacının devamlılığını korumak için, ortaklığın kendi

¹⁴² Ortaklık ile alacaklısı arasındaki borç ilişkisinden dolayı, ortaklık yanında ortak da sorumlu kılınmaktadır. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 37.

¹⁴³ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 37.

¹⁴⁴ **TEKİNALP/TEKİNALP**, s. 387-398.

¹⁴⁵ Örneğin Limited şirketlerle ilgili olarak düzenlenen TTK m. 522. mad. ve 523, bkz. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 38.

¹⁴⁶ **TEKİNALP/TEKİNALP**, s. 387-398, Alman ve İsviçre öğretisinde tüzel kişi açısından perdenin kaldırılmasına ilişkin bu tartışma hakkındaki görüşler için bkz. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 38-39.

alacaklarını korumanın asıl olması ve bu nedenle davanın öncelikle asıl borçluya karşı açılması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁴⁷ Uygulamada tek ortak ya da hakim ortak olan bir üyenin, kendisine karşı bir dava açıldığında tüzel kişiliğe ait mal varlığını alacaklıdan mal kaçırma kastı ile elden çıkarması sık rastlanan bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle söz konusu görüşün teorisinin uygulamaya yönelik olan “alacaklıların kötü niyetli işlemlerden korunması” amacını pratik olarak ortadan kaldıracığı düşünülmektedir. Alacaklının, tüzel kişi ile birlikte tek ortağa ya da hakim ortağa karşı birlikte dava açarak malvarlıkları üzerine tedbir konulmasını talep etmesi -alacaklı borçlu ilişkisinde- bu gün gelinen noktada pratik bir çözüm olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak konulan tedbir sonucunda tek ortak veya hakim ortağın malvarlığı üçüncü kişinin alacağını ve fer’ilerini karşılamaya yetmekte ise, o durumda mahkemenin tüzel kişilik hakkında açılan davaya devam etmekle birlikte konulan tedbirleri kaldırmak sureti ile uygulamada bu sorunun çözümlenebileceği düşünülmektedir.

cc. Kardeş Ortaklıklar Açısından (Çapraz Olarak Tüzel Kişilik Perdesini Kaldırma)

Kardeş ortaklıklar ile kastedilen, ana ortaklık ile ona bağlı olan yavru ortaklıkların arasında zincirleme bir şekilde kurulan tüzel kişilik perdesidir. Bu halde sorumluluk bağının kurulabilmesi için perdenin hem “doğrudan kaldırması” hem de “tersine kaldırması” söz konusu olmakta ve bu hale çapraz olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması denilmektedir¹⁴⁸. Diğer bir ifadeyle zincirleme bir şekilde oluşan yapıların söz konusu olması halinde önce yavru ortaklığa ilişkin olan bir durumdan dolayı tüzel kişilik perdesi kaldırılmaktadır. Böylece önce ana ortaklık devreye sokulmakta, sonrasında da bu ana ortaklıkla grup içerisinde yer alan diğer bir yavru ortaklık arasındaki tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunda grup içerisinde yer alan diğer yavru ortaklıklara ulaşılmaktadır¹⁴⁹.

edilebilir.

dd. Birden Fazla Kez Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması

Dolaylı pay sahipliği kavramı mevzuatımızda kabul edilmiş olup, dolaylı pay sahipliğinin veya dolaylı kontrolün tespitini gerektiren hallerde tüzel kişilik perdesinin birden fazla kez kaldırılmasına ihtiyaç bulunmaktadır¹⁵⁰. Bu durum, bir grup şirketler topluluğu

¹⁴⁷ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 40, ÖZTEK/MEMİŞ, s. 208.

¹⁴⁸ Aksi yöndeki bir görüş için bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.40, dpn. 177.

¹⁴⁹ Çapraz olarak perdenin kaldırılması ile ilgili olarak İş Hukukuna ait bir örnek için bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 41.

¹⁵⁰ ULUSOY, s. 358.

içinde yer alan ve iktisadi olarak özdeş olan çeşitli gerçek ve tüzel kişiler arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gereken hallerde söz konusu olabilir. “Katmerli olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” olarak da ifade edilen bu halde ya dikey olarak, torun ortaklık ile yavru ortaklık arasındaki perde kaldırılmaktadır. Bu bağlantı sayesinde ise ana ortaklık ile bağ kurulmakta ya da ters yönden veya yatay anlamda, (çapraz kaldırmada olduğu gibi) kardeş ortaklıkla veyahut da bir torun ortaklık ile diğer bir ortaklığın yavru veya torun ortaklığı arasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olabilmektedir¹⁵¹. Tüm bu tüzel kişiliklerin varsayımsal olarak kanunla tanınan kişiliklerinin ayrı ve bağımsız olduğu kurallarının istisnaen yok sayılarak tek bir tüzel kişiymişçesine malvarlıklarının bir kabul edilmesi şeklinde gerçekleşir.

b. Sorumlu Kılma Şekline Göre

aa. Aktif Sorumlu Kılma

Tüzel kişinin borçlarından dolayı üyelerin aktif bir şekilde sorumlu kılınması halinde ortaklığın alacaklıları haklarını, üyelerin şahsi malvarlığı üzerinden tahsil edebilmek için kanun yollarına başvuru hakkına sahip olmaktadır.

bb. Takas-Mahsup¹⁵² Yoluyla Sorumlu Kılma

Tüzel kişinin üyelerinden birine borçlu olan üçüncü kişi aynı zamanda tüzel kişiden alacaklı ise, üyenin alacağını talep etmesi karşısında, üçüncü kişi, kendisinin tüzel kişiden olan alacağının takas-mahsup edilmesini ileri sürebilir. Burada üyenin tüzel kişiliğin borcundan dolayı takas-mahsup yolu ile sorumlu kılınması söz konusudur. Böylece tüzel kişiliğin borcu üyesinin malvarlığının aktifinde yer alan alacak kalemlerinden karşılanmaktadır.¹⁵³

D. Konulan Haczin Geçerliliğini Sağlama Yolu İle Sorumlu Kılma

Tüzel kişinin üyelerince alacaklıların takiplerinden korunmak maksadı ile tüzel kişiliğin malvarlığı üzerine üyelerinin lehine ayni ya da üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilen nitelikte şahsi haklar tesis edilebilir. Tüzel kişiliğin alacaklıları tarafından icra takibine geçildiğinde ise bu malvarlığı için, üzerinde üyelerinin lehine tesis edilen bu haklar nedeniyle üçüncü kişi olan alacaklının alacağının önüne geçildiğinden tahsili mümkün

¹⁵¹ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 47.

¹⁵² Takas, tarafların arasında karşılıklı olarak aynı cinsten doğmuş edimleri karşılıklı olarak ödeme yükümlülüğünden kurtaran ifa benzeri bir işlemdir. Mahsup, ise taraflar arasındaki hukuki ilişkide alacaklı tarafın elde ettiği menfaatlerin, borçlu tarafın katlandığı yükümlülüklerin de göz önüne alınarak alaktan indirilmesi anlamına gelmektedir. TEKİNAY/ AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 1014-1030.

¹⁵³ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.42

olamamaktadır. Bu durumun tersi de söz konusu olabilir. Gerçek kişi alacaklılarından kurtulmak için üyesi olduğu tüzel kişilik lehine mal varlığı üzerinde aynı ya da etkisi üçüncü kişilere de sirayet eden şahsi hak tesis edebilir. Örneğin, tüzel kişinin borçlarından dolayı malvarlığı üzerine haciz konmuş ise ortaklığın tek ortağı konumunda olan kişi, haczedilen malın mülkiyetinin kendisine ait olduğu ve dolayısıyla tüzel kişinin borçlarından dolayı, bağımsız olan kendi malvarlığına dokunulamayacağı gerekçesi ile bu malvarlığı üzerinde istihkak iddiasında bulunabilir. Bu takdirde tüzel kişinin alacaklısı, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve bu yolla üyenin de sorumlu kılınması için aranan koşulların gerçekleştiğini ispat ederek, tüzel kişinin borçlarından dolayı üyenin malvarlığı üzerine konulan haczi hukuken mümkün kılabilir¹⁵⁴. Uygulamada muvazaalı olarak, alacaklılardan mal kaçırma kasdı ile gerçekte bulunmayan alacak-borç ilişkileri yaratılmakta ve icra dairelerinde genellikle mücerret kambiyo senetlerine dayanan takipler yapılmaktadır. Bu takipleri ise itiraz edilmemek sureti ile kesinleştirilerek, söz konusu takip dosyalarından borçlunun malvarlığı üzerinde hacizler uygulanmaktadır. Bu hacizler gerçek alacaklıların takibinden önceki dönemlerde gerçekleştirildiğinden tüm alacaklılardan önde yer almakta ve gerçek alacaklıların alacaklarını almasını önlemektedir. Aynı şekilde gerçekte mevcut olmayan bir alacak için ipotek tesisi halinde de alacaklılardan mal kaçırma amacı ile hareket edilmektedir. İpotekli gayrimenkullerle ilgili olarak alacaklıdan bir başka mal kaçırma yöntemi ise borçlu ilk sıradaki ipoteğin bedelini güvendiği bir kişi aracılığı ile üçüncü kişi adına ama kendi (borçlu) hesabına ödetmesi ve sonrasında borçlu adına ödeyen saman adamın ipotek borcunu rücu edecekmişçesine ipotek alacaklısından devralarak birinci sıraya yerleşmesidir. Bunun sonucunda ise daha sonraki sıralarda yer alan ipotek ve haciz alacaklıları zarar görmektedir. Bu tür işlemlerin tüzel kişi ve üyeleri arasında sıklıkla görüldüğü gözlemlenmektedir. Bu gibi durumlarda tüzel kişi perdesinin kaldırılarak tüzel kişi ve üyenin mal varlığının ayrılığı ilkesi uygulanmamalıdır. Haczin veya ipoteğin tesisi ya da son durumda olduğu gibi alacağın ödenmesi anında alacaklı ve borçlu sıfatının birleşmiş olması nedeniyle borç sona erdiğinden sıra cetvelinde bu tür haciz ya da ipotekler dikkate alınmamalıdır.

Aynı şekilde mahkemelerin dahi bu tür yöntemlerle kötüye kullanılması söz konusu olabilmektedir. Genelde davacı ve davalının bir tüzel kişilik veya üyeleri olduğu hallerde sanki bu kişiler gerçek bir davanın taraflarıymış gibi dava açılmakta ve dosyaya sunulan muvazaalı bilgi ve belgeler ile adalet sistemi yanıltılarak kararlar alınmak istenmektedir. Hatta bu hallerde sulh ya da kabul yolu ile dava sonuçlandırılarak mahkemenin sonuca etkisi

¹⁵⁴ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 42.

olmaksızın muvazaalı ilişkiler kararlara dönüştürölmektedir. Burada kanun hükümlerinin kötüye kullanılması da ötesinde olan daha vahim bir durumla karşılaşölmakta ve mevcut hukuk kuralları aracılığı ile bizzat adalet mekanizması kötüye kullanılmaktadır. Kural olarak mahkeme kararları sadece taraflarını bağlamakta ise de uygulamada kesinleşmiş mahkeme kararlarda olaylara ilişkin tespitlerin mahkemeleri bağladığı kabul edilmektedir. Ancak bu gibi durumlarda üçüncü kişilerin, muvazaalı ilişkileri, kanuna ve mahkemelere karşı hileyi ispat etmeleri durumunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak karar verilmesinin hakkaniyet ilkesinin bir gereğı olduğı düşünölmektedir.

Bir sermaye şirketinde, ana sermaye ortaklardan veya üçüncü kişilerden borç alınmak suretiyle konulmuş ya da artırılmış ise şirketin iflası halinde bu alacaktan dolayı ortaklarında iflas masasına kayıt yaptırmaları halinde -sermaye koyma borcunun bu şekilde yerine getirilmesinden- ortaklığın alacaklıları zarar görecektir. Bu halde tüzel kişiliğın kötüye kullanılması söz konusu olduğundan sınırlı sorumlu olma imtiyazının ortadan kalkması¹⁵⁵ söz konusudur. Böylece iflas masasına yapılan kaydın ancak tüm alacak hakları ödendikten sonra tasfiye sonucunda masada bir malvarlığı kalemi kalırsa üyeye ödenmesi söz konusu olabilir. Ancak bu halde tasfiye bakiyesinin hissedarlara paylaştırılması sırasında söz konusu alacak tutarı hak ve nesafet kurallarına uygun olarak hissedarların menfaatleri dengelenecek şekilde dağıtımda göz önüne alınabilir. Alacaklıların zarara uğradığı bir başka alan da İİK 89. madde gereğince borçlunun üçüncü kişilerdeki hak ve alacaklarının haczi halinde¹⁵⁶ üçüncü kişinin maddi hukuk anlamında takip borçlusunun borçlusuna gerçekte borcunun bulunup bulunmadığı ile ilgilenilmediğinden bazen aslında borçluya borçlu olmayan bir üçüncü kişinin takip alacaklısına ödeme yapmasını mümkün hale getirebilmektedir. Bu yapı kötü niyetli girişimleri de beraberinde getirebilmektedir. 4949 sayılı Kanun ile kamu kurumları ve bankaların korunması amacıyla takip borçlusu ile alacaklı arasındaki üçüncü kişiyi zarara uğratma amacı ile gerçekleştirilen kötü niyetli girişimlere karşı İİK m. 89/V c. 2 ile üçüncü kişiye borçluya ve kötü niyetli olması halinde takip alacaklısına başvurula olanağı getirilmiştir¹⁵⁷. Kural olarak, takip borçlusu tarafından borç olmayan paranın üçüncü kişiye ve onun aracılığı ile takip alacaklısına ödenmesi halinde, üçüncü kişinin alacaklıya müracaat hakkının tanınmaması gerekmektedir. Bu durumda üçüncü kişi sadece borçluya başvurabilmelidir. Ancak kanun koyucu alacaklının kötü niyetli olması halinde üçüncü kişinin

¹⁵⁵ YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması s. 28, YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 43.

¹⁵⁶ YAVAŞ, Üçüncü Kişiler, s. 9 vd.

¹⁵⁷ YAVAŞ, Üçüncü Kişiler, s. 133.

ona da müracaat hakkının bulunduğunu kabul etmiştir. Bu durumda takip alacaklısı ve borçlu müşterek ve müteselsilen sorumlu olacaktır. Buradaki sorumluluğun hukuki dayanağı takip alacaklısı yönünden haksız fiil, borçlu yönünden ise sebepsiz zenginleşme olarak kabul edilmektedir.

E. Tüzel Kişilik Perdesini Tersten Kaldırarak Yararlandırma

Tüzel kişilik perdesini tersten kaldırarak yararlandırma tüzel kişilik perdesinin üyeler veya tüzel kişi lehine kaldırılmasını ifade etmektedir. Ancak bir tüzel kişinin ya da üyesinin, kendi lehlerine tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını talep edip edemeyeceği tartışmalı bir husustur. Üçüncü kişi tarafından tüzel kişinin veya ortağının ayrı ayrı kişiliklerinin bulunduğu iddiasının sorumluluktan kurtulmak için bir hakkın kötüye kullanılması amacıyla ileri sürüldüğü hallerde tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılarak üçüncü kişinin sorumluluğuna tüzel kişi ya da ortağı tarafından gidilebileceği kabul edilmektedir¹⁵⁸¹⁵⁹. İsviçre Hukuku'nda tüzel kişi veya üyelerinin kendi menfaatlerine olarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması talepleri genel olarak reddedilmekle birlikte Türk ve Alman Hukukunda bu konunun örnekleri bulunmaktadır¹⁶⁰.

1. Üyeler Açısından

Türk Ticaret Kanunu'nda ortakların, yönetim kurulu üyelerine karşı, ortaklığa verilen zararlar nedeni ile mali sorumluluk davası açma hakkı bulunmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin şirket malvarlığını azaltan davranışları ortakların, tüzel kişilik üzerindeki ortaklık

¹⁵⁸ ULUSOY, s. 356, 390.

¹⁵⁹ Danıştay, Fon tarafından yönetim ve denetimlerine 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15/7 (a) maddesi gereğince yönetici atanan şirketlere gönderilen ödeme emirlerine karşı ortakların açtıkları davalarla ilgili olarak; bir kararında “dava konusu ödeme emrinin davacının ortağı olduğu şirket adına düzenlendiği, davacının ise şirketi temsile yetkili olmadığı görüldüğünden, davacı şirket adına düzenlenen ödeme emrinin iptali istemiyle kendi adına dava açma ehliyeti bulunmadığı sonucuna” varmıştır. Danıştay 13. Dairesinin 07.04.2008 T., 2007/11862 E., 2008/3585 K. sayılı kararı (Yayımlanmamış karar) Danıştay'ın bu yöndeki genel uygulaması ise değişmiş bulunmaktadır. Danıştay son bir kararında tüzel kişilik perdesini şirket ortağı lehine tersten kaldırmıştır. Bu kararında ise “davacı şirket ortağı olması nedeniyle 6183 sayılı kanun kapsamında takibata geçtikten sonra şirketin borçlarının tahsiline yönelik olarak şirket hakkında tesis edilen işlemle menfaat ilgisi olduğundan bu işlemlere karşı dava açma ehliyetinin bulunması nedeniyle” kararın bozulmasına karar vermiştir. Danıştay 13. Dairesi'nin 11.02.2009 T., 2008/13881 E., 2009/1620 K. sayılı kararı (Yayımlanmamış karar).

¹⁶⁰ Bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 43, Dpn 184.

Yanlı tarafından aktarılan Alman Hukukundaki bir görüşe göre “Tüzel kişilik perdesini kaldırma yoluna, hukuk uygulamasını korumak amacıyla gidildiği, bunu talep etmek hakkına sadece üçüncü kişilerin sahip olduğu” ifade edilmektedir. Buna göre, “tek kişiden oluşan ortaklıklarda dahi üye, kendisi ile tüzel kişi arasındaki ayrılığın kaldırılmasını isteyemez.” YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 44, Dpn. 185.

haklarının dolayısıyla zarar görmesine neden olmaktadır¹⁶¹. Ortakların ortaklık haklarının zarar görmesi sonucunda açacakları dava “dolayısıyla zarar gören” sıfatıyla olacaktır. Bu dava kuruluştan doğan sorumluluk ile ilgili bulunan TTK m. 309’ a yapılan atıf ile TTK m. 340’ a dayanmaktadır¹⁶². Dava hakkının tüzel kişilik yanında ortaklara da verilmesinin nedeni tüzel kişiliğin yönetim kurulunun kendi aleyhine yani kararı alan üyelerine ya da hakim ortağın kendi kendine dava açmasını beklemenin mantık kurallarına aykırı bulunmasıdır. Yönetim kurulu, kanunlarla ve esas sözleşme ile kendisine verilen görevleri yerine getirmez ve hukuka aykırı kararlar alırsa, bu kararlar sonucunda ortaklığın uğradığı zararları tazminle yükümlüdür. Bu gibi durumlarda açılacak davalarda sadece tüzel kişinin dava açma hakkı olması gerekirken, kanun koyucu hissedarlara da, bu imkanı tanımıştır. Tüzel kişiyi yönetimin vereceği zararlardan korumak amacıyla getirilen bu düzenleme sayesinde ortaklar ile aralarında hiç bir hukuki ilişki olmamasına rağmen yönetim kurulu üyelerine karşı tüzel kişiliğin çıkarlarını ve haklarını korumak imkanı ortaklara tanınmıştır. Bu durumda tüzel kişilik perdesi Kanun koyucu tarafından ortaklar yararına kaldırmaktadır. Ancak burada nihai olarak tüzel kişinin bizzat kendi menfaatleri korunmaktadır. Zira şirketin borçları alacaklısı tarafından üyelerinden tahsil edildiği oranda şirket borçtan kurtulacaktır¹⁶³. Diğer bir ifade ile ayrılık ilkesi bu durumda bizzat kanun tarafından istisnaen dikkate alınmamaktadır.

2. Tüzel Kişi Açısından

Sözleme ya da kanuna aykırı bir fiilden dolayı ortağı olduğu tüzel kişinin de kendisi ile birlikte zarara uğradığı iddiasında bulunan gerçek kişi, bu zarar kaleminin de tazmininin talep edilmesi halinde ortak lehine tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusudur. Örneğin kişinin itibarına karşı işlenen fiillerden dolayı ortaklığın zararını, ortağın zararı gibi kabul ederek tüzel kişiliğin kredi itibarının zedelenmesi dolayısıyla uğradığı zararın tazmininin talep edilmesi¹⁶⁴ halinde tüzel kişilik perdesinin ortak lehine kaldırılması ortaklık lehine ise kabul

¹⁶¹ ÇAMOĞLU, s. 323-331 vd.

¹⁶² YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 44-45, ANSAY, s. 145 vd., ARSLANLI, s. 181, HELVACI, s. 108, ULUSOY, s. 357, ÇAMOĞLU, s. 126 vd.

¹⁶³ Bkz. HELVACI, s. 124-134 vd.

¹⁶⁴ Bu konudaki Alman Federal Mahkemesi kararları ve doktrinsel tartışmalar için bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 45-47

V- TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI KONUSUNDAKİ TEORİLER

A. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Konusundaki Teoriler

Doktrinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin hukuki temelleri ve sonuçları üzerinde tam bir anlaşma sağlanamamıştır. Ancak tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak iki temel teori geliştirilmiştir.¹⁶⁵ Bunlardan ilki kurumsal tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi diye de ifade edilen kötüye kullanma teorisidir. İkincisi ise, normların

¹⁶⁵ Ayrıca bu görüşlerden farklı olarak ileri sürülen görüşler bulunmaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına gerek olmadığı sorunun medeni hukukun genel kurallarından olan hukuki boşluk doldurmaya ilişkin kuralları ile çözümlenebileceği yönündeki ayrık görüş için bkz. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 61-63 Buna benzer bir görüş ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında tüzel kişiliğin özüne dokunulmaması nedeniyle gerçekte bu teoriye başvurulmasının gerekli olmadığını sadece bir terminoloji sorunu bulunduğunu, dürüstlük kuralına başvurulduğu hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu olmadığını ifade etmektedir. Bu görüş için bkz. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.63-64.

Bir görüşe göre; Tüzel kişiliğin türü hukuk kuralları çerçevesinde incelenecek, bu alandaki özel nitelikli hukuk kuralları aracılığıyla, kanunun amacı araştırılacaktır. Eğer araştırma sonucunda kanunun farklı bir amaç taşıdığı sonucuna ulaşılmıyorsa, kanun koyucunun, tüzel kişiyi oluşturan kişiler yararına tüzel kişiliğe bağımsız hukuk sujesi olma vasfını vermek istediğinden hareket edilebilecektir. İkinci aşamada ise hakim somut olayda, kanunun amacına ne derecede aykırı davranıldığını araştırarak, tüzel kişinin arkasındaki kişilerin üçüncü kişilerle olan ilişkileri kademeli hukuk gücü açısından incelenecektir. Üçüncü aşama ise hakim, kanun koyucunun amacını belirlerken kullandığı ölçülerini göz önüne alacak, hakkın kullanımının sınırlarını belirleyen genel hukuk kurallarının yardımı ile hakkın kötüye kullanılmasının var olup olmadığını tespit edecektir. Bu kuralların uygulanması için kademeli güç kullanılması gereklidir. Tüzel kişi tarafından bir hakkın kullanılmasında bu kuralların uygulanması halinde onun arkasında yer alan kişilerinde bu kurallar gereğince hareket etmiş olması gerekmektedir. Bu görüş, amaçların değerlendirilmesinde tek ölçünün tarafların çıkarlarının karşılaştırılması olduğunu ifade etmektedir. Hakim hukuk düzeninin korunması için getirilen genel hukuk kurallarının yardımı ile tüzel kişinin hak ehliyetinin sınırlarını belirlenmeyecek ve hukuk düzeninin amacı ile görevi olan menfaatlerin korunmasını yerine getirebilecektir. Hakim menfaatlerin niteliğini, menfaati zarar gören şahsın kendisini koruma olanağının bulunup bulunmadığını, zarar veren kişinin menfaatlerinin korunabilirliğini, menfaatin korunması için subjektif unsurun varlığının gerekip gerekmediğini, dolaylı çıkarların da dikkate alınıp alınamayacağını, hukuk güvenliğinin temin ölçüsünü tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının sonuçlarını tartarak kararını verecektir. (**YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 64-66)

Bir başka görüş ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin hukuk sistemi ile bağdaşmadığını ve aslında teorisinin uygulanmasına ihtiyaç bulunmadığını, mevcut hukuk kuralları ile sorunun çözümlenebileceğini savunmaktadır. Bu görüş için bkz. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 66-70

amaçları teorisi yani normların uygulanması ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi¹⁶⁶.

1. Kötüye Kullanma¹⁶⁷ Teorisi

Kötüye kullanma teorisine göre bizzat tüzel kişinin kendisinden hareketle, bir tüzel kişilik yapısının (hukuki şeklinin) kötüye kullanılması durumunda gerçekleştirilen fiil ve işlemler hukuk düzeni tarafından korunamayacaktır. Özellikle *Serick* tarafından savunulan sübjektif kötüye kullanma teorisi karşısında perdenin kaldırılması için sadece objektif unsurların varlığını yeterli gören objektif kötüye kullanma teorisi ortaya çıkmıştır¹⁶⁸.

a. Sübjektif Kötüye Kullanma Teorisi ve Eleştiriler

Tüzel kişiliğin kötüye kullanılması halinde ayrılık ilkesine dayanılması dürüstlük ve güven kuralına aykırılık oluşturmakta ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının söz konusu olabileceği kabul edilmektedir. Bu teori, ayrılık ilkesinin uygulanmasında ortaya çıkan problemlerin çözümünü tüzel kişilik yapısının kasten kötüye kullanması haline özgülemiştir.¹⁶⁹ “Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” konusunun temel yapı taşlarını oluşturan *Serick*, hem tüzel kişiliğin hukuk düzeni içerisindeki varlığını ve yerini korumak istemekte hem de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunu karşılaştırmalı hukuk ışığında inceleyerek hukuki niteliğini belirlemek istemektedir. Teorinin ilkelerinin belirlenmesi ve uygulanması tüzel kişiliğin hukuk düzenindeki varlığının korunması amacına hizmet etmektedir. “Perdenin kaldırılması” diğer bir ifade ile tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi ancak istisnai durumlarda kabul edilmektedir¹⁷⁰. Buna göre sadece dürüstlük kuralına dayanmak yeterli bir gerekçe oluşturmadığından tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğurabilecek haller sınırlandırılmaya çalışmıştır¹⁷¹.

Sübjektif kötüye kullanma teorisine göre, tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi halleri ikiye ayrılmaktadır. Tüzel kişilik yapısının kötüye kullanılmasının ilk şeklinde; tüzel

¹⁶⁶ Burada bir normun uygulanması ile üyelere ya da tüzel kişiliğe ulaşılmasının “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” olarak nitelendirilmediği, sadece hukuki yapının kötüye kullanılması sonucu veya dürüstlük ve güven ilkesine aykırı bir durumun ortaya çıkması nedeniyle, üyelere ya da tüzel kişiye müracaat edilmesi hallerinde “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” ndan söz edilmektedir. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 47.

¹⁶⁷ Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile ilgili olarak bkz. **DURAL/SARI**, s. 209 vd.

¹⁶⁸ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 48, **ANTALYA**, 150.

¹⁶⁹ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 47-48, **ULUSOY**, s. 369

¹⁷⁰ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 50, **YILDIRIM**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s. 184.

¹⁷¹ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 50, **YILMAZ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 342, **ULUSOY**, s. 368.

kişiliğin kullanılarak kanunun dolanılması¹⁷², sözleşmeye aykırı davranılması¹⁷³ veya haksız şekilde üçüncü kişilerin zarara uğraması hallerinden birisi söz konusudur. İkinci halde ise, bazı hukuk kurallarının tüzel kişiliğin ayrılığı ilkesine karşın istisnaen uygulanmasının sağlanmasıdır. Burada, insanlar temel alınarak getirilmiş insana özgü veya fiilen farklı ya da aynı kişilerin varlığı şartını arayan kuralların tüzel kişilere uygulanabilmesi için, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasını gerektiren hallere rastlanmaktadır¹⁷⁴.

Kanun tarafından anılan “tüzel kişilik” yapısı süreklilik arz eden kuruluş amaçlarının meşru bir şekilde gerçekleştirilmesi için, bu amaçlarla sınırlı olarak faaliyette bulunabilirler. Tüzel kişi ve üyeleri bu sınırlar içerisinde hareket ettiği sürece birbirinden tam anlamıyla bağımsız ve ayrı hukuk sükeleri olarak dikkate alınmalıdır. Bu nedenle tüzel kişi ile ilişki içinde bulunan herkes, üyeleri dahil olmak üzere, tüzel kişiliğin bağımsız yapısından doğan tüm sonuçları da göze almalıdır. Çünkü tüzel kişi ve üyelerinin kuruluşta öngörülen temel zorunlu unsur olan tüzel kişiliğin amacı doğrultusunda faaliyetlerini gerçekleştirdiği sürece ticari hayatın işlerliğinin sağlanabilmesi için tüzel kişilik yapısına güvenin sağlanması esastır.¹⁷⁵

Tüzel kişiliğin kuruluş amacı ile belirlenen sınırların aşarak, kanun tarafından olanak tanınan amaca uygun olması gereken faaliyet alanının dışına çıkıldığı takdirde, tüzel kişi ile ilişkiye giren üçüncü kişilerin korunması zorunluluğu doğmaktadır. Çünkü bu halde hukuk düzenine olan güvenin sarsılması söz konusudur. Ancak ortaklar tarafından tüzel kişilik

¹⁷² Bkz. **DURAL/SARI**, s. 200. Bir tüzel kişiliğin üyeleri hukuki bağımsızlık ilkesinden hareketle, emredici bir hukuk kuralının bertaraf etmek veya amacının gerçekleşmesini engellenmek amacı ile fiil ve işlemlerde bulunuyorsa çalışılıyorsa bu durumda tüzel kişiliğin kanunu arkasını dolanmak kasdıyla kötüye kullanılması hali söz konusudur. Kanunun dolanılması halinde, hakkın kötüye kullanılarak tüzel kişilikten amacına aykırı olarak fayda sağlamanın bir özel hali olarak değerlendirildiğinde, ortağın kanunu dolanma kasdıyla oluşturduğu ortaklığın tabi olduğu bağımsız ayrı bir kişilik kuralının korumasında oluşan çıkar ile hukuk düzeninin, dolanılan kanun hükmünün amacı doğrultusunda mutlak olarak uygulanmasındaki menfaat karşılaştırılarak, tartılmalıdır. (**YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 50, **ANTALYA**, s. 150.) Bu son durumda kamu düzeninin, yani kamunun menfaatinin araştırılması söz konusudur.

¹⁷³ Bkz. **DURAL/SARI**, S. 202-209. Sadece tüzel kişiliğin ya da sadece üyelerinin taraf olduğu üçüncü kişilerle akdedilen bir sözleşmeye, tüzel kişi ya da üyeleri tarafından aykırı davranılması halinde üçüncü kişiye karşı sözleşmeye taraf olmadıkları ve ayrı bir kişilikleri olduğu iddiasında bulunmaları hali ile karşılaşılabilir. Ayrılık ilkesine dayanarak korunması beklenen çıkar sadece üçüncü şahsın sözleşmeden doğan haklarının ihlal edilmesi veya sözleşme hükümlerinin dolanılması sonucuna yönelmekte ise, perdenin diğer tarafında yer alan üçüncü kişi haksız olarak zarara uğratılmıştır. (**YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 50)

¹⁷⁴ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 51, **ANTALYA**, s. 150,

¹⁷⁵ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 51

yapısının kötüye kullanılması halinde hakim, hukuka aykırı sonucu yok etmek ve bu nedenle bozulan hukuk düzeni onarmak için, tüzel kişilik yapısı nedeniyle tanınan bağımsızlık ve ayrılık ilkesini uygulamayabilir. Böylece uygulamada ortaya çıkan bu sorun aşılabilir, sonraki dönemler için tüzel kişinin, sadece kanun tarafından tanınan tüzel kişinin kuruluş amaçları doğrultusunda faaliyette bulunması ve bu amaçların dışına çıkmaması sağlanabilir. Çünkü tüzel kişinin, faaliyetleri bu amaçlar çerçevesinde olduğu sürece hukuken geçerlidir. Hukuka aykırı amaçlara hizmet etmek için oluşturulmuş bir tüzel kişi hukuki korumadan yararlanma hakkına sahip değildir. Tüzel kişilik yapısının kötüye kullanılması, bu kuruma olan güvenin yanı sıra bunun da ötesinde kişilerin hukuk düzenine olan güvenini de yerle bir edeceğinden bu tür bir (kötüye) kullanmaya izin verilemez¹⁷⁶.

Teoriye göre tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi için objektif unsur olan hukuk düzeninin amacına objektif olarak aykırı hareket edilmesinin yanında, ayrıca kötüye kullanma niyetini de aramaktadır. Yani subjektif unsurun varlığını da aramaktadır¹⁷⁷. Ancak bu ana kurala istisna teşkil etmek üzere; tüzel kişiliğin amacına dolaylı olarak dahi aykırı davranılmasının kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir.¹⁷⁸ Bu nedenle dolaylı olarak amaca aykırılık bulunması söz konusu ise maddi olayda kötüye kullanmanın kabulü için objektif kriterlerin bulunmasını yeterli saymaktadır. Zira tüzel kişiliğin varlık sebebi olan ekonomik düzeninin temellerine ve özellikle hem ekonomik hem de hukuki düzenin ana dayanaklarından olan güven ilkesine aykırılık teşkil eden bir tüzel kişilik hukuki korumadan yararlanma hakkına sahip bulunmamaktadır¹⁷⁹.

Bu teori ile subjektif şartın aranmasının bir sonucu olarak kötüye kullanma haline özgülenen teorinin uygulama alanı daraltılmaktadır. Sözleşmeyi dolanma amacıyla sonradan bir tüzel kişi oluşturulması ya da sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut bir tüzel kişinin daha sonra sözleşme hükümlerine aykırı olarak faaliyette bulunması halinde kötüye kullanma halinin varlığından söz edilir. Yine aykırılık ilkesine dayanmanın tüzel kişi veya üye tarafından sözleşmenin diğer tarafına karşı, daha önce ortaya konulan durumdan farklı bir

¹⁷⁶ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 51, **YILMAZ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 342.

¹⁷⁷ *Yıldırım* tarafından aktarıldığına göre *Serick*, tüzel kişilik perdesinin, kaldırılması için gereken koşulların varlığı onu iddia eden tarafından ispat edilmesi gerektiğini” ifade etmektedir. **YILDIRIM**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s.186.

¹⁷⁸ Bkz. **AKYOL**, Dürüstlük Kuralı, 24-25,120

¹⁷⁹ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 52.

tutum izlenmesi ya da yansıtılması sureti ile çelişkili davranışlarda bulunulmasından kaynaklandığı durumlarda da bu sonuca varılacaktır.

Hukuki düzenlemelerden insana özgü olan nitelikler veya özellikler göz önüne alınarak getirilen kuralların tüzel kişiliğin amacı ile bağdaştığı sürece tüzel kişiler içinde de uygulanması söz konusu olabilmektedir. Bu gibi kuralların uygulanma şartlarının belirlenebilmesi için tüzel kişilik perdesi maddi olayın gerektirdiği kadar kaldırılarak, doğrudan tüzel kişilik perdesinin arkasında yer alan üyeleri dikkate alınacaktır.

Bu görüş, sübjektif unsurun, yani tüzel kişinin bilerek kötüye kullanılmasının aranması halinin hukuk düzeninin bilerek ve isteyerek olmasa dahi genel ilkelerine aykırı davranışları korumayacağı belirtilerek eleştirilmektedir. Sübjektif kötüye kullanma teorisi objektif unsurlar yanında sübjektif unsurların aranması gerektiği, aksi takdirde tüzel kişilik kurumunun anlamını ve değerini yitireceğini kabul etmektedir. Bir başka görüş bu hususa genel kurallara ilişkin yanlış uygulamaların önlenmesi amacıyla istisnai nitelikte telafi edici hükümlerin düzenlendiğini, tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi halinin ise son derece katı şartlar altında istisnai bir durum olabileceğini belirterek karşı çıkmaktadır. Sonuçta hakim, her olayın özelliğine göre, araştırma yaparak öğreti ve kazai içtihatlarla belirlenen kriterlere göre kararını verecektir. Ayrıca bu görüş sübjektif kötüye kullanmanın halinin varlığının tespiti ile ilgili olarak, hukuk düzeninin genel ilkelerine bilerek ve isteyerek aykırı davranılması kadar, bilmeden ve istemeden ihmal sonucu meydana gelen aykırılığı da hoş görmeyeceğini belirtmektedir. Hukuk düzeni sosyal devlet ilkesinin gereğini karşılıklı çıkarların dengelenmesi sureti ile yerine getirmeyi amaçlamaktadır. Bir menfaatin haklı olup olmadığı yönünde bir karar verilirken sadece objektif açıdan bir değerlendirme yapılması söz konusu olacaktır. Hukuk düzenince sübjektif hakların kullanılmasına ilişkin olarak getirilen sınırlamalar objektif olmalıdır. Aksi takdirde tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı alanlar çok dar bir alanla sınırlı kalmaktadır. Ancak bu görüş yine de sübjektif unsurların varlığının da aranmasının gerekli olacağı hallerle karşılaşılabilceğini kabul etmektedir¹⁸⁰.

b. Objektif Kötüye Kullanma Teorisi ve Eleştiriler

Objektif kötüye kullanma teorisine göre somut olayda *sübjektif* unsurların varlığını aranması ile kötüye kullanma teorisinin uygulama alanını çok daraltmakta olup ahlaka ve adaba aykırılık ve de kötüye kullanma kavramlarının objektif ölçülere göre tanımlanması gerekmektedir¹⁸¹. Bu teorinin savunucuları hukuk düzeninin amaçlarına tamamen uygun

¹⁸⁰ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 54-56.

¹⁸¹ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 56,57.

hareket edilmesini sağlamaya çalışıldığından, objektif aykırılık hallerinde kötüye kullanmayı genel olarak kabul etmektedir. Ayrıca subjektif teorinin benimsenmesi halinde kötüye kullanma niyetinin ispatı aranacaktır ki, bu da ispat gücü nedeniyle teorinin uygulanmaz bir hale gelmesine neden olacaktır¹⁸².

Bu teori ise hukuk düzeni her olayda kişilerin göz ardı edilmesine izin verirse, tüzel kişilik kurumu hukuka aykırılık dolayısıyla dikkate alınmama tehdidi altında kalacağı, bunun ise tüzel kişiliğin, gerçek kişilerle eşit haklara sahip bir hukuk süjesi olarak kabul eden hukuk düzeninin amacıyla bağdaşmayacağı yönünde eleştirilerle karşılaşmaktadır. Hukuki kurumlarının subjektif olarak kötüye kullanılmasının, hukuk düzeni tarafından korunmayacağı yönündeki temel kural tüzel kişilik kurumu için de geçerli bulunmaktadır. Sadece, çeşitli normların amaçlarının gerçekleşmemesi nedeniyle yine belirli amaçla hukuk düzeni tarafından tanınan tüzel kişilik kurumunun göz ardı edilmesi kabul edilemez. Bu görüşe ek olarak, sadece objektif unsurlara dayanılarak tüzel kişiliğin göz ardı edilmesi halinde, hukuk düzeninin temel kurallarından biri olan “ayrılık ilkesinin” ihlal edilmesi sonucunu doğuracağını belirtilmektedir. Buna göre hukuk düzeni, gerçek veya tüzel kişilerin tüzel kişilik yapısını üçüncü kişileri zarara uğratma veya kanunu dolanma amacının bulunması halinde ahlaka aykırı bir şekilde başka bir kimsenin zarara uğratılması veya dolandırılmasının varlığından söz edilecektir ki, bu durumda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması gerekliliği doğacaktır¹⁸³.

Objektif kötüye kullanma teorisinin hukuk düzeninin amacının her olayda tüzel kişiliğin göz ardı edilip edilmeyeceği konusunda bir karar verdikçe, her tüzel kişinin kendini sürekli olarak tehdit altında hissedeceği ve bunun da hukuk düzenine olan güveni sarsacağını ileri sürmektedir. Bu görüşe, subjektif kötüye kullanma teorisi savunucuları tüzel kişilik kurumuna ve tüm ortaklıklar hukukunun temeline yapılan bir müdahale olmadığı gerekçesi ile katılmamaktadır.¹⁸⁴

2. Normların Amaçları Teorisi

İkinci temel teori olan “normların amaçları teorisi” ne göre her somut olayda mevcut durumu ve menfaatleri analiz ederek, uygulanması gereken normun amacından hareketle çözüm bulunmalıdır. Bir hukuk kuralının amacına göre uygulanabilmesi, üyeye ilişkin bir durumun tüzel kişiye, tüzel kişiye ilişkin bir durumun ise üyeye izafe edilmesini

¹⁸² YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.57.

¹⁸³ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.58.

¹⁸⁴ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s.57-58, ÖZTEK/MEMİŞ, s. 197.

gerektirebilir. Diğer bir deyişle normun amacının gerçekleşmesi ancak bu şekilde mümkün ise, o takdirde tüzel kişilik perdesi doğrudan tüzel kişiliği ilgilendirmesine rağmen, amacına uygun yorumlanarak uygulanmasının ve üyelerini de kapsamına alınmasının gerekmesi halinde, “bir normun uygulanması dolayısıyla tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” söz konusudur. Aynı sonuç tersine haller içinde geçerlidir. Bu teoriye göre, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gerektiren koşulların ne zaman ve hangi normlarla ilgili olarak ortaya çıkacağı sadece somut olaya göre belirlenebilir. Normların amaçları teorisi, bir kural-istisna ilişkisinin mevcudiyetini kabul etmemektedir. Bu teori “perdeyi kaldırma” yı tüzel kişilik kurumunun genel bir sorunu olarak görmemektedir.¹⁸⁵

Normların amaçları teorisine göre, kanun koyucunun hukuk düzeni içinde bir tüzel kişiyi insanla eşit ve aynı haklara sahip ve dolayısıyla aynı düzeyde ilişkiler kurabilecek bir hukuk süjesi olarak yaratması, insanlar için geçerli olan kuralların tamamının temelde tüzel kişilere de uygulanabileceği şeklinde bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Gerçek kişi için öncelikli derecede önemli olan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesidir. Tüzel kişiler de ise tüzel kişiliğin devamlılığını sağlayabilmek için alacaklılarının teminatını oluşturan yeterli bir sermaye tutarının korunması, kamu düzeni karşısında açık ve kesin bir yetki paylaştırılmasının yapılması, azınlık haklarının korunması ve çıkar çatışmalarının giderilmesidir. Her tüzel kişiliğin özelliklerine, kendine özgü yapısına ve katılanların sayısına göre somut olayda karşılaşılan sorunlar ortaya konup, somut normun anlam ve amacının araştırılarak, bunlara uygun çözümler getirilecektir. Her somut olay için karakteristik özellikler belirlenebilse de, genelleştirerek çözüm aranması veya temel kurallar oluşturulması söz konusu olamaz. Hukuk düzeni içinde yer alan normların tamamı bir bütün olarak ele alınmalı ve uygulanacak normun ruhu, ekonomi ve hukuk düzeni doğrultusunda menfaatlerin değerlendirilmesinde çözüm için başlangıç noktasını oluşturacaktır. Önemli olan, somut bir normun hukuk düzeni içinde, belirli bir hukuk süjesi ile olarak taşıdığı anlam, amaç ve kapsamıdır. Normun ruhu, kuralın uygulanmasındaki sınırları ve belirli bir ilişkiyi kapsayıp kapsamadığını göstermektedir¹⁸⁶.

Bu görüş, hukuk normunun objektif amacı dikkate alınarak çözüme ulaşılması, yanında tüzel kişinin hukuki yapısının göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılması gerektiğini, somut organizasyonun şeklinin de önemli olduğunu vurgulamaktadır. Yaşanan

¹⁸⁵ **YILMAZ**, s. 241, **ULUSOY**, s. 367. Bu teori içerisindeki farklı yaklaşımlardan bazıları için bkz. **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 49.

¹⁸⁶ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 59-60, **YILMAZ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 243, **ULUSOY**, s. 369.

hayat olayları karşısında kişiler arasındaki menfaatler dengesi ve buna dayalı olarak gelişen ilişkiler süreklilik arz eden bir şekilde değişkenlik göstermektedir. Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak kesin ve soyut kuralları içeren formüllerin uygulanması mümkün görülmemektedir. Burada normun amacı ve fonksiyonu esas alınarak somut bir norma göre değerlendirme yapılması söz konusu olduğu için, mevcut hukuk düzeninin normlar hiyerarşisi çerçevesinde kuralların uygulanması problemi ile karşılaşılmaktadır¹⁸⁷. Hukuk düzeni kurallar ve bu kuralların istisnalarından oluşan bir bütündür. Bu nedenle istisnasız olarak uygulanabilecek bir hukuk kuralının mevcut olmadığını, her kuralın, değişken yapıdaki hayat olaylarına kati olarak uygulanması halinde haksız sonuçlara neden olabileceği ifade edilmektedir. Genel nitelikteki kuralların istisnai nitelikteki hükümler ile sınırlandırılabilmesini ilkesinden hareketle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması durumunda da tüzel kişi ile üyeleri arasındaki ayrılık ilkesinin istisnai olarak sınırlandırıldığını belirtmektedir. Adaletin sağlanabilmesi için ayrılık ilkesinden vazgeçilmesi nedeniyle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için olayların ve normların amaçlarının araştırılması gerekmektedir.¹⁸⁸

3. Teorilerin Değerlendirilmesi

Sübjektif teori ile objektif teorinin yaklaşımları arasındaki temel fark, kasdın aranıp aranmaması konusundadır. Sübjektif teori taraftarları TMK 2. maddesinde yer alan kurala yakın bir görüş ortaya koymakta objektif unsurun yanında hakkın kötüye kullanılmasının şartlarının gerçekleşmesini ve kasıt unsurunu aramaktadır. Kasıt unsurunun arandığı hallerde ispat sorunları ile karşılaşılması nedeniyle sübjektif teori eleştirilmektedir¹⁸⁹. Objektif teoriye göre kasıt, içsel bir unsur olmakla ispat güç olup teorinin uygulanma alanını ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle kötüye kullanmanın tesbiti halinde kasıt aranmamalıdır.

Normun amacının uygulanması teorisine göre ise, genel olarak somut olayda uygulanması gereken normun amacına göre bir değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Burada Tüzel kişiliğin üyesine ilişkin koşulların tüzel kişiye ya da tüzel kişiliğe ilişkin koşulların üyesine izafe edilmesi yoluna gidilmesi ihtiyacı bulunmaktadır. Bu ihtiyaç normun amacının gerçekleştirilmesi açısından doğmaktadır. Bu nedenle teoriye göre her somut olayın koşullarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁹⁰.

¹⁸⁷ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 59-60.

¹⁸⁸ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 61,

¹⁸⁹ ANTALYA, 151.

¹⁹⁰ ANTALYA, 151.

Ancak her iki teoriyi de reddeden, yeni bir fikre göre özen borcunun kapsamında, tüzel kişinin hakim ortağının sorumluluğunun doğduğundan hareket edilmektedir¹⁹¹. Tüzel kişiliğin amacına uygun olarak kullanılmaması durumunda, kişi ve malvarlığı yönünden geçerli bulunan ayrılık ilkesinin kötüye kullanılması söz konusu olmaktadır¹⁹².

B. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinin Türk Hukukundaki Yeri

1. Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması İle İlgili Görüşler

Türk Hukukunda sübjektif kötüye kullanma teorisi taraftarları çoğunluktadır. Ancak doktrinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının hukuki dayanağının MK. 2. madde de yer alan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğu genellikle kabul edilmektedir. Yine doktrinde ittifakla TMK 2. maddesinde yer alan kuralın istisnai nitelikte bir hüküm olduğu ancak kanunda ya da sözleşmede uygulanabilecek herhangi bir kural bulunmaması halinde hakkaniyetin gerçekleştirilebilmesi için teoriye başvurulabileceği ifade edilmektedir. Bu kapsamda kasdın aranması gerektiği belirtilmektedir¹⁹³.

Oğuzman tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının TMK’ nun 2. maddesinde yer alan kuralın uygulanması yoluyla yapılmasını kabul eden görüşe yani sübjektif kötüye kullanma teorisine katılmaktadır. Ancak teorinin uygulanmasında tüzel kişinin dikkate alınıp alınmaması konusunda somut olayın özelliklerine göre çok dikkatli bir şekilde yapılmasının gerekliliğini vurgulamaktadır¹⁹⁴.

Dural, 1997 yılındaki sempozyumda “tüzel kişilik kurma ya da mevcut olan tüzel kişilikten yararlanma veya onun ardına gizlenme yolu ile kanuna karşı hile yapılması, sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün ihlal edilmesi veyahut da üçüncü kişilere zarar verme amacının güdülmesi halinde tüzel kişinin tabanına el atılmasını”¹⁹⁵ olarak ifade etmekte iken kişiler hukuku başlıklı 2009 bası olan son eserinde bu terimi kullanmamakta ve doktrinde yerleşen “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” nı kullanmaktadır. *Dural* sübjektif teori

¹⁹¹ ANTALYA, 151.

¹⁹² ANTALYA, 151.

¹⁹³ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 70, 111, DURAL/ÖGÜZ, s. 204, SEROZAN, Tüzel Kişiler s. 19, SEROZAN, Medeni Hukuk, 2008, s. 197, AKÜNAL, s. 18, TEKİNALP/TEKİNALP, s. 395-396, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY/ÖZDEMİR, s. 201, YILDIRIM, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s. 185, 192-193, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 154-156 *Antalya*, İsviçre Hukukunda da tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının MK 2. maddesinden hareketle kabul edildiğini ifade etmektedir. ANTALYA, s. 151, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 157.

¹⁹⁴ OĞUZMAN/ SELİÇİ/OKTAY/ÖZDEMİR, s. 202.

¹⁹⁵ DURAL, s. 97-107., YILDIRIM, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s. 184, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 154-155.

çerçevesinde, tüzel kişiliğin dikkate alınmayarak perdenin kaldırılması, tüzel kişiliğin ortaklarına gidilmesi halinde olduğu gibi, her somut olayın özellikleri incelenerek tüzel kişiliğin ayrı ve bağımsız bir kişi olduğu olgusuna dayanmanın dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olduğu hallerde söz konusu olabileceğini kabul etmektedir¹⁹⁶. Yazara göre Kişilerin tüzel kişilikten kanunun bu kurumu tanıma amacı dışında yararlanmaları veya sorumluluktan kurtulmak kasdı ile kötüye kullanmalarında hal böyledir¹⁹⁷. Zira aksine bir yaklaşımla kasıt olmaksızın bir ortaklığın üyelerini sorumluluğuna gitmek tüzel kişilik kurumunun amaçlarına aykırılık oluşturmaktadır¹⁹⁸.

Serozan’ a göre “tüzel kişinin ve kurucularının ve üyelerinin sırf sorumluluktan kaçınma amacıyla tüzel kişilik perdesinin arkasına sinip sığınmaları adalet değerlerini örseleyebilir. Bu ayırksı durumlarda, alacaklıların tüzel kişilik perdesini aralayarak, arka plandaki (kulisteki) tüzel kişi üyelerine de uzanabilecekleri (Durchgriff) kabul edilir. ‘Tüzel kişiliğin ayrılığı (bağımsızlığı) ilkesinin’ delinmesi anlamına gelen böylesine bir ayrılığı olsa olsa MK m. 2/II kuralının hakkın kötüye kullanılması yasağı ve yargıcın örtülü boşlukları doldurma yetkisi haklı kılabilir¹⁹⁹. Ayrıca Serozan “Tüzel Kişinin Organları ve Eylemlerinden Sorumluluğu” başlığı altında organların hukuka aykırı eylemlerinden ötürü de tüzel kişiyi sorumlu kıldıklarını ve bu halde organ-kişinin müteselsil olarak (zincirleme) kişisel olarak sorumluluklarının ayrıca saklı tutulduğunu ifade etmektedir. “Organ kişilerin üçüncü kişilere verdikleri zarardan ötürü tüzel kişilerle birlikte, onun yanında müteselsil olarak sorumlu tutulmaları, son değerlendirmede, aynı zamanda üye veya ortak olan organ-kişilerin tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanıp ‘ayrı hukuki kişilik varsayımına’ (ayrılık ilkesine) sığınmalarını da önlemiş olur.” demekle bunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının tipik örneği olduğunu ifade etmektedir²⁰⁰.

¹⁹⁶ DURAL/ÖĞÜZ, s. 204

¹⁹⁷ DURAL/ÖĞÜZ, s. 204, SEROZAN, Tüzel Kişiler s. 19, SEROZAN, Medeni Hukuk, 2008, s. 197, AKÜNAL, s. 18, TEKİNALP/TEKİNALP, s. 396, OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY/ÖZDEMİR, s. 202

¹⁹⁸ DURAL/ÖĞÜZ, s. 204.

¹⁹⁹ SEROZAN, Medeni Hukuk, 2008, s. 196-197.

²⁰⁰ SEROZAN, Medeni Hukuk, 2008, s. 200, Yazar daha önceki bir eserinde bu konuyu “tüzel kişinin üyelerinin art niyetli, hesaplı bir davranışla, sırf sorumluluktan kurtulma amacıyla, tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanmaları durumunda, alacaklıların tüzel kişilik ve bu arada sorumluluk perdesini aralayıp, aradan tüzel kişi üyelerine de uzanabilecekleri kabul edilmelidir.” şeklinde ifade etmektedir. (SEROZAN, Tüzel Kişiler s. 18.) Bu ifadeden ancak kötüye kullanma kasdının bulunması halinde teoriye başvurulabileceği görüşünde olduğu sonucuna varılabilir. Karşı görüş için bkz. TEKİNALP/TEKİNALP, s. 387-394. Serozan Mülga Türk Kanunu Medenisi’nin yürürlükte olduğu dönemde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması konusunda “tüzel kişinin bağımsız

*Akünel*²⁰¹, “ancak her somut olayda yapılacak bir inceleme sonucunda, kanuna karşı hile veya sözleşmeden doğan yükümlülüklerden kaçınma gibi durumların varlığı tespit edildiği takdirde, ‘tüzel kişiliğin nazara alınmaması’ yaklaşımının Türk İsviçre hukuklarında MK 2. maddeye dayandırılarak uygulanabileceğini” belirtmekte ve bu kuralın özellikle sınırlı hallerde uygulanması gereğini vurgulamaktadır. *Akünel*²⁰², Serick’in²⁰³ tüzel kişilerin varlık sebebini teşkil eden genel amaç ile somut olayda oluşan özel amaç arasında aykırılık bulunması halinde, tüzel kişinin dikkate alınmaması yönündeki görüşünün, uygulama için yeterince açık olmadığını bu nedenle sınırlayıcı değil, aksine genişletici bir nitelikte bir sonucun oluştuğunu ifade etmektedir.

Buna karşılık olarak *Dural*²⁰⁴, “*Serick*’in belirttiği gibi, takip edilen amacın hukuka uygun olması halinde bu durumdan başkaları zarar görse dahi, tüzel kişinin göz ardı edilmesi için bir nedenin oluşmayacağını ve dolayısıyla söz konusu görüşün tüzel kişinin dikkate alınmadığı halleri genişleteceği yönündeki tereddüde yer olmadığını” ifade etmektedir.

Yanlı’ ya göre de “bir sermaye ortaklığı kurarak ticari faaliyetten doğan sorumluluğu ortaklığın mal varlığı ile sınırlandırmak, şartları yerine getirildiği takdirde, kanun tarafından

ve ayrı kişiliği ilkesini düzenleyen TMK 48. maddesinin 2. fıkrasında örtülü bir boşluk bulunmaktadır. Şöyle ki; bu fıkra organların hukuki işlemleri veya diğer tutum ve davranışları ile tüzel kişiyi borç ve sorumluluk altına sokacakları belirtildikten sonra bu kurala 3. fıkra dışında başka bir istisna gösterilmemiştir. Maddenin 3. fıkrasında, organlarda görevli olanların da kusurlarından dolayı şahsen sorumlu olacakları ifade edilmiş, fakat üyelere ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Kanun, üyelerin art niyetli olarak, tüzel kişinin ayrı ve bağımsız kişiliği varsayımı ve tüzel kişilik perdesinin arkasına sinip, şahsi sorumluluktan kaçma şeklindeki atipik olayı düşünmediğinden bu olay için gerekli olan istisnayı eklemeyi savsaklamıştır. Hakim bu durumda, tüzel kişilik perdesini kaldırarak arkasına saklanan kişilere el uzatabilecek ve böylece TMK 48. maddenin 2. fıkrasındaki kurala yeni bir istisna eklenecektir. Hakim bunu yaparken de TMK 2. maddesinin 2. fıkrasına dayanak olarak alacaktır. Çünkü örtülü boşluk bulunan hallerde, bir hak amacından saptırılmakta ve kötüye kullanılmaktadır. Art niyetli üyelerin M.K. m. 48/2. kuralının arkasına saklanarak, kişisel sorumluluktan kaçmak istemelerinde de, tüzel kişiliğin ayrı kişiliğini ileri sürme hakkı kötüye kullanılmaktadır. Bu durumda MK. m. 2/II’ nin (hakkın kötüye kullanılması yasağının) kural düzeltici işlevi devreye girecektir. MK m. 2/II bu gibi durumlarda hakime, kanun hükmünün somut olay ile sınırlı kalacak şekilde düzeltme yetkisi vermektedir. Buna göre hakim, somut, atipik olaya ilişkin sınırlandırıcı istisna hükmü kapsamayan bir kanununun bu örtülü boşluğunu, kanun koyucu yerine geçip gerekli istisna hükmü eklemek sureti ile doldurulacaktır.” Görüşüne yer vermektedir. (SEROZAN, Medeni Hukuk, 1997, s. 9 vd., SEROZAN, Tüzel Kişiler s. 18.)

²⁰¹ AKÜNAL, s. 16 vd.

²⁰² AKÜNAL, s. 18, dpn. 36.

²⁰³ AKÜNAL, s. 100.

²⁰⁴ DURAL, s. 97, 102.

kişilere tanınmış bir hak, bir imtiyazdır. Dolayısıyla, sorumluluğu sınırlandırmak amacıyla bir sermaye ortaklığı kurulduğu takdirde, sadece bu nedenden dolayı hukuka aykırı bir amaç oluşturmuş bir ortaklıktan söz etmek mümkün değildir. Bu durumda da ortaklığın ayrı bir kişiliğe sahip bulunduğu ilkesi geçerliliğini muhafaza edecektir”²⁰⁵.

*Poroy*²⁰⁶ ise “hakkaniyet ve hükümlerin gaye ve ruhunun gerektirdiği zaman” tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak, arkasına saklanan kişilere ulaşılabilceği ve onların bu perdeden hukuka aykırı olarak faydalanmalarının, sorumluluktan kurtulmalarının önlenebileceğini ifade etmektedir²⁰⁷.

Tekinalp, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin ve özdeş kılma ilkesinin gerek özel hukuk gerekse kamu hukuku içersinde uygulanabileceği, özellikle kıymetli evrak hukuku, ortaklıklar hukuku (ortaklıklar ve bağlı ortaklıkları içeren holdinglelere ilişkin olarak), borçlar hukuku, medeni hukuk, vergi hukuku ve idare hukuku gibi tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ihtiyaç duyulan hukuk alanlarında uygulanabileceğini belirtmektedir. Ancak yazar “normların amaçlarına uygunluk teorisinin aksini düşünmesine rağmen tüzel kişinin ve özdeşliğin karşımıza çıktığı her maddi olayda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilerek sorumlulara başvurulabilmesine izin vermenin önemini vurgulamaktadır²⁰⁸.

Yanlı ise ortağın ortaklık üzerindeki hakimiyetinin ortaklık borçlarından sorumlu olması için yeterli olmadığını, bu sonucun tek kişi ortaklıklarında dahi geçerli olduğunu, ancak ortakların ortaklık amaçlarından başka çıkarlar ile ortaklığı yönlendirmeleri halinde ortaklığın uğradığı bir zarar olduğunu, bunun da ortakların tazminat sorumluluğunu doğuran bir hal olduğunu belirtmektedir. Kanunda ya da sözleşmede özel bir düzenleme bulunmaması halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ve ortaklık alacaklılarına karşı hakim olan pay sahibinin doğrudan sorumluluğuna gidilmesinin mümkün olduğunu, tüzel kişinin bağımsız

²⁰⁵ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 72-73, 250 vd.

²⁰⁶ **POROY/ TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bastı, s. 98.

²⁰⁷ *Akünel*, bu yaklaşımın Serick tarafından savunulan görüşü benimsediğini belirterek, oldukça genişletilmeye elverişli olduğunu ifade etmektedir. **AKÜNAL**, s. 18, *Tekinalp/Tekinalp* ise, bu şekilde ifade edilen görüşün normların amaçları teorisi yönünde olduğu tarzında yorumlanabileceğini belirtmekle, ancak bilimsel objektiflik gereği kesin bir yargıya varmaktan kaçınmaktadır. Bkz. **TEKİNALP/TEKİNALP**, s. 387,394.

²⁰⁸ **TEKİNALP/TEKİNALP**, s. 390, Ulusoy’ da teorisinin vakıflar hariç kanunen tanınan tüm tüzel kişi türleri için uygulanması fikrine katılmaktadır. Derneklerin de tüzel kişilik perdesinin aralanarak sorumlulara gidilebileceğini ifade etmektedir. **ULUSOY**, s. 352.

bir varlığa sahip olduğu iddiasının, bir kötüye kullanma hali oluşturduğunu veya uygulanacak hukuk kuralının amacını engellediği sürece ileri sürülemeyeceğini ifade etmektedir²⁰⁹.

ÖzteK/Memiş’ e göre ise; bir şirketin borçlarından dolayı hakim ortağın sorumluluğuna gidilmesi bazı hallerde zorunluluk teşkil etmekte olup hatta bu hal kaçınılmazdır. Hukuk düzeninin kötü niyeti onaylaması, ilke ve kurumlarının kötü niyetli amaçlarla kullanılmasına izin vermesi mümkün değildir. Bu gibi durumlarda uygulanacak hukuk kuralı dürüstlük kuralıdır. Fakat dürüstlük kuralının sınırlarını belirlemek oldukça güç olup bu kuralın her olayda uygulanması hukuk düzenine duyulan güveni yani hukuki güvenliği tehlikeye düşürme riskini taşımaktadır. Bu nedenle dürüstlük kuralının olaya uygulanmasında son derece temkinli ve dikkatli davranılması gerekmektedir. Aksi takdirde, bütün ekonomik hayatı felce uğratabilecek sonuçlarla karşılaşılabilir²¹⁰.

Yılmaz’ a göre “hukuk sistemimiz Alman ve İsviçre Hukuk sistemlerinde olduğu gibi, tüzel kişilik kimliğinin, ortakların kimliğinden tamamen ayrı bir kimlik olduğu felsefesine dayanmaktadır. ‘Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi’ ise, bu sistemi sorgulamakta ve bir hakkın kötüye kullanılması sonucunu (TMK m. 2) doğuran bazı hallerde, bu iki kimliğin birbirinden bu kadar kesin hatlarla ayrılmaması gerekebileceğini ortaya koymaya çalışmaktadır. Bu teori sistemin özüne dokunduğu için ancak, çok istisnai ve münferit olaylarda halin icabına göre hareket edilebilecektir. Diğer bir ifadeyle, problem olayın çözümü önce mevcut hukuk sistemi içerisindeki ‘koruma mekanizmaları’ ile (örneğin organın sorumluluğu, haksız fiil sorumluluğu, istihdam edenin sorumluluğu, haksız rekabetten doğan sorumluluk, sebepsiz zenginleşme gibi) çözümlenmelidir. Çözümlenemiyorsa en son tüzel kişilik perdesinin kaldırılması düşünülmelidir. Tüzel kişilik normunun kötüye kullanıldığı, diğer bir ifadeyle, bir kimsenin hukuk müessesini kötüniyetine araç haline getirdiği veya doğrudan kötü niyetli olmasa bile kendi çıkarlarına alet ederek sorumluluktan kurtulmak istediği hallerde mümkün olabilir. Bu hallerin, önceden bilinip kategorize edilemeyeceği gibi, çok da daraltılamayacağı ve hakim, her somut olayın özelliklerini göz önüne alınarak, olayın irdelenmesinin gerektiği, olayda tüzel kişilik perdesi kullanılarak sorumluluktan kaçınma hallerinden birinin olup olmadığı tespit edilmelidir. Tüm bu hususların incelenmesi ve değerlendirilmesi sonucunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılıp kaldırılmayacağına TMK m. 2’ ye göre karar verilebilecektir. Ayrıca tüzel kişilik kalkışı, kötü niyetli üçüncü kişiler tarafından kullanılırsa ne olacaktır? Örneğin tamamen saman

²⁰⁹ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 253.

²¹⁰ ÖZTEK/MEMİŞ, s. 216.

adamlar kullanılarak kurdurulmuş bir anonim şirketin, tüzel kişilik perdesini kaldırdığınızda karşınıza çaycı, odacı, müstahdem, garson çıkarsa ne olacaktır? Gerçek ortağa uzanılabilir mi? Tüzel kişilik perdesini kaldırarak uzanabileceğiniz kâğıt üzerinde (sicilde) veya sanal pay defterinde ortak gözüktür. Saman adamların icra yoluyla takibi neticesinde, bunlardan bir şey alınamayacağına göre, tüzel kişilik perdesinin kalkan olarak kullanıldığı her olaya otomatik olarak uygulanacak bir yol değildir. Tüzel kişilik kalkanının kullanılmasına, açıkça hakkın kötüye kullanıldığının (TMK m. 2) ve adalet duygusunun zedelendiğinin tespit edildiği anda müsaade edilmemeli ve perde (kalkan) kaldırılmalıdır. Diğer bir ifadeyle, yükümlülük ve borçlardan kurtulmak için tüzel kişiliğin araç olarak kullanıldığının tespit edildiği anda perde kaldırılmalıdır.”²¹¹.

Antalya 'ya göre eğer organların fiil ve işlemlerinden doğan bir zarar söz konusu ise organda görev yapan bir üye için Türk Medeni Kanunun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması kurumuna başvurulmadan TMK 50. maddesinin 3. fıkrası uygulanabilir. Bu madde de yer alan kusur kavramının haksız fiil yanında borca aykırı davranışları da kapsadığı göz önüne alınarak organda görev yapanların sorumluluklarına gidilebilir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanma alanını ise ancak organlarda görev yapmayan üyeler için özel bir kanun ya da sözleşmeye dayanan sorumluluk hükmü bulunmamakta ise kabul etmektedir. ²¹² Ayrıca tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için hukuka aykırılık niyetinin yani sübjektif unsurun aranmasına gerek bulunmadığı görüşündedir. Yazar burada TMK' nun 2. maddesinde yer alan “açıkça” ifadesinden yola çıkarak TMK' nun objektif teoriyi benimsediği, bu nedenle objektif kötüye kullanma görüşü çerçevesinde somut olayların değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu kuralın istisnai bir hüküm olması nedeniyle dikkatli ve özenli olarak amacına uygun kullanılması gerekliliğinden ve uygulamasının genel bir hale getirilmemesinin hukuki düzenini zedeleyeceğinden bahisle her somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi teorisinin uygulanması koşullarının oluşup oluşmadığının değerlendirilmesinin gerekliliği vurgulanmaktadır²¹³.

Ulusoy uygulamada tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine genellikle yer verilmediğini vurgulamakta ve kanun koyucu bu teoriden hareketle düzenlemeler yaparak teoriyi mevzuat içerisine bizzat alarak doğrudan hukuki alana dahil ettiğini ifade etmektedir.

²¹¹ **YILMAZ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi, s. 254-256.

²¹² **ANTALYA**, s. 148.

²¹³ **ANTALYA**, s. 151, 152.

Bu nedenle tüzel kişilik perdesinin aralanmasının pozitif hukuk içerisinde genel bir kural şeklinde olamasa da istisnai hükümlerle çok önceden beri düzenlenmiş bir ilke olduğunu ve ihtiyaç duyulan her alanda tüzel kişilik perdesinin TMK'nun 2. ve 3. maddeleri gereğince kaldırılmasının gerektiğini düşünmektedir.²¹⁴

Ulusoy'un yerinde olarak ifade ettiği hususlara ek olarak belirtmek isteriz ki, Türk doktrininde teoriden hareketle düzenlenen kanun hükümlerinin çokça eleştirildiği ve sınırlı sorumluluk ilkesinin vurgulandığı görülmektedir. Bankacılık hukuku alanında karşılaşılan bu eleştirilere ikinci bölüm içerisinde yeri geldikçe değinilecektir. Kanunlaştırmalarla gelişen, yazılı hukuk esasına dayanan Türk Hukuku'nda, tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına bu kadar çok eleştiri getirilmesinin ve yabancı kalınmasının nedeni, teorinin ilk çıkış noktasının Anglo-Amerikan Hukuku gibi yazılı olmayan, uygulamalar ve teamüllerle ilerleyen bir sistem olmasından kaynaklandığı düşünülmektedir. TMK 1, 2 ve 3. maddeleri teorinin uygulanmasına olanak tanımaktadır. Bu nedenle doğrudan kanuni düzenleme bulunmayan ve sözleşmesel bir sebebe dayanılarak sorumlu tutulamayan durumlarda teorinin uygulanabileceği düşünülmektedir.

Ticari hayat içerisinde risklerin yüksekliği nedeniyle sermaye ortaklıklarının ayrı bir tüzel kişilik olarak kurulmaları kişilerin riski elimine etmelerinin bir yolu olmakta sorumluluğun belirli bir malvarlığı ile sınırlandırılması düşüncesi sayesinde ticari hayat içerisinde kişiler yer almakta ve ticaret bu koruma sayesinde gelişebilmektedir.²¹⁵ Ancak burada tüzel kişilik perdesi arkasına saklanılarak ticari alacakların tahsil edilememesi halinde ticari hayatın başka bir açıdan zarar göreceği bu sebeple ekonomik krizlerin doğabileceği ise unutulmamalıdır. Bu halde hakim toplumsal hayata yansıyan her iki sonucun verdiği zararı karşılaştırırken toplumda çeşitli kesimlerin uğramış olduğu zararın hangisinin kamu düzenini daha çok zedelediğini her boyutu ile araştırarak ve sonrasında kamu düzeninin yeniden sağlanabilmesi için bizzat hukuk yaratarak teorinin ilkelerine göre tüzel kişinin veya üyelerinin sorumluluğuna gidebilecektir. Mahkemece çözümlenmesi gereken davaya konu edilen bir olayda, öncelikle hukuki soruna ilişkin olgu ve olayların tespiti yapılmakta ve sonrasında somut olayın koşullarına göre uygulanması gereken hukuk kuralının tespitine geçilmektedir. Uygulanacak hukuk kuralının tespitinden sonra, maddi olay kendi koşulları içerisinde değerlendirilerek hükmün dava konusu olayda uygulanıp uygulanamayacağı veya hak ve adaletin hangi tarafın hukuki ve meşru çıkarını koruyacağı belirlenmektedir. Kamu

²¹⁴ ULUSOY, s. 401.

²¹⁵ ÖZTEK/MEMİŞ, s. 196, ULUSOY, s. 354.

düzeni, ise bu aşamada hak ve adaletin hangi tarafın menfaatini koruyacağı belirlenmesinde devreye girmektedir. Kamu düzeni²¹⁶, mahkeme tarafından karar verilirken toplumun menfaatlerinin taraflardan hangisinin yanında yer aldığına gözetilmesi esasına dayanmaktadır.

Ticari hayat hukuk düzenin tam olarak sağlandığı bir toplum düzeninde gelişip varlığını sürdürebilir. Hukuk düzeninin gördüğü zarar, ekonomik olarak kişilerin gördüğü zarardan daha elzem bir hale gelmiş ise bu durum hukuk düzeninin varlık nedenine zarar vereceğinden ve bu halde de toplum sözleşmesi ile varılan konsensusun ortadan kalkabileceği göz önüne alınarak somut olay değerlendirilmelidir.

2. Yargı Kararlarında Teorinin Uygulanması ve Organik Bağ Kavramı

a. Teorinin Uygulanması

Türk yargı kararlarında perdenin kaldırılması teorisi uzun zaman açıkça yer almamıştır. Yargıtay teoriye yönelik sonuçlar doğuran kararlarında genellikle takip hukuku kurumları çerçevesinde geliştirmiş olduğu organik bağ kavramını kullanmaktadır²¹⁷. Ancak Yargıtay'ın ve Danıştay'ın yeni gelişen bir eğilim ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ve teorinin esaslarına dayanan kararları bulunmaktadır²¹⁸.

Danıştay bir kararında açıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasından söz etmemekle birlikte “mücerret hukuki durumun değil, fiili durumun esas alınması gerektiğine ilişkin bir kararı ile teoriyi uygulamıştır²¹⁹.”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bir kararında “batı hukuklarında yerini bulduğu üzere perdenin kaldırılması yöntemiyle gizlenen amaç ve eylem çıkartılıp sergilenerek sorumluluk belirlenmelidir.” demek sureti ile teorinin uygulanmasını açıkça kabul etmiştir.²²⁰

Yargıtay bir başka kararında “Mahkemece iddia, savunma ve toplanan delillere göre davalı T..... A.Ş. ve H A.Ş. 'nin daha önce iflas ettiği, makinenin davacı tarafından A. A. 'ın ortak olduğu İ.... firmasına sattığı, satış konusu makinenin faiz iplik A.Ş. 'ne teslim edildiği, makineyi teslim alan İ A.Ş. 'nin satış bedellerinden sorumlu olduğu depo emrinde gösterilen meblağın bu davalı tarafından ödenmediği, diğer davalılar

²¹⁶ Yalnız kamu düzeni, toplumun tümünün menfaatlerini esas almakla birlikte, yalnızca toplumun bugün içerisinde bulunduğu koşulları esas almaz. Kamu menfaati geçmiş ve geleceği kapsayan, yani toplumun devamlılığını esas alınarak belirlenen bir kavramdır.

²¹⁷ ÖZTEK/MEMİŞ, s. 211-214.

²¹⁸ ÖZTEK/MEMİŞ, s. 209.

²¹⁹ Danıştay 4 D. 1961/4471 E., 1962/644 K., ÖZTEK/MEMİŞ, s. 201.

²²⁰ HGK. 22.09.2004, 2004/4-360 E., 2004/431.

yönünden tüzel kişilik perdesinin aralanması talebinin yerinde olmadığı gerekçesiyle İ. A.Ş. 'nin iflasına, ... T..... A.Ş. ve H... A.Ş. daha önce iflas ettiğinden iflas talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına, diğer davalılar yönünden davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı ve TMSF tarafından temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere ve özellikle satış sözleşmesinde bedeli garanti eden T..... A.Ş. ve faturada ismi geçen ve makinelerin teslim edildiği İ. A.Ş. haricindeki davalıların davacı şirketle ticari ilişkisinin bulunmamasına, ... T. A.Ş. ve İ. A.Ş. haricindeki davalıların satış bedelinden sorumlu tutulmamasında bir isabetsizlik olmamasına göre, davacı ve Tasarruf Mevduatı sigorta fonunun temyiz itirazlarının reddiyle hüküm onanmasına” karar vererek önceki kararından tam aksi yönde bir sonucuna varmıştır²²¹.

Yargıtay yeni bir kararında “dava dışı Off-Shore Ltd. Şti. ile davacı ve davalı A.Ş. aynı gruba (..... Holding A.Ş.) dahil şirketlerdir. Dava konusu kredi, ...bank A.Ş. kaynaklarından kullandırıldığı halde kredi sözleşmesinde dava dışı Off- Shore Ltd. Şti. kredi alacaklısı gibi gösterilmiştir. Dosyadaki bilgi ve belgelerden gerçek alacaklının ... bank A.Ş. olduğu görülmektedir.” tespitinde bulunarak teoriyi zımnen uygulanmıştır²²².

İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi bir kararında perdenin kaldırılması teorisini tüm esasları ile uygulamış²²³ ve Yargıtay da bu kararı “tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak

²²¹ Y. 19. HD. 07.04.2005 T. 2004/9514 E., 2005/3750 K.

²²² Y. 19. HD 29.09.2006 T. 2006/1122 E., 2006/9002 K.

²²³ İzmir 4. Asliye Ticaret Mahkemesi'nin 17.02.2005 T. , 2002/843 E.,2005/61 K. sayılı kararında “...her iki şirket ticaret sicil kayıtlarının incelenmesinde, hukuki açıdan farklı tüzel kişilik olsalar bile sözleşme tarihleri itibarı ile, temsil ve ilzama yetkili kişinin aynı olup, ortaklarının da aynı şahıslardan müteşekkil olduğu sabit olmakla, bilahare davaya cevap vermeyen ...Ltd. Şti'nin ortaklarının hisselerinin üçüncü şahıslara devredildiği anlaşılmaktadır. Hülasa taraflar (faturadaki) satış sözleşmesinin yapıldığı tarihteki iki şirketin ortak ve yöneticileri aynı şahıslardır. Faturaların kesilmesi tarihinden bir iki ay sonra Ege Ltd. Şti.'nin hisseleri devredilmiştir. Bu durum her iki şirket arasındaki iktisadi özdeşliği ortadan kaldırmamakla bilahare yapılan hisse devirlerinin borçtan kurtulmaya matuf muvazaalı devirler olduğu izlenimini vermektedir. Dolayısı ile hukuki açıdan farklı tüzel kişiler olsa da, iktisadi açıdan bir özdeşlik bulunduğu kabul edilmiş gibi görünmektedir. Teoride ve MK' nun 2. maddesindeki bir hakkın kötüye kullanılmayacağı ilkesi ışığında durum bu şekilde değerlendirilmektedir. Mahkememizce de ikinci ihtimal, yani hukuki açıdan farklı tüzel kişiler olsa da 'perdeyi kaldırma teorisi' çerçevesinde her iki davalı şirket arasında kardeş şirket olma ilişkisinden kaynaklanan özdeşlik mevcuttur. Davalı A.Ş.'nin tek savunması ayrı tüzel kişilik olduklarını borcun tamamından diğer davalının sorumlu olduğu yönündedir. Bu savunma MK' nun 2. maddesi kapsamında hakkın kötüye kullanılmasıdır. Zira yukarıda açıklandığı gibi davacı yurtdışı firması ile söz geçen sözleşmeyi akdeden, malı teslim alanı bir konteynırlık akreditifi çıkaran her iki şirketin ortak ve temsilcisidir. Bu tarihte her iki şirket ortakları, aynı

davalıların sorumlu tutulmasında bir isabetsizlik bulunmamasına” gerekçesi ile onamış bulunmakla teorinin uygulanmasını açıkça kabul etmiştir²²⁴.

Bir başka kararında ise Yargıtay, “organik bağın varlığı için Türkiye’deki banka ile off-shore bankanın yöneticilerinin aynı kişiler olup olmadığının incelenmesi gerektiğine hükmetmiştir²²⁵.

Danıştay ve Yargıtay kararlarında organik bağın varlığının her somut olayda mahkemece araştırılması gerektiği sonucuna varılmıştır. Bu kararlarda grup şirketlerin aynı holdinge bağlı olması, yöneticilerinin ve kurucularının aynı olması, bir borcun takibinden kurtulmak için hisselerin devredilmesi, muvazaalı işlemler yapılması hatta belirli işlemlerin aynı şekilde ve usulde yapılması gibi olgulardan hareketle organik bağın varlığı kabul edilmiştir.

b. Organik Bağ Kavramı

Öztek/Memiş organik bağ ile tüzel kişiliğin perdesinin kaldırılması teorisindeki farkları; “Perdenin kaldırılması teorisi çoğunlukla borçlu şirketin kendi ortaklarının sorumluluğuna gidilebilmesi için kullanılmaktadır. Bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak diğer bir tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına kural olarak gidilememekle birlikte bir holding ve holdingin hakim olduğu grup şirketlerinin teorinin uygulanma koşulları mevcut ise perdenin kaldırılması ile sorumluluklarına gidilebilir. Zira bu hallerde organik bağ kavramının kullanılmasına ihtiyaç duyulmamaktadır. Ancak bu gibi aynı gruba dahil kardeş ortaklıklarda tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak diğer şirketin de iktisadi bütünlüğü şartı aranırken, organik bağın varlığının kabul halinde bu şart aranmamaktadır. Perdenin kaldırılmasında borçlu şirketin ortaklarının ya da borçlu şirketle tüzel kişilik iktisadi bütünlük ilişkisi içinde bulunan şirketin mallarına ve hatta bu son şirketin ortaklarının mallarına da gidilebilir. Organik bağın varlığı halinde de borçlu şirketin yanında onunla organik bağ bulunan şirketlerin mal varlığı yanında, onunla organik bağ olan diğer bir şirketin malvarlığın gidilebilirken bu şirketin ortaklarının mal varlığına gidilemez. Tüzel kişilik perdesinin uygulanmasında aranan iktisadi bütünlük şartının koşulları ağır olmasına rağmen Yargıtay organik bağın varlığının tespitinde

kişilerden müteşekkildir. Farklı tüzel kişiler olgusu biçimsel olarak ele alınamaz. Taraflar arasındaki uyumsuzluk boyutları ile dürüstlük kuralı çerçevesinde, hakkaniyet ölçüleri içinde dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Davalı ... A.Ş.’nin ödeme kabiliyeti olmayan, biçimsel olarak farklı tüzel kişilik bulunan, diğer şirkete borçları yüklemeye yönelik çabaları, kabul görmemelidir. Dolayısı ile sonuç olarak tüm borçtan her iki şirketin müteselsilen sorumlu olduğu kanaatine varılmıştır...” şeklinde karar verilmiştir. **ÖZTEK/MEMİŞ**, s. 212-213.

²²⁴ Y. 19 HD., 15.05.2006 T., 2005/ 8774 E. 2006/5232 K. s. kararı

²²⁵ Y. 19 HD. 14.06.2004 T., 2000/5126 E., 2004/7242 K. **ÖZTEK/MEMİŞ**, s. 212.

aradığı koşullarda son derecede geniş bir çerçeveden yaklaşmaktadır. Bu nedenle organik bağın tespiti tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için aranan koşulların tespitinden daha kolay bir şekilde yapılabilmektedir. Bir başka fark ise organik bağ kriterinin uygulanmasında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasında aranan malvarlıklarının karışması ya da yetersiz sermaye gibi şartların aranmamasıdır. Organik bağın tespiti için alacaklılardan mal kaçırma kasdıyla hareket edilmiş olması yeterlidir. Perdenin kaldırılmasının sonucunda sadece borçlu şirketin borcundan hakim ortağın sorumlu tutulması ya da ortağın borcundan şirketin sorumlu tutulması söz konusu olabilmekteyken, organik bağın kabul edildiği hallerde tasarrufun ya da diğer hukuki işlemlerin iptali, istihkak iddiası gibi farklı hukuki sonuçlara gidilebilmektedir.”²²⁶ Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde olduğu gibi organik bağın temelinde de hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralı bulunmaktadır. Aynı menfaat gruplarınca kurulan ve yönetilen tüzel kişilerin kötüye kullanılması da organik bağ kavramı ile engellenmektedir. Özellikle farklı yapıdaki tüzel kişiler üzerinden yapılan borçlanmaların gruba ait diğer şirketlere veya paravan başka şirketlere aktarılması hallerinde tüzel kişiler farklı olsa bile diğer tüzel kişinin mal varlığına gidilebilir.” şeklinde açıklamaktadır. Ayrıca Öztekin/Memiş “Yargı kararlarında ulaşılan bu sonuçların adil olduğunu ve tüzel kişilerin mal varlıklarının birbirinden ve ortaklarından bağımsız olmasının, şirket ile ilişkiye giren kişileri ve üçüncü kişileri korumak için olduğu, haksız olarak bir başka şirkete mal varlığı aktarılması amacının bulunmadığını” ifade etmektedir. Bu nedenle tüzel kişiliklerin malvarlıklarının bir birinden ve ortaklarından ayrılığın ilişkin ilkenin kötüye kullanılması, bu ilkenin koruduğu amaca yabancılaştırıldığı durumlarda hukuken himaye edilmeyeceği görüşündedir²²⁷.

Yargıtay’ın alacaklıların zarar görmemesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi yerine çoğunlukla takip hukukunun yazılı kurallarına göre sorunları çözme yolunu tercih ettiği gözlemlenmektedir²²⁸. Yargıtay tarafından kabul edilen organik bağ kriterine göre organik bağın varlığı için ayrı tüzel kişilikler arasında belirli bir ticari ve iktisadi bağımlılığın, kader birlikteliğinin veya birlikte hareket olgusunun ya da başka bir özdeşliğin bulunması gerekmemektedir²²⁹. Yargıtay’a göre organik bağın varlığı için ortaklıklar arasında sadece bazı benzerlikler olması veya adreslerinin aynı olması yeterli değildir. Ayrıca bu bağın

²²⁶ ÖZTEK/MEMİŞ, s. 211.

²²⁷ ÖZTEK/MEMİŞ, s. 213-214.

²²⁸ YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 23.

²²⁹ ÖZTEK/MEMİŞ, s. 211.

varlığının tanık beyanları ile dahi kanıtlanabileceği kabul edilmektedir²³⁰. Bir başka kararda iki şirketin bir holding bünyesinde grup şirketi olarak faaliyet göstermelerinin organik bağın varlığının kabulü için yeterli olacağı sonucuna varılmıştır²³¹. Ancak Yargıtay bir kararında tacir olmanın yükümlülüklerinden ve iflasın sonuçlarından kurtulmak amacıyla ticaret siciline tacir sıfatı ile kayıt yaptırmayan ve fakat bazı büyük şirketlerde büyük oranda pay sahipliği bulunan kişi hakkında iflasın hüküm ve sonuçlarının uygulanmasına karar verilmiştir. Bu karar üçüncü kişilerin korunması yönünden önemli bir karardır²³². Doktrinde bu karar ile tüzel kişiliği bulunan şirketle ortağı olan gerçek kişinin alanlarının karıştığından yola çıkılarak tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı ifade edilmektedir²³³. Ortaklık ile ortakları arasında alacaklıya karşı, hukuken aynı kişi veya işletme oldukları imajı yaratacak şekilde güven yaratılırsa iki ayrı kişinin bulunduğu itirazında bulunulması tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına ilişkin teoriye göre kabul edilemez²³⁴.

Yargıtay tüzel kişilik perdesinin tersten kaldırılmasına benzer bir olayda organik bağ kavramını kullanmaktadır. Bu karara göre Davacı anonim şirketler aynı gruba dahil şirketler olmaları nedeniyle aralarında organik bağ olduğunu ileri sürerek birlikte dava açmışlardır. Mahkemece bu davalarda iflasın ertelenmesine ilişkin talebin usulüne aykırı bulunması gerekçesiyle her iki dava birlikte sonuçlandırılmıştır. Bu kararında Yargıtay, İhtiyari dava arkadaşlığının davaların birleştirilmesi yoluyla mümkün olduğundan hareketle, birbiri ile ilgisi olan davaların benzer sebep kavramı içerisinde değerlendirilerek bağlantının varlığını kabul etmektedir²³⁵.

Yine bir kararında Yargıtay, “ Mahkemece yapılacak iş, aralarında unvan benzerliği bulunan davacı şirket ile dava dışı borçlu şirketin sicil kayıtlarının ticaret sicilinden getirilerek, ortakların araştırılması, her iki şirket arasında aynı kişi ve kişiler mevcutsa organik bağın varlığı kabul edilerek muvazaalı işlem yapmaları sebebiyle, davalı vergi dairesi yönünden, davalı vergi dairesi, 6183 sayılı Kanun gereği haciz haklarını kullanmış olup

²³⁰ Y. HGK. 16.04.2003 T. 2003/9-279 E., 2003/292 K., s. kararı (ÖZTEK/MEMİŞ, s. 211.)

²³¹ Y. 9 HD. 25.11.2002 T., 2002/7086 E., 2002/22210 K. s. kararı (ÖZTEK/MEMİŞ, s. 212.)

²³² Y. 19. HD. 02.11.2000 tarihli, 2000/5828 E. ve 2000/7383 K. (YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 23 ve POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, s. 98), SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 158.

²³³ SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 158.

²³⁴ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 249.

²³⁵ Y. 15 HD. 15.11.1994 T., 1994/4957 E., 1994/6763 ÖZTEK/MEMİŞ, s. 212.

bankanın kanuna aykırı bir davranışı söz konusu olmaması nedeniyle davalı banka yönünden davanın reddine” karar vermiştir²³⁶.

Yargıtay bir kararında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi kapsamında değerlendirilebilecek iddiaları “Mahkemece davalı P.K. 'nın A. Şirkete kefil olması nedeniyle tacir sayılacağı gerekçesiyle iflasına karar verilmiştir. TTK. nun 20. maddesinde tacirlerin her türlü borçlarından dolayı iflasa tabii olduğu açıklanmış, İİK. 'nun 43.maddesinde iflas yoluyla takibin TTK gereğince tacir sayılan veya tacirler hakkındaki hükümlere tabi bulunanlarla özel kanunlarına göre tacir olmadıkları halde iflas hükümlerine tabi kılınan gerçek ve tüzel kişiler hakkında mümkün olacağı belirtilmiştir. İflas hükümlerinin uygulanabilmesi için borç doğuran muamelelerin ticari iş olması yeterli olmayıp, borçlanan kişinin tacir sayılan veya özel kanunlarda (4389 s. K m. 17) İflas hükümlerine tabi tutulan kişilerden olması gerekir. Anonim şirkete kefil olma veya anonim şirketin ortağı olma tacir sayılmak için yeterli değildir. Bu nedenle P.K. 'nın tacir sayılmasını gerektirecek bir durumda olup olmadığı üzerinde yeterince durulmadan iflasa tabi kabul edilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Mahkemece bu yönün gözetilmemesi isabetsiz olduğu gibi iflas yoluyla takipte görevsiz mahkemece çıkarılan depo emriyle yetinilmesi de kabul şekli itibariyle doğru görülmemiştir.” gerekçesi ile reddetmiştir²³⁷.

Yargıtay üçüncü kişiler tarafından muvazaanın her türlü delil ile ispat edilebileceğine karar vermiştir.²³⁸ Zira zarar verme kasdı ise subjektif bir unsur olduğundan iptal davalarında çoğunlukla muvazaa iddiaları ile de karşılaşmaktadır. Kast kişiye ait içsel bir olgu olduğu için ispatı da oldukça güçtür. İİK'nun 278, 279 ve 280. maddelerinde olayın koşullarına göre çürütülebilen ve çürütülemeyen karineler getirmekle alacaklıya kolaylık sağlamıştır.²³⁹.

²³⁶ Y. 15 HD. 15.11.1994, 1994/4957 E, 1994/6763 K. **ÖZTEK/MEMİŞ**, s. 212.

²³⁷ Y. 19. HD. 25/11/2004, T., 2004/7816 E., 2004/11614 K., - (www.hukukturk.com.tr).

²³⁸ Y. 1. 30.11.1978 T. 1978/12302 E. 1991/7141 K. sayılı kararı (YKD., 1979, S. 4 467/8.

²³⁹ **YILDIRIM**, Perdeyi Kaldırma Teorisi, s. 176.

İİK 280. maddede düzenlenen alacaklıdan mal kaçırma kasdı ile gerçekleştirilen tasarrufların alacaklılara karşı geçersiz olması, yani yapılmamış sayılması sonucunu doğurmaktadır. Ancak burada kanun çeşitli karinelerden yararlanarak ispat unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde ispata ilişkin ana kurala istisnalar getirmiştir.²³⁹ Ayrıca İİK 281/1. maddesine göre mahkeme delilleri hal ve şartları da göz önünde bulundurarak serbestçe takdir etme hak ve yetkisine sahiptir. Alacaklının, borçlunun zarar verme kasdını ve davalının bunu bildiğini ispat etmesi son derece zordur. Bu madde ile kanun koyucu maddi gerçeğe ulaşma çabası içerisinde. ²³⁹ YILDIRIM' a göre İİK 281/1 madde kapsamında da hakim senetle ispat kuralı ile bağlı olarak hareket etmek zorundadır. (**YILDIRIM**, İptal Davaları, s. 165). Baskın görüş ise bu hükümle ilgili olarak

Yargıtay bir tüzel kişiliğin iflas takibinden önce veya takip başlatıldıktan sonra tüzel kişiliğe ait malvarlığını paravan şekilde kurulmuş başka bir şirkete aktarması durumunda iflas idaresinin tasarrufun iptali davası açabileceğini kabul etmektedir. Mahkeme, alacaklıların zararına olarak bir mal kaçırılması eyleminin bulunduğunu tespit ederse, tasarrufun iptaline karar verebilecektir. Yargıtay bu halde organik bağ kriterinden hareket etmekte, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini dikkate almamaktadır. Bu iptal kararı üzerine iptal edilen tasarrufa konu edilen mal müflise aitmiş gibi iflas masasına dahil olacaktır²⁴⁰.

Gerçek kişilerin iflas takibinden önce veya sonra paravan bir şirket kurarak işletmesini uzun süreli bu paravan şirkete kiralamış gibi göstermesi halinde bu kira sözleşmesini tapuya şerh verdirmek sureti ile iflas masasına karşı ileri sürülebilir hale getirmeleri ile karşılaşılabilir. Bu durumda iflas masası tasarrufun iptali davası açarak söz konusu işletmenin iflas masası içerisinde yer almasını sağlayabilmeleri mümkün hale gelebilecektir²⁴¹.

İİK 278/3. maddesinde yer alan ivazlar arasında dengesizlik bulunması halinde tasarrufun iptal edilebilmesi düzenlenmektedir²⁴². Örneğin borçlarından dolayı haciz ya da iflas yoluyla takibe uğraması muhtemel olan bir gerçek ya da tüzel kişi, malvarlığını yapılacak takiplerden korumak için kendisi ile iktisadi olarak özdeş veya ticaret sicildeki kayıtlara göre ortaklık yapıları aynı olan paravan bir şirkete alacaklılardan mal kaçırma kasdıyla düşük bir bedelle devretmiş ise tasarrufun iptali davası açılabilir²⁴³. Davacının tasarrufun bu kritik dönemde yapıldığı ve iptale tabi olan tasarruflardan yararlanan tüzel

senetle ispat kuralının uygulanamayacağı yönündedir. UYAR'a göre, bu hükümle iptal davaları yönünden delil serbestisi getirilmiştir. (UYAR, s. 189).

²⁴⁰ Bunun sonucunda paravan şirketin bağımsız tüzel kişilik ve bağımsız mal varlığına ilişkin iddialarının hukuki bir değeri kalmayacaktır. Ancak tasarrufun iptali davası sonucunda mahkeme tapu kaydının iptaline ve taşınmazın yeniden eski malik adına tesciline karar veremez. Sadece alacaklı o malvarlığı borçluya aitmiş gibi cebri icra yolu ile alacağını alma hak ve yetkisini elde edecektir. Buna karşılık, muvazaalı işlemlerde işlem muvazaa nedeniyle geçersiz olduğu için borçlunun malvarlığından çıkmamıştır. Yukarıda açıklanan nedenle muvazaalı işlemlerde tasarrufun iptali değil istihkak davasının görülmesi gerekmektedir. Ancak Yargıtay muvazaalı işlemleri de iptal davası çerçevesinde değerlendirmektedir (YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 24). Y. 15 HD.18.06.1991 T. 2903 E. 3272 K.; Y. 15 HD. 25.02.1991 T., 220 E., 842 K., sayılı karar (YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 23)

²⁴¹ Benzer bir durum için bkz. Y. 15. HD. 26.12.2002 T., 6026 E., 6188 K. sayılı kararı (YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 24)

²⁴² Y. 15. HD. 19.01.2004 T., 2003/6490 E., 2004/193 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon) YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 39.

²⁴³ YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 39, HGK, 20.11.2006 T., 15/707 E., 789 K., s. karar, Ayrıca bkz. Y. 15 HD. 08.04.2005 T., 1049 E., 2145 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon)

kişilik ile bu tasarrufu yapan tüzel kişilik arasında organik bir bağın bulunduğu ispat edilmesi gerekmektedir.

İİK 278/3. fıkrada gerçek kişiler arasındaki akrabalık bağı esas alınarak düzenleme yapılmıştır. Tüzel kişiler, için gerçek anlamda akrabalık bağı mümkün olmasa da üyeleri ve diğer tüzel kişiler arasında da Yargıtay' ın da belirttiği gibi organik bağın bulunması halinde tüzel kişiler için de hakkın kötüye kullanılması anlamında maddenin ruhuna uygun bir akrabalığın varlığından söz edilebilecektir. İİK 278/3. maddenin b. 1. bendinin uygulanması haline örnek olarak iki tüzel kişinin ortaklarının akraba olması²⁴⁴ veya aynı ana ortaklığın yavru ortaklık arasındaki ilişkide verilebilir. *Yavaş*, bu konuda Yargıtay kararlarında organik bağ olarak tespit edilen her durumun sorumluluk altında bulunan tüzel kişiler arasında İİK 278/3. madde anlamında bir akrabalık ilişkisinden söz edilebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla bu tür ilişkiler içerisindeki tasarruflar ivazlı olsa dahi iptale tabi olabileceği sonucuna varmaktadır. Örneğin, aynı ana ortaklığın, aleyhine yapılan takipler sonucunda malların haczedilmesini önlemek için mallarını ivaz karşılığında yavru şirkete devretmesi halinde İİK 278/3. maddenin 1. bendi uygulanabilecektir²⁴⁵. İki tüzel kişi arasında organik bağın tespiti halinde, bu iki tüzel kişiliğin arasında gerçekleştirilen ivazlı tasarruflar İİK 278/2. madde kapsamında son iki yıl içerisinde gerçekleşmiş olması halinde mutlak surette iptale tabidir. Bu fıkra kapsamında alacaklılardan mal kaçırma ya da ızzar kasdı aranmaz. Buna karşılık, İİK 278/2 maddede yer alan son iki yıldan daha önceki dönemde organik bağ içerisinde bulunan tüzel kişiliğe ya da ortağa ivaz karşılığı yapılan tasarrufların iptalinde ise İİK 280 maddenin 1. ve 2. fıkrası dikkate alınmalıdır.

Yargıtay, borçlunun tasarrufta bulunduğu gayrimenkul üzerinde tapu kaydında şerh bulunması nedeniyle etkisi 10 yıl süreyle üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilen bir kira sözleşmesinin varlığı halinde, lehine kira sözleşmesi yapılan tüzel kişinin ortaklarından birinin gayrimenkulü devreden eski malikin kızı olması, borçlunun bir dönem avukatlığını yapmış olan bir şahsa kira sözleşmesine konu bir gayrimenkulü devretmesi ve bu kişinin gayrimenkulü devralan şirkette kurucu ortak olarak yer alması nedeniyle gayrimenkulü iktisap

²⁴⁴ Y. 15 HD. 23.01.2001 T., 2000/5126 E. ve 2001/399 K. s. kararı

²⁴⁵ **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 40, Benzer kararlar için bkz. Y. 15 HD. 19.11.2003 T., 4277 E., 5571 K., sayılı karar (YKD 2004/5 , 728), Y. 15 HD. 11.12.2003 T., 6103 E., 5948 K. s. kararı (YKD 2004/6, 907)

eden şirket ile borçlu arasında organik bir bağın bulunmasından hareketle tasarrufun iptali talebinin kabulüne karar vermiştir²⁴⁶.

Aciz halinde bulunan bir tüzel kişi, vadesi gelmemiş borçlarını ifa ederse İİK m. 279/III'ün 3. bendi kapsamında tasarrufun iptali söz konusu olabilecektir. Burada önemli olan ifanın yapıldığı anda borcun vadesinin gelmemiş olmasıdır. Örneğin, aciz halindeki bir tüzel kişinin, organik bağ içinde bulunduğu bir başka tüzel kişiliğe borçlanarak henüz vadesi gelmeyen borcu ifa etmesi durumunda bu tasarruf iptale konu olacaktır. Ayrıca aciz halinde bulunan tüzel kişi organik bağ içinde bulunduğu bir başka tüzel kişiye mutad ödeme vasıtaları dışında ödemede bulunursa bu tasarruf da iptale konu olabilecektir. (İİK m. 279/I, 1/b)²⁴⁷.

Yargıtay bir kararında ödeme gücünü kaybetmiş bir borçlunun iyiniyetli bir kişiden veya basiretli bir tacirden beklenmeyecek şekilde mevcudunu eksilttiği ve üçüncü şahsın da bu durumu bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde yapılan işlemlerin batıl olduğunu ve aciz belgesi ile bu durumun sabit olduğunu belirtmektedir. Devamında ise her ne kadar gerçek kişilerde olduğu anlamı ile tüzel kişilerle akrabalık ilişkisi kurulması mümkün olmasa da iki tüzel kişi arasında organik bağ varsa, malvarlığını devralan kişinin iyiniyetli olmadığı ve işlemin bu nedenle batıl olduğunun kabulü gerektiği gerekçesi ile tasarrufun iptaline karar vermiştir²⁴⁸ (İİK m. 280).

Yargıtay, borçlu ortağın limited şirketteki hissesini devralan diğer ortağın, borçlunun alacaklılarına zarar verme kasdı ile hareket ettiğini bildiğini kabul etmektedir²⁴⁹. Burada ödeme gücünü kısmen ya da tamamen kaybeden bir borçlunun iyiniyetli bir kişiden beklenilmeyecek tasarruflarla malvarlığını eksilttiği ve devralan üçüncü kişinin bu durumu bildiği veya bilmesi gerektiğinden hareketle yapılan tasarrufun geçersiz sayılmasının

²⁴⁶ Y. 15. HD. 26.12.2002 T., 6026 E. , 6188 K. sayılı kararı (kazancı/hukuk/otomasyon), **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 42.

²⁴⁷ Bkz. **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 42, Y. 15 HD. 30.09.2003 T., 3452 E., 4429 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon), **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 42, dpn, 105.

²⁴⁸ Karara konu olayda, aciz halinde bulunduğu dosya kapsamında sabit olan G Gıda A.Ş. mülkiyeti altında bulunan bir tarlayı şirketin büyük ortağı ve temsilcisi konumundaki bir kimse vasıtasıyla L Gıda A.Ş.'ye satmıştır. Tarlayı satın alan şirkette, satışı gerçekleştiren büyük ortak ve temsilcinin eşi, kayınpederi ve kayıinvalidesi de ortak konumundadır. Yargıtay bu olayda şirketler arasında organik bağın bulunduğu sonucuna varmış ve L Gıda A.Ş.'nin iyiniyetli olmadığı ve organik bağ nedeniyle G Gıda A.Ş.'nin durumu bilmesi gerektiğinden hareketle tasarrufun iptaline karar vermiştir. Y. 15 HD., 23.01.2001 T., 2000/5126 E., 2001/399 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon) **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 43, **ÖZTEK/MEMİŞ**, s. 213.

²⁴⁹ **KURU**, s. 619

gerekliliği kararda vurgulanmıştır. Hisseleri devreden ortakla devralan ortağın bu şirkette aynı anda ortak olmalarından dolayı bu devir işlemi yönünden alacaklılara zarar verme kasdının gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılmıştır²⁵⁰.

Borçlu, tüm alacaklılarına zarar verme kasdı ile hareket edebileceği gibi bazı alacaklıları ile birleşerek diğer alacaklılarına zarar verme kasdıyla da hareket edebilir. Borçlunun hileli bir şekilde alacaklılara zarar verme kasdı ile tasarrufi işlem gerçekleştirdiğini ispat yükü davacı üzerindedir. Davacı İİK m. 281/T' e göre her türlü delille bu durumu ispat edebilir. İspata konu olay her türlü delil yanında fiili karineler (yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışı gibi) ile ispat edilebilir²⁵¹. Bu karineler tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanmasının gerekli olduğu hallerde somut olayın ispatı bakımından alacaklıya büyük kolaylıklar sağlayabilecektir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 137. maddesinde getirilen ispat yükünün yer değiştirmesine ilişkin karinede bu hükümlerde yer alanlar gibi ispat kolaylığı sağlama amacıyla düzenlenmiştir²⁵². Bu durumlarda hileli şekilde gerçekleştirilen iptale tabi tasarrufun alacaklıya zarar verme kasdı ile yapıldığının lehine tasarruf yapılan kişi tarafından bilinmesi ya da bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunması gerekmektedir²⁵³.

Yine İstihkak davalarında da alacaklının borçlu ve üçüncü kişiler arasındaki ilişkiye yabancı olması nedeniyle aralarındaki hileli ilişkiyi ispatındaki zorluklar nedeniyle kanun koyucu bazı ispat kolaylıkları tanımıştır. Yargıtay bu konuda alacaklıyı korumaya yönelik olarak organik bağ kriterini geliştirmiş bulunmaktadır²⁵⁴. Organik bağ kriterinde tasarrufun iptali veya istihkak davalarında tüzel kişi ile borçlu arasında veya tam tersi üye ile borçlu tüzel kişilik arasında bir organik bağ bulunduğu tespit edilirse bu durumda muvazaalı bir ilişkinin bulunduğu kabul edilmektedir²⁵⁵. Yargıtay organik bağ ile ilgili olarak somut

²⁵⁰ Y. 15. HD. 26.11.1988 T., 2595 E., 211 K. sayılı karar **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 44, **UYAR**, s. 135

²⁵¹ Y. 15 HD. 05.10.1999 T., 3252 E, 3475 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon) **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 44.

²⁵² Bkz. İspat yükü, İkinci Bölüm, III, C.

²⁵³ **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 44.

²⁵⁴ **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 33.

²⁵⁵ Y. 15 HD., 18.09.1996 T., 4034 E., 4502 K.; Y 21 HD. 13.11.2000 T., 7380 E., 7911 K.; Y. 21 HD., 19.06.2001 T., 4745 E., 4941 K sayılı kararlar (kazancı/hukuk/ otomasyon) **YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 33, Y 15 HD., 24.03.1994 T., 1363 E., 1798 K., (**YAVAŞ**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 33), (**ÖZTEK/SELÇUK**, s. 213)

kriterlerden hareket etmemektedir²⁵⁶. Ancak alacaklıya zarar veren işlemlerde bulunan kişi olan borçlu ve onunla işlem yapan üçüncü kişi arasındaki herhangi bir bağ tesis edilmesine sebep olabilecek herhangi bir unsur organik bağ olarak nitelendirilmektedir. Örneğin, kişisel olarak borçlu olan bir hakim ortağın bir malını tüzel kişiliğe devretmiş olması halinde (tasarrufun iptali) borçlunun malı haczedilirken bu borçlunun kurmuş olduğu paravan şirketin istihkak iddiası ile karşılaşılması halinde her zaman, borçlu ile ilişki içinde bulunan bir üçüncü kişinin varlığı söz konusudur. Yargıtay, borçlu ile üçüncü kişi arasında alacaklıyı zarara uğratma amacı taşıyan bu tür bir hukuki ya da iktisadi ilişkinin veya hısımlık ilişkisinin varlığını organik bağ olarak nitelendirmektedir. Bugüne kadar herkes tarafından kabul görmüş bir perdenin kaldırılması kriterlerinin oluşturulamadığı göz önüne alındığında bu yaklaşım haklı görülmektedir. Bu nedenle her somut durum için geçerli ve somut bir hukuki dayanaktan bahsedilememektedir. Dolayısıyla her olay için ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir. Yargıtay' ın da uygulamaları bu yöndedir. Ancak Yargıtay, tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi yerine ihtilafları takip hukuku kriterlerine göre çözümleye bilmek ve her olayın özelliğine göre ortaya çıkan organik bağ kriterini kullanarak sorunları çözümleme yolunu seçmektedir²⁵⁷.

Organik bağ ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması bakımından ortak olan bir kriter özdeşliktir²⁵⁸. Yine ortak olan bir başka kriter de tüzel kişilik ile üyenin malvarlığının birbirine karışmasıdır²⁵⁹.

Yargıtay bir kararında; borçluya ait işyerinde haciz sırasında, kayıtlarda o işyerinin üç farklı şirkete aitmiş gibi görünmesi nedeniyle mahcuzlara ilişkin açılan istihkak davasında şirketler arasında organik bağ bulunduğundan davanın reddi gerektiği yönünde karar

²⁵⁶ YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 33, YAVAŞ, Üçüncü Kişiler, s. 220.

²⁵⁷ YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 33, YAVAŞ, Üçüncü Kişiler, s. 220.

²⁵⁸ Bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 22, YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 33.

²⁵⁹ Bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 22.

Tüzel kişiliklerin kendi aralarında veya gerçek ve tüzel kişiler arasında organik bir bağın bulunup bulunmadığının tesbiti bakımından ticaret sicil dosyalarının incelenmesi ve somut olayın özelliklerine göre, alacaklıya zarar verici işlemlerde bulunan kişilerin ayniyet taşıyıp taşımadığının ya da kurucuları arasında organik bağın bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği Y. 15. HD. 26.02.2004 T., 382 E., 1061 K. sayılı kararında hükme bağlanmıştır. YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 33-35

vermiştir²⁶⁰. Başka bir kararında ise borçlunun organik bağ içerisinde bulunduğu bir başka tüzel kişiliğe haczedilmek istenen malı devretmiş olması nedeniyle devrin muvazaalı olduğuna ve istihkak iddiasının bu nedenle kabul edilemeyeceğine karar verilmiştir²⁶¹. Yine bir kararında borçlunun alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla hacze konu malları muvazaalı olarak kurucusu olduğu şirketin mülkiyetindeymiş gibi gösterme çabası içerisinde olması halinde istihkak iddiasının dinlenilmeyeceğine karar vermiştir²⁶².

Yargıtay bir başka kararında; bir şirketin ticaret unvanını yeni bir şirket kurarak değiştirmek suretiyle açacağı istihkak davasında iki ayrı ticaret şirketi arasında organik bağ bulunduğunu kabul etmiştir. Yargıtay bu kararında malın haczini önlemek için yeni unvanlı şirketin paravan bir şirket olarak kurulduğu gerekçesine dayanarak davanın reddine karar verilmiştir²⁶³. 2005 tarihli bir kararında ise, borçlunun borcun doğumundan önce bir tüzel kişi kurarak, yapılacak hacizleri istihkak iddiasında bulunmak sureti ile engellemek istemesi halinde, söz konusu gerçek kişi ile bu tüzel kişi arasında organik bir bağın bulunduğu dikkate alınarak istihkak davasının reddinin gerektiği yönünde karar vermiştir²⁶⁴.

Yargıtay incelemesinden geçen bir olay tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının da gündeme gelebilecek nitelikte olması nedeniyle dikkat çekicidir. “... Davacı hazine vekili, borçlu (A) A.Ş. hakkında yapılan hacizde, davalı (A.H.) A.Ş.’nin istihkak iddiasında bulunduğunu, oysa haczedilen malların borçluya ait olup davalılar arasındaki işlemin muvazaalı olduğunu bildirerek istihkak iddiasının reddini talep ve dava etmiştir.” Yargıtay’ ın kararına konu bu olayda esas mahkemesi davalı şahitlerinin mahcuzların davalılara ait olduğunu söylemiş olmaları ve davacının muvazaa iddiasını ispat edememiş olmasından hareketle, davanın reddine karar vermiştir. Yargıtay bu kararla ilgili olarak eksik inceleme bulunduğu ve ticaret sicil müdürlüğüne müzekkere yazılarak şirketlere ait sicil dosyalarının celp edilerek, ortaklarının aynı kişiler olup olmadığının, aralarında yakın akrabalık ya da diğer

²⁶⁰ Y. 15. HD., 14.09.1994 T., 3790 E, 4911 K. ve benzer bir karar için bkz. Y. 21. HD. 09.02.2004 T., 2003/10442 E., 2004/779 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon) (YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 35.)

²⁶¹ Y. 15 HD. 24.03.1994 T., 1363 E. 1798 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon) (YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 35.)

²⁶² Y. 21 HD., 13.11.2000 T., 7380 E., 7911 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon) (YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 36.)

²⁶³ Y. 15 HD. 13.01.1997 T., 1996/6947 E., 1997/63 K. sayılı karar ve Y. 15 HD. 19.12.1994 T., 6177 E., 7611 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon) (YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 36.)

²⁶⁴ Y. 21 HD., 30.06.2005 T., 1732 E., 7054 K. sayılı karar (kazancı/hukuk/otomasyon) (YAVAS, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 36.)

bir bağı (organik bağ) bulunup bulunmadığının araştırılması ve bu araştırma sonucuna göre hüküm kurulmasının gerektiği yönünde karar vermiştir²⁶⁵.

Yargıtay görülmekte olan bir istihkak davasında, davalı borçlu şirketin, davacı şirket ile muvazaalı bir kira akdi yaparak, mahcuzlar üzerinde istihkak iddiasına zemin hazırladığını ve davalı borçlu şirketin alacaklılardan mal kaçırmak kasdıyla haczin yapıldığı adresteki işyerini gizli ve muvazaalı olarak davalı şirkete devretmiş olduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle kira akdi dolayısıyla yapılan devrin alacaklılar bakımından geçerli olmayacağı sonucuna varılmıştır²⁶⁶. Bu karar hakkın kötüye kullanılmasının hukuken korunmayacağı kuralının uygulanması niteliğinde olması bakımından önemlidir²⁶⁷.

VI. TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILARAK SORUMLU KILMANIN SÖZ KONUSU OLABİLECEĞİ ÖZEL DURUMLAR

A. Özkaynak Yetersizliği

Sınırlı sorumluluk ilkesinin temelinde ortaklık amacının gerçekleştirilebilmesi ve devamlılığının sağlanması yanında alacaklıların korunması amacıyla belirli oranda bir ana sermayenin ortaklık bünyesinde oluşturulması ve bunun şirket faaliyetleri için özgülenmiş olması yer almaktadır.²⁶⁸ Şirketin sermayesi, şirketin ticari faaliyeti ve bundan doğabilmesi muhtemel risklerle karşılaştırıldığında en üst seviyede yeterli olmalıdır²⁶⁹. Aksi takdirde, bu ortaklığın paravan olduğu ve hakkın kötüye kullanılması amacıyla kurulduğu var sayılabilir. Ancak sadece sermayenin son derece yetersiz olması tüzel kişilik perdesinin aralanmasına yeterli sayılmamaktadır. Yetersiz Sermaye yanında tüzel kişilik perdesinin aralanabilmesi için başka koşulların varlığı da aranmaktadır. Yetersiz sermayenin varlığı hakim tarafından somut olayın koşulları göz önüne alınarak belirlenmelidir²⁷⁰.

1. Özkaynak

Özkaynak, ortaklığın ana sermayesi ve yedek akçelerinden oluşan bir kavramdır²⁷¹. Ortaklık bilançosunun pasifinde yer alan mali kaynaklar özkaynaklar ve yabancı kaynaklar

²⁶⁵ Y. 15 HD., 19.01.1994 T., 5197 E., 114 K., sayılı karar (YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 37).

²⁶⁶ Y. 21. HD. 09.10.2003 T., 9249 E., 7831 K. sayılı kararı YKD. 2004/2 , 273 vd. (YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 37).

²⁶⁷ YAVAŞ, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 37.

²⁶⁸ Anonim şirketlerde sermayenin korunması ilkesi geçerlidir (AKDAĞ-GÜNEY, s. 40).

²⁶⁹ SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 160, ULUSOY, s. 382-384.

²⁷⁰ Bu görüşteki yazarlar için bkz. DURAL, s. 106, TEKİNALP/TEKİNALP, s. 396, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması, s. 96, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 160-161.

²⁷¹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 811, ALTINTAŞ, s. 65.

olmak üzere ikiye gruba ayrılmaktadır. Özkaynaklar ortaklığın sermayesi yanında çeşitli adlar altında toplanmış olan yedek akçelerden ve yeniden değerlendirme fonu ile amortisman kalemlerinden oluşur²⁷². Ortaklığın esas sermayesi kuruluşta, pay sahiplerinin taahhüt ettikleri payların toplamından oluşmaktadır. Yedek akçeler ise esas sermayeyi aşan net malvarlığı olarak tanımlanmaktadır²⁷³. Yedek akçeler kârdan yapılacak zorunlu veya isteğe bağlı olarak ayırma sureti ile oluşturulabileceği gibi, aktiflerdeki değer artışları yahut değerlendirme kriterlerine uygun ve sınırları içinde olduğu sürece yapılan düşük değerlendirmeden de oluşturulabilirler²⁷⁴. Ayrıca yedek, pay bedelinin itibarı değeri aşan ihraç bedellerinden ve ıskat kazançlarından da doğabilirler²⁷⁵.

2. Özkaynağın Fonksiyonları

Özkaynağın fonksiyonlarından birincisi; mal varlığı ile sınırlı sorumlu bulunan ortaklığın özkaynağı, özellikle de esas sermayesi ortaklık alacaklıları için bir sorumluluk fonu gibi işlev görmekte ve bu nedenle esas sermayenin garanti fonksiyonundan söz edilmektedir. Ortaklığın özkaynağı, ticari riskleri karşıladığından tampon fonksiyonu bulunmaktadır. Bu ikinci fonksiyonla özkaynak iktisadi ve ticari risklerin azaltılması ile muhtemel bir iflasın önlenmesine hizmet etmektedir. Bu durumu mefhumu muhalifi ile ifade edersek tüzel kişiliğin devamlılığına hizmet etmektedir. Üçüncü fonksiyonu ise işletmenin faaliyetlerini gerçekleştirmesi ve devamlılığının sağlanması için gereken asgari malvarlığının ortaklık bünyesinde oluşturulmasıdır. Son olarak, ortakların tüzel kişiliğin borçlarından sorumlu olmadığına ilişkin kuralın ana dayanağını teşkil eden özkaynağın oluşumunda ödenen sermaye payları aracılığı ile ortakların ticari ve iktisadi risklere katılımının sağlanması fonksiyonu bulunmamaktadır. Böylece ortaklık borçlarından kendi malvarlıkları ile sorumlu olmayan ortakların ortaklığın kuruluşunda ya da sermaye artırımından riske katılması sağlanmakta ve risk ortaklar ile ortaklık arasında paylaşılmaktadır²⁷⁶. Ayrıca ortaklık ile ilişkiye giren alacaklılarda risk almakta ise de bu risk ticari hayatın kendi değişken koşullarından kaynaklanan bir durumdur.

²⁷² **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 811.

²⁷³ **TEKİNALP**, Bilanço, s. 245.

²⁷⁴ Tekinalp bu tür yedek akçeleri gizli yedek akçe olarak tanımlamaktadır. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 814.

²⁷⁵ **TEKİNALP**, Bilanço, s. 245,248, **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 87.

²⁷⁶ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 88.

3. Özkaynak Yetersizliği Türleri

a. Başlangıçta Bulunan ve Sonradan Oluşan Özkaynak Yetersizliği

aa. Başlangıçta Bulunan Özkaynak Yetersizliği

Ortaklığın kuruluşunda ticari amacın gerçekleştirilmesi için gereken oranda “bulunması zorunlu sermaye” ortaklık malvarlığında mevcut değilse, başlangıçtaki özkaynak yetersizliğinden söz edilmektedir²⁷⁷.

bb. Sonradan Oluşan Özkaynak Yetersizliği

Ortaklığın kuruluşunda mevcut olan ve amacın gerçekleşmesi için yeterli oranda bulunan özkaynak, ortaklığın faaliyetleri sonucunda yetersiz hale gelirse, bu durum ya sermayenin azalması ya da artan sermaye ihtiyacı ile ortaya çıkmaktadır. Kurucuların sermayeyi kuruluş sırasında tamamlamalarına rağmen kuruluştan sonra bu malvarlığı kalemlerinin satış vb. usullerle kendilerine geri dönmesini sağlayabilirler. Böylece esas sermayenin zedelenmesi nedeniyle diğer ortakların ve alacaklıların menfaatlerini zarar görmesi söz konusudur²⁷⁸. Bu durumda kasden oluşturulan bir yetersizlik söz konusudur. Ancak sermaye kaybının, ortaklığın hatalı olarak idaresinden veya dış ekonomik etkenlerden kaynaklanması halinde ise²⁷⁹ basiretli olarak işletmenin yönetilmemesinden kaynaklanan bir yetersizlik söz konusudur. Kasden oluşturulan yetersiz sermayede, ortaklara hediye, bağış,

²⁷⁷ Sermayenin yetersizliğini ortakların kasdi olarak ortaklık alacaklarını zarara uğratma amacı ile gerçekleştirmeleri halinde, “kötüniyetli sermaye yetersizliği” ortakların teşebbüsün zaten başarılı olacağı düşüncesinden hareketle bilerek ve isteyerek sermayeyi yetersiz oluşturmaları halinde de “ kötüniyetli yetersiz sermayeden” farklı olarak, üçüncü şahısları zarara uğratma kasdı bulunmadığından sadece “kasten oluşturulan yetersiz sermayeden” söz edilmektedir. Başlangıçtaki özkaynak yetersizliğinin, ortakların ortaklık amacını gerçekleştirmek için hangi oranda sermaye yatırılmasının gerektiği konusunda yanlışları sonucunda ortaya çıkması halini ise “bilinçsizce oluşturan yetersiz sermaye” şeklinde ifade edilmektedir. (YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 88, 89, ULUSOY, s. 384-385).

²⁷⁸ Yargıtay 11. HD. 10.04.2001 tarihli ve 2001/ 858 E. ve 2001/3023 K. sayılı kararında TTK’ nun 311. maddesinin amacının “kuruluş sırasındaki değer belirleme kurallarından, ortakların kurtulmak amacıyla yapacakları satım ve devir sözleşmelerini kuruluştan itibaren iki yıl içerisinde, söz konusu madde yer alan kurallara ve denetime tabi tutarak, kuruluştaki hükümlerin hile yolu ile aşılmasını önlemektir. Bir başka ifade ile şirket ortak ve alacaklıların aleyhine olarak doktrindeki terimi ile ‘saman sermayeye’ dönüşmesini engellemektir” şeklinde ifade etmektedir. (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 295.) Bu konuda Kanuna Karşı Hile başlıklı 311. maddenin kapsamı için bkz. POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 295-298.

²⁷⁹Ekonomik krize karşı önlem alınmasının gerekliliği ve ekonomik krizin öngörülebilirliği hakkında bkz. BÖNCÜOĞLU, 34.

kredi, kiralama, (değerinden düşük bedelle gerçekleştirilen) satış işlemleri²⁸⁰, adı altında ortaklık kaynaklarının aktarımları ile üyelere veya üçüncü kişilere karşılıksız ödemeler yapılmaktadır. Bunun yanı sıra örtülü olarak yapılan bir takım işlemlerle de sermaye yetersizliğinin oluşumuna rastlanılmaktadır²⁸¹. Bu konuda çeşitli örneklerle detayları ile Bankacılık Hukukuna ilişkin ikinci bölümde, bankacılık kaynaklarının aktarımında kullanılan yöntemler başlığı altında yer verilecektir²⁸².

b. Adi ve Olağanüstü Özkaynak Yetersizliği

aa. Adi Özkaynak Yetersizliği

Ortaklık, esas sermayesindeki yetersizlik nedeniyle sürekli bir finansman ihtiyacı içinde olmasına rağmen, kredi itibarının da bulunmaması nedeniyle ortaklık dışındaki üçüncü şahıslardan yabancı kaynak temin edilememesidir. Tam aksine ortaklar özkaynağı tamamlamak yerine, ödünç alarak ortaklığı borçlandırmak sureti ile ortaklığa görünüşte finansal kaynak yaratmaktadır²⁸³.

bb. Olağanüstü Özkaynak Yetersizliği

Bu konuda görüş birliği bulunmamakla birlikte “olağanüstü kaynak yetersizliği” ile ilgili olarak ortaklık içerisindekiler için kolayca fark edilecek şekilde açık olarak ortaklığın eksik özkaynak kullanması hali olarak tanımlanmaktadır. Bu ise hayatın olağan akışı içinde ortaklık alacaklılarına yükletilecek olumsuz sonuçların ortaya çıkması ihtimalini normalden daha yüksek bir ihtimale dönüştürmektedir. Ancak bir başka görüşe göre, fevkalade yetersiz özkaynaktan, açık ve sürekli bir itibar yokluğunun anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre ise, ortaklığın kredibilitesinin -normal piyasa şartları çerçevesinde- bulunmaması hali söz konusudur. Normal piyasayı belirleyen de ağırlıklı olarak profesyonel kredi kurumlarının şeklen ve esasen hukuka uygun olarak oluşturduğu kredibilitenin saptanılmasına ilişkin teamülleri kapsayan bilgi ve yöntemleridir. Ticari itibar eksikliğinin açık olması ise, bu eksikliğin ticari ve iktisadi ilişkiler konusunda piyasada faaliyette bulunan ortaklıkların yapıları, mali güçleri ve sair hususlarda geniş bilgi ve ihtisas sahibi olan bir kimsenin (mali analiz uzmanları, bankacılar, denetmenler vb.leri) farkına varacağı şekilde mevcut olmasıdır. Yine bu görüşe göre, kredi itibarının yokluğunun açıklığı yanında sürekliliği de önemlidir. Ancak bu hal sadece sonradan ortaya çıkan yetersiz özkaynak halleri için geçerlidir. Kurulştan beri mevcut olan özkaynak yetersizliğinde, sürekli bir kredi

²⁸⁰ AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s. 83-85.

²⁸¹ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 89, ULUSOY, s. 386-388.

²⁸² Bkz. İkinci Bölüm, II. A, B, C, D, F.

²⁸³ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 89,90.

itibarının yokluğu zaten en başından beri oluşmaktadır²⁸⁴. *Yanlı* sadece fevkalade yetersiz sermayenin varlığı halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının kabul edileceği yönündeki görüşe katıldığını belirtmektedir²⁸⁵. *Sağlam* ise yetersiz sermaye yanında başka koşulların da varlığının aranması gerektiği görüşüne katıldığını ifade etmektedir²⁸⁶. *Ulusoy* ise özkaynak yetersizliğinin bulunması halinin kusura dayanan bir sorumluluk olduğunu ileri sürmektedir.²⁸⁷

c. Nominal ve Materyal Özkaynak Yetersizliği

Nominal yetersiz özkaynak hallerinde, borçlar hukukuna ilişkin bir finansman şeklinin (ödünç verme) özkaynak olarak kabul edilip edilmemesi, materyal özkaynak yetersizliğinde ise, ortaklığın aciz haline düşmesi sonucunda oluşan ortakların ortaklık alacaklılarına karşı şahsen sorumluluğunun bulunup bulunmadığı sorunu söz konusudur²⁸⁸.

aa. Nominal Özkaynak Yetersizliği

Nominal yetersiz özkaynak terimi ile ortakların özkaynağı oluşturmak veya tamamlamak yerine ortaklığa ödünç vermeleri halinden (yabancı sermaye) söz edilmektedir. Bu ya bizzat ortağın ortaklığa, kredi vermesi ya da başka bir üçüncü şahıs tarafından ödünç verilmesi için teminat göstermesi, yolu ile gerçekleştirilmektedir. Bu durumda ortaklığın yeterli özkaynağı görünürde bulunmakla beraber, faaliyetleri gereğince ortaklarca da ortaklığa verilen bir takım ödünçlerle bilanço dengesi sağlanmakta ise, bunlar yabancı kaynak niteliğine sahiptir. Bu ödünçler, ortaklığın amacı ve faaliyet kapasitesine oranla çok düşük olan özkaynağı tamamlanmış göstermek ve ortaklığı iflastan korumak yanında iflas halinde de ortaklığın kendini korumak amacıyla da verilmiş olabilir. Örneğin, bir kimse, sınırlı sorumluluk imkanından faydalanmak amacıyla, saman adamlardan oluşan anonim veya limited ortaklıklar aracılığı ile riski üzerine almaksızın son derece riskli bir faaliyette bulunmakta ise, riskini asgariye indirmek için de söz konusu ortaklığı az bir sermaye ile kurmuş ve faaliyette bulunmak için gerekli olan parayı da ortaklığa ödünç verilmiş gibi göstermiş ise ortak ödünç verdiği parayı geri istemek suretiyle, ortaklığa yapmış olduğu yatırımı, ortaklık zarar etse dahi sermayeyi koruyan hükümler engeline takılmadan her zaman geri alabilme imkanını da kötü niyetli olarak elinde tutmaktadır. Ayrıca, ortaklığın iflası

²⁸⁴ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 90.

²⁸⁵ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 116.

²⁸⁶ **SAĞLAM**, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 160, Aynı görüşte, **DURAL**, s. 106, **TEKİNALP/TEKİNALP**, s. 396, **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 116.

²⁸⁷ **ULUSOY**, s. 386-388.

²⁸⁸ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 91.

halinde de ortak ödünç verdiği bu meblağı diğer ortaklık alacakları ile aynı sırada alabilme imkânına da kavuşmaktadır. Halbuki bu para ortak tarafından ortaklığa ödünç olarak değil de sermaye payı olarak verilseydi, ortaklık alacaklılarının teminatını oluşturan ortaklık mal varlığına tahsis edilmiş olacak ve ortak tarafından geri de alınamayacaktı²⁸⁹.

bb. Materyal Özkaynak Yetersizliği

Materyal özkaynak yetersizliği halinde, ortaklığın alacaklıların haklarını tehlikeye atan bir eksiklik mevcut bulunmaktadır. Burada söz konusu olan eksiklik, ortaklar tarafından verilecek bir ödünç ile de giderilememektedir. Yetersiz özkaynak, ortaklığın finansman yöntemleri dikkate alındığında, hedeflenen veya fiilen söz konusu olan ortaklık faaliyetlerinin hacmine ve türüne göre duyulan eksikliği ya da orantısızlığı ifade edebilir. Ayrıca üçüncü şahısların kredileri ile giderilmesi mümkün olmayan orta ve uzun vadeli finansman ihtiyacının ortaklığın özkaynağı ile karşılanamaması halinde de özkaynak yetersizliği söz konusu olabilmektedir²⁹⁰.

B. Tüzel Kişi Üzerinde Belirli Bir Kişi Ya da Grubun Hakimiyet Kurması

Tüzel kişilik perdesinin ortaklık borçlarından dolayı sorumlu kılma amacıyla kaldırılabilceği bir diğer durum, yabancı yönetim olarak ifade edilen, ortaklığın faaliyetlerinin kendi amacı ve çıkarları dışında ona yabancı çıkarlar tarafından yönlendirilmesidir. Bu nedenle ortaklığın, hakim ortak dışındaki diğer ortaklarının ve de ortaklık alacaklılarının zarar görmesi söz konusu olabilmektedir. Burada bir ortaklığın gerçek veya tüzel kişi olan herhangi bir ortağının gücü nedeniyle ona olan bağımlılığının bir sonucu olarak, ortaklığa hakim olması ve bu kişinin, ortaklığın çıkarları ile çelişen kendi özel çıkarlarını gözeterek bu çıkarlara üstünlük tanınması sonucunda ortaklığın faaliyetlerini kendi çıkarlarına hizmet edecek şekilde yönlendirmesi halinde, hakim ortağın sorumluluğuna tüzel kişilik perdesi kaldırılarak gidilebileceği kabul edilmektedir²⁹¹. Üstelik bazı hallerde hakim ortak konumunda olduğu bilinen kişinin resmi kayıtlarda ortak olarak dahi görünmemesi de sık rastlanan bir sorumluluktan kaçınma yöntemi olarak gözlemlenmektedir.

C. Malvarlıklarının ya da Alanlarının Birbirine Karışması

Kanun koyucu anonim ortaklıklarda, ortaklık alacaklılarına karşı sadece ortaklığın malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu olacağını, ortaklığın malvarlığının pay sahiplerinin özel

²⁸⁹ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 91-92, Ayrıca Alman ve İsviçre Hukukunda konu ile ilgili görüş ve uygulamalar için bkz. YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 92-93

²⁹⁰ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 93-95, ÖZTEK/MEMİŞ, s. 207.

²⁹¹ YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 110, 119-237 TEKİNALP/TEKİNALP, s. 396-397, SAĞLAM, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 159, ÖZTEK, MEMİŞ, s. 208, ULUSOY, s. 379-382.

malvarlıklarından fiilen de ayırt edilebileceğinden hareketle düzenlemiştir. Bu nedenle kanun koyucuya göre sınırlı sorumluluk ilkesinin uygulanması için pay sahiplerinin malvarlıklarına ilişkin hakların aidiyetinin açık ve kesin olarak birbirinden ayrı olarak belirlenmiş olması şarttır.²⁹² Bu nedenle doktrinde tek genel kabul görmüş tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlu kılma halini malvarlıklarının karışması teşkil etmektedir.

Alanların birbirine karışması halinde malvarlıklarının ve tüzel kişinin organizasyonunun birbirine karışması olarak iki durumda söz konusudur. Ortaklık ile ortaklar arasında mal varlığı düzeni ve organizasyonu yeterli ve düzenli bir şekilde ayrılmamışsa, alanların karışmış olduğu kabul edilmektedir. Bu iki halde de ayrılık ilkesinin kötüye kullanılması söz konusudur²⁹³.

Alanların karışması, ortaklığın mal varlığı ile ortağın malvarlığının ayrımının muhasebe hileleri (bilançonun makyajlanması), hileli işlemlerle aynı varlıkların birden fazla gerçek ve tüzel kişi üzerine kayıtlı gösterilmesi veya başka sebeplerle ayrıştırılmasının mümkün olmadığı hallerde söz konusu olur²⁹⁴.

Örneğin bazı münferit malların ortağa mı yoksa ortaklığa mı ait olduğu anlaşılamıyorsa bu tip bir durum vardır²⁹⁵. Ortaklığa ait taşıt araçlarının bedelsiz bir biçimde bir ortağın kullanımına sunulması veya devredilmesi durumunda tüzel kişi ile ortakların malvarlıkları arasında bir aktarım bulunduğundan malvarlıklarının birbirine karışmış olması hali gerçekleşmiş olacaktır²⁹⁶. Birden fazla ortaklığa hakim durumdaki ana ortaklık bir ortaklığın malvarlığına dahil olan bir unsuru herhangi bir biçimde kayıtlara yansıtırsanız diğer bir ortaklığın faaliyetlerinde kullanılırsa yine tüzel kişilik perdesinin kaldırılması söz konusu olabilecektir. Tüzel kişi ile ortakların alanlarının karışması sonucunu yaratan yani mal ayrılığı kurallarına uymayan bir ortak, ortaklık alacaklılarının talepleri karşısında mal ayrılığı ilkesini ileri süremez. Yani ortaklık borçlarından dolayı bu ortak şahsi mal varlığı ile sorumlu olabilecektir. Burada ortağın tüzel kişi olması da herhangi bir fark yaratmayacaktır²⁹⁷.

²⁹² **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 237.

²⁹³ **ÖZTEK/MEMİŞ**, s. 205.

²⁹⁴ **DURAL**, s. 97.

²⁹⁵ **YANLI**, Limited Şirketlerde, s. 237-249, **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 237, **DURAL**, s. 105, **SAĞLAM**, Tüzel Kişilik Örtüsünün Aralanması, s. 73.

²⁹⁶ **YANLI**, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 240.

²⁹⁷ **SAĞLAM**, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, s. 158.

D. Yabancı Sermayeli Ortaklıklar veya Yabancı Ortaklıkların Faaliyetlerinin Taşınması

Ülkemizde bugün birçok ortaklığın yabancı ortakları bulunmakta ve bunun bir sonucu olarak da ortaklığın sermayesi de yabancıların getirdiği kaynaklardan oluşmaktadır. Bu durumda ortaklığın hakim ortağının Türk vatandaşı olmaması ya da Türk hukuk sistemine göre kurulmuş bir ortaklık olmaması halinde hukuk kurallarının uygulanmasında sorunlar ve zorluklarla karşılaşılacaktır. Aynı şekilde yurtdışında farklı bir hukuk sistemine göre kurulmuş bir şirketin merkezini ya da sadece faaliyetlerini Ülkemize taşıması halinde de öncelikli olarak hangi hukuk sisteminin uygulanacağı sorunu ile karşılaşılacaktır²⁹⁸. Ancak yabancı sermayeli bir ortaklık veya yabancı ortaklıkların faaliyetleri sonucunda tüzel kişilik perdesi kötüye kullanılıyor ise bu durumda daha karmaşık bir sorunla karşı karşıya kalınacaktır.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu²⁹⁹ 3. maddesinin (e) bendinde “Özel hukuka tabi olan yatırım sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü ile yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden kaynaklanan yatırım uyuşmazlıklarının çözülmesi için; görevli ve yetkili mahkemelerin yanı sıra, ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim³⁰⁰ ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına başvurulabileceği” öngörülmektedir. Bu durumda uyuşmazlığın çözümü için hangi hukukun uygulanacağı Milletlerarası Özel Hukuk Kurallarına göre belirlenecektir³⁰¹.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması genellikle Anglo-Amerikan ve Avrupa hukuk sistemlerinde kabul edilmektedir. Teorinin, uygulanacak olan hukuk sisteminde kabul görüp görmemesine göre değişmekle birlikte, eğer tüzel kişilik perdesinin kaldırılması koşulları oluşmuş ise uygulanacak hukukta sorumluluğu sağlayan bir kural bulunmaması halinde yabancı ortaklık ve yabancı sermayeli tüzel kişiler için de teori uygulanarak sınırlı sorumluluk ilkesinin arkasına saklanması engellenebilecektir. Ancak farklı ülke hukuklarına tabi olan tüzel kişi ve hissedarlarının sorumluluklarının bulunduğu sonucuna varılsa dahi fiili olarak ortaklığın veya hissedarın ikametgâhının, malvarlığının bulunduğu yer başka bir ülkede ise bu

²⁹⁸ Bu sorunun Almanya’da çözümü ve tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili yeni gelişen yaklaşımlar hakkında bkz. **STAUDINGER**, s. 91-96.

²⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **YILMAZ**, *Yabancı Yatırımlar*, s. 173-190.

³⁰⁰ Bkz. bu konudaki mevzuat için bkz. **NOMER/EKŞİ/ÖZTEKİN-GELGEL**, s 3, 25 vd.

³⁰¹ Bkz. **ÇELİKEL/ERDEM**, s. 69 vd., **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 99.

durumda ancak mahkeme kararının diğerk ÷lkede tanıma veya tenfiz yolu³⁰² ile uygulanabilirliğı ölçüsünde üçüncü kişi durumundaki alacaklı alacağıını tahsil edebilme imkanına sahip olabilecektir.

E- Kurumsal Kötüye Kullanma

Ortaklar tarafından şirketin tüzel kişiliğinin alacaklılara zarar verme kasdıyla yani bilinçli olarak kullanılması halinde kurumsal bir kötüye kullanma hali söz konusudur. Böyle bir durumda tüzel kişi, kanunun çizmiş olduğı sınırlar içinde faaliyetlerini gerçekleştirmesine rağmen (örneğin bir bankanın bankacılık alanında faaliyet göstermesi), tüzel kişi ya hukuka aykırı bir amaçla yöneltilmekte (kurumsal kötüye kullanma) ya da başka şahıslar tarafından iyi niyet kurallarına aykırı bir şekilde zarara uğratılmaktadır(bireysel kötüye kullanma). Bu durumda, esas sözleşmesindeki sahası içerisinde faaliyet gösteren ve görünürde yasal bir çerçevede hareket eden şirket tüzel kişiliğinin arkasına saklanılarak alacaklılar zarara uğratılmaktadır.

Ayrıca tüzel kişilik kurmunun amacı dışında kullanılması da bir kurumsal kötüye kullanma halidir. Bu duruma bir tüzel kişi olan bankanın, olağan bankacılık işlemleri dışında işlemler yapması halinde kuruluş amacına aykırı faaliyetlerinin bulunması hali örnek olarak verilebilir.

³⁰² Bkz. **KURU/ARSLAN/YILMAZ**, Medeni Usul Hukuku, s. 834-839.

İKİNCİ BÖLÜM

BANKACILIK HUKUKUNDA KANUNEN TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI

Bankacılık alanında, bankanın anonim şirket şeklinde kurulu bir tüzel kişilik olmasının arkasına saklanılarak gerçekleştirilen ve banka tüzel kişiliğine zarar veren hukuka aykırı işlemlerin yapıldığı bir dönemden yaşanmıştır. Bu dönemin sonucunda Kanun koyucu tarafından banka tüzel kişiliğinin arkasında yer alan gerçek kişilerin dahi belirlenememiş olmasından yola çıkılarak önce 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda, daha sonra ise 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile bankanın arkasında yer alan gerçek kişileri belirlemeye ve yaşanan olumsuzlukları önlemeye yönelik bazı kanuni düzenlenmeler getirilmiştir. Bu bölümünde Bankacılık Hukukunda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sürecine, hakim ortakların kullandıkları banka kaynaklarını aktarım yöntemlerine ve tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanması konusunda önleyici düzenlemelere yer verildikten sonra, son olarak tüzel kişilik perdesinin kanunen aralandığı düzenlemeler incelenecektir.

I. BANKACILIK HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASI SÜRECİ

A. Bankacılık Hukuku Ana İlkeleri

1. Bankaların Güven ve İtibar Kurumu Olması

Bankalar, halktan mevduat toplama imtiyazına sahip olan, toplanan mevduatı kredilendirerek veya diğer bankacılık sözleşmeleri ile ihtiyaç sahiplerine kullanılarak, ekonomik dengenin sağlanması amacıyla hizmet eden bir güven³⁰³ ve saygınlık (itibar) kuruluşudur. Bankaların ilk ortaya çıkışı³⁰⁴ ise özel kişilere ait para ve değerli madenleri saklamak ve korumak için kurulmuş bir yeddi eminlik kurumu niteliğindedir³⁰⁵. Bankacılık alanında ilk yasal düzenleme 30.09.1933 tarihli ve 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu ile gerçekleştirilmiştir³⁰⁶. Bu ilk Kanunun amacı nakit akışına aracılık eden bankalara güven duyulmasının sağlanmasıdır. Devlet bir bankaya faaliyet izni (ruhsat) vererek bankacılık işlemlerini gerçekleştirirken, söz konusu bankanın bankacılık için gereken asgari koşulları

³⁰³ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 9 vd. , **REİSOĞLU**, S., 79 vd.

³⁰⁴ Bankaların ortaya çıkışı ve tarihi süreç ile ilgili olarak bkz. **TAŞDELEN**, s. 1-41 , **REİSOĞLU**, S., Bankacılık K. Şerhi, s. 1-34 , **ALICI**, s. 1-29.

³⁰⁵ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 21.

³⁰⁶ **REİSOĞLU**, S., Bankacılık K. Şerhi, s. 7.

taşıdığı ve güvenilir olduğu konusunda bir garanti vermektedir³⁰⁷. Devlet, sosyal devlet olmanın getirdiği sorumlukla, kamu iktisadi düzenini bankalara verdiği bu garanti ile korumaktadır. Şöyle ki, devlet, bankaların kuruluşunda ve devamında sağladığı teminat ile sadece kredi düzenini korumakla kalmaz, aynı zamanda ticari hayatın devamlılığını ve iş ahlakını da korumuş olur. Çünkü iktisadi hayatın gelişimi ve işleyişi için kişilerin ihtiyaç duyduğu kredi, güven içerisinde temin edilebilir. Aynı zamanda kredi haksız rekabeti engelleyecek şekilde kullanılırsa, istikrarı sağladığı gibi ve ekonomik hayata da olumlu katkıları bulunmaktadır³⁰⁸.

Bankacılık salt ticari bir faaliyet değildir. Mali piyasalarda mevduat ve krediler aracılığı ile paranın dolaşımını sağlayan bankalar birer güven ve itibar kurumudur. Bunun bir sonucu olarak bankacılık kamu düzeni ve kamu yararı ile doğrudan ilişkisi bulunan bir meslektir³⁰⁹. Bu nedenle güvenin korunmasına ilişkin önlemler kamu düzeni ile her zaman doğrudan ilgilidir³¹⁰. 2001 Ülkemizde yaşanan bankacılık krizinde olduğu gibi, bankacılık

³⁰⁷ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 25, Battal burada asgari güvenden bahsetmekte ise de güven kavramının bölünemeyeceği, yani güvenin ya var ya da yok olacağı düşüncesi ile devletin bu güveni temin ettiği kanaatindeyim.

³⁰⁸ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 27.

³⁰⁹ Bu alandaki kanuni düzenlemelerin “bankalar kanunu” olarak ifade edile gelmekte iken son kanunun “bankacılık kanunu” olarak nitelendirilmektedir. Bankacılığa ilişkin mesleki kurallar daha önceki kanunlarda da yer almaktadır. Ancak bu son kanunla bankacılık mesleğine ilişkin ilkeler bazı değişikliklerle yeniden düzenlenmekte ve tanımlanmaktadır. Bankacılık bir meslek olmakla, her meslekte olduğu gibi kanun önünde meslek ahlakına tabi bir alan olarak tanımlanmış bulunmaktadır. Ayrıca bu konuda Bankaların Kurumsal Yönetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik yayımlanmıştır.

Bu nedenle banka çalışanlarının bankacılık meslek etik kuralları gereğince, banka hakim ortakları ile kişisel ilişkileri, maaşlarının dolgunluğu gibi kişisel çıkarları veya bankanın ticari çıkarlarını gözeterek değil de toplumun tümünün çıkarlarını gözeterek faaliyette bulunmaları gerekmektedir.

³¹⁰ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 27.

Bankaların mevduat kabulü yanında diğer bankacılık işlemlerini yapabilme imtiyazına sahip kurumlar olmaları nedeniyle ekonominin temel taşlarından olup, kamunun gözetimi ve denetimi altındadır. Bu nedenle Kanun koyucu bankaların kuruluşu, mevduat kabulü, faaliyet izni, yönetim organları, hesapların izlenmesi mali tabloların kamuya açıklanması, bankaların iflas ve tasfiyeleri ile sistemden çıkarılmalarına ilişkin hususlar mali yükümlülükler yönünden banka tüzel kişiliklerini hakim ortak ve yöneticilerinin zarar verici davranışlarından korumak maksadı ile emredici düzenlemelerde bulunmaktadır.

3182 sayılı Bankalar Kanunu döneminde Bankalar, Bankalar Kurulu, Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlık, Hazine Müsteşarlığı, Bankalar Yeminli Murakıpları, T. C. Merkez Bankası tarafından denetlenmekteydi. Ayrıca T. Bankalar Birliği gibi meslek örgütleri de bankacılık alanında haksız rekabetin önlenmesi ve mesleki dayanışma açısından mesleki deneyimi yerine getirmekteydi. (**ÖNDER**, s. 18).

alanında, bir bankanın içine gireceği kriz, sadece bu bankanın sermayesini ve mevduat sahiplerinin paralarını kaybetmelerine neden olmayıp, genel bir bankacılık krizine dönüşebilir. Bu durum ise bankalara olan güvenin sarsılması ve kamu düzeninin bozularak toplumsal boyutta bir ekonomik krize yol açabilir³¹¹. Bu nedenle toplumun bankalara karşı duyduğu güvenin ve dolayısıyla bankaların saygınlığının korunması amacıyla, bankacılık alanına devlet müdahale ederek bankaların güven kurumu olmalarını temin edecek özel düzenlemelere gitmektedir. Burada güven ilkesini sağlayan en önemli unsur ise bankacılık meslek kurallarının belirlendiği düzenlemelerdir. Özellikle bankaların ilk kurulduğu andan bu yana önce teamül olarak daha sonra ise kanunlarla kabul edilen bankaların sır saklama yükümlülüğü³¹² yanında bankanın mekanizmaları, kayıt ve düzeni ile ilgili düzenlemeler ile bankacılığın mesleki yapısı Bank. K'nda yer alan hükümler ile ortaya konmaktadır.

Bankalar ile ilişkiye giren gerek gerçek kişiler gerekse tüzel kişiler açısından özel hukukta yer alan tarafların eşitliği ve sözleşme özgürlüğü gibi ilkelerin istisnasız olarak birebir uygulanması adalete aykırı sonuçlar doğuracağından, Kanun koyucu tarafından istisnai nitelikte hukuki düzenlemeler getirilerek adaletin sağlanması amacı güdülmektedir. Bunun bir sonucu olarak da güven kurumu olma amacını gerçekleştirmek ve sisteme duyulan güveni zedelememek (panik halinde mevduat çekilişini önlemek) amacıyla, tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinden hareketle istisnai nitelikte düzenlemelere gidilmektedir³¹³. Kanunların uygulanmasında da bu temel amacın göz önüne alınarak maddi olayların yorumlanması ve uygulanmasının gerektiği düşünülmektedir³¹⁴.

2. Anonim Şirket Olarak Kurulma Zorunluluğu

Bank. K'nun 7. mad.' sine göre bankalar anonim şirket³¹⁵ olarak kurulması zorunlu tüzel kişilikler olup, anonim şirket olmaları itibari ile kâr amacı güden kuruluşlardır.

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 3.ve 4. Maddeleri ile bankaların denetim ve gözetiminin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi amacıyla Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu kurulmuştur. Aynı Kanunun 7. maddesinde düzenlenen Bankaların kuruluş ve faaliyet iznini ile ilgili olarak uygulama yetkisi yine Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na verilmiştir. (ALICI, s.18).

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da aynı yöndeki düzenlemelere bazı değişikliklerle yer verilmiştir.

³¹¹ BATTAL, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 27, ALICI, s. 106 vd., REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 210 vd., TAŞDELEN, s. 192 vd.

³¹² BATTAL, Bankalar K. Şerhi, s. 275 vd., 421, ALICI, s. 789 vd., REİSOĞLU, S., Bankacılık K. Şerhi, s. 983 vd., TAŞDELEN, s. 749 vd. ALTOP, s. 40 vd.

³¹³ BATTAL, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 28.

³¹⁴ BATTAL, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 1.

³¹⁵ BATTAL, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 47, ALICI, s. 107, AKDAĞ-GÜNEY, s. 24.

Bankaların kâr amacı güden kuruluşlar olması karşısında ise güven ve istikrarın sağlanması ve kamu yararı ilkelerinin çeliştiği gözlemlenmektedir. Bu ikilemde dengenin sağlanması görevi ise devlete düşmektedir. Bu nedenle bankacılık hukuku alanında ki tüm düzenlemeler kamu hukuku niteliğindedir. Bu normlar vasıtası ile devlet bankaların gözetim ve denetimini yürütmektedir³¹⁶. Bankalar kamu düzeni ve kamu yararı ile doğrudan ilgili olan ve bu nedenle sorumlulukların ağırlaştırılmasına ihtiyaç duyulan bir alanda yer alanda kuruluşlardır³¹⁷.

Bankaların anonim şirket olarak tüzel kişilik kazanmalarının Kanun Koyucu tarafından tercih nedenleri

- Anonim Şirketlerin organsı yapısı, kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına ve sermayenin uzmanlar eliyle ve profesyonel yöntemlerle yöneltilmesine yardımcı olması³¹⁸,
- Bankaların anonim şirket olmaları nedeniyle iflasa tabi olmalarıdır³¹⁹.

Bu nedenlerle bankaların anonim şirket olarak kurulması zorunluluğu getirilmiştir.

Kısacası bankanın kuruluşunda yer alan ortak amaç ve bu amacı gerçekleştirmek, daha sonra da amacın devamlılığı için bir araya gelerek tüzel kişilik çatısı altında faaliyette bulunmak için en uygun kurum olan anonim ortaklıklar bankaların yapısı için kanun koyucu tarafından tercih edile gelmektedir³²⁰.

3. Bankacılık Hukukuna Özgü Olan ve Genel Kurala Göre İstisna Teşkil Eden Düzenlemeler

Kanun koyucu bankaların kamusal niteliğini ve geçmişte yaşanan bankaların Fon'a devrine neden olan kötü tecrübeleri de göz önüne alarak bankanın yapısını banka ortak ve yöneticilerine karşı korumak amacıyla anonim şirket şeklinde kurulan bankalarla ilgili olarak

³¹⁶ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 27-31, **ÖNDER**, s. 18.

³¹⁷ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 46.

³¹⁸ **BATTAL**, Bankalar K. Şerhi, s. 91-92.

³¹⁹ "Bankaların iflası" ise geçmişten bu güne gelen tarihi süreç içerisinde yaşanmış bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. (Bkz. **ALICI**, s. 1 vd., **REİSOĞLU**, S., Bankacılık K. Şerhi, 5 vd) Ancak bu süreçlerin tamamına ilişkin olarak bankaların tasfiyesini bankaların dışında gelişen ekonomi politikalarına, dünya ekonomik bunalımı gibi genel ekonomik krizlere ve diğer koşullara bağlandığı gözlemlenmekte ise de 1994 ve 200-2001 yıllarında yaşan iki mali krizde; her iki krizin sonucu olarak görülen bankaların mali durumlarının bozulması aslında ekonomik krizin başlıca sebeplerinden birini teşkil ettiği ekonomik bir gerçekliktir. Bu konuda sebep sonuç ilişkisinin ters kurulduğu düşünülmektedir.

³²⁰ **TAŞDELEN**, s. 193 vd. **REİSOĞLU**, S., Bankacılık K. Şerhi, 210 vd., **ALICI**, s. 106 vd., **BATTAL**, Bankalar K. Şerhi, s. 90 vd., Diğer sebepler için Bkz. **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 47 vd.

bazı sınırlamalar getirmiştir. Bu sınırlamalar tüzel kişilik kavramı içerisinde yer verdiğimiz tüzel kişilik ve anonim şirketin tipik özelliklerinden de feragat edilmesi anlamına gelmektedir³²¹. Şöyleki;

Bank. K' nun m. 8' de kurucuların ve hakim ortakların takibi ve denetimi için bazı tedbirler alınmıştır³²². Bu hükümle TMK' nun 3. maddesince kabul edilen iyiniyet ve dürüstlüğü asıl olduğu ve aksi ispatlanıncaya kadar herkesin dürüst sayılacağı yönündeki dürüstlük kuralı bu madde ile tersine çevrilerek dürüst olduğunu ispat yükü banka ortağına ve yöneticilerine yüklenilmiştir³²³. Bunun gibi kurucuların özel niteliklere haiz olması şartı aranmıştır. Çünkü pay devri halinde ortakların kimliğinin tespit edilebilmesi, bu kişinin banka ortağı olmak için gerekli şartları taşıyıp taşımadığının denetiminin sağlanabilmesi için bankaların ortaklık paylarının devri izne tabi tutulmuştur. Aynı şartlar hem gerçek kişi ortaklar için hem de tüzel kişi ortakların ortakları ve hatta onların da ortağı tüzel kişi ise; o tüzel kişi ortağın pay devrinde aynı şartlar aranmıştır. Hükmün hayata geçirilebilmesini teminen de yine Bank. K.'nun 7. maddesinin (b) bendi gereğince anonim şirket olarak kurulması zorunlu kılınan bankaların hisselerinin nakit karşılığı çıkarılması ve nama yazılı olması zorunluluğu getirilmiştir³²⁴. Bankaya ortaklar tarafından konulacak olan sermayenin gerçekten kuruculara ait olması, başkasına ait olmaması ve ödünç olarak alınmamış olması şartı ortakların yeterli mali güce sahip olması olarak ifade edilmiştir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu bu kapsamda ortakların getirdikleri sermayenin kaynağını sorgulama yetkisine sahiptir. Bankanın şeffaf ve açık bir ortaklık yapısına ve bir organizasyon şemasına sahip olması gerekmektedir³²⁵.

Bankacılık faaliyetinin bir mesleki faaliyet olarak kabulü sonucunda banka anonim şirketinin kurumsal yönetim ilkeleri netleştirilmiş ve ağırlaştırılmıştır. Banka ile ortakları arasındaki mal ayrılığı ilkesine önemli istisnalar getirilerek anonim şirket ortaklarının şirket borçlarından sorumlu olmamasına ilişkin kural, kanun koyucu tarafından tüzel kişilik perdesi bizzat kaldırılarak önemli ölçüde sınırlandırılmıştır³²⁶. Devlet bu faaliyetlerini Hazine

³²¹ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 91,92.

³²² **TAŞDELEN**, s. 203 vd., **ALICI**, s. 117, **REİSOĞLU**, 223.

³²³ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 103.

³²⁴ **ALICI**, s. 108.

³²⁵ **BATTAL**, Bankalar K. Şerhi, s. 92, **TAŞDELEN**, s. 193, **ALICI**, s. 106, **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 210.

³²⁶ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 92, **ALICI**, s. 40.

Müsteşarlığı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu gibi kurumlar yanında T. Bankalar Birliği gibi özel kuruluşlar aracılığı ile gerçekleştirmektedir.

Kanun koyucu, bankaların ekonomik istikrar ve dolayısı ile kamu düzeni ile doğrudan ilgili olması nedeniyle her dönemde bankacılık alanında hukuki denetim mekanizmalarına³²⁷ yer vermiş, bankalarla ilgili olarak kamu hukuku alanına dahil müdahaleci düzenlemelerde bulunmuştur.

B. İflas Eden ve Fon’a Devredilen Bankalar ve Yaşanan Süreç

3182 sayılı Bankalar Kanunu döneminde önce 1994 yılında yaşanan devalüasyon sonucunda yaşanan krizde, mali yapısı bozuk olan TYT Bank A.Ş.³²⁸, Marmara Bank A.Ş.³²⁹ ve İmpeksbank A.Ş.³³⁰,nin faaliyet izninin kaldırılmasına, yönetim ve denetimlerinin geçici olarak bir banka yönetimine devredilmesine ve sonrasında açılan iflas davasında ise iflaslarına karar verilmiştir.

1998 yılında henüz 3182 sayılı Bankalar Kanunu döneminde 12.12.1998 tarihinde Bankekspres A.Ş.³³¹,nin, 07.01.1999 tarihinde İnterbank A.Ş.³³², yönetim ve denetim kurulları değiştirilmiştir.

Tüzel kişilik perdesinin aralanmasına ilişkin teorilerin savunucuları olan yazarların tamamına yakını, açık bir kanuni düzenleme var ise teorinin uygulanamayacağı görüşünü benimsemektedir. Ancak burada ihtiyaçların kanunlaşması sonucunda vücut bulan bir kanuni düzenleme ile karşı karşıya bulunmaktayız. Şöyleki hisselerinin Fon’a devrine karar verilen tüm bankalarda, banka hakim ortaklarının banka tüzel kişiliği arkasına saklanarak, banka kaynaklarını edindikleri ve edindirdiklerinin anlaşılması ile birlikte kişilerin bağımsızlığı ve mal ayrılığı ilkelerinin kötüye kullanılmış olduğu ve yeni düzenlemelerle banka hakim ortaklarının banka zararından sorumlu bulundukları kabul edilmiş ve hatta yöneticilerle birlikte iflaslarına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler ile tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi ile kabul edilen hususlar kanunlaştırılmış bulunmaktadır. Yani tüzel kişilik perdesi kanunen aralanmıştır. Teorinin ana mantığı olan kanuni düzenleme var ise kanuni düzenlemenin uygulanacağı kuralı geçerliliğini bankacılık alanında da korumaktadır. Ancak söz konusu kanuni düzenlemelerde aranan koşulların maddi olayda bulunmaması halinde tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisinin maddi olayın çözümünde hakim tarafından uygulanması olanağı her zaman mevcut bulunmaktadır.

³²⁷ ÖNDER, s. 3.

³²⁸ *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği, Cilt 18,k, 4. Kitap, İstanbul, 2009, s. 36 vd.*

³²⁹ Raf Temizliği, C. 18, 1. Kitap, s.36.

³³⁰ Raf Temizliği, C. 18, 2. Kitap, s.36.

³³¹ *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği, Cilt 08, İstanbul, 2009, s.40 vd.*

³³² *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği, Cilt 02,, İstanbul, 2009, 62.*

4389 sayılı Bankalar Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra 21.12.1999 tarihinde ise Esbank Eskişehir Bankası T.A.Ş.³³³, Egebank A.Ş.³³⁴, Sümerbank A.Ş.³³⁵, Yurt Ticaret ve Kredi Bankası A.Ş. (Yurtbank A.Ş.)³³⁶ ve Türkiye Tütüncüler Bankası Yaşarbank A.Ş.³³⁷,nin yönetim ve denetiminin Fon'a devredilmesine karar verilmiştir.

Mali yapısı bozulan Bank Kapital A.Ş.³³⁸, Etibank A.Ş.³³⁹, Demirbank A.Ş.³⁴⁰, 27.10.2000 tarihinde, Ulusal Bank A.Ş.³⁴¹, 28.02.2001 tarihinde, İktisat Bankası T. A.Ş.³⁴², 15.03.2001 tarihinde, Kentbank A.Ş.³⁴³, Ege Giyim Sanayicileri Bankası A.Ş.³⁴⁴, Bayındırbank A.Ş.³⁴⁵, Sitebank A.Ş.³⁴⁶ ve Milli Aydınbankası A.Ş.³⁴⁷, 09.07.2001 tarihinde, Toprakbank A.Ş.³⁴⁸ 30.11.2001 tarihinde yönetim ve denetimleri Fon'a devredilmiştir. Türk Ticaret Bankası A.Ş.³⁴⁹,nin ise bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izni 01.07.2001 tarihinde kaldırılmıştır. Dört yatırım bankasının bankacılık yapma izni kaldırılmış³⁵⁰ ve Yabancı Sermayeli Şube şeklinde çalışan Kıbrıs Kredi Bankası Ltd³⁵¹,nin bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmıştır. 18.06.2002 tarihinde Pamukbank A.Ş.³⁵², nin yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmiş ve son olarak 03.07.2003

³³³ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği, Cilt 09, İstanbul, 2009, s.40.

³³⁴ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği, Cilt 01, İstanbul, 2009, s.66.

³³⁵ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 16, İstanbul, 2009, s. 44.

³³⁶ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 07, İstanbul, 2009, s.48.

³³⁷ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 14, 1. Kitap İstanbul, 2009, s. 42.

³³⁸ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği, Cilt 10, İstanbul, 2009, s.32.

³³⁹ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 04, , İstanbul, 2009, s. 58.

³⁴⁰ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 12, 1. Kitap İstanbul, 2009, s. 40.

³⁴¹ Raf Temizliği, C. 12, 2. Kitap, 28.

³⁴² Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 03, İstanbul, 2009, s. 60.

³⁴³ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,Cilt 15, İstanbul, 2009, s.34.

³⁴⁴ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 06, İstanbul, 2009, 46.

³⁴⁵ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 17, İstanbul, 2009, s.30.

³⁴⁶ Raf temizliği, C. 14, 2. Kitap,30.

³⁴⁷ Raf temizliği, C. 14, 3. Kitap,36.

³⁴⁸ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği, 05, İstanbul, 2009, s.30.

³⁴⁹ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 13, Türk Ticaret Bankası, İstanbul, 2009, s.40-41.

³⁵⁰ BİRLEŞİK YATIRIM BANKASI A.Ş. (21.11.1999), PARK YATIRIM BANKASI A.Ş. (06.12.2000), ATLAS YATIRIM BANKASI A.Ş. (09.07.2001), OKAN YATIRIM BANKASI A.Ş. (09.07.2001).

³⁵¹ Raf Temizliği, C. 18, 3. Kitap, s.24.

³⁵² Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 11, Pamukbank, İstanbul, 2009, s. 46.

tarihinde T. İmar Bankası A.Ş.³⁵³,nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılmıştır.

C. Bankaların İflasının veya Fon’a Devrinin Sosyo-ekonomik Nedenleri

1994 krizinin bankacılık sektörünün geneline yayılması ancak mevduatın tamamının sigorta kapsamına alınması ile önlenebilmiştir³⁵⁴. Ancak mevduatın tamamının sigorta kapsamına alınması geçici bir önlem olarak öngörülmüş iken uzun süre devam etmesi, daha sonra yaşanan süreçte banka hakim ortak ve yöneticilerince bu güvencenin sorumsuzluk klozu gibi kullanılmasına yol açmıştır.

Bu nedenle 1998-2001 yılında yaşanan krizin ana nedenlerinden biri mevduat sigortasına tanınan güvencenin mevduatın tamamını kapsamamasından kaynaklandığı genel olarak kabul edilen bir düşüncedir.³⁵⁵ ALICI bu neden yanında ekonomik bazı sebeplere de yer vermekte ise de “bu sebeplerin mali yapısı bozuk durumdaki bankalar için kâğıttan kuleleri yıkan bir meltem olarak nitelenmek mümkündür.” şeklinde nitelendirmektedir³⁵⁶. Aslında bu ekonomik krizlerin ana çıkış nedeni de bankaların “sermaye yeterlilik rasyosunu”³⁵⁷ ve kamu yararını gözetmeksizin banka hakim ortaklarının ve yöneticilerinin kendi çıkarlarına gerçekleştirdikleri kaynak aktarımlarıdır. Çünkü bankalar ekonomideki döngüde zincirin en temel ve büyük halkalarını oluşturmakta, mevduat olarak topladığı birikimleri kredilendirme sürecinde ticari hayata tekrar kazandırmaktadır. Banka hakim ortak ve yöneticileri tarafından topluma dağıtılması gereken banka kaynağı niteliğindeki birikimler -aşağıda açıklanacak olan yöntemlerle- tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanılarak haksız yere kendi yedlerinde kalacak şekilde aktarılmıştır. Bu suretle sadece ilk on banka üzerinden 11 milyon dolarlık (ülkemiz gayri safi milli hasılasının 10 katı büyüklüğündeki) bir mali kaynak³⁵⁸ ülkemiz ekonomik hayatından çekilerek bankaların hakim ortak ve yöneticilerine aktarılmıştır. Bugün Fon’a devredilen bankaların tamamından aktarılan kaynaklar toplamının ülkemiz nüfusuna bölündüğünde; kişi başına düşen zarar miktarının herkese eşit ve geri ödemesiz olarak devlet tarafından dağıtılması gibi varsayımda ekonomiye olabilecek katkısı

³⁵³ *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, Raf Temizliği,, Cilt 19, İmar Bankası, İstanbul, 2009, s.45, 70.*

³⁵⁴ 94/5565 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla (1. Mad) tasarruf mevduatının tamamının sigorta kapsamına alınmasına karar verilmiştir. Bkz. ALIŞKAN, 443-445, REİSOĞLU, Bankalar K. Şerhi, s. 679.

³⁵⁵ ALIŞKAN, s. 261.

³⁵⁶ ALICI, s. 8.

³⁵⁷ ALTINTAŞ, s. 106.

³⁵⁸ ÖNDER, s. 1.

düşünüldüğünde ülkemizin sosyo-ekonomik hayatına verilen zararın boyutları daha iyi anlaşılabilecektir³⁵⁹.

Bankaların batışında banka kaynaklarının (bankanın aktifinde yer alan krediler, sermaye payı veya sermaye payı artırımı borcu, gayrimenkul ve menkul mallar ile pasifinde yer alan mevduatlar, vs. kalemler) banka hakim ortaklarına, yöneticilerine ya da üçüncü kişilere şeklen hukuka uygun, kanunun arkasını dolanma amacı güden, muvazaalı işlemlerle aktarılması nedeni ile bankaların aktifinin pasifini karşılamayacak düzeyde bozulması sonucunda banka hisselerinin Fon'a devredildiği gözlemlenmektedir. Tüm bu hukuka aykırılık taşıyan dolanlı işlemlerin, yetersiz denetim mekanizmalarının³⁶⁰ da katkısı ile tüzel kişilik perdesi arkasına saklanılarak gerçekleştirildiği ülkemizin bir gerçeği olarak karşımıza çıkmaktadır. Banka hakim ortaklarının banka tüzel kişiliği içerisinde resmi kayıtlarda ortak olarak dahi yer almadıkları, bankaya ortak bulunan kendilerine ait grup şirketlerindeki hisseleri dolayısıyla bankaları yönettikleri, bunun yanı sıra eş ve çocuklarının ve hatta yakın akraba veya çalışanları üzerinden hisselerin kontrolünü ellerinde tuttukları banka kaynaklarını kendi malvarlıkları yanında eş, çocuk, akraba ve hatta çalışanları üzerinden edindikleri veya edindirdikleri sık sık karşılaşılan bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

O dönemde Devlet tarafından tasarruf mevduatının tamamının ödenmesinin taahhüt edilmiş olması nedeniyle; yönetim ve denetimine el konulan bankaların zararının Hazine tarafından karşılanarak Fon tarafından ödenmesi ile bankaların hisselerinin Fon' a devri sonucunda banka kaynaklarının aktarımından doğan zarar toplumun tamamına yansımıştır.³⁶¹ Bu sorunun çözümü için ise 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu ile bankanın tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlulardan toplumun tamamına yansıyan kamu zararının tahsili

³⁵⁹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun genel gerekçesinde "2001 krizi ve bankaların buna katkısı ile ilgili olarak "2001 yılının Şubat ayında, istikrarsız makroekonomik ortam, özkaynak yetersizliği, küçük ölçekli bankacılık yapısı, kamu bankalarının sistem içindeki payının yüksekliği, zayıf aktif kalitesi, yetersiz iç kontrol, risk yönetimi ve kurumsal yönetim bankacılık sektöründe yeni bir kriz yaşanmasında önemli rol oynamış olduğu" belirtilmiştir. Bankaların hâkim ortaklarının bankacılık dışı faaliyetlerinin finansmanı için doğrudan veya dolaylı olarak kullandırılan ve sürekli yenilenen krediler aktif kalitesinde bozulmaya yol açmış, yönetim kurulunda yer almak ve karar alma sürecine katılmak suretiyle banka sahiplerinin banka yönetimi üzerindeki yönlendirici etkisi ise etkin kurumsal yönetimin uygulanmasını ve iç kontrol mekanizmasının gelişmesini sınırlandırmıştır. Diğer taraftan, ortakların gerektiğinde sermaye desteği sağlayacak malî güce sahip olmamaları veya bu konudaki isteksizlikleri özkaynak yetersizliğinin temel nedenleri olmuştur." belirlemelerine yer verilmiştir.

³⁶⁰ ÖNDER, s. 3.

³⁶¹ ALIŞKAN, s. 261., ALICI, s. 13-17.

amacını³⁶² güden düzenlemeler yapılmıştır. 4389 sayılı Bankalar Kanunu 23.06.1999 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş daha sonra ise 4491, 4672, 5020 sayılı kanunlarla gelişen ihtiyaçlara göre kazuistik bir yöntemle önemli değişikliklere uğramıştır³⁶³. Daha sonra ise çok sayıda değişiklik geçiren 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nu yerine yeni ihtiyaçların karşılanması için mülga kanuna göre değişiklikler içeren hükümler eklenerek yeni bir sistematikte düzenlenen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu 01.11.2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Ancak bu Kanunun geçici 11. maddesi gereğince 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 15,15/ (a), 16, 17, 17/ (a) ve 18 maddeleri, ek 1, 2, 3, 4, 5, ve 6'ncı maddeleri ile geçici 4. maddesi, 14. maddenin 5 ve 6. fıkralarında düzenlenen hükümleri maddede belirtilen hallerde halen yürürlüktedir. Ayrıca Bank K'nun geçici 16. maddesine³⁶⁴

³⁶² 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun gerekçesi

4389 sayılı kanun ile tüzel kişilik perdesinin aralanması amacına hizmet eden şu değişiklikler yapılmıştır. (Tüm yeni düzenlemeler için bkz. **ALICI**, 18-23.)

- a) Banka kurucuları tarafından Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na % 5'i faaliyete başlamadan önce ve kalan % 5'i faaliyete geçiş tarihinden itibaren bir yıl içerisinde olmak üzere asgari sermayenin % 10 oranında sisteme giriş payı ödenmesi öngörülmüştür. (7/ 4-b mad.)
- b) İzne tabi hisse devirleri yeniden düzenlenerek, oy hakkının edinilmesi ve hisselerin rehnedilmesi de kanunda gösterilen oransal sınırlara göre izne tabi tutulmuştur. Yönetim ve denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren veya intifa hakkı tanınan hisse senetlerinin devri herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın Kurulun iznine bağlanmıştır. (8/2-a)
- c) Genel Müdür veya yardımcılıklarına atanacaklarının, Kanunda aranan şartları taşıdıklarına dair belgelerle birlikte Kuruma bildirilmeleri ve ancak Kurum tarafından 7 gün içerisinde atama ile ilgili olumsuz görüş bildirilmezse söz konusu göreve atanabilecekleri kabul edilmiştir. Bunların herhangi bir nedenle görevden ayrılmaları halinde görevden ayrılma nedenlerinin de banka veya ilgili tarafından Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumuna bildirilmesi öngörülmüştür. (9/3 mad.)
- d) Kredi tanımlaması yeniden yapılarak, tevdiatta bulunmak yada herhangi bir şekil veya suretle verilecek ödünçler ile varlıkların vadeli satışından doğan alacaklar kredi kapsamına dahil edilmiştir. (11/1 mad.)
- e) Kredi sınırlamalarına ilişkin olarak ise, bir gerçek veya tüzel kişiye doğrudan veya dolaylı olarak kullandırılacak krediler % 20'den % 25'e çıkarılmakla birlikte, banka kaynaklarının % 10'unu aşan krediler büyük kredi olarak tanımlanmış, bu tür kredilerin toplamı ise banka özkaynaklarının 8 katı ile sınırlandırılmıştır. Dolaylı kredi ilişkisi ile grup içerisinde yer alan gerçek ve tüzel kişilerin tamamına açılacak krediler ise banka özkaynağının % 50'si olarak belirlenmiştir. Nakit kredi temini amacıyla verilen teminat ve garantiler hariç gayri nakdi kredilerin de % 25 oranında olması gerektiği kabul edilmiş ve sınırlamalara tabi olmayan işlemler yeniden düzenlenmiştir. (11 mad.)

³⁶³ 4389 sayılı Bankalar Kanunu; 4491, 4672, 4684, 4743, 4842, 5020, 5189, 5228, 5354 sayılı kanunlar ile değişikliğe uğramıştır.

³⁶⁴ Kural olarak kanunlar geçmişe yürümektedir. Yani kanunlar yürürlüğe girdiği tarihten itibaren meydana gelen olaylara uygulanabilir. Ancak bu kuralın istisnaları bulunmaktadır. Beklenen haklar, kamu düzeni ve genel

göre bu Kanun ile Fon lehine getirilen hükümlerinin makalede şamil olduğu hükme bağlanmıştır. Daha sonra 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 13, 129 ve 134'üncü maddeleri de 5472 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır³⁶⁵.

Kanun koyucu 4389 s. K.'nın ve bu kanunda değişiklik yapan diğer kanunların gerekçelerinde³⁶⁶ bankaların zarara uğratılması amacı güden, kötünietli olarak, tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanılarak gerçekleştirilen dolanlı işlemler olduğunu özellikle vurgulamaktadır. Ayrıca bu tür işlemler sonucunda oluşan kamu zararının, yaşanan süreç içerisinde (dürüst kabul edilen kişiler arasında geçerli bulunan alacak-borç ilişkilerini çözümlmek için getirilmiş olan) mevcut kanuni düzenlemelerle çözümlenemediğini de kabul etmektedir. Bu nedenle alacağının tahsili çalışmalarında olağanüstü bir dönem için yine olağanüstü düzenlemelere gidildiğini de açıklamaktadır. Burada Kanun koyucu tarafından bankaların batması sonucunu doğuran somut olaylar göz önüne alınarak kamu alacaklarının bankalara zarar verenlerden geri alınması amacını güden düzenlemeler getirilerek kanunen tüzel kişilik perdesini kaldırmaktadır³⁶⁷.

Kanun koyucunun Bank K. m. 71.' de tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesinin uygulanacağı bütün hallere yani özkaynak yetersizliği, özdeşleşme ve hakim ortak olma hallerine yer verdiği görülmektedir. Şöyle ki; 71. Maddenin (a), (c) ve (d) bendleri kapsamında bankanın Fon'a devri halinde "mali durumunun güçlendirilmesi olanağı bulunması", "yükümlülüklerini vadesinde yerine getirmediğinin tespit edilmesi" veya "yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması" gibi bir koşulun varlığı aranacaktır ki bu hallerin hepsinde özkaynak yetersizliği kıstası esas alınmaktadır. Yine aynı maddede yer alan "Banka hakim ortakların veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı olarak dolanlı yollarla kendi lehlerine kullanılması veya kaynak aktarılması ve bankanın bu şekilde zarara uğratılması" hallerinde ise hakim ortağın kendisi banka ile

ahlaka ilişkin kurallar ve usul hukukuna ilişkin kurallar geçmişe etkilidir. Ayrıca tarafların iradesine bağlı olmayan zamanaşımı gibi konulardaki hükümlerde geçmişe etkili olabilir. (**BİLGE**, s.198, **DOĞRUSÖZ**, s. 295). Ayrıca kanunda açık hüküm bulunması halinde de kanunların geçmişe yürürlüğü kabul edilmektedir. Bu maddenin de kamu düzeninden olmasından dolayı kanunun yapıcı/telafi edici amacını gerçekleştirebilmek için kabul edildiği düşünülmektedir. Ancak *Doğrusöz* bu konuda aşırı koruyucu bir hüküm bulunduğunu düşünmektedir (**DOĞRUSÖZ**, s. 295).

³⁶⁵ Bankacılık Mevzuatının gelişimi için bkz. **ALICI**, s. 10 vd., **TAŞDELEN**, s. 2 vd., **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 5 vd.

³⁶⁶ Bkz. 5020 sayılı Kanunun gerekçesi.

³⁶⁷ **ULUSOY**, s. 353.

özdeştirmesi kıstası esas alınmıştır. Hakim ortak, banka üzerindeki nüfuzunu kullanarak, banka ve bankanın malvarlığı, kendi malvarlığına dahilmiş gibi banka kaynaklarını kendi yararına kullanmaktadır. Yani hakim ortak tüzel kişiliğin malvarlığı ya da daha doğru bir ifade ile ayrı bir kişiliği yokmuş gibi ve dolayısıyla bankanın malvarlığı kendi mal varlığıymış gibi davranmaktadır³⁶⁸.

Ticaret şirketlerine tüzel kişilik tanınmasının amacı kuruluş amaçlarına uygun bulunan çıkarları doğrultusunda hareket etmeleri ve ortak amacın gerçekleştirilebilmesi için süreklilik unsurunun devam etmesidir. Kanun koyucu bu nedenle ticaret şirketlerine tüzel kişilik adı altında kişilik tanıyarak hak ve borçlara sahip olma ehliyeti tanımaktadır. Şirketler kendi çıkarlarını bir tarafa bırakıp ortaklarının çıkarlarını gerçekleştirmek amacıyla hareket edemezler. Böyle bir durumda şirket alacaklılarının ve çalışanlarının zarara uğrayacağı daha da önemlisi şirketin devamlığının sağlanamayacağı kesin ve açıktır. Kaldı ki güven ve istikrar kurumu niteliğindeki ekonominin temel taşlarından olan bir bankanın, kendi menfaatleri yerine hakim ortaklarının menfaatlerine hizmet edecek şekilde yönetilmesi durumunda ticari şirketin unsurlarından olan ortak amaç unsuru ortadan kalkmış sayılır. Bu nedenle yalnız bankalar değil ticari şirketlerin hiç biri kendi çıkarları yerine hakim ortakların çıkarları lehine işlem yapamaz. Bank. K.'nın 108 ve 110. maddesinde karşımıza çıkan hakim ortaklara menfaat sağlamak amacıyla yapılan faaliyetlerin sorumluluk nedeni sayılması, ortak amaç unsurunun yok sayılmasının yasal yaptırımı olarak karşımıza çıkmaktadır³⁶⁹.

II. HAKİM ORTAKLARIN BANKA KAYNAKLARINI AKTARIM YÖNTEMLERİ

A. Gerçeğe Aykırı Kayıt ya da Kayıt Dışılık

1. Gerek 3182 sayılı Bankalar Kanunu döneminde iflas eden bankalarda gerekse 4389 sayılı Bankalar Kanunu döneminde yönetim ve denetimine el konulan veya iflas eden bankaların kayıtları banka hakim ortaklarınca ve yöneticilerince bilinçli olarak eksik, usulsüz, çifte kayıt suretiyle gerçeğe aykırı mali tablolar³⁷⁰ oluşturularak tutulmuş olduğu tesbit edilmiştir.³⁷¹ Burada amaç banka hakim ortak ve yöneticilerinin ileride doğacak zararlardan dolayı sorumluluğun banka kayıtlarından tespitinin engellenmesi³⁷²,

³⁶⁸ ULUSOY, s. 395.

³⁶⁹ ULUSOY, s. 398.

³⁷⁰ Bilanço, kar-zarar tablosu, fon akım tablosu, nakit akım tablosu, kredi ve mevduat portföyleri şarta bağlı yükümlülükleri içeren nazım hesaplar vs.

³⁷¹ Bir bankada şubelerde tek kayıt sistemi tutulmasına rağmen şubelerden banka genel müdürlüğe aktarıldığı aşamada bankanın ortaklarından olan ve bankaya bilgi işlem hizmeti veren, aynı zamanda banka hakim ortağının kontrolünde olan bir şirketçe gerçeğe aykırı bir şekilde mizanlara dökülmek sureti ile muhasebeleştirildiği tesbit

2. Hisse alım bedellerinin ödenmesi görüntüsü yaratan usulsüz borç nakillerinin banka kayıtlarına yansıtılmamış olması nedeniyle kredilerin halen ilk şirketler yönünden açık gözükmesi³⁷³,

3. Bankanın grup şirketlerdeki hissesi ile dolaylı hakim ortağı olan kişinin hisselerini üçüncü kişilere devretmesi nedeniyle dolaylı hakim ortak sıfatının ve bankanın hisselerinin el değiştirmesi sonucunda devir tarihinin tespit edilememesi nedeni ile sorumluların tespit edilememesi.

B. Banka Hisselerinin Alınmasında ya da Satılmasında Banka Kaynağı Kullanımı

1. Banka hisselerinin satışında satın alma bedelinin ödenmesinde de banka kaynaklarının kullanıldığı³⁷⁴, bankayı devreden eski hakim ortağın grup şirketlerinin kullandığı nakdi ve gayri kredilerin faizleriyle birlikte bankayı devralan grubun şirketleri tarafından devir ve temlik alınarak, karşılığında nakit bir bedel ödenmeksizin borç nakillerinin muvazaalı olarak gerçekleştirildiği, devralan hakim ortağa bankadan yüklü miktarlarda krediler açıldığı ya da bankanın devralınmasından önce grup tarafından üçüncü şahıs konumundaki bir bankadan alınan kredilerin banka kaynaklarından geri ödendiği gözlenmektedir. Bankanın hisselerinin bedellerinin bankadan kullandırılan krediler ve diğer kaynaklarla karşılanarak devralınması, karşılıklı kullandırılan kredilerin borç nakilleri ile kapatılması,

edilmiştir. (RAF TEMİZLİĞİ, C. 19, s. 41 vd.). Bu işlemler, çifte kayıt olarak anılmakta olup bu suretle mevduat farkı oluşturulmuştur.

Başka bir bankada ise off-shore bank olarak yurtdışında kurulu bir şirketin hakim ortak tarafından banka ile birleştirilmesi sırasında yasal kayıtların bankaya gönderilmediği, kaşesiz ve imzasız bir listeden hareketle değişiklikler yapıldığı, devir işlemi için yasal olarak gerekli bulunan off-shore bank devir bilançosunun ve envanter kayıtlarının çıkarılmadığı ve bilançoda yer alan kalemlerin off-shore bank'ın bilançosunun tamamını oluşturup oluşturmadığının belirlenemediği tespit edilmiştir. (RAF TEMİZLİĞİ, C. 03, s. 32).

³⁷² Bank. K. 137. maddesi ile kabul edilen ispat yükü yer değiştirmesine ilişkin düzenleme ilk defa 5020 sayılı kanunla getirilmiştir. Bu kanunun gerekçesinden banka kayıtlarının eksik, usulsüz veya gerçeğe aykırı tutulmuş olması nedenleri ile söz konusu düzenlemenin yapılmış olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir yolsuz sistemde bilgi ve belge tespit edilemeyecektir. Bu durumda resmi tutulan kayıtların gerçeği yansıtmaması ve ikinci bir kaydın banka hakim ortakları tarafından tutulması amaçlanmaktadır.

³⁷³ RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 46 vd., RAF TEMİZLİĞİ, C. 09, s. 36.

³⁷⁴ RAF TEMİZLİĞİ, C. 04, s. 26-27, RAF TEMİZLİĞİ, C., 01, s. 31-34, 46-49, RAF TEMİZLİĞİ, C. 16, s. 34, RAF TEMİZLİĞİ, C. 02, s. 29, RAF TEMİZLİĞİ, C. 08, s. 26,31, RAF TEMİZLİĞİ, C. 04, s. 35-38, RAF TEMİZLİĞİ, C. S. 18, 28, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 1. Kitap, s. 29, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 2. Kitap, s.28.

2. Banka hakim ortağının yalnız veya bir başka banka ile birlikte yeni bir bankanın ortaklığını devralmasında banka kaynaklarının kullanılması³⁷⁵.

C. Krediler Kullanılarak Gerçekleştirilen Banka Kaynağının Aktarım Yöntemleri

1. Doğrudan verilen nakdi ve garinakdi kredilerle banka kaynaklarının hakim ortağa, yöneticilerine, bunların yakınlarına veya grup şirketlerine aktarılması,³⁷⁶ paravan şirketlere bankadan kullandırılan kredilerle bu kişilerin diğer bankalara olan borçlarının kapatılması³⁷⁷ ya da hakim ortak holdingin grubun kullandığı kredilere kefalet vermesi³⁷⁸.

2. Kredi sınırlamalarının aşılabilmesi amacıyla üçüncü şahıslar üzerinden kredi kullanılması³⁷⁹ ve bu kredilerin daha sonra banka kaynağı ile borçlanan hakim ortağa devredilmesi için borcun nakli sözleşmelerinin köyüye kullanılması³⁸⁰ ya da mevcut kredilerle ilgili olarak yapılan protokollerin banka hesaplarına yansıtılmayarak kredi ödemelerinin banka yerine yurt dışındaki banka hakim ortaklarının hesaplarına ya da yurt dışındaki bankalarına aktarılması.

3. Kredilerin nakit giriş çıkışı olmaksızın yeni kredilerle kapatılması, borç nakilleri ile kredilerin devredilmesi³⁸¹, ödenmeyen kredi alacakları için karşılık ayrılmaması, kanuni takip işlemleri yapılmaması ve kredilerin bu yollarla sürekli ertelenerek donuklaştırılması

(Bu yöntemde aslında kredi tahsisi anında dahi kredilerin geri dönmesi amaçlanmamakta hukuka sistemince tanınan kredi işlemi hakkın kötüye kullanılması suretiyle sonuç olarak bağış gibi ivazsız kaydi bir alacağa dönüşmektedir.)

4. Banka kaynaklarının, kredi adı altında nakit çıkışlar ile gerçek veya tüzel kişi üçüncü şahıslara aktarımı³⁸².

³⁷⁵ RAF TEMİZLİĞİ, C. 02, s. 37, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, s. 2. Kitap 31, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 3. Kitap s. 31.

³⁷⁶ RAF TEMİZLİĞİ, 03, s. 46-48, RAF TEMİZLİĞİ, C. 07, s. 39, RAF TEMİZLİĞİ, C. 16, s. 36, RAF TEMİZLİĞİ, C. 09, s. 33, RAF TEMİZLİĞİ, C. 02, s. 32, RAF TEMİZLİĞİ, C. 05, s. 33, 37, RAF TEMİZLİĞİ, C. 04, s. 54, RAF TEMİZLİĞİ, C. 06, s. 33-34, RAF TEMİZLİĞİ, C. 17, s. 35, RAF TEMİZLİĞİ, C. 11, s. 39, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 1. Kitap, s. 28, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 2. Kitap, s. 29, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 3. Kitap, s. 29, RAF TEMİZLİĞİ, C. 14, . Kitap, s. 33, RAF TEMİZLİĞİ, C. 14, 2. Kitap, s. 30, RAF TEMİZLİĞİ, C. 14, 3. Kitap, s. 30.

³⁷⁷ RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 48, RAF TEMİZLİĞİ, C. 07, s. 51, RAF TEMİZLİĞİ, C. 10, s. 41.

³⁷⁸ RAF TEMİZLİĞİ, C. 06, s. 39.

³⁷⁹ RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, 54, RAF TEMİZLİĞİ, C. 11, s. 41.

³⁸⁰ TEMİZLİĞİ, C. 16, s. 39.

³⁸¹ RAF TEMİZLİĞİ, C. 07, s. 39, RAF TEMİZLİĞİ, 03, s. 46-48.

5. Bankacılık uygulamasında “back to back kredi³⁸³” şeklinde adlandırılan işlem, Bankalar Kanunun çeşitli hükümlerinin dolanılmasına yönelik olarak Banka sahibi grupların, kendi grup firmalarına kaynak aktarımı kastıyla sıkça başvurduğu bir kredilendirme yöntemidir. Bu yöntemle genellikle iki ayrı banka devreye girmek suretiyle, karşılıklı olarak tutar, vade faiz oranı ve teminat koşulları tamamen eşit olmak üzere bankanın içinde yer aldığı gruba kredi kullandırılmakta, aynı şekilde karşı banka da diğer bankanın hakim ortak sermayedar grubuna ait firmaları kredilendirmektedir. Böylece her iki bankanın hakim ortağı tarafından karşılıklı gözüken bu krediler aracılığıyla kanunda yer alan kredi sınırlamaları aşılmaktadır. Böylece kredi sınırlamaları kanunun arkasını dolanmak sureti ile aşılaraq banka kaynağı edinilmekte veya edindirilmektedir³⁸⁴.

³⁸² Hakim ortakların kasası olarak adlandırılan kişilere aktarımlarla karşılaştığı gibi tamamen bankaya ve gruba yabancı olup çeşitli bağlantıları bulunan gerçek veya tüzel kişi üçüncü şahıslara kaynak aktarımı. RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 59, RAF TEMİZLİĞİ, C. 03, s. 50-55.

³⁸³ RAF TEMİZLİĞİ, C. 07, s. 39, RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 51, RAF TEMİZLİĞİ, C. 10, s. 39, TEMİZLİĞİ, C. 16, s. 37, RAF TEMİZLİĞİ, C. 08, s. 33, RAF TEMİZLİĞİ, C. 04, s. 54.

Tekinalp, Back to bak kredilerin geçerli bir banka kredisi türü olduğunu ve uluslararası hukukta kabul gördüğünü bu nedenle somut olayda dolanlı olarak kullanılıp kullanılmadığının araştırılması gerektiğini ifade etmiştir. **TEKİNALP**, Ü.T.’nin Banka Hukuku Esasları, s. 282. Burada kredi sınırlamalarının aşılp aşılmadığının tespiti, hakim ortağın dolanlı davranıp davranmadığını ortaya koyabilecek bir saik göstergesi olabileceğinden önemlidir.

³⁸⁴ **TAŞDELEN**, s. 1044.

Bu suretle 4389 sayılı Bankalar Kanununda döneminde öngörülen gerek gerçek veya tüzel kişiye kullandırılacak gerekse Banka hakim ortak veya iştiraklerine aktarılacak azami kredi sınırlamalarına ilişkin hükümler dolanılmaya çalışılmıştır. Hukuki anlamda muvazaalı addedilebilecek söz konusu kredilendirme işlemleri, kredilerin karşılıklı olması ve işlemin iki tarafında da banka ve finans kurumu sahibi birer grubun olması nedeniyle olağan kredilendirme süreçlerinden ve prosedürlerinden farklı olarak gerçekleştirilmektedir. Bu tür bir kredilendirme sürecinde kredi kullanan firmaların mali yapısı işlemin karşılığında kredi kullandıran bankanın grubu da karşı banka tarafından kredilendirildiğinden göz ardı edilmektedir. Back to back kredi uygulamasının, bu şekilde kullanıldığı hallerde gerçek iradenin görünüşte yaratılan bir hukuki durumun arkasına gizlenilmesi söz konusudur. Bu muvazaalı durumun bir gereği olarak da kredi kullandırımı tamamen eşit koşullarda ve olağan uygulamadan farklı bir yapıda gerçekleştirilmektedir. Zira Her firmanın nakit akışı birbirinden farklı olup her iki gruba mensup firmaların aynı dönem ve vade ile aynı tutarda krediye ihtiyaç duyması hayatın olağan akışına aykırı bir durum iken back to back kredi işlemi banka hakim ortaklarının Bankalar Kanunu’nda yer alan hakim ortak grubuna kredi kullandırımına ilişkin getirilen sınırlamalar nedeniyle limitlere takılmamak ve kanunun bu hükümlerini dolanmak amacıyla iki bankanın karşılıklı olarak banka kaynaklarını birbirlerine edindirmelerine yönelik bir işlemdir. Banka hakim ortağı, karşı bankadan kredi kullanmakta, buna karşılık kendi bankasından da diğer gruba kredi kullandırmaktadır. Dolayısıyla bu kredilerden kredi borçlusu olarak sözleşmeden doğan sorumluluğu yanında, kullandırılan krediden ise hakim

6. Kullandırılan kredilerin vadesinde geri ödenmemesine karşın karşılık ayrılmaması ve kanuni takibe atılmaması için sürekli yeniden kredi kullandırılmış gibi gösterilerek kredilerin kapatılmış gibi gösterilmesi ve bu suretle kredilerin vadelerinin temdit edilmesi ile karşılaşılacaktır. Bu halde gerçekten bir nakit giriş-çıkışı olmaksızın ilk kredinin “kapandı” gözükmesi ve açılmış gibi gösterilen bir kredi sayesinde de borcun vadesinin uzaması söz konusudur. Aynı şirkete kredi verilmiş gösterilebileceği gibi farklı grup şirketlerine kredi verilmişçesine işlem tesis edildiği de gözlenmektedir. Böylece özellikle grup şirketlerine kullandırılan krediler banka hakim ortakları tarafından kanuni takibe atılmamakta ve geri dönüşümsüz olarak kullandırılmış tahsil kabiliyeti olmayan krediler ortaya çıkmaktadır.

Benzer bir şekilde gerçekte batık kredi niteliğini kazanan kredilerin karşılık ayrılmaksızın faiz tahakkukları ve reeskontları uygulanarak canlı krediymiş gibi dönen varlıklar içinde tutulması suretiyle kredinin tahsil kabiliyeti kalmamasına rağmen, canlı bir kredi gibi işlem yapılarak bu şirketlerin (özellikle kendi grup şirketlerinin) piyasadaki kredibilitesinin koruması yanında -asıl olarak- banka kaynaklarının geri dönüşümsüz olarak aktarımı sağlanmış olmaktadır³⁸⁵.

ortak ve yönetim kurulu üyesi olarak Bank. K. gereği tahsilde tekerrür olmamak kaydı ile sorumluluğu bulunmaktadır. Burada yarışan bir sorumluluk hal, söz konusu bulunmaktadır.

5020 sayılı Kanunla değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu 15/7 (b) maddesinin gerekçesinde “15 inci maddeye eklenen (7) numaralı fıkranın (b) bendi ile Fona intikal eden bankaların kaynaklarını istismar eden eski sahipler ve yöneticiler ile bunların bağlantılı oldukları kişilerin banka kaynağını kullanarak edindikleri mal varlığının Fona intikali amaçlanmaktadır. Bilindiği üzere bir kısım banka kaynakları, banka sahip veya yöneticileri tarafından, bunların yakınları veya nüfuz ettikleri gerçek ve tüzel kişiler üzerinden doğrudan veya dolaylı olarak, çeşitli mal varlıklarının edinilmesi suretiyle aktarılmakta ve bu kaynaklar bankaya geri dönmemektedir. Yönetim ve denetimi veya hisseleri Fona geçen bankalarda, bu şekilde usulsüz olarak yapılan kaynak aktarımlarında Fonun korunması amacıyla fıkra (b) bendi eklenmiştir. Bununla, yönetim ve denetimi veya hisseleri Fona geçen bankaların kaynak ve varlıklarının doğrudan, üçüncü kişilere rehnedilerek veya teminat gösterilerek, ekonomik gücü olmayan kişilere kredi veya borç verilerek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi vermek (karşılıklı - back to back - kredi) yurt dışı bankalar nezdinde açılmış depo/ mevduat hesapları vasıtasıyla ya da bu hesapların teminat gösterilmesi suretiyle ve sair yollarla Türkiye’de yerleşik kişilere kullandırılması halinde, bu şekilde usulsüz kaynak kullandığı belirlenen gerçek ve tüzel kişilerin sahip olduğu para ile her türlü mal, hak ve alacaklarına tedbir konulması ve muhafaza altına alınması sağlanmakta, dava konusu yapılan para, mal, hak ve alacakların banka kaynaklarının veya varlıklarının yukarıda gösterilen şekilde kullanılması neticesinde elde edildiğinin anlaşılması halinde, bunların rayiç değeri üzerinden alacağına ve/veya devraldığı zararlara mahsup edilmek üzere Fona devrine başkaca şart aranmaksızın mahkemece karar verilmesi öngörülmektedir” şeklinde belirtilmektedir.

³⁸⁵ RAF TEMİZLİĞİ, C. 10, s. 43.

7. Konut kredilerinin cayma hakkı ile düzenlenerek cayma hakkının kullanımı ile banka kaynaklarının hakim ortağın grup şirketlerince gerçekleştirilen projelere aktarımı³⁸⁶

8. Ayrıca Banka hakim ortağının akraba ve yakınlarına hatta kapıcı, çaycı, garson, temizlikçi gibi yanında hizmet için bulunan işçilerine (saman adam) kullandırılan krediler ve şirketlerde bu kişilerin, ortak ve yönetim kurulu üyesi gibi gösterilmek sureti ile şirketler üzerinden banka hakim ortaklarına dolaylı yollardan kredi kullandırılması

9. Yurtdışındaki bankalarla gerçekleştirilen fiduciary krediler³⁸⁷ şeklinde tesis edilen yurtdışı depolar³⁸⁸, kredi kullandırmaları, açığa repo işlemleri³⁸⁹, swap işlemleri³⁹⁰ ve kambiyo zararı³⁹¹ vb. leri ile gruba ait yut dışı bankalara uzun vadeli kaynak aktarılması

10. Banka kaynaklarının geçici hesaplar açılmak sureti ile herhangi bir kredi sözleşmesi düzenlenmeksizin, teminatsız olarak ve bir kredi verilirken bankaca yerine getirilmesi gereken koşullar yerine getirilmeksizin banka hakim ortağının grup şirketlerine ait mevduat hesaplarına aktarılmış olması³⁹².

11. Kullandırılan gerçek kredilere ilişkin ödemelerinin banka kayıtlarına yansıtılmaması veya tam aksine kredilerin ödenmemesine karşın imzalamış olduğu kredi sözleşmesine dayanılarak yeniden kredi verilerek bu kredinin aslında komisyon karşılığında hakim ortaklara aktarımı.

12. Bankaya veya grup şirketlerine devredilen ipotekli gayrimenkul üzerinde muvazaalı olarak alacak yaratılmış olması.

³⁸⁶ RAF TEMİZLİĞİ, C. 07, s. 41.

³⁸⁷ Fiduciary krediler inançlı işlem anlamına gelmekte olup bankacılık alanında belirli bir kredi türünü temsil etmektedir. RAF TEMİZLİĞİ, C. 07, s. 41, RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 54-57, RAF TEMİZLİĞİ, C. 10, s. 38, TEMİZLİĞİ, C. 16, s. 38, TEMİZLİĞİ, C. 16, 38, RAF TEMİZLİĞİ, C. 08, s. 33, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 3. Kitap, s. 29.

³⁸⁸ Depolar, bir bankanın bir başka banka nezdinde açtığı mevduat hesapları olup banka hakim ortakları ve grup şirketleri yurtdışında kurulu bulunan bu bankalardan, kredi kullanmakta ve bu bankalar üzerinden kredi sınırlamalarına aykırı olarak banka kaynakları hakim ortak ve grup şirketlerine kullandırılmaktadır³⁸⁸. Bunun yanında depo hesaplarının paravan şirketler lehine, kullandırılan kredilere rehnedilmesi de bir yöntemdir. RAF TEMİZLİĞİ, C. 03, s. 55-56, RAF TEMİZLİĞİ, C. 17, s. 37, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 3. Kitap, s. 28.

³⁸⁹ RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 1. Kitap 1, s. 33, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 2. Kitap, s. 31.

³⁹⁰ Swap işlemleri, iki tarafın varlık ya da yükümlülüklerini karşılıklı olarak değiştirdikleri işlemlerdir. RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 2. Kitap s. 31.

³⁹¹ RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 1. Kitap s. 33, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 2. Kitap, s. 29.

³⁹² RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 3. Kitap s. 33.

13. Avans olarak kayıtlara yansıtılmış bulunan bir hesabın aslına dolaylı bir kredi olmaması, kayıtlarda benzer ünvanlı iki şirket yaratılması (örneğin A. B. A.Ş.- B. A. A.Ş.) ve bu iki şirket adına açılan krediler ve hesapların birbirine karıştırılmış ve içinden çıkılmaz bir ilişkiler ağı oluşturulması.

D. Bankanın veya İştiraklerinin Kaynak Aktarımında Kullanılması

Hakim ortağın grup şirketlerine kaynak aktarılması amacıyla şirket hisselerinin satın alınması sureti ile banka kaynağı aktararak iştirak edinilmesi, satılması³⁹³, iştirak şirketlerinin sermaye artırımında banka kaynağı kullanılarak kredi benzeri bir kaynak aktarımı³⁹⁴, apel kredileri³⁹⁵, iştirak şirketlerin üzerinden gruba kredi kullandırımı³⁹⁶, iştiraklerde değer azalması³⁹⁷, gayrimenkullerin değerinin rayicinden yüksek gösterilmesi ya da kiralanması, kiralara peşin ödenmesi³⁹⁸, aşırı reklam, onarım, dekorasyon harcamaları³⁹⁹ veya bankacılık sistemi için gereken bilişim sisteminin fahiş fiyatlarla satın alınması sureti ile banka kaynaklarının aktarımı

E. Off-shore Bankalarla Yapılan İşlemler

a. Kıyı Bankacılığı adı verilen off-shore bankalarının tabela şirketler şeklinde kurulması sureti ile off-shore bankaları adına bankalarda hesaplar açılmış ve off-shore bank'lar adına toplanan paralar hiçbir şekilde yurtdışına gönderilmemiş ve yine bu bankadaki hesaplardan grup şirketlerine kredi adı altında kaynak aktarımlarında kullanılmıştır. Üstelik off-shore bankaları ile bankaların ünvanları hatta hesap cüzdanları ancak birbirinden ufak nüanslarla ayırt edilebilecek farklarla özellikle karışıklık yaratılarak banka müşterilerini yanıltmak amacı ile hazırlanmıştır. Bu suretle banka müşterileri kandırılarak off-shore hesaplara paralar alınmış ve sonuç olarak off-shore banka ait banka nezdinde hesaplarda tutulan halktan toplanan bu paralar daha sonra bu hesaplar üzerinden grup şirketlerine off-shore bank kredisi adı altında aktarılmıştır⁴⁰⁰.

³⁹³ RAF TEMİZLİĞİ, C. 06, s. 39.

³⁹⁴ RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 58, RAF TEMİZLİĞİ, C. 09, s. 35, RAF TEMİZLİĞİ, C. 04, s. 54, RAF TEMİZLİĞİ, C. 06, s. 36.

³⁹⁵ RAF TEMİZLİĞİ, C. 06, s. 37-38.

³⁹⁶ RAF TEMİZLİĞİ, C. 10, s. 43, RAF TEMİZLİĞİ, C. 14, 1. Kitap s. 34 vd.,

³⁹⁷ RAF TEMİZLİĞİ, C. 06, s. 42.

³⁹⁸ RAF TEMİZLİĞİ, C. 17, s. 38.

³⁹⁹ RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 60.

⁴⁰⁰ RAF TEMİZLİĞİ, C. 07, s. 34, RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 51, TEMİZLİĞİ, C. 16, s. 36, TEMİZLİĞİ, C. 16, s. 39, RAF TEMİZLİĞİ, C. 05, s. 32-34, RAF TEMİZLİĞİ, C. 19, s. 39, RAF TEMİZLİĞİ, C. 06, s. 35, RAF TEMİZLİĞİ, C. 17, s. 38.

b. Bir banka da off-shore bankanın kayıtları bankaya devredilmeksizin banka ile birleştirilmiş ve birleştirme işleminde bankanın denetlenemeyecek yurtdışı temsilciliği kullanılmış, off-shore'un topladığı paralar yerine pasifinde yer alan borç ve yükümlülükleri bankaya devredilmiş, aynı zamanda kayıtlar devredilirken imzadan yoksun bir liste ile devir yapılmış başka hiçbir bilgi ve belge bankaya devredilmemiştir. Bu devir sonrasında off-shore hesaplar mevduat hesabına dönüştürülmüştür⁴⁰¹.

F. Karmaşık İşlemler ve Bankanın İç İşleyişinin Kötüye Kullanılması

1. Bankanın zararda olan iştirakini satarak özkaynak rasyosunu⁴⁰² yükseltmek zorunda olması karşısında banka içerisindeki nakdi yurt içinde veya yurt dışında mevduat/depo, fiduciary (inançlı) krediler olarak bir başka nezdinde göstermesi ve söz konusu bedeli iştiraki satın alacak gruba satım bedelinin karşılanması için yurtdışı kaynaklı krediyiymiş gibi kullandırması, iştirakin satın bedelinin karşılanmasının akabinde iştiraki satın alan gruba ait müflis bankadan olan alacaklarını iflas hükümlerine göre değil de iflas sıra cetvelindeki sıralamaya tabi olmaksızın öncelikle alabilmek için yeni bir sözleşme akdedilerek, iştirakin iadesi yanında satış bedeli peşinatının iadesi ve iştiraki satın alan müflis bankanın sahibi grubun bu sözleşmeye kefil sıfatı ile katılmasının yanı sıra aynı zamanda karşı bankanın iştiraklerinden olan alacaklarını temlik alması sonucunda aynı anda kefil sıfatı ile hem borçlu hem de alacaklı sıfatı tesis edilerek, bu alacak ve borç takas mahsuba konu edilmiş ve bankanın alacaklarını öncelikli olarak tahsil etmesi ve müflis banka hakim ortağı olan grubunda müflis bankadan alacaklı durumuna geçmesi sonucunu doğurmuştur⁴⁰³.

2. Sermaye artırımlarının kanun gereğince bir zorunluluk teşkil etmesi nedeniyle sermaye yeterlilik rasyosunun sağlanabilmesi için usulsüz işlemler gerçekleştirilerek, banka kaynaklarının kullanılarak⁴⁰⁴ ya da şirket hakim ortaklarının alacağı gibi kaydedilen tutarların tekrar sermaye borcu ödemesi gibi gösterilmesi sonucunda hakim ortağa kaynak aktarımı.

⁴⁰¹ RAF TEMİZLİĞİ, C. 03, s. 30, 36-45 , 47-50.

⁴⁰² 4672 sayılı kanun ile (md 2) Türk Bankacılık sistemine “konsolide öz kaynak” tanımı getirilmiştir. Konsolide öz kaynak ve öz kaynakları belirleme ve hangi unsurların bu tanımlar içinde yer alacağı konusunda ise Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) yetkili kılınmıştır Bu kavramların içeriğini belirleme yetkisi BDDK’ ya verildiğinden bankaların limit aşım takibini gerçekleştirmeleri için bu kavramlardaki olası içerik değişikliğini izlemeleri gerekmektedir.

⁴⁰³ RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 3. Kitap, s. 29.

⁴⁰⁴ RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 52, RAF TEMİZLİĞİ, C. 18, 2. Kitap, s. 29

3. Bankanın günlük ankes açıkları, önce bankanın disponibilite ve munzam karşılık tutarının serbest bırakılması suretiyle sonra Fon tarafından bankaya yatırılan mevduatlar ile karşılanması⁴⁰⁵.

4. Fiktif kar ve temettü dağıtımı⁴⁰⁶ veya banka yöneticilerine çok yüksek tutarlarda jestiyon ödemesi ya da yöneticilere veya yöneticilerin ortağı oldukları şirketlere kredi adı altında yapılan ödemeler⁴⁰⁷, fahiş bedellerle hizmet ya da mal satın alınması (örneğin dekorasyon harcamaları, reklam vs.).

G. Değerlendirme

Yukarıda açıklanan⁴⁰⁸ banka kaynaklarının aktarım yöntemleri her bankada farklılık gösterebilse de bazı bankalarda aynı yöntemler kullanılmıştır. Kredilendirme sınırlarının aşılması amacı taşıyan işlemler her bankada görülmekle birlikte yöntemde farklılıklar gözlenmektedir. Ayrıca bir bankada tek bir yöntem değil farklı farklı yöntemler de uygulanmıştır. Bu nedenle bankanın iflası ya da Fon’a devrine neden olan zarar çoğu zaman tek bir karar veya işlemle değil birbirini izleyen işlemler ve kararlar sonucu ortaya çıkmaktadır. O halde bankaların iflasında veya Fon’a devrinde yaşanan tüm bu işlemler arasında ortak illiyet bağı bulunmaktadır. Bu nedenle bankanın Fon’ a devrine neden olan zarar tek başına bir olayla değil diğer zarar verici olaylarla birlikte değerlendirilmelidir⁴⁰⁹.

Akyol, “kredi işlemlerinin toplumsal boyutu ve temiz toplumun yapılanması açısından değerlendirmesi” başlığının altında “kredi adı altında yolsuzluk” ve “çaresi” alt başlıklarında herkesçe bilinen toplumsal bir gerçeği dile getirerek usulsüz “kredi işlem”leri kullanılarak kara paranın aklanmasındaki bankaların rolüne ve kredilerin bu amaca hizmet edecek şekilde kullanılmasına işaret etmektedir. Kredilerin bu şekilde kötüye kullanılmasından dolayı da belirli bir sınır üzerinde kredi verenlerin ve alanların bir üst kurul tarafından incelenmesi yoluyla denetlenmesini önermektedir⁴¹⁰.

⁴⁰⁵ RAF TEMİZLİĞİ, C. 02, s. 38.

⁴⁰⁶ RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 58, RAF TEMİZLİĞİ, C. 05, s. 36.

⁴⁰⁷ RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 59.

⁴⁰⁸ Bkz. İkinci Bölüm, II. A, B, C, D, F.

⁴⁰⁹ AKDAĞ-GÜNEY, s. 64-67 vd.

⁴¹⁰ *Akyol* tarafından kişilerin kredi ilişkilerinde işçisi, bekçisi, metresi, sevgilisi, kayınvalidesi, yeğenleri gibi kendisi ile bağlantısının kurulamayacağı üçüncü kişileri kullanarak banka kaynaklarının aktarımını gizlediklerini ifade edilmektedir. (AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s. 83-85.)

III- TASARRUF MEVDUATI SİGORTA FONU'NUN HUKUKİ NİTELİĞİ VE TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASINDAKİ ROLÜ

A. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Hukuki Niteliği

Bankalar anonim şirket olarak kurulması zorunlu tüzel kişiliklerdir. Ancak bankacılık faaliyetinin bir meslek olması yanı sıra ekonomik ve sosyal hayata etkileri nedeniyle Bankacılık Kanunu ile özel düzenlemelere tabi tutulmuştur. Genel olarak bir anonim ortaklıkta ortakların, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin sorumluluğu Bankacılık Kanunu'na göre genel nitelikte olan Türk Ticaret Kanunu'na ve daha genel nitelikteki Medeni Kanun ve diğer yasal mevzuata tabidir. Bankacılık Kanunu ile getirilen istisnai sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanması için ise sadece bir bankanın ortaklarının, yöneticileri ve denetçilerinin sorumluluğunun aranması yeterli bulunmamaktadır. Ancak Bankacılık Kanunu gereğince hakkında faaliyet izni kaldırılan veya Fon'a devrine karar verilen bir bankanın ortaklarının, yöneticilerinin ve denetçilerinin sorumluluğuna gidilebilmesi söz konusudur. Hakkında böyle bir karar alınmamış faaliyetlerine Bankacılık Kanunu çerçevesinde devam eden bir bankanın ortaklarının, yöneticilerinin ve denetçilerinin sorumluluğuna sıradan bir anonim şirkette olduğu gibi TTK hükümleri gereğince genel kurulda alınacak karar sonucunda gidilebilecektir⁴¹¹.

Faaliyet izni kaldırılan veya Fon'a devrine karar verilen bir banka da ise hakim ortakların, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidebilecek tek yetkili kişi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu olarak belirlenmiştir. Bu halde bankanın ortaklarının yönetim kurulu ve denetçileri aleyhine Türk Ticaret Kanunu'na dayanarak dava açma hak ve yetkisi bulunmamaktadır. Burada kanun koyucunun güvenilir kişi sıfatı ile Fona münhasır yetkiler tanıdığı görülmektedir⁴¹². Şöyle ki; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesinde Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, özerk bir kamu kuruluşu olarak düzenlenmiştir⁴¹³. Fon'un amacı tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması ve buna bağlı olarak Fon alacaklarının tahsilidir. Bu nedenle Fon'un görevleri de bir tek bu ön koşula bağlanmıştır.⁴¹⁴ *Battal*'ın da belirttiği gibi Fon'un yetkilerinin kapsamı faaliyet izni kaldırılan bankalarla ilgili olup, faaliyetlerine devam eden bankalarla ilgili olarak 5411 sayılı Bankalar Kanunu'nun 63.

⁴¹¹ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 367.

⁴¹² **KUNTALP**, s. 388-390, **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 367.

⁴¹³ **BATTAL**, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 41, **TAŞDELEN**, s. 1068 vd. **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1384, **BATTAL**, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 360.

⁴¹⁴ **DONAY**, s. 20.

maddesi⁴¹⁵ kapsamında mevduatın sigorta edilmesi işlemlerini yürütmektedir. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu hukuken bankacılık alanında güvenilir kişi sıfatı tanınan bir kamu tüzel kişisi olup, risk taşıyan ve kâr amacı gütmeyen tarafsızlığı kanun tarafından kabul edilen özerk bir kamu kurumu niteliğindedir⁴¹⁶.

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun, güvenilir kişi sıfatı ile tarafsız kabul edilen bir kurum olarak düzenlenmesi ilk kez 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun ilgili hükümleri ile karşımıza çıkmaktadır. Daha sonra 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da bazı değişikliklerle aynı sıfatın tanındığı ve bankalara verilen zararın tahsili ve kamu vicdanının rahatlatılması hedeflendiği gözlenmektedir.

Toplumun bir çok kesiminde sık sık karşılaşılan bir yanlış bulunmaktadır. Banka zararının oluşmasında devletin denetim yetkisini yetersiz ya da gereği gibi kullanmamış olması bankaya zarar veren, banka hakim ortaklarının, yöneticilerinin, denetçilerinin, bankayı imzaları ile ilzam eden personelin ve üçüncü kişilerin sorumluluğunu ortadan kaldıran hukuki bir sebep teşkil etmemektedir. Ancak denetimden doğan aksaklıkların zararın doğmasına ya da artmasına bir katkısı bulunulduğu düşünülmekte ise; idare hukukunda geçerli olan devletin devamlılığı esası gereğince devlet, zarar gören üçüncü kişilere karşı sorumluluğunu yerine getirmekle yükümlüdür. Bankalar konusunda da zarar gören banka tüzel kişiliği olmakla, devlet banka tüzel kişiliğinin zararını ödeyerek bu sorumluluğunu idare hukuku anlamında yerine getirmiştir. İdare hukuku alanında idarenin ajanlarının kanunda yer alan görev ve yetkilerinin dışına çıkarak ya da görev ve yetkilerini ihmal ederek gerçekleştirdikleri haksız fiillerden doğan zarardan şahsen sorumlu bulundukları kabul edilmektedir. Bu gibi hallere “fiili yol⁴¹⁷” denilmekte olup bu kural gereğince devlet, bankaları denetlemekle ilgili görev ve sorumluluklarını yerine getirmeyen murakıplara karşı zarar konusunda rücu hakkına sahip bulunmaktadır. Ancak biraz önce de ifade edildiği üzere önemle vurgulanması gereken husus iki sorumluluk sebebi ayrı kişiler üzerinde olup ayrı hukuki sorumluluk sebeplerinden

⁴¹⁵ TAŞDELEN, s. 672 vd., REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi., s. 902 vd., ALICI, s. 727 vd., BATTAL, Bankalar K. Şerhi, s. 247 vd., BATTAL, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 33 vd.

⁴¹⁶ BATTAL, Bankaların Hukuki Sorumluluğu, s. 41. Reisoğlu Banka ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu arasındaki ilişkiyi kayyımlik kurumu ile açıklamakta ise de kayyım olarak atanmanın koşulları bu ilişkide geçeli bulunmamaktadır. Bu konudaki açıklamalar için bkz. AKDAĞ-GÜNEY, s. 121-125. Akdağ-Güney ise Fon bankanın hissedarı sıfatının kanuni halefiyet yoluyla kazanılmasına bağlı olarak Fon'un banka ile ilişkisini açıklamaktadır (AKDAĞ-GÜNEY, s.125). Ancak Fon'un banka ile ilişkileri hisselerinin devralınmasından daha önce başlamakta ve iflasına karar verilen bankalarda Fon müflis bankanın iflas hükümlerine göre tasfiye işlemlerini güvenilir kişi sıfatı ile yerine getirmektedir.

⁴¹⁷ Fiili yol kavramı için bkz. TAN/GÖZÜBÜYÜK, 17., OĞURLU, s. 59-71.

kaynaklanmaktadır. Burada zararın doğumundan farklı kişilerin sorumluluğu söz konusu olup müteselsilen yan yana sorumluluklar şeklinde karşımıza çıkmaktadır⁴¹⁸. Murakıpların denetleme konusundaki zaafiyetleri, bankaya fiilleri ve işlemleri ile zarar verenlerin sorumluluğunu ortadan kaldıracak hukuki bir sebep teşkil etmemektedir.⁴¹⁹

Ayrıca banka tüzel kişiliği ile bankanın ortaklarını aynı kişi kabul eden, bu nedenle bankanın mal varlığı ile ortaklarının mal varlığını özdeş sayan anlayışa dayanarak oluşturulan bankalardaki zarar, toplum genelindeki ahlaki çöküntünün sonuçlarından biridir. Hazine kaynaklarından sigortaya tabi olan mevduatın veya mevduat fakının ödenmesi karşılığında banka hisselerinin Fon'a geçmesine ve kanuni temlik dolayısıyla kanundan kaynaklanan külli halef sıfatı ile kamu alacağına dönüşmesine de tüm bu hukuka aykırı işlemlerin neden olduğu gözlemlenmektedir⁴²⁰.

Aynı gerekçe bu kez banka zararının tahsili aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Bu görüşün dayandığı temel hukuki sebep ise tüzel kişiliğin tasfiyesi halinde tasfiye sonucunda alacaklılara tüzel kişiliğin borçlarının ödendiğinde arta kalan mal varlığı kalemlerinin tasfiye payını oluşturmastır. Oysaki tasfiye belirli koşulların varlığı halinde hukuken gerçekleştirilecek bir tüzel kişiliğin sona erme şeklidir. Bu kurumdan hareketle tüzel kişiliğin mal varlığının ortaklara ait olduğu yanılığı hakimdir.

REİSOĞLU ise, bankaların hisselerinin Fon'a devri sonucunda yaşanan süreç içerisinde bankaların rehabilite edilerek banka ortaklarına geri iade edilmesini kanunun bir amacı gibi görmekte ve kanunun amacının gerçekleşmediğini ileri sürmektedir⁴²¹. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 8. maddesinin (a) bendinde Fon'a devredilen bankalarda nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması şartı getirilmiştir. Bu hüküm karşısında Kanunun böyle bir amaç taşımadığı düşünülmektedir. Hatta uygulamada karşılaşılan bir olayda sistemde faaliyette bulunan iki bankada da hakim ortak sıfatı ile yer alan bir kişiye ait bankalardan birinin hisselerinin Fon'a devri nedeniyle devredilen bankanın iştiraki konumunda olan diğer bankanın hisseleri de Fon'a geçmiş, sonrasında ise banka hakim ortağının Fon'a devredilmemiş bankadaki hisselerinin kuruculuk vasfını kaybetmiş olması nedeniyle üçüncü şahıslara devir zorunluluğu gereğince üçüncü kişilere satışı gerçekleştirilmiştir. Kanunun amacı, bankaların Fon'a devrine neden olan gerçek ve tüzel kişilerin sistemden ayıklanması ve yaşanan hayat tecrübelerinde karşılaşılan kötü niyetli

⁴¹⁸ ÖNDER, s. 1.

⁴¹⁹ Domaniç aksi görüştedir. Bkz. DOMANIÇ, İmar Bankası, s. 15.

⁴²⁰ YALÇIN, s. 292.

⁴²¹ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, 44-45.

yaklaşımların engellenmesidir. Bu amacın dayanağı ise olması gereken hukuk yönünden var olduğu kabul edilen, ancak bankacılık alanında bir dönem yok olan ve hukukun genel ilkelerinden olan dürüstlük ilkesinin⁴²² yeniden hayata geçirilmesidir. Dürüstlüğün yok olduğu bir alanda Kanun koyucu güvenebileceği bir kişiye ihtiyaç duymakta ve bankacılık ilişkilerinde tarafsızlığın sağlanabilmesi için bu yetkiyi özerk nitelikteki bir kamu kurumuna vermektedir. Kamu kurumları içerisinde bu yetkinin Fon’a tanınması mevduat sigortasına ilişkin düzenlenmelerin getirdiği bir sonuç olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴²³

B. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılmasındaki Rolü

4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 14. maddesine göre temettü hariç ortaklık hakları ve yönetim ve denetimlerinin Fon’a devrine karar verilen bir banka söz konusu olduğunda Fon tarafından sigortaya tabi mevduat hazine tarafından karşılanmak sureti ile bankaya ödenmektedir. Bu nedenle Fon tarafından bankanın hisseleri devralırken bankaya verilen zarara tekabül eden oranda nakit karşılık bankanın sermayesine ödenerek devralınmaktadır. Bankalar Kanunu 14. maddesinin 5. fıkrasının (ac) bendi gereğince “Devralınan zararlar sonucunda hisselerinin tamamına sahip olunamaması halinde, zararın ödenmiş sermaye tutarından düşülmesi suretiyle hesaplanacak sermaye esas alınmak üzere bulunacak hisse bedelinin Kurulca belirlenecek süre içinde banka hissedarına ödenmesi karşılığında hisselerini devralmaya yetkilidir./... ./ Devralınan zararlara istinaden yapılacak ödemelerin karşılığını temsil eden hisseler başka bir işleme gerek kalmaksızın Fon’a intikal eder.” denilmekte olduğundan; Fon’a devredilen tüm bankaların zararı, öz kaynaklarını aşarak yabancı kaynaklara sirayet ettiğinden hisseleri devredilirken ortaklarına herhangi bir bedel ödenmesine de gerek kalmamıştır. Bu nedenle banka zararı somut, gerçek ve nihai bir zarardır. Bu hüküm 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 71. maddesinde “.../zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir.” şeklinde düzenlenmiştir.⁴²⁴. Banka zararının bu şekilde devralınması sonucunda bankalardan alacaklı olan kişilerin alacaklarının Fon tarafından ödenmiş olması nedeniyle bu kişilerin yerine Fon geçmekte ve alacak kamu alacağına dönüşmektedir. Bank. K. gereğince Fon alacaklı sıfatını kazandığından tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının talep edilmesi konusunda da hak sahibi haline gelmektedir.

⁴²² Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, adalet, hakkaniyet, ahlak, kamu düzeni ve kişilik hakkı gibi hukukun genel ilkeleri arasında yer almaktadır. (DURAL/SARI, s. 215).

⁴²³ ALIŞKAN, s. 259-263.

⁴²⁴ BATTAL, Bankalar K. Şerhi, s. 268 vd.

4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 14/IV’ de banka hakim ortaklarının banka kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde kötüye kullandıkları ve bankayı zarara uğrattıklarının tespiti halinde yalnızca bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fon’a devri öngörülmüş iken Bu hükme paralel olarak düzenlenen Bank. K. 71. maddesinde bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya Fon’a devredilmesi birlikte kabul edilmiştir⁴²⁵. Bank. K. m. 106’ da ise faaliyet izni kaldırılan bankaların yönetim ve denetiminin Fon’a devredileceği ve sigortaya tabi mevduatın ödenmesinden sonra Fon tarafından bankanın doğrudan doğruya iflasının talep edileceği hükme bağlanmıştır.

4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu m.14/VI-b hükmünde mali sistemde güven ve istikrarın sürdürülmesini teminen, "Fon Kurulunca" gerekli görülen hallerle sınırlı olmak üzere; mali bünyesinin güçlendirilmesi ve yeniden yapılandırılması için gerektiğinde sermayesini artırmaya, Merkez Bankasının görüşü alınmak suretiyle kanuni karşılık yükümlülüklerini cezai faizlerini de kaldırmak suretiyle ertelemeye veya düşürmeye, iştirak, gayrimenkul ve diğer aktiflerini satın almaya veya bunları teminat olarak alıp karşılığında avans vermeye ya da mevduat yapmaya, alacaklarını, zararlarını devralmaya, bu şekilde sahip olduğu aktifleri ve hisse senetlerini iskonto veya sair suretlerle üçüncü kişilere satmaya, ‘banka kayıtlarına göre gerçek bir muameleye dayandığı tespit edilen doğmuş veya doğacak borçlarını garanti etmeye’, her türlü alacak ve varlıkların nakde tahvilini kendisi sağlayabileceği gibi, yapacağı anlaşmalar çerçevesinde kamusal sermayeli olanlar da dahil olmak üzere diğer bankalar veya üçüncü kişiler aracılığıyla Fon nam ve hesabına bunları nakde tahvil ettirmeye, /... yetkilidir./...” şeklinde düzenlenen tüm bu yetkiler güvenilir kişi sıfatından kaynaklanmaktadır.

C. Dürüstlük Kuralı ve İspat Yükünün Yer Değiştirmesi

TMK 2. maddesinde “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.” denilmek sureti ile dürüstlük kuralı genel bir hükümle güvene dayalı olarak düzenlenmiştir⁴²⁶. TMK 3. maddesinde de “kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır⁴²⁷. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.” şeklinde

⁴²⁵ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1342.

⁴²⁶ DURAL/SARI, s.197-209 vd. AKYOL, Dürüstlük Kuralı, s. 6-10

⁴²⁷ DURAL/SARI, s. 190, 195.

düzenlenmiştir⁴²⁸. Bir hakkın doğumu ya da sona ermesi iyiniyet kurallarına bağlanmış ise iyiniyetin varlığı esas olduğundan kişinin iyiniyetli olduğunu ispat yükümlülüğü kural olarak bulunmamaktadır. Bu nedenle kişiler kanun karşısında kural olarak iyiniyetli kabul edilmektedirler⁴²⁹. Dolayısıyla İyiniyet ise dürüstlük kurallarına göre belirlenen bir kavram olduğundan kişiler kanun karşısında kural olarak dürüst kabul edilmektedirler.

TMK 6. maddesinde ise “Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde her iki taraf da dürüst kabul edildiğinden ispat yükü⁴³⁰ iddia edene yüklenmiştir. Ancak maddede “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça” şeklinde ifade edildiği üzere bu hükmün istisnaları mevcuttur⁴³¹. Hayatın olağan akışına uygun olguların aksini ispat, maruf ve meşhur vakıaların ispatı, ispat yükünün kanunla özel olarak belirlendiği haller, karineye dayanan ispat gibi haller ispat yüküne ilişkin genel kuralın istisnalarını teşkil etmektedir.⁴³²

Özen borcunun ölçüsü her somut olay için dürüstlük kuralı esas alınarak hakim tarafından belirlenecektir⁴³³. Banka hakim ortak ve yöneticileri basiretli bir tacir veya yönetici gibi davranmakla yükümlü olduklarından bankacılık alanında ağırlaştırılmış bir “özen borcu”⁴³⁴ bulunmaktadır.⁴³⁵ Özen borcu kişinin yapmakla yükümlü bulunduklarını yapmaması halinde ihlal edilmiş olacağından bir ihmalin varlığı halinde ispat yükünün yer değiştirmesi hukukun temel ilkelerine aykırılık taşımamaktadır.⁴³⁶ Bu ise TMK m. 2/II’de yer alan düzenlemenin bir sonucudur.

2001 yılında sorunlu bankalarda gerçekleşen usulsüz işlemlerin herkesin bildiği veya öğrenmesinin mümkün olduğu maruf ve meşhur vakıalar olduğu kabul edilmektedir. 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda değişiklik yapan 5020 sayılı Kanun gerekçesinde dürüstlük ilkesinin, bankacılık alanında bir dönem yok olduğu açık bir şekilde belirtilmek sureti ile ifade edilmektedir.

⁴²⁸ DURAL/SARI, s. 196.

⁴²⁹ DURAL/SARI, s. 192, 195,196.

⁴³⁰ DURAL/SARI, s. 221.

⁴³¹ DURAL/SARI, s. 222.

⁴³² Bkz. DURAL/SARI, s. 222 vd.

⁴³³ DURAL/SARI, s. 196

⁴³⁴ Bkz. BAŞPINAR, s. 121 vd., GÜMÜŞ, s. 45 vd.

⁴³⁵ Bu konudaki tartışmalar için bkz. İkinci Bölüm, V, C,

⁴³⁶ DURAL/SARI, s. 196, Dürüstlük kuralının özen borcu ile ilişkisi konusunda bkz. (BAŞPINAR, s.136,147, 224-229).

Bankaların Fon’a devrinden önce bir tüzel kişilik çatısı altında faaliyet gösteren bir kurum olmaktan çok, tek bir egemen güç altında faaliyet gösterdiği sadece şeklen hukuk kurallarının uygulandığı, yegane amacın banka kaynaklarının banka hakim ortak ve yöneticilerine ya da üçüncü kişilere kaynak aktarımı olduğu, kayıtlarının gerçeğe aykırı olduğu, mevcut durumu yansıtmadığı (yalnızca şekle uydurulduğu), çift kayıt tutulduğu, bazen hiç kayıt tutulmadığı, yapılan işlemlerin gerçek iradeyi gizlemek sureti ile görünürdeki amacı kayıtlara almak şeklinde muvazaalı olarak gerçekleştirildiği, dürüstlük kurallarına aykırı davranıldığı ve iyniyetin bulunmadığı, çalışanlarının işten atılma tehdidi ve korkusu altında sindirildiği ya da yüksek maaş ve nitelikli koşullarla banka hakim ortaklarına bağlılıklarının sağlandığı hukuk dışı ortamlar olduğu, bu nedenle bankalarda gerçekleştirilen şeklen hukuka uygun usulsüz işlemlerin ispatı sorununun ortaya çıktığı yine 5020 s. K.’nın gerekçesinde belirtilmektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken en önemli husus ise “dürüst olunmayan bir alandaki” ispat güçlüğüdür. Fon’a devredilen bankalarda silahlarda eşitlik ilkesinin banka hakim ortak ve yöneticileri lehine zedelendiği bir alan söz konusudur. Çünkü Fon delillerin olduğu dönemde hukuki ilişkiye taraf olmayıp, daha sonra Kanun gereğince kanuni halef sıfatı ile kamu alacağının tahsilini amacıyla dahil edilmektedir⁴³⁷. Bu nedenle Kanun koyucunun ispat yükünü iddia edenden alarak banka zararından sorumlu oldukları kanun gereğince kabul edilen kişilere yüklemesinin nedeni silahlarda eşitlik ilkesini yeniden sağlamaktır. Bu konudaki ilk düzenleme 5020 sayılı Kanun ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu’na eklenen 17/ (a) maddesidir. Daha sonra bu düzenleme 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 137. maddesinde düzenlenmiştir. Fonun ortaya koymuş bulunduğu zarardan sorumlu olmadığını karşı taraf ispatla yükümlüdür⁴³⁸. Burada ispat yükünün yer değiştirmesi söz konusu olup kanuni bir karine⁴³⁹ getirilmiştir⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Akdağ-Güney buradaki kanuni halefiyetin Fon ile banka yönetim ve denetim kurulu üyeleri arasında sözleşmesel bir ilişki kurulmasını sağlamadığı, bu hususun kanundan kaynaklanan bir durum olduğu vurgusunu yapmaktadır. (AKDAĞ-GÜNEY, s. 126-127).

⁴³⁸ Danıştay 13. Dairesi bu konuda verdiği bir yürütmenin durdurulması talebi ile ilgili bir kararlarında “Fon alacağı sayılan tutarların davacıdan tahsili için, banka kaynaklarının ne kadarını edindiğinin veya edindirdiğinin somut olayda ortaya konması gerektiği...” ne karar vermiştir. Oysa karşı oy da son derece yerinde tesbitlerle tüzel kişilik perdesinin kaldırılması anlamına gelen şu belirlemeler yer almaktadır: “Ekonomik kamu düzeninin sürdürülebilmesi ve korunması amacıyla faaliyetleri bir çok kamu otoritesinin gözetim ve denetimi altında bulunan bankaların, birer güven kurumu olmalarına dayalı olarak mevduat sahiplerinden topladıkları paradan oluşan banka kaynaklarının kötüye kullanılmasının örtülü bir örgütlenme içinde ve birlikte hareket edilmesini, başka bir ifadeyle ortak ekonomik faaliyetlere dayalı bir organizasyon gerektiğinde duraksama

REİSOĞLU tarafından ispat yükünün yer değiştirmesinin davalıların yargılanma hakkını zedelediği yönündeki eleştirisine⁴⁴¹ yukarı açıklanan nedenlerle katılmamaktayız. Eşitlik, eşitler arasındaki eşitliktir⁴⁴². Burada karşımıza çıkan ise Banka hakim ortaklarının gerçekleştirdiği işlemler karşısında klasik olarak kabul edilen güçsüz birey ve güçlü devlet anlayışının dışında yaşanan ve ekonomik gücü elinde tutan bankalar aracılığı ile (bankanın tüm kaynaklarını kötüye kullanarak) oluşturulan güçlü banka hakim ortakları, güçsüz müşteridir⁴⁴³. Bugün Dürüst olmayanları, dürüst insanlarla eşit kurallara tabi tutmak hakkaniyete aykırı sonuçların doğmasına neden olduğu gibi yapılan hukuka aykırı işlemlerin hukuk tarafından herhangi bir yaptırımla karşılanmaması kişilerin hukuka güvenlerini sarsmakta ve toplum genelinde hukuka aykırı işlemlerin yayılmasına neden olmaktadır. TMK 6. maddesinde ispat yükünün kanunla yer değiştirilebileceği hükme bağlanmış iken dürüstlük kuralına aykırılıkların toplumsal bir gerçek olarak ortaya çıktığı bir alanda ispat yükünün yer değiştirmesinin yargılama hukuku içerisinde ana kural ve istisnası olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyim. TMK m. 2/II’ de hükme bağlanan “Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.”⁴⁴⁴ kuralı gereğince dürüstlük kuralına aykırılık

bulunmamaktadır. Nitekim 4389 sayılı Yasa’nın sözü edilen düzenlemesi ile banka kaynaklarının istismarına yol açan edinme veya edindirme eylemleri sınırlı olarak sayılmadığı gibi, istismar edilen banka kaynağından oluşan Fon alacağının istenilmesinde ortakların hisse oranlarıyla bir bağ da kurulmamıştır. Böylece söz konusu Fon alacağının, bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ve dolaylı olarak elinde bulunduran tüm ortak ve yöneticilerden istenilmesine olanak tanınmış; yani müşterek ve müteselsil sorumluluk esası benimsenmiştir. Bu haliyle bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran kişilerden söz edilebilmesi için yalnızca pay defterinde yer alan kayıtlar ile yetinilmesine olanak bulunmadığının; yani yönetim ve denetimi elinde bulundurma olgusunun dayanağının tek başına paydaşıktan gelen yetki ve güçten kaynaklanmadığının kabulü zorunludur.” Danıştay 13. Dairesi’nin 27.03.2008 T., 2007/1007 İtiraz. sayılı kararı (Yayımlanmamış karar).

⁴³⁹ DURAL/SARI, s. 224.

⁴⁴⁰ AKDAĞ-GÜNEY, s. 57.

⁴⁴¹ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1556.

⁴⁴² Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında belirtildiği üzere “Eşitlik ilkesi herkesin aynı hakka ve yükümlülüğe sahip olduğu anlamına gelmemektedir. Eşitlik ile güdülen amaç, aynı koşullar içinde özdeş nitelikli olanların, yasalarca aynı işleme bağlı tutulması, başka deyişle, eşitler arasında eşitliğin sağlanmasıdır. Ayrıca kimi durumlar için haklı nedenlerle kişilerin özel düzenlemelere tabi tutulması hukuken mümkün bulunmaktadır.” Anayasa Mahkemesi, 14.02.1991 T. ve 1990 / 18 E., 1991 / 4 K. sayılı kararı.

⁴⁴³ Akvol’ un bu konudaki görüşleri için bkz. AKYOL, Banka Sözleşmeleri, s. 85-87.

⁴⁴⁴ Bir hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı olan hukuk düzeni tarafından hakkın korunmaması kavramı, bu hakka dayanan taleplerin ve savunmaların dikkate alınmaması ve reddedilmesi olarak ifade edilmektedir (DURAL/SARI, s. 214, OĞUZMAN/BARLAS, 180, AKİPEK/AKINTÜRK, s. 203) .

taşıyan işlemlerin hukuken korunması demokratik hukuk düzenlerinde kabul edilemez bir nitelik taşımaktadır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunun tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ya da tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanması önlenmesine ilişkin tüm hükümlerinde bankacılık alanında dürüstlük kuralına aykırı bir uygulamanın bulunduğu karinesinden hareket edildiği gözlenmektedir. Bu nedenle Kanunen tüzel kişilik perdesinin arandığı bir durum söz konusu olduğundan zarar veren kişilerin karinenin aksini ispat etmesi gerekmektedir.

IV- BANKACILIK HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KALDIRILMASINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Hukuk düzeninin amacı öncelikle yapıcı, daha sonra da önleyicidir.⁴⁴⁵ Kanun Koyucunun Bankalar Kanunu’nu ihdas amacı da öncelikle yapıcıdır. Yapılan düzenleme ile kamu alacağına dönüşen banka zararının tahsili ile yaratılan hukuk güvenliğine aykırı sonuçların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Kamu düzenin bu yapıcı amaçla ilgisi kurulduğunda; ekonomik dengelerin korunabilmesine kriz ortamının yıkıcı sonuçlarından kurtulma toplumun tamamı menfaatine olan ilk amaçtır. Daha sonra aynı sonuçların ortaya çıkmasını engellemek amacı gelmektedir ki bu önleyici amaçtır. Yapıcı amaç içeren hükümlerin aynı zamanda dolaylı olarak önleyici karakteri de bulunmaktadır⁴⁴⁶.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu, güven ve itibar kurumu olan bankaların hukuka uygun, likidite (sermaye yeterlilik rasyosu⁴⁴⁷), karlılık, taahhütlerini ödeyebilme gücü, bankacılık etiği ve basiretli, saydam tüzel kişiliğine yabancı menfaatlere hizmet etmeyen bir anlayışla, kurumsal yönetim ilkelerine göre yönetilmesi ve faaliyet gösterilmesini zorunlu kılmaktadır⁴⁴⁸.

Bankacılık Kanunun yapıcı amacının bir sonucu olarak banka tüzel kişiliğinin arkasına saklanılarak gerçekleştirilen işlemlerle ilgili sorumluların belirlenmesi hedeflenmektedir.

⁴⁴⁵ *Bilge* kanunların yorumlanmasını açıklarken “Amaçsal Yorumlama yöntemi tamamen bertaraf edilemeyecek olan kanun metni ve hazırlık malzemesi, kanunun anlaşılmasına ışık tutar; ancak sadece bunlarla yetinmek doğru değildir. Onların yanında kanunun amacını ve özellikle zamanın ihtiyaçlarını ve devrin görüş ve düşüncelerini hiçbir zaman gözden uzak tutmamak gerekir. Zira hukuk, yaşayan bir düzen olmak dolayısıyla her neslin ve her devrin ihtiyaçlarına ve koşullarına cevap vermek zorundadır. Bu da ancak kanun koyucunun belli bir zamandaki düşüncesi ile değil kanunun amacının göz önüne alınmasını gerektirir.” şeklinde ifade etmektedir (**BİLGE**, s. 203).

⁴⁴⁶ **DOĞRUSÖZ**, s. 4,15.

⁴⁴⁷ Sermaye yeterlilik rasyosu için bkz. **ALTINTAŞ**, s. 106 vd.

⁴⁴⁸ **DOĞRUSÖZ**, s. 2.

Ayrıca bu kişilerin sistemden ayıklanması da amaçlanmaktadır. Burada Bankalara verilen zarar sonucunda doğan kamu alacağının tahsilini teminen bankanın veya bankanın sahibi olan ya da sahibi olduğu grup şirketlerinin tüzel kişilik perdesini kaldırılarak sorumlu olanlara ulaşılması için getirilen düzenlemelere yer verilecektir⁴⁴⁹.

A. Önleyici Düzenlemeler

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde yapılan kontrol, ana ortaklık, bağlı ortaklık, nitelikli pay, hakim ortak, yöneticiler, gibi tanımlamalarda banka tüzel kişiliğinin arkasında yer alan gerçek kişilerin belirlenebilmesi amacına yönelik önleyici ve sorumluları belirleyici düzenlemeler yer almaktadır.

1. Kontrol, Hakim Ortaklık, Ana Ortaklık, Bağlı Ortaklık ve Nitelikli Pay Kavramları

a. Kontrol

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun özellikle hakim ortak ve yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi ve banka tüzel kişiliğinin arkasında gerçekte yer alan kişilerin hukuken belirlenebilmesi için, banka tüzel kişiliğinin kim ya da kimler tarafından kontrol edildiğinin belirlenebilmesi gerekmektedir. Uygulamada karşılaşılan en büyük sorunlardan biri, bankayı ya da bankada hakim hissedar konumunda olan bir başka tüzel kişiyi fiilen yöneten ve denetleyen ile kayıtlara göre yöneten ve denetleyen kişilerin farklı olabilmesidir. Bu ise kamu otoritesinin paravan kişi ve kuruluşlarla karşı karşıya kalması gibi sakıncalar doğurmaktadır⁴⁵⁰. Aslında bu sonucun fiilen bankanın yönetim ve denetimini ellerinde tutan kişilerce sorumluluktan kaçınmak için önceden düşünülerek gerçekleştirilmiş olduğu ve tüzel kişilik perdesinin en kalın ve arkasındakine ulaşamaz bir şekilde kötüniyetli olarak örtüldüğü gözlemlenmektedir. Bu hallerden biri ise bankanın ortaklarının birden fazla şirketten oluşan şirket toplulukları olarak karşımıza çıkmasıdır⁴⁵¹. Ya da şirket topluluğunu oluşturan şirketlerin birisi bankanın hakim ortağı olarak gözükmekte ve gerçek hakim ortak ise bu şirkette hakim ortak konumunda olabilmektedir. Ancak bu durum zincirleme olarak bir kaç şirketin birbirine ortak olması ve gerçek kişinin en gizli köşeye saklanması şeklinde de görülebilir. Nitekim Fon'a devredilen bir bankada bu durum gözlenmektedir. Bu halde öncelikle bankada ortaklığı bulunan görünürde hakim ortak konumundaki şirketin ortaklarının Bank. K.'nun 71., 108 ve 110. mad.'leri gereğince

⁴⁴⁹ DOĞRUSÖZ, s. 22, YANLI, Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, s. 80-81, TEKİNALP. Banka Hukunun Esasları, s. 110, ULUSOY, s. 394, YALÇIN, s. 278.

⁴⁵⁰ ALICI, s. 57

⁴⁵¹ RAF TEMİZLİĞİ, C. 06, s. 24,

sorumluluğuna gidilmelidir. Daha sonra ki şirketler için ULUSOY tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin uygulanması önerisinde bulunmaktadır⁴⁵². Oysa hakim ortağın sahibi olduğu tüm iç içe gelmiş şirketler Bank K. nu düzenlemelerinde göz önüne alınarak hakim ortağın tespiti esası getirilmiştir. Bank. K. 134. madde bunun örneklerindendir. Ayrıca bu maddeler kapsamında Fon’a 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre alacağın takip ve tahsil yetkisi tanınmış olduğundan (tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğuran) mükerrer 35. madde kapsamında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına gidilebilmektedir. Bu durumda denilebilirki Bank. K. ve 6183 s. K.’nun mükerrer 35. maddenin uygulanamadığı hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisine başvuru imkanı bulunmaktadır. ULUSOY’ unda belirttiği gibi bu örnekte, dolaylı hakim ortaklığın tespiti için perdenin kanunen birden fazla kaldırılması söz konusudur⁴⁵³.

Banka hakim ortaklarının belirlenmesinde karşılaşılan bu güçlükler karşısında 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda değişiklik yapılmasına dair 5020 sayılı kanun ile ilk defa getirilen bir düzenleme ile “ bankanın hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişiler” ifadesi 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22. maddesinin 4. fıkrasına eklenmiştir. Bu düzenleme ile kayden bir ortaklık bulunmasa da bir gerçek kişinin bankanın hakim ortağı olabileceği kabul edilmiş ve bir bankaya paravan ortak veya tüzel kişiler üzerinden de sahip olan tüzel kişilere ulaşılması amaçlanmıştır. 5411 sayılı Bank. K.’nun m. 16/III’ da bu husus “*Faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bir bankanın; hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulundurmuş olan gerçek kişi ortaklarının*” şeklinde ifade edilmiştir⁴⁵⁴.

Kanunda kontrol “ortaklığın sermayesinin, asgari yüzde elli birine sahip olmak şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması ya da bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması, diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması gibi herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması” olarak ifade edilmiştir. (Ban K. m. 3) Bankanın, bankanın hissedarı olan veya hisselerini elinde bulunduran grup şirketlerinin ve

⁴⁵² ULUSOY, s. 397

⁴⁵³ ULUSOY, s. 402.

⁴⁵⁴ Danıştay 10. Dairesi 2003/2896 E. sayılı dosyasından vermiş bulunduğu 14.07.2003 tarihli kararında bu kanun hükümlerinin düzenlenmesinden de önce “bir şirketin yönetim ve denetimini elde bulundurmanın dayanağının tek başına paydaşıktan gelen yetki ve gücü oluşturmayacağını, doğrudan veya dolaylı ortaklık ilişkisi olmadan da yönetimin elde bulundurulabileceğini” kabul etmiştir.

banka kaynağının aktarıldığı tüzel kişiliğin kontrolünü elinde bulunduranların tespitinde bu hüküm kullanılacaktır⁴⁵⁵. 5020 sayılı Kanunla değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 22. mad.’sine eklenen 4. f.’nda “bankanın hukuken ve fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişiler ifadesi” ile bir kişinin kayden hissedarlık ilişkisi olmadan da bankanın hakim ortağı olabileceği kabul edilerek bir bankanın paravan şirket şeklindeki ortakları ile şirket üzerinden bankaya sahip olan gerçek kişilere ulaşılması amaçlanmıştır⁴⁵⁶. 5411 sayılı Bank. K.’nun m. 3’ de yapılan kontrol tanımlaması ile konu, daha detaylı bir hükümle düzenlenmiştir.

Tanıma göre yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alabilme gücünü elinde bulunduranlar tüzel kişiliğin kontrolünü elinde bulundurmaktadırlar. Bu ise doğrudan ve dolaylı olarak sermayenin çoğunluğuna sahip olma, sermayenin çoğunluğunu elinde bulundurma bile imtiyazlı hisselerle sahip olma veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara göre oy çoğunluğunun üzerinde tasarrufta bulunma ya da herhangi bir şekilde yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alabilme gücünü elinde bulunduranları ifade etmektedir. Bu hallerde tüzel kişiliğin kontrol edildiği kanun tarafından kabul edilmiştir.

b. Hakim Ortaklık

Kanunun tanımına göre “bir ortaklığı kontrol eden ortak veya ortaklar, hakim ortak”lardır. Kontrol ise bir ortak tarafından tek başına gerçekleştirilebileceği gibi, doğrudan ya da dolaylı olarak pay sahibi olan birden fazla gerçek veya tüzel kişi ortağın birlikte hareket etmesi ile de gerçekleştirilebilecektir. Bu halde birlikte kontrol söz konusu olmaktadır. Birlikte kontrol ise, herhangi bir şekilde yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme gücünü ifade eden bir örnektir⁴⁵⁷.

Tüzel kişiliği kontrol altında tutan ortakla birlikte hareket eden diğer ortaklar da hakim ortak sayılmaktadırlar. Kanuna göre bir hakim ortağın bir ortaklığı doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edebileceğini hükme bağlamıştır. Doğrudan kontrol, hakim ortak veya ortakların ortaklığın pay defterinde kayıtlı olduğu hallerde söz konusudur⁴⁵⁸. Dolaylı kontrol halinde ise, dolaylı pay sahipliği söz konusudur. Dolaylı pay sahipliği Bank K.’nun 5. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır⁴⁵⁹. Bu halde, bir gerçek kişinin eş ve çocukları ile

⁴⁵⁵ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 108, TAŞDELEN, s. 152.

⁴⁵⁶ YALÇIN, s. 293.

⁴⁵⁷ ALICI, s. 58, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 113.

⁴⁵⁸ RAF TEMİZLİĞİ, C. 01, s. 26-27.

⁴⁵⁹ ALICI, s. 85 vd.

gerek kendisinin gerekse eş ve çocuklarının sınırsız sorumlu olarak katıldıkları ortaklıklara ya da bu kişi veya ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettiği ortaklıklara ait payları ile gerçek kişinin dolaylı olarak sahip olduğu payları o tüzel kişinin dolaylı olarak sahip olduğu pay olarak kabul edilmektedir. Bu paylar ise gerçek kişinin doğrudan payı bulunuyor ise onlarla birlikte dikkate alınır. Bir tüzel kişinin kontrol ettiği ortaklıklara ait paylar, o tüzel kişinin dolaylı olarak sahip olduğu pay olarak kabul edilerek doğrudan payları bulunmakta ise bunlarla birlikte dikkate alınır. Bu şekilde dolaylı olarak sahip olunan paylar ile bir ortaklığın kontrolü halinde, dolaylı kontrolün varlığı söz konusu olmaktadır⁴⁶⁰.

Bir kişinin, doğrudan ve dolaylı olarak sahip olduğu paylar üzerinden bir ortaklığın kontrolünü elinde tuttuğunda, gerek kendisi gerekse dolaylı pay sahipliğine konu payların doğrudan sahipleri ortaklığı kontrol eden konumundadırlar. Yani gerek pay sahibi olarak görünen kişi gerekse dolaylı olarak paya sahip olan kişi hakim ortak sayılacaktır. Çünkü kanun koyucu, belli payların dolaylı sahipliğinin hesaplanmasında nazara alınmasını zorunlu kılmakla (Bank. K. m. 5) bu payların doğrudan sahipleri ile dolaylı sahibi sayılan kişinin birlikte hareket ettiği faraziyesini düzenlemiştir⁴⁶¹.

Ancak bir ortak, doğrudan ve dolaylı olarak sahip olduğu paylar sermayenin çoğunluğunu oluşturmaya dahi bir ortaklığı kontrol edebilecektir⁴⁶².

Bir ortaklığı herhangi bir suretle kontrol etmenin diğer bir şekli ise, ortaklığı fiilen (paravan kişi ve şirketler üzerinden) kontrol etmektir.

Kanun, denetim kurulu üyelerinin atanabilmesi veya görevden alınabilmesini de kontrolü elinde bulundurmanın bir başka göstergesi olarak kabul etmiştir. Yani kontrolün gerçekleşmesi için ayrıca denetim kurulu üyelerinin atanabilme veya görevden alabilme gücünün elinde bulundurulması şartını aramamıştır.

Kontrolün tespitinde, tüzel kişilik statüsü, doğrudan ve dolaylı hissedarlık oranı, ortaklar arasındaki anlaşmalar yanında fiili durum da dikkate alınacaktır. Bir tüzel kişinin kontrolü için “ yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğu atayabilme ya da görevden alabilme gücünü elinde bulundurması yeterli olacak, ayrıca tüzel kişinin sermayenin % 51’ine sahip olması gibi bir şart aranmayacaktır⁴⁶³. TEKİNALP, kontrolün tanımında yer alan % 51

⁴⁶⁰ ALICI, s. 59.

⁴⁶¹ Bu konudaki örnekler için bkz. ALICI, s. 59,60. Tekinalp, bu konuda aksi görüşte olup zincirleme belirleme ile cezai sonuçların da uygulanmasını gerektirecek hükme varılacağından uygulanmaması gerektiği görüşünü ileri sürmektedir (TEKİNALP, Fon’daki Bankanın Hukuku, s. 35).

⁴⁶² Bu konudaki örnekler için bkz. (ALICI, s. 59).

⁴⁶³ ALICI, s. 61.

hissesine sahip olunma şartından hareketle “oy çoğunluğuna” sahip olunması kavramını kullanmaktadır⁴⁶⁴. Oysa kontrolü tanımlayan madde metninde virgül ve “veya” bağlacı kullanılmış olduğundan, bu hallerden her hangi birinin varlığı halinde tüzel kişi üzerinde kontrolün bulunduğu ve hakim ortaklığın gerçekleştiği sonucuna varılmaktadır. Kontrole ilişkin kanuni tanımlamanın son cümlede yer alan “herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını” ifadesinden hareketle, bir tüzel kişinin resmi kayıtlarda hissedarı olmamasına rağmen kontrolü elinde bulundurduğu somut olayda tespit edilebiliyor ise hakim ortaklığının bulunduğu kabul edilmelidir.

c. Ana Ortaklık ve Bağlı Ortaklık

Kanun, ana ortaklığı, kontrol edilen ortaklıklar ile Kurul tarafından belirlenecek ortaklıkların finansal tablolarını kendi nezdinde konsolide eden banka veya finansal holdingler, bağlı ortaklığı ise, ana ortaklığa bağlı ve onun kontrolü altındaki ortaklıklar olarak tanımlanmıştır⁴⁶⁵. Ayrıca bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasına sahip olan paylar ile bu oranın altında olmasa bile yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazına sahip olan paylar nitelikli pay olarak tanımlanmıştır. Bu paylar ve sahipleri için ise 5411 sayılı Bank. K’nun 8, 18/5, 49/2, 50/2, 54/2, 95/8, 96/1 ve 152/2. maddelerinde özel hükümler yer almaktadır.

Tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanılarak gerçekleştirilen işlemlerin önlenmesi, tespit edilebilmesi ve sorumlularına gidilebilmesi için söz konusu düzenlemeler getirilmiştir. Bir ortaklığın belirtilen oranlarda hissedarı olanlarla birlikte sahip olanlar gizli ortaklar, ortaklığın yönetim ve denetiminde diğer ortaklara nazaran daha etkilidirler. Bu nedenle banka kurucusu olabilme şartları, payları edinebilme koşulları, alacakları kredilerin miktar yönünden sınırları gibi hususlar da Kanun koyucu tarafından kontrol altında alınmak istenilmiştir⁴⁶⁶.

d. Nitelikli Pay Sahipliği

Nitelikli pay sahipliği kavramı ise, hakim ortak kavramından farklı olup, nitelikli paya sahip ortağın hakim ortak sayılabilmesi için, tek başına veya diğer ortaklarla birlikte hareket etmek suretiyle, ortaklığı kontrol etmesi şartı aranmaktadır. Bir ortaklığın nitelikli paya sahip ortaklıklarının birden fazla sayıda bulunması mümkündür⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ TEKİNALP, Ü. T.’nin Banka Hukukunun Esasları, s.258 .

⁴⁶⁵ TAŞDELEN, s. 153,154.

⁴⁶⁶ ALICI, s. 61, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 112.

⁴⁶⁷ ALICI, s. 61, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 112.

e. Yönetici Kavramı

5411 sayılı Bank. K’nun m. 3’ de yöneticilik, “Bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi⁴⁶⁸; 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” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁶⁹

f. Dolaylı Pay Sahipliği⁴⁷⁰

5411 sayılı Bank. K.’ nun m. 5’ de⁴⁷¹ dolaylı pay sahipliği “*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 veya 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.*” şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁷² Söz konusu tanımlama hem banka hem de bankanın iştirakleri ya da

⁴⁶⁸ Denetim Komitesi konusunda bkz. AKDAĞ-GÜNEY, s. 25-26.

⁴⁶⁹ Ayrıca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 23/2 maddesinde Türkiye’de şube açmak şeklinde faaliyette bulunan yabancı bankaların müdürler kurulu üyeleri de yönetici tanımlamasına dahildir. *Reisoğlu*’na göre bu tanımlama ile yönetici kavramı çok geniş tutulmuştur. (REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 114).

⁴⁷⁰ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 188, TAŞDELEN, s. 177 vd.

⁴⁷¹ Dolaylı pay sahipli kavramı 512 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nun 38. maddesinde yapılan değişiklikle kabul edilmiştir. Kredi sınırlamaları bakımından kabul edilen bu kavram, daha sonra 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 8/2 maddesinin (d) fıkrasında yer alan banka ortaklığı ve 11/3 maddesinin (b) fıkrasındaki dolaylı kredi ilişkisi açısından düzenlenmiştir. Bu düzenleme 4491 sayılı Kanunla değiştirilerek Kurula, Bankalar Kanunu uygulamasında geçerli olmak üzere dolaylı pay sahipliği ile ilgili esas ve usulleri belirleme yetkisi verilmiştir. (11/3 mad.)

⁴⁷² Bu maddenin son fıkrasında yer alan “*Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.*” hükmü gereğince dolaylı pay sahipliğine ilişkin esaslar *Bankaların İzne Tabi İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik* ile belirlenmiştir. Bu yönetmeliğin 13. maddesinin birinci fıkrasına göre “bir bankanın sermayesindeki dolaylı pay sahiplerinin” belirlenmesine ilişkin usul ve esaslar gösterilmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre banka’nın tüzel kişi ortaklarının Kanuna göre gerçekleştirilen dolaylı el değiştirme ve benzeri dolaylılık tespit ve değerlendirmeleri, mevzuatta açıkça düzenlenenler dışında, banka sermayesi yerine tüzel kişi hissedarın sermayesi esas alınarak birinci fıkra hükümlerine göre yapılır.

Dolaylı pay sahipliğine örnek banka hissedarlık yapıları ve bankanın sahibi holdingin hissedarlık yapıları için bkz. RAF TEMİZLİĞİ, C. 03, s. 26, RAF TEMİZLİĞİ, C. 1, 28, s. 32, RAF TEMİZLİĞİ, C. 05, s. 24, RAF TEMİZLİĞİ, 04 ,s. 26-27,33,37, RAF TEMİZLİĞİ, C. 11, s. 25-26. Bu bankalarda dikkate çeken bankada hakim ortağın yönetim kurulu üyeliğini sağlayabilmek için cüzi bir pay edindiği, ancak bankanın ortağı sıfatı ile doğabilecek sorumluluğu ortadan kaldırmak amacıyla büyük oranlarla sahip olduğu anonim şirketlerin

bankadan kredi kullanan yani Bank. K' nun uygulanması gereken her halde geçerlidir⁴⁷³. Ayrıca Bank. K. uygulaması dışında da tüzel kişilik perdesinin aralanmasını gerektiren somut bir olay karşısında hakim teorisinin uygulanmasında bu kanun maddesini kıyasen uygulayarak tüzel kişiliğin dolaylı pay sahiplerini belirleme yetkisine TMK m. 1 gereğince sahiptir.

Bankacılık Kanunu, tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanılmasının önlenmesi ve sonuçlarının ortadan kaldırılması amacına yönelik olarak banka tüzel kişiliği yanında banka ortak ve çalışanlarına, banka iştiraklerine, bankaya fon sağlayanlara, bankadan fon sağlayanlara kadar geniş bir yelpazede kişileri ilgilendiren emredici nitelikte hükümler içermektedir. Emredici nitelikteki bu hükümlere aykırılık halinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin zedelenmesinin yanında, kamusal alanda da olumsuz ekonomik sonuçların doğabileceği gözetilerek, genel sorumluluk hallerinden daha farklı ve ağır sorumluluk türleri öngörülmüştür. Bankanın faaliyetlerinin kısmen veya tamamen sınırlandırılması veya geçici olarak durdurulması (Bank. K. m. 70/a) bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya yönetim ve denetiminin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmesi (Bank. K. 71), banka hakim ortak ve yöneticilerinin şahsi iflaslarının istenilebilmesi (Bank. K. 110) gibi hükümler bu yöndeki düzenlemelerin belirgin örneklerindendir.

Söz konusu hükümlerin konuluş amacının sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi için öncelikle tüzel kişilik perdesi arkasına saklanan yasal olarak ortak olamayan kişiler ile yasanın öngördüğü sorumluluktan kaçınmak için ya da başka nedenlerle resmi kayıtlarda ortak olarak görünmek istemeyen kişilerin tespiti gerekmektedir. Bu nedenle kanun koyucu dolaylı pay sahipliğini hükme bağlayarak, yalnızca kişinin kendi adına kayıtlı payları değil, aile bağı, ekonomik birliktelik veya menfaat birliği gibi nedenlerle birlikte hareket eden kişilere ait payları da dikkate almaktadır⁴⁷⁴.

Gerçek bir kişinin pay sahipliği oranı belirlenirken, bu kişi merkez alınarak, öncelikle kendi payları, sonra eşine ve çocuklarına ait paylar, daha sonra kendisinin, eşinin ve

ortaklığı aracılığı ile bankanın hakim ortağı olduklarıdır. Ancak burada söz konusu kişiler hakim ortak olma iradesini saklı tutmaktadırlar. Dolaylı hakim ortaklık bazen tek bir kişi üzerinden değil de bir ailenin hakim ortak olması şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Aileye ait hakim ortaklığı kanun birlikte elinde bulunduran kavramı ile açıklamaktadır. RAF TEMİZLİĞİ, C. 07, s. 28 , RAF TEMİZLİĞİ, C. 10, s. 26-27, RAF TEMİZLİĞİ, C. 08, s. 23-24, RAF TEMİZLİĞİ, C. 09, s. 25-26, RAF TEMİZLİĞİ, C. 14, s. 24-25, RAF TEMİZLİĞİ, C. 16, s. 26.

⁴⁷³ **ALICI**, s. 86.

⁴⁷⁴ Dolaylı pay sahipliği dolaylı bir ortaklık ilişkisinden ortaya çıkmakta ise, bu durumda dolaylı pay sahipliği oranı, iştirak oranlarının çarpılması suretiyle hesaplanmaktadır. Dolaylı pay sahipliğinin hesaplanması konusunda detaylı bilgi için bkz. **ALICI**, s. 85 vd.

çocuklarının sınırsız sorumluluk ile katıldıkları ortaklıklara ait paylar, en son olarak ise kendisinin, eşinin ve çocuklarının veya sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklığın, ayrı ayrı veya birlikte, kontrol ettikleri ortaklıklarına ait paylar hesaplamada birlikte dikkate alınacaktır.

Ancak hemen belirtelim ki, doğrudan veya dolaylı pay sahipliği ile hakim ortak kavramı birbiriyle tam olarak örtüşen kavramlar olmayıp birbirinden ayrı kavramlardır. Bir kişinin ortaklıkta doğrudan ya da dolaylı olarak pay sahibi olarak gözükmemesine veya çok az bir payı bulunmasına rağmen ortaklığı fiilen yönetmesi, yani fiilen hakim ortağı olması mümkündür. Bu husus ilk kez 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu’nun m. 22/IV’ de yapılan ekleme 5020 sayılı Kanunla kabul edilmiştir. Düzenlemeye göre “ bankanın hukuken veya fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişiler”⁴⁷⁵ denilmek suretiyle bir

⁴⁷⁵ Bir bankanın ortaklığından hisselerini devretmek sureti ile ayrılan ancak kontrolü elinde bulunduran ortağa karşı yapılan takip içerisinde düzenlenen ödemeye çağrı mektubunun iptali için açılan idari davada Danıştay 13. Dairesi davacının eski hakim ortak olarak sorumlu tutulamayacağı yönündeki iddiasını, “hakim ortak olduğu gerekçesi ile reddederek pay sahipliği bulunmayan ancak kontrolü elinde bulunduran ortağın hakim ortak sıfatını” kabul etmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 2007/388, 2007/7709 (Yayımlanmamış Karar)

Danıştay 13. Dairesi 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde verdiği bir kararında bankanın %95.19 oranında hissedarı görünen holdingde ve iki grup şirketinde hissesi bulunan, aynı zamanda bankada, holdingde ve grubun diğer şirketlerinde dönem dönem yönetim kurulu üyeliği bulunan banka hakim ortağının eşi ile ilgili olarak “bankanın hakim ortağı ve yönetim ve denetimini elinde bulunduran davacı” belirlenmesi ile banka hakim ortaklığının ailede olması esasını kararında uygulayarak davacının hakim ortak sıfatının ve sorumluluğunun bulunduğu karar vermiştir. Danıştay 13. Dairesi, 29.03.2005 T., 2005/47 E. ve 2005/1726 K. sayılı (Yayımlanmamış Karar)

Ancak Danıştay 13. Dairesi bir başka kararında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 3. madesinde yer alan kontrol, dolaylı pay ve hakim ortak tanımlarından hareketle benzer bir olayda farklı bir sonuca varmıştır. Bu kararın konusunu teşkil eden maddi olayda bankanın % 89.93 ve %10 oranında hissedarı görünen iki şirkette ve grup şirketlerinde hissesi bulunan, ancak bu hisselerini devreden ve aynı zamanda bankada, bankanın hissedarı şirketlerde, grubun diğer şirketlerinde dönem dönem yönetim kurulu üyeliği bulunan, hisse devirlerine rağmen bankanın Fon’ devrinden sonrada bu şirketlerde yönetim kurulu üyelikleri devam etmiş olan banka hakim ortağının kardeşi ile ilgili olarak verdiği kararında “ bir bankanın yönetim ve denetiminin doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulundurulmasından söz edilebilmesi için, bir gerçek veya tüzel kişinin doğrudan ve dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulundurulmasından söz edilebilmesi için, bir gerçek ve tüzel kişinin doğrudan veya dolaylı olarak sermayenin çoğunluğuna sahip olmasının ya da sermayenin çoğunluğuna sahip olmamakla birlikte diğer hissedarlar ile yapılan anlaşmalarla oy hakkının çoğunluğunun elde tutulmasının ya da yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme gücünün gerektiği oranında paydaşlığının bulunduğu, böylece bank A.Ş.’nin sahipliğinin değiştirdiği gerek yönetim ve denetiminin davalı idareye geçtiği tarihlerde (hakim ortağı) bankanın ve iştiraklerinin yönetimini

kişinin hissedarlık ilişkisi olmadan da hakim ortak olabileceği açıkça kabul edilmiştir. Bu hüküm daha sonra benzer bir düzenleme ile Bank. K' nun m. 160/III'de yer almıştır. Bu nedenle hakim ortaklık ilişkisi araştırılırken yalnızca doğrudan ya da dolaylı olarak pay sahibi olup olmadığı değil hukuken ve fiilen yönetim ve denetimin kim de olduğunun tespiti önem taşımaktadır⁴⁷⁶.

tek başına elinde bulundurduğunun anlaşıldığı, bu haliyle davacının bank A.Ş.'nin yönetim ve denetimini doğrudan ve dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortağı olduğundan söz edilemeyeceği" gerekçesi ile 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 1577 (b) maddesinde göre tesis edilen idari işlemin iptaline karar verilmiştir. Danıştay 13. 11.04.2007 T., 2007/1699 E., 2008/297 K.

Burada Danıştay hakim ortaklığın ailede olma esasının hissedarlık yapısının değişmesine bağlamış ise de gerek 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve gerekse 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda hakim ortak olmak için pay sahibi olma ve hatta yönetim kurulu üyesi olma şartı aranmamaktadır. Bu nedenle Danıştay' ın ilk iki kararda ki görüşüne katılmakla, son görüşünün aksi yönde düşünmekteyiz.

Danıştay sonraki bir kararında ise önceki kararının tam aksine bir kararla; "Davacının Holding A.Ş.'deki hamiline hisselerini 17.03.1997 tarihinde devrettiğine ilişkin belgenin varlığı, davalı idarece de bunun aksinin kanıtlanamaması karşısında, bu tarihten itibaren Holding A.Ş. ile hukuken ortaklık ilişkisi kalmayan davacı, 04.05.1998 tarihinde Grubu tarafından satın alınan bank A.Ş.'nin doğrudan veya dolaylı ortak sıfatını taşımamaktadır. Dolayısıyla bank A.Ş.'nin doğrudan ve dolaylı ortağı olduğu kabul edilerek, davacı'in Holding A.Ş. nezdinde ki paylarının devir işlemlerinin 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15/7 (b) maddesine göre hükümsüz sayılması ve buna bağlı olarak –YTL banka kaynağının davacıdan takip ve tahsiline ilişkin dava konusu işlem hukuka uygun bulunmamıştır." gerekçesi ile idari işlemi iptal etmiştir. Danıştay 13. Dairesi, 10.04.2007 T., 2005/9553 E., 2007/2071 K. sayılı kararı (www.kazanci.com.tr)

Danıştay'ın eski tarihli kararlarında hissedarlık şartını aramadığı, somut olayda banka üzerindeki kontrolünü değerlendirdiği, ancak yeni kararlarında hissedarlık sıfatını bir dava şartı olarak aradığı gözlemlenmektedir. Oysaki ne 4389 sayılı Bankalar Kanunu ne de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu hakim ortak olmak için hissedar olma şartını aramamaktadır. Ayrıca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile getirilen kontrol tanımlamasının son kararlarda 3. Madde kapsamından farklı şekilde yorumlandığı ve Danıştay verdiği önceki tarihli kararların her iki kanun döneminde de geçerli olması gerektiğini düşünmekteyiz.

Danıştay bu konu ile bağlantılı bir kararında ise yerinde olarak hakim ortakların kullandıkları kredi miktarına ve bankadaki hisse oranına bakılmaksızın hakim ortakların müşterek ve müteselsilen sorumlu oldukları" sonucuna varmıştır. Danıştay 13. Dairesi' nin 19.11.2003 T., 2003/3597 E., 2003/4486 K. sayılı kararı (Yayımlanmamış karar) Aslında bu sonuç hakim ortakların hisseleri olmaksızın dahi kontrolü elinde bulunduran sıfatı ile sorumlu olduğu esası ile uyumludur.

⁴⁷⁶ ALICI, s. 94.

2. Bank. K' nun 7. Maddesinde Yer Alan Kuruluş Şartları⁴⁷⁷

Bank. K.'nda bu madde altında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ya da perdenin arkasına saklanması önlenilmesi amacına doğrudan ya da dolaylı olarak hizmet eden hükümler getirilmiştir.

a. Anonim Şirket Olma Zorunluluğu⁴⁷⁸

Bankaların anonim şirket olarak tüzel kişilik kazanmalarının Kanun Koyucu tarafından tercih nedenleri daha önce açıklanmış olduğundan⁴⁷⁹ burada yalnızca genel kanun özel kanun sıralamasında Bank. K' nunda hüküm bulunmayan hallerde anonim şirketlerle ilgili olarak Türk Ticaret Kanunu'nun uygulanacağını belirtmekteyiz⁴⁸⁰. Zira bu kanun bankaların faaliyetlerini düzenleme amacıyla getirilmiş özel bir kanundur ve genel hükümlerden önce uygulanır.

b. Banka Hisse Senetlerinin Nakit Karşılığı Çıkarılması ve Tamamının Nama Yazılı Olması Şartı

Kanun koyucu yaşanan olumsuz tecrübeler nedeniyle gerçek bir banka kuruluş ve devrinin yaşanmadığı, bankanın borçlandırılarak hisselerinin devredildiği, bilanço hileleri ile sermaye artırımlarının gerçekleştirildiği ve ağır bir ekonomik krize neden olan hayat olaylarının tekrarlanmaması amacıyla ticaret hukuku alanında geçerli bulunan sermayenin aynı olarak getirilebileceği kuralına önemli bir istisna getirmiştir. İstisnai nitelikte olan bu kural ile bankanın sermayesinin tamamının nakit olarak konulmasını ve nama yazılı olarak hisselerin çıkarılmasını hükme bağlamıştır⁴⁸¹.

Tüzel kişiler de banka hakim ortağı olabileceklerinden, kanun koyucu kurucu tüzel kişiliklerinde ortaklık yapısının açık ve şeffaf olması (8/1. (g) mad.) ve bu tüzel kişilerin nitelikli paya sahip gerçek kişi ortaklarının kurucularda aranan nitelikleri taşıması (Bank. K. m. 8/II) şartını da aramaktadır⁴⁸².

⁴⁷⁷ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 210 vd., TAŞDELEN, s. 181, 193 vd.

⁴⁷⁸ TAŞDELEN, s. 195, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 212.

⁴⁷⁹ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, 2.

⁴⁸⁰ ALICI, s. 108, DOĞRUSÖZ, s. 16.

Ancak bunun vazgeçilmez bir esası gibi değil de “her somut olayda uygulanacak kanun hükmü belirlenirken özel genel kanun ilişkisini gözeterek uygulanacak kanunun hangi alanda olduğunun belirlenmesi gerektiği” ne ilişkin genel kuralın yansımından ibaret olduğunu da unutmamak gerekir.

⁴⁸¹ TAŞDELEN, s. 197. Bu husus İlk kez 7129 sayılı Kanunda hükme bağlanmış ve 5411 sayılı Bankalar Kanunu'na kadar da düzenlene gelmiştir.

⁴⁸² Alıcı, nama yazılı hisse senetlerinde beyaz cironun mümkün olması nedeniyle banka hisselerinin beyaz ciro ile devredilebileceğini ve beyaz ciro ile devrin banka hisselerinin borsada işlem görmesini sağladığını,

c. Kurucuların Kanunla Belirlenen Şartları Taşınması

Bank. K'nun 8. maddesinde banka kurucularında aranılacak şartlar belirlenmiştir. Bankalar ticari birer kuruluş olmakla birlikte, fon kaynaklarının halktan toplanan mevduat ve katılım fonu olması nedeniyle ekonominin geneli için özel önem ve işlevi olan kamusal alanda faaliyet gösteren kuruluşlardır. Bu nedenle banka yönetiminin banka hissedarları yanında tasarruf sahiplerinin de hak ve menfaatlerini koruma yükümlülüğünü yerine getirmelerini gerektirmektedir. Bu ise bankanın fonksiyonlarının mali güç ve saygınlığının mevzuata, bankacılık ilke ve teamüllerine uygun emniyetli, ehliyetli ve verimli bir şekilde çalışarak yerine getirmeleri ile mümkün olabilecektir⁴⁸³. Önceki uygulamalarda tam tersine bir şekilde banka ortaklarının, güçleri sayesinde banka yönetiminin karar ve faaliyetlerini kendi menfaatlerine olarak kötüye kullandıkları görülmektedir. Banka kurucuları ve ortakları için ağırlaştırılmış özel şartların öngörülmesi yapılan faaliyetin kamusal hayatı doğrudan etkilemesi nedeniyle bir zorunlu hal teşkil etmektedir.

d. Yönetim Kurulu Üyelerinin Belirli Nitelik ve Tecrübeye Sahip Olması⁴⁸⁴

Bu hükmün (d) fıkrası gereğince yönetim kurulu üyelerinin Kanunun kurumsal yönetim hükümlerinde belirtilen nitelikleri ve planlanan faaliyetleri mesleki tecrübeyi haiz olması gerekmektedir. Ayrıca Bank K. m 23'de yönetim kurulu üyelerinin bir fazlasının genel müdürler için aranan şartları taşınmasını aramaktadır.

e. Öngörülen Faaliyet Konularının Planlanan Mali Yönetim ve Organizasyon Yapısı ile Uyumlu Olması⁴⁸⁵

Hükmün (e) fıkrasında ise bankanın iç işleyişinde yaşanan kaynak aktarımlarını önleme amacıyla öngörülen faaliyet konularının planlanan mali yönetim ve organizasyon yapısı ile uyumlu olması şartı aranmaktadır.

belirtmektedir. Bu durumun ise banka hisselerinin belirli bir sınırın üzerinde (% 10) devri halinde Kurulun izni gerektiğinden (18/8 mad.) banka hissedarlarının belirlenebilmesi amacını zedelediğini düşünmektedir (ALICI, s. 108). Beyaz ciro ile devralmış olan kişinin yetkileri ile ilgili olarak bkz. POROY/TEKİNALP, s. 161 vd.

⁴⁸³ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun gerekçesi, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 82.

⁴⁸⁴ ALICI, s. 109, TAŞDELEN, s. 199, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 218, AKDAĞ-GÜNEY, s. 12.

⁴⁸⁵ ALICI, s. 110, TAŞDELEN, s. 200, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 218.

f. Ödenmiş Sermayenin Asgari Tutardan Az Olmaması⁴⁸⁶

Burada asgari sermayenin muvazaadan⁴⁸⁷ ari olarak ödenmiş olması şartı aranmaktadır. Kanun koyucu muvazaalı işlemlerin batıl olduğuna dair genel hukuk kuralları ile yetinmeyerek karşılaşılan olumsuz örnekler nedeniyle burada muvazaadan ari olmayı özellikle vurgulamıştır. Hükmün amacı banka sermayesinin güven ilkesinin sağlanabilmesi amacıyla kayden değil gerçek bir tutardan oluşturulmasının sağlanmasıdır. Bu husus özellikle Bank. K m. 17’de yer almaktadır.

g. Ana Sözleşmenin Bankacılık Hükümlerine Uygun Olması⁴⁸⁸

Bank. K. hükümleri kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle banka ana sözleşmesi ile kanunla getirilen hükümlerin aksi kararlaştırılmaz.

h. Bankanın Ortaklık Yapısının ve Organizasyon Şemasının Kurumun Etkin Denetimini Engellemeyecek Şekilde Açık Olması⁴⁸⁹

Banka hisselerinin nama yazılı olması, belirli orandaki hisse edinim ve devirlerinin Kurulun iznine tabi olması, nitelikli paya sahip olanların Kurucularda aranan şartları taşıması, Bankanın sermayesinin % 10 ve daha fazlasını devralan tüzel kişi ortaklarda doğrudan ve dolaylı olarak Bank. K.’nın 18/6. maddesinde yer alan oranlar dahilinde el değiştirmesi, devralacak ortağın kurucu ortaklar için aranan şartları taşıması bankanın ortaklık yapısının açık olması şartına bağlıdır.

ı. Konsolide Denetimi Engelleyecek Nitelikte Herhangi Bir Hususun Bulunmaması⁴⁹⁰

Burada amaç bankanın iştirakleri ile birlikte değerlendirilebilmesidir. Kredi sınırlamalarının aşıp aşılmadığının denetiminde bankanın iştirakleri ile birlikte faaliyetlerinin araştırılması halinde bir sonuç elde edilebilecektir.

i. Faaliyet Programının İbraz Edilmesi⁴⁹¹

Hükmün (j) bendinin son cümlesinde belirtilen bu husus bankanın kuruluşundaki yeterliliği tespit açısından önemli olup faaliyet programına uygun bir sermaye yapısının bulunup bulunmadığı yukarıda açıklandığı üzere kuruluş için son derece önemli bir husustur.

⁴⁸⁶ ALICI, s. 110,182, TAŞDELEN, s. 200, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 219.

⁴⁸⁷ TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 407 vd.

⁴⁸⁸ ALICI, s. 113, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 220, TAŞDELEN, s. 202.

⁴⁸⁹ ALICI, s. 113, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 221, TAŞDELEN, s., 202.

⁴⁹⁰ ALICI, s. 114, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 221, TAŞDELEN, s. 203.

⁴⁹¹ ALICI, s. 115, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 221, TAŞDELEN, s. 203.

3. Bank. K' nun 10. Maddesinde Faaliyet İzni Verilmesine İlişkin Olarak Belirlenen Şartlar⁴⁹²

Kanunun, faaliyet izninin verilmesine ilişkin usul ve esasları belirleme yetkisini Kurula vermiş ve Kurul tarafından bu yetkiye dayanılarak “Bankaların İzne Tabi İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik” ile faaliyet izninin verilmesine ilişkin şartlar belirlenmiştir.

4. Pay Edinim ve Devirleri

Bank. K' nun 18. maddesinde banka hisselerinin edinim ve devirleri özel şartlara tabi tutulmuştur⁴⁹³. Hisse senetlerinin nama yazılı olması nedeniyle devri ciro artı teslim yoluyla mümkündür. Ancak nama yazılı senetlerde beyaz cironun⁴⁹⁴ mümkün olduğu kabul edilmektedir. Bankalar bir anonim şirket olduklarından pay defteri tutmakla yükümlüdürler. Bu defterde pay sahiplerinin ad, soyad ve adreslerinin yazılı olması gerekmektedir. Ayrıca yönetim kurulunun pay devirlerinde nama yazılı bulunan banka hisselerinin devrinde ciro artı teslim şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin kontrolü ve usulüne uygun devirlerin pay defterine kaydı için karar alınması gerekmektedir. Uygulamada halka açık bankalarda yönetim kurulu banka hisselerinin kanunda yazılı sınırlar içerisinde beyaz ciro ile devrinin mümkün olabileceği yönünde kararlar almaktadırlar. Ancak belirli oranın üzerindeki pay devirleri Kurulun iznine tabi olduğundan banka yönetimi kurulun iznine kadar banka hisselerinin devrine ilişkin işlemi pay defterine kaydedemeyecektir.

Kanun koyucu burada bir kişinin banka sermayesinin % 10 veya daha fazlasını temsil eden paylarını veya bu oranın altında olsa da yönetim kuruluna veya denetim kuruluna üye belirleme imtiyazını veren nitelikli payların edinilmesini Kurulun iznine tabi tutmuş ve devralacak kişinin kurucularda aranan şartları taşıması esasını getirmiştir. Yine banka pay sahibinin payının bankanın % 10, % 20, % 33 veya % 50 oranını aşacak kadar veya düşecek yeni devirlerde bulunması, oy hakkı edinilmesi, hisseler üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi de bu şekilde Kurulun iznine tabi tutulmuştur. Bu oranların hesaplanmasında doğrudan ortaklık paylarının yanında dolaylı ortaklık payları da esas alınacaktır.

İzin alınmadan gerçekleştirilen pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür. (Bank. K. m. 18/V) Bu hisselerle ilişkin temettü hariç ortaklık hakları Fon tarafından kullanılacaktır (Bank. K. 18/VII)⁴⁹⁵.

⁴⁹² ALICI, s. 140 vd., REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 238 vd., TAŞDELEN, s. 264 vd.

⁴⁹³ ALICI, s. 189 vd., REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 314 vd.

⁴⁹⁴ ÜLGEN/HELVACI/KENDİGELEN/KAYA, s.47. POROY/TEKİNALP, 161-162.

⁴⁹⁵ Bkz. ALICI, s. 202 vd., REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 315, 329.

Bankanın ortaklarının tüzel kişilik olarak karşımıza çıkması her anonim şirkette olduğu gibi mümkündür. Bu nedenle Kanunun aradığı şartları taşımayan kişiler bu tüzel kişiliklerdeki ortaklıkları aracılığı ile bankaların yönetim ve denetimini ellerinde bulundurdıkları gibi bu ortaklıklar sayesinde banka hissedarı olmanın getirdiği ağır sorumluluktan kaçındıkları gözlemlenmektedir. Bu nedenle Bank. K' nun 18/6. maddesinde *“Bir bankanın sermayesinin yüzde on veya daha fazlasına sahip olan tüzel kişilerin paylarının doğrudan veya dolaylı olarak birinci fıkrada belirtilen oranlar veya esaslar dahilinde el değiştirmesi, devralacak ortağın kurucularda aranan nitelikleri taşıması şartıyla Kurulun iznine tabidir.”* hükmüne yer verilmiştir⁴⁹⁶.

5. Birleşme, Bölünme, Hisse Değişimi ve İradi Tasfiye

Bank. K' nun 19 ve 20. maddelerinde genel düzenlemeler ile yetinilmeyerek bankaların birleşme, bölünme, hisse değişimi ve iradi tasfiyesi Kurulun iznine tabi tutulmuştur.

6. Yönetim Kurulu, Denetim Komitesi, Murahhas Üye, Genel Müdür⁴⁹⁷ ve Yardımcıları

Söz konusu hükümlerin kanunda ayrıntıları ile düzenlenmesinin nedeni sıradan bir anonim ortak olmayan bankalarda yönetim kurulu veya denetim komitesi üyesi ya da genel müdür veya yardımcısı sıfatıyla görev yapan kişilerin, bankanın yönetim ve denetimi ile ilgili olarak son derece ağır bir sorumluluk yüklenmelerinin bankanın denetimini kolaylaştıracağı düşüncesidir. Bunun yanında ilgililerin sorumluluklarının tespiti halinde bu kişilere başvurmanın fiilen mümkün kılınabilmesidir.⁴⁹⁸

⁴⁹⁶ Bu yöndeki ilk düzenleme 3182 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 98. Maddesine istinaden yayınlanan 20 sayılı tebliğde yer verilmiş ve Hazine Müsteşarlığının iznine tabi tutulmuştur. Daha sonra 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 7/2 (c) maddesinde “tüzel kişi kurucuların yönetim ve denetimine sahip gerçek kişilerin kim olduğunun belgelenmesi ve kurucularda aranan şartları taşıması” gerektiği yönündeki düzenlemeye 4491 sayılı Kanunla d bendi eklenerek “ Banka sermayesinin %10 veya daha fazlasına sahip olan tüzel kişilerin sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak (a) bendinde belirtilen oranlar veya esaslar dahilinde el değiştirmesi Kurulun iznine bağlıdır. Bu hüküm tüzel kişi ortağın yönetim ve denetimini belileyen sermaye paylarının bir başka tüzel kişiye ait olması halinde gerçek kişi ortak ya da ortaklara ulaşınca kadar uygulanır.” şeklinde genişletilmiştir.

⁴⁹⁷ AKDAĞ-GÜNEY, s. 12, 25.

⁴⁹⁸ Bkz. ALICI, s. 241., 263 .,274, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 375, 406, 418, TAŞDELEN, s. 313, 336, 343 Bkz. Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin TTK' na göre sorumlulukları için REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 394, İbra ve Sonuçları için REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 400.

7. Denetlemeye İlişkin Hükümler⁴⁹⁹

Bank. K' nun 27-43 maddeleri arasında bankaların denetlenmesine ilişkin çeşitli hükümler düzenlenmiş bulunmaktadır. Söz konusu hükümler bankaların denetlenmesinde aksayan yönlerin giderilmesi amacıyla detaylandırılmış ve geliştirilmiştir.

8. Ödenmiş Sermaye, Yedek Akçeler ve Özkaynak

Ödenmiş sermaye özkaynağın unsurlarından biri olup pozitif bir değer olarak bilanço aktifinde yer alır. Bunun yanı sıra yedek akçeler, geçmiş yıllar kârı ve dağıtılmayan dönem kârı da özkaynağın pozitif kalemlerindendir⁵⁰⁰. Bankanın özkaynaklarının banka zararına oranı yani sermaye yeterliliği⁵⁰¹ bankanın faaliyetlerine devam edip etmeme de en önemli kıstas olarak kanunda belirlenmiştir. Ayrıca sermaye yetersizliği tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi için de önemli bir kıstas olarak kabul edile gelmektedir⁵⁰².

9. Krediler ve Risk Grubu

Banka kaynaklarının hakim ortak ve üçüncü kişilere edindirilmesinde en çok kullanılan yöntem olarak karşımıza çıkan kredi kullandırımı ile ilgili olarak Bank. K' nun 48-56 maddeleri⁵⁰³ arasında bazı sınırlamalara gidilmek suretiyle önleyici nitelikte çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Kredi sınırlamalarına ek olarak getirilen hükümlere örnek olarak gayrimenkul ve emtia üzerine işlemler⁵⁰⁴, bağış sınırlamaları⁵⁰⁵, sandık ve vakıflara ilişkin işlemler⁵⁰⁶ sayılabilir.

10. Mevduat ve Katılım Payı Toplamaya İlişkin Hükümler⁵⁰⁷

Yine bu maddede de 2000-2001 krizlerinde yaşanan tasarruf sahiplerine ve ekonomiye zarar veren olumsuzluklar göz önüne alınarak tasarruf sahiplerinin haklarını korumak amacıyla izinsiz mevduat ve fon toplanması sayılacak durumlar açıkça belirlenmiş ve bankaların bir dönem yurtdışında kurulu off-shore bankalar adına kendi nezdlerinde hesap açarak halktan topladıkları paraların banka hakim ortaklarının grup şirketlerine kredi adı

⁴⁹⁹ Bkz. ALICI, s. 295-394, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 453-546, TAŞDELEN, s. 370-431, AKDAĞ-GÜNEY, s. 25.

⁵⁰⁰ ALICI, s. 395 vd., REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 547 vd., TAŞDELEN, s. 431 vd.

⁵⁰¹ Bkz. ALTINTAŞ, s. 106.

⁵⁰² YANLI, s. 86 vd.

⁵⁰³ ALICI, s. 425, 506, 532, 545, 562,567, 591, 612, 626, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 573, 636, 647, 665, 689, 694, 727, 749, 767, TAŞDELEN, s. 455, 503, 509, 518, 525, 532, 549, 570, 581.

⁵⁰⁴ Bank. K. 57. mad. ALICI, s. 636, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 780, vd., TAŞDELEN, s. 590.

⁵⁰⁵ Bank. K. 59. mad., ALICI, s. 644, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 796 vd., TAŞDELEN, s. 607.

⁵⁰⁶ Bank. K. 58. mad., ALICI, s. 647, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 792 vd. TAŞDELEN, s. 609.

⁵⁰⁷ 60-64 maddeler, ALICI, s. 651 vd., REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 805 vd., TAŞDELEN, s. 612 vd.

altında aktarılması sonucunda tasarruf sahipleri ve bankaların uğramış oldukları zararın önlenmesi için Türkiye’de kurulan kredi kuruluşlarının yurtdışındaki şubeleri ile ortaklıklarının mevduat cüzdanı ve fon toplamaya ilişkin evrakın düzenlenmesi işlemlerini faaliyette bulundukları ülkede yapmaları zorunlu tutulmuştur. Ayrıca söz konusu şube veya ortaklık adına hiç bir şekil ve surette yurt içinde mevduat cüzdanı düzenlenemeyeceği ve fon toplanamayacağı hükme bağlanmıştır. Söz konusu düzenleme 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 10. maddesi esas alınarak hazırlanmıştır. Ancak bu maddeden farklı olarak tasarruf mevduatları yanında katılım fonlarını da kapsayacak şekilde düzenlenmiştir⁵⁰⁸.

11. Mal Beyanı Verme Yükümlülüğü

Bank. K m. 109/II gereğince faaliyet izni kaldırılan veya Fon’a devredilen bankaların hakim ortaklarından, tüzel kişi ortakların sermayesinin %10’ndan fazlasına sahip gerçek kişi hissedarlarından ve yöneticilerinden, bunların eşlerinden, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın hısımlarından, evlatlıklarından ve kendilerini evlat edinenlerden kanunda sayılı hususlar hakkında mal beyanı verilmesini istemeye yetkilidir⁵⁰⁹.

V- BANKACILIK HUKUKUNDA TÜZEL KİŞİLİK PERDESİNİN KANUNEN KALDIRILDIĞI DÜZENLEMELER

1999 ve 2003 yılları arasında yaşanan süreç içerisinde 21 adet bankanın, bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izinleri kaldırılarak mevduat sigortasının Fon tarafından mudilere ödenmek üzere hazineden karşılanmak sureti ile bankalara aktarılmış ve bunun sonucunda kanun gereğince bankaların hisseleri Fon’a devredilmiştir. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 14. maddesinde yer alan yetki kapsamında söz konusu bankalarla ilgili olarak “4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 14. maddesinin (2). fıkrası kapsamında istenen tedbirleri almayan, kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde hissedarlarının oluşturduğu sermaye grubuna aktaran, zararı özkaynaklarını aşarak yabancı kaynaklara sirayet eden, mali bünyesindeki zafiyeti taahhütlerini karşılayamayacak boyutlara ulaşan ve faaliyetlerine bu haliyle devamı mevduat sahiplerinin haklarını ve mali sistemin güven ve istikrarını tehlikeye

⁵⁰⁸ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 807,808.

⁵⁰⁹ POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 368, REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1360.

Kanun metninde yer alan bu kalemlerin belirtilmesinin nedeni malvarlığının bazı unsurlarının, hakim ortaklarca verilen mal beyanlarına dahil edilmemesi olsa da malvarlığı unsurları açısından kazuistik olarak sayma yöntemine dayanılarak düzenlenmeye gidilmesi hukuken gerekmemektedir.

düşüren ‘..... bank/bankası A.Ş.’nin temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi, aynı maddenin (3) ve (4) numaralı fıkralarına göre Fon’a devredilmiştir.” şeklindeki kararları ile özkaynağın yetersizliği esasına dayanan Bankalar Kanunu hükümlerine ilişkin somut olaydaki tespitlere vurgu yapılmaktadır. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun söz konusu kararlarına karşı açılan davalardan iki bankaya⁵¹⁰ ilişkin olan davalar hariç olmak üzere bankaların yönetim ve denetiminin Fon’a devredilmesi ve akabinde hisselerinin de devralınması kararlarının iptaline talebi ile açılan davaların çoğu Danıştay tarafından reddedilerek⁵¹¹ kesinleşmiştir⁵¹².

Bankaların Fon’a devrine neden olan banka hakim ortakları ve banka yöneticileri, bankanın kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde kendi oluşturduğu sermaye grubuna aktarmış oldukları görülmüştür. Bu dönem dürüstlük kuralının bankalarda yok olduğu hukuksuz bir dönem olarak nitelendirilebilir. Ayrıca bankalara zarar veren işlemleri gerçekleştiren kişilerin hukuka aykırı bir zeminde bulunduğu ve olağanüstü koşulların yaşandığı bir kesittir. Kanun koyucu tarafından bu dönemin yarattığı sonuçlarının ortadan kaldırılması için olağanüstü düzenlemelere gidilmesi ihtiyacı duyulmuştur. Bu düzenlemelerde yapıcı amaç güdülmüştür.⁵¹³ 3182 sayılı yürürlükten kaldıran 4389 sayılı Bankalar Kanunu bir çok kez değişikliğe uğramıştır. Sonrasında ise bu kanun esas alınarak sistematik değişikliğinin yanı sıra belirli konularda içerik değişikliğine de gidilerek 5411 sayılı Bankacılık Kanunu getirilmiştir. Bank. K’nun geçici 11. madde kapsamında olan hükümler dışında 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır. Buradan hareketle Bank. K’nun geçici 11. maddesi gereğince 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu’nun 15,15/ (a), 16, 17, 17/ (a) ve 18 maddeleri, ek 1, 2, 3, 4, 5, ve 6’ncı maddeleri ile geçici 4. maddesi, 14. maddenin 5 ve 6. fıkralarında düzenlenen hükümleri maddede belirtilen hallerde halen yürürlükte⁵¹⁴dir. Bu nedenle incelememizde Bank. K’nun hükümleri esas alınacaktır. Ancak halen yürürlükte olan 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu’nun maddeleri ile Bank. K’nun düzenlemeleri arasında bir fark olması halinde tekrarlara yer vermemek amacıyla bu farklılık belirtilmek sureti ile konu açılacaktır. 3182

⁵¹⁰Danıştay İdari Davaları Genel Kurulu 18.12.2003 T., 2003/7782 E. Ve 2003/690 K. ve Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulunun 2003/710 E. ve 2003/897 K. (Yayımlanmamış Kararlar).

⁵¹¹ Danıştay 10. D. 22.2004. T., 2001/2830 E., 2004/50 K., Danıştay 10. D. 2001/2233 E., 2003/23 K., Danıştay 10. D. 2000/659 E., 2002/503 K., Danıştay 10. Dairesi 2000/771 E. 2002/4113 K. (Yayımlanmamış Kararlar).

⁵¹² YALÇIN, s. 279-280.

⁵¹³ DOĞRUSÖZ, s. 4.

⁵¹⁴ YALÇIN, s. 281.

sayılı Bankalar Kanunu'nda yer alan düzenlemelerden ise konunun gereklerine göre söz edilecektir.

A. Banka Kaynaklarının İstismarı ve İade Tazmine Konu Edilmesi⁵¹⁵

Bu madde hükmünün atıfta bulunmuş olduğu Bank. K'nun 71. maddesi ile 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun 14/4. maddesinden farklı olarak bankanın yönetim ve denetimin Fon'a devri yanında faaliyet izninin kaldırılmasını da öngörmüştür. Ayrıca 4389 sayılı Bankalar Kanunu' nun 14/5 (bc) bendinde yalnız hakim ortaklar için iade ve tazmin yükümlülüğü getirilmiş iken Bank. K'nun 108. maddesinde yöneticiler de kapsama dahil edilmiştir.⁵¹⁶ Bu hükümle Fon'a devir hali ile sınırlı olmak üzere banka tüzel kişiliği yönünden doğrudan tüzel kişilik perdesi kaldırılmıştır. Banka hakim ortak ve yöneticilerinin mal varlığı ile Fon' a karşı banka zararından sorumlu oldukları kabul edilmiştir. Böylece anonim şirketlerin sermaye payı ile sınırlı olarak ortakların ortaklık borçlarından sorumlu oldukları ilkesine önemli bir istisna getirilmiş bulunmaktadır.

Bu maddenin gerekçesi “Bir bankanın kaynakları ve varlıklarının bankanın hakim ortakları veya yöneticileri tarafından istismar edilmesi halinde, uygulanacak tedbirlere bu maddede yer verilmiştir. Banka kaynaklarının ve varlıklarının doğrudan ve dolanlı olarak kullanılma usulleri belirtilerek kullanılan kaynaklar ve maruz kalınan zarar kapsamında iade ve tazmine konu edilecek tutarların belirlenmesi, şahsi sorumluluğa ilişkin hükümleri saklı kalmak kaydıyla doğrudan veya dolaylı veya dolanlı bir şekilde kullanılan kaynakları ve bu suretle uğranılan zararları Fon tarafından verilecek süre içerisinde iade ve tazmin etme mükellefiyeti getirilmiş, maddede belirtilen şartların mevcudiyeti halinde, bu zarar veya kullanılan kaynakların miktarına bakılmaksızın, bunlara ait hisselerin başkaca bir işleme gerek kalmaksızın Fona intikal etmesine imkân sağlanmıştır.” şeklindedir. Hükümün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere Bankanın kaynaklarının istismarı, yani bankanın hakim ortakları ve yöneticileri tarafından banka kaynaklarının kendi ya da üçüncü kişiler lehine kötüye kullanımı halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına izin verilmekte ve hatta bankanın hisselerinin Fon'a devredilmesi ile banka hissedarlarının ortaklık hakları sona ermektedir. Bank. K' nun 107. maddesinde bu husus, “Devralınan zararlara istinaden yapılacak ödemelerin karşılığını temsil eden hisseler, üzerindeki her türlü hak ve takyidattan arı olarak Fona intikal eder.” şeklinde düzenlenmiştir.

⁵¹⁵ BATTAL, Bankalar K. Şerhi, s. 350-351.

⁵¹⁶ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1342.

İstismar edilen yani kötüye kullanılan banka kaynakları; bankanın hakim ortak ve yöneticilerinin bankadan doğrudan veya dolaylı olarak kullandıkları kaynakları yanında banka kaynaklarının kötüye kullanılması sureti ile verilen zararı da kapsamaktadır. Bu nedenle kanun bu madde kapsamında verilen zarardan sorumluluğu iade ve tazmin olarak belirlemiştir. Banka kaynaklarının aktarım yöntemleri yukarıda detayları ile örneklendirilmiştir⁵¹⁷. Somut olayda banka kaynağının kötüye kullanımının olup olmadığının belirlemesinin her olayın özelliğine göre değişebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Bazen her iki durum girift bankacılık işlemleri nedeniyle öyle iç içedir ki olayın çözümlenebilmesi için bir uzmanın incelemesi gereklidir. Örneğin kullandırılan usulsüz krediler ve alınan avansların, banka hakim ortakları, yönetici ve üçüncü kişilere geri dönüşümsüz olarak aktarımı, banka varlıklarının bedelsiz veya ucuza alınması, ucuza kiralanması, bankaya yüksek bedelle mal veya hizmet alınması veya kiralanması, çalışanlara aşırı ücret ve ikramiye vb. ödemeler yapılması gibi usulsüz olarak gerçekleştirilen tüm işlemler banka kaynaklarının kötüye kullanılması sureti ile bankaya verilen zarar kapsamındadır⁵¹⁸.

Bankaların hakim ortakları tarafından kıyı bankacılığı yapmak için yurtdışında kurmuş bulundukları off-shore bankalar adına bankalarda hesaplar açmak sureti ile (gerçekte yurt dışındaki off-shore bankasına para aktarımı olmaksızın) mevduat hesap cüzdanlarının birebir benzerini düzenlenerek yüksek faiz vaadi ile halktan para topladıkları ve bunları doğrudan bu açılan hesaba alarak daha sonra bu hesaplardan hakim ortağın grup şirketlerine aktardıkları sıkça görülen bir banka kaynağı aktarma yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır⁵¹⁹. Burada banka unvanı kullanılarak toplanılan bu paralar muhasebesel olarak bankanın pasifinde yer alan bir tutar olan mevduat kabulü ve sonrasında kredilendirme sureti ile bankanın aktifinde yer alan bir tutar olması gerekirken⁵²⁰ off-shore bank adına açılan hesaplara yatırılan söz konusu meblağlar bankanın sadece pasifinde yer almıştır. Banka nezdinde açılan off-shore bank hesapları üzerinden banka adına değil off-shore bank adına kredi kullandırılmış olduğundan söz konusu tutarların banka kayıtlarından çıkarılması nedeniyle bankanın kredilendirmek sureti ile aktifinde bir alacak kalemine dönüşmemiştir. Bu nedenle buradaki zararın oluşumu; bankanın muhtemel kazanç kaybının önlemesinin yanında bankanın yükümlülüklerinin artırılması kapsamında değerlendirilerek banka kaynaklarının kötüye kullanılmasının söz konusu olduğunun kabulü yerinde bir yaklaşımdır.

⁵¹⁷ Bkz. İkinci Bölüm, II, A, B, C, D, F.

⁵¹⁸ ALICI, s. 1038, TAŞDELEN, s. 1042.

⁵¹⁹ ULUSOY, s. 399, 400.

⁵²⁰ ALIŞKAN, s. 31

Ayrıca off-shore hesap sahipleri yönünden tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak off-shore bankanın hakim ortaklarına gidilebilmesi imkanı teorinin uygulanması ile mümkün olabilmelidir. Çünkü bu durumda hakim ortağa ait olan ilişkide muhabir konumunda olan banka nezdinde off-shore bankaya ait bir hesap açılmakta ve hakim ortağın nüfuzu ile halktan toplanan paralar off-shore bank adına bu hesaba yatırılmaktadır. Ancak bu hesaptaki paralar yurtdışına gönderilmeksizin banka hakim ortağına ya da grup şirketlerine aktarılmaktadır. Bu durumda banka hakim ortağı, kıyı bankası ile kendi mal varlığını özdeşleştirmektedir. Hakim ortak muhabir banka olan bankayı da bu amaçla kullanmaktadır.

Kanun koyucu banka kaynaklarının hangi dolanlı işlemlerle aktarılabilceğini “banka kaynaklarını ve varlıklarını; rehnetmek, teminat göstermek, açıldığı tarih itibarıyla kredibilitesi olmadığı aşikâr bulunan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullanırmak, yurt içi ve yurt dışı banka ve mali kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair 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 kaynak olarak kullanılmış” demek suretiyle belirleme ihtiyacı duymuştur. Çünkü yapılan tüm bu işlemler bankacılık işlemi şeklinde gerçekleştirilmiş olduğundan yapılan usulsüz işlemler şeklen hukuka uygun görünmektedir⁵²¹.

Kanunda bu işlemlerin dolanlı olabileceğinin sayılmasına hukuken gerek bulunmamakla birlikte kanunların uygulanmasında yaşanan zorluklar karşısında kanun koyucu bu işlemleri kazuistik bir yöntemle sayma yoluna gitmiştir. REİSOĞLU bu hususta ilave olarak kullanılan kaynaklarla kredilerin kasdedildiği ancak gayrimenkullerin değerinin çok üstünde bir değerle bankaca satın alınmış gösterilmesinin de bir kaynak kullanımı olduğunu belirtmektedir.⁵²² Dolayısıyla kanunun burada sınırlayıcı bir yorum getirmemiş örnek olarak kaynak aktarım yöntemlerini sayma ihtiyacı duymuştur.

Dolanlı işlemler sonucunda elde edilen menfaat banka hakim ortak ve yöneticilerine ait olmak üzere hukuka aykırı işlemlerle gerçek ve bazen de tüzel kişiler üzerinden gerçekleştiriliyor ise bu durumda da banka kaynaklarının istismarı bulunmaktadır. Bank.

⁵²¹Hatta Cumhuriyet Savcılıklarının sırf hukuki işlem olması nedeniyle suç unsuru teşkil etmediği yönünde şekli incelemeler sonucu verilmiş takipsizlik kararları bulunmaktadır. Oysa hukuk düzeni bir bütündür. Hukuka aykırı her işlem ve fiil toplum düzenini zedelemektedir. Hukuk devletinin özel hukuktan doğsa dahi hukuka aykırı davranışları koruması kabul edilemez ve hatta düşünülemez. Oysa ki hukuki işlemlerin muvazaalı olması halinde sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler açısından dolandırıcılık suçunun unsurlarının oluşması muhtemeldir.

⁵²² REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1342.

K'nun 160. maddesinde banka kaynaklarının istismarı ile zimmet suçunun işlendiği kabul edilmiştir⁵²³. Yine bu kanunun 132. maddesine göre bu maddedeki alacakların takip ve tahsilinde 6183 sayılı Kanun hükümleri uygulanır.

Bu madde de kanun koyucu tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisindeki ana kıstas olan sermaye yetersizliğini, bankacılık alanına uyarlanmış ve geliştirilmiştir. Böylece sermaye yetersizliği kavramından biraz daha geniş bir kavram kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu hükümle “kaynak kullanımının bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürmesi, bu suretle bankaya zarar vermesi ve Kurulun, bu şekilde kullanılan kaynakların bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin Fon’a devrini gerektirecek boyutta olduğuna karar verilmesi” esası getirilmiştir⁵²⁴.

Banka hakim ortak ve yöneticileri diğer hakim ortak ve yöneticilerden farklı olarak Bank. K'nun “sınırlamalar” bölümünde yer alan “kredi sınırlamaları” başlıklı 54. maddesinde belirlenen sınırlar dahilinde bankadan kredi kullanabileceklerdir⁵²⁵. Canlı bir bankada hakim ortak ve yöneticilere kredi kullandırım ve geri ödeme koşulları diğer kişilerle eşittir. Yalnız banka kaynaklarının kredilendirme sureti ile kötüye kullanılması halinde kanun banka tüzel kişiliğinin ortaklarından ve hatta yöneticilerinden ayrı kişilikler olması nedeniyle tanınan mal ayrılığı sistemini ortadan kaldırdığı gibi banka zararının hazine kaynaklarından karşılanarak Fon tarafından ödenmiş olması nedeniyle banka hisselerinin de Fon’a devrine imkan tanıyarak mülkiyet hakkına ilişkin önemli bir istisna getirmektedir.

Yine bu maddede, “Hakim ortaklar veya yöneticiler banka kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek bir biçimde kendi lehlerine doğrudan veya dolanlı olarak kaynak kullanırlar faaliyet iznini kaldırılır veya temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fon’a devredilirse bu iki şartın birlikte oluşması halinde kullanılan kaynakların Fon tarafından verilecek süre içinde iade ve tazmini zorunludur.” denilmek sureti ile mal ayrılığı ilkesi nedeniyle tüzel kişiliğin borçlarından veya zararından kişisel olarak ortakların sorumlu olmadığına ilişkin kurala da istisna getirilmiştir.

Bu hükümle banka hakim ortak ve yöneticilerinin bu kanun kapsamında şahsi sorumluluğuna ilişkin getirilen hükümler saklı tutulmuştur. Çünkü bu iki maddede düzenlenen zarar kalemleri birbirinden farklıdır. Bank.K.'nun 108. maddede iade tazmine konu olan zarar banka hakim ortak ve yöneticilerinin banka kaynaklarını kullanmış olmak sureti ile vermiş

⁵²³ ALICI, s. 1037.

⁵²⁴ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1343.

⁵²⁵ Ancak TTK gereğince yönetim kurulu üyeleri kendileri ya da yakınları ile ilgili konularda oy kullanamayacaktır.

oldukları zararlar iken, Bank. K.'nın 110. maddesinde yer alan zarar yöneticilerin kanuna aykırı eylem ve işlemlerinden doğan banka zararından menfaat sağladıkları kalemlerden oluşmaktadır. Yöneticiler tarafından gerçekleştirilen işlemler banka hakim ortaklarına menfaat sağlama yönünde sonuçlar doğurmakta ise hakim ortaklar temin ettikleri menfaatler ölçüsünde 108. madde kapsamındaki zarardan sorumludurlar⁵²⁶. Ayrıca iade ve tazmin yükümlülüğünde bulunan banka hakim ortak ve yöneticileri hakkında Bank. K.'nın 133 madde kapsamında mali sorumluluk davası da açılabilir⁵²⁷. Bank. K.'nın 134. maddenin uygulanması için ise önemli olan husus, mal, hak ve alacakların banka kaynakları kullanılarak edinilmiş sayılıp sayılmayacağıdır⁵²⁸.

Bu madde gereğince banka hakim ortaklarının sorumlulukları kullanılmış oldukları banka kaynağı ile sınırlıdır⁵²⁹. Danıştay bu konuda önüne gelen bir olayda esas mahkemesinin hisse oranına bakılmaksızın müşterek ve müteselsilen ya da hisse oranı ile sınırlı olarak tahsili ile ilgili kanunda boşluk olduğu gerekçesi ile tüm borçtan sorumlu olmasının hakkaniyete aykırı olarak nitelemiştir. Bu nedenle hisse oranı ile sınırlı sorumluluk esasının uygulanması gerektiği yönündeki esas mahkemesi kararını bozarak; “maddede hisse oranları ile ilgili kurulmadan Fon alacağına 6183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağının öngörülmüş olması karşısında, söz konusu Fon alacağının bankanın yönetim ve denetimini elinde bulunduran tüm ortaklardan istenebileceği” sonucuna varılmıştır⁵³⁰.

Fon tarafından banka hakim ortak ve yöneticilerine tanınan süre içerisinde iade edilmeyen kaynaklar ve tazmin edilmeyen zararlar, sigortaya tabi mevduatın hazineden karşılanarak Fon tarafından banka mudilerine ödenmesi ve eğer bu ödemeler sonucunda hisse bedelleri karşılanmış ise bedelsiz olarak, hisselerin bedellerinin tamamı karşılanmış ise bakiye bedel ödenmek sureti ile herhangi bir alacak temlikine gerek kalmaksızın kanunen Fon alacağına dönüşmektedir. Fon alacaklarının bu madde kapsamında Mahkeme kararına bağlanmaksızın 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilebilmesi hükme altına alınmıştır⁵³¹. Fon alacağının nasıl hesaplanacağı

⁵²⁶ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1345.

⁵²⁷ ALICI, s. 1038.

⁵²⁸ ALICI, s. 1039.

⁵²⁹ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1348.

⁵³⁰ Danıştay 10. Dairesi, 19.11.2003 tarihli, 2003/3612 E. ve 2003/4488 K. Danıştay Kararları Dergisi ,4. Sayı.

⁵³¹ ALICI, s. 1039, 6183 sayılı K. hükümlerine göre Fon alacağının tahsili ile ilgili hukuki düzenlemelerin gelişimi için bkz. İkinci Bölüm, V, D, 3.

132. maddede belirlenmiştir. REİSOĞLU burada alacağın kamu alacağına dönüşmediği⁵³² yönünde görüş bildirmekte ise de Fon tarafından bankaya veya mudilere ödenen tutarın hazineden karşılanması sonucunda zararın kesin ve somut bir hal aldığı ve kamu alacağına dönüştüğünün kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu hususu destekleyen bir başka husus ise Fon alacaklarının 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre alacağını tahsil hakkının tanınmış olmasıdır.

Esasında Alacağın devlet eliyle tahsiline yönelik gerek özel hukuk gerekse kamu hukukuna ilişkin hükümlerin kişilerin mülkiyet haklarını sınırlamaya yönelik olduğu tartışmasızdır. Bu husus özel hukukundan doğan alacakların tahsili amacını güden 2004 sayılı İcra İflas Kanunu için de geçerlidir. Devlet kendi alacaklarının (kamu alacaklarının) tahsili için 6183 sayılı Kanun hükümleri ile usul ekonomisi yanında kamu alacağının etkin ve hızlı bir şekilde tahsil edilebilmesi için genel takip yolundan farklı kurallara tabi olan kamu alacağına özgü özel ve istisnai nitelikte düzenlemeler getirmiştir. Bankacılık alanına gelindiğinde ise mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin genel takip yollarının dürüstlük ilkesinin geçerli olmadığı hayat olayları ile sabit olan bir alanda daha da özel nitelikteki istisnai hükümlerle düzenlenmesi söz konusudur. Banka zararı niteliğindeki kamu alacağının vergi alacakları ile kıyaslanamayacak ölçüde yüksek olması, zararın boyutlarının anlaşılmasında bir ölçü olabilir. Kanun gerekçelerinde belirtildiği üzere zararın boyutlarının yanı sıra yirmiden fazla bankada muvazaalı olarak kanuna karşı hile teşkil eden işlemlerle karşılaşılması ve dürüstlük kuralının bankacılık alanında yok edildiği bir dönem sonucunda kanun koyucu bu alana özgü istisnai nitelikteki hükümlerle tüzel kişilik perdesini aralama ihtiyacından hareketle hukuki düzenlemelerde bulunmuştur.

Hukuk düzenin korunması için ise ihkak-ı hak yasaklanmış olup özel hukuk kişilerinin alacaklarının dahi devlet eliyle tahsili kamu düzenindendir. Bir devlet alacağının topluma geri dönüşünün sağlanması ise öncelikli olarak kamu düzenindendir. Devlet alacağının tahsili için kamu alacaklısı ve güvenilir kişi sıfatı tanınan Fon'a 6183 s. K.'na göre takip yetkisinin tanınarak daha hızlı, etkin ve usul ekonomisine uygun bir takip şeklinin uygulanması borçlunun maddi anlamda borç koşullarını ağırlaştıran bir hukuki sebep teşkil etmemektedir. 6183 s. AATUHK adından da anlaşılacağı üzere- amme (kamu) alacaklarının, usul ekonomisi ve zaman yönünden tasarrufu edilerek tahsili amacıyla düzenlenmiştir. Kanun koyucu bu kanuna göre takip ve tahsil işlemleri yapabilme görev ve yetkisini Fon'a tanımakla alacağın bir kamu alacağı olduğunu dolaylı değil doğrudan kabul etmiş, ancak kanunda, "kamu

⁵³² REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1350.

alacağına” dönüşmüştür gibi bir ifade kullanmamıştır. Kanaatimizce böyle bir ifade kullanmasına yapılan düzenleme karşısında gerek de bulunmamaktadır.

Beşinci fıkrada bankanın yönetim ve denetiminin Fon’a devredilmeksizin yalnızca faaliyet izninin kaldırıldığı hallere ilişkin olarak banka ortaklarına hisselerinin üçüncü kişilere devir yükümlüğü getirilmiştir. Eğer hakim ortağı banka kaynaklarını iade tazmin etmez, Fon tarafından uygun görülecek biçimde teminatlandırmaz ve banka hisselerini üçüncü kişilere devretmez ise bankanın hisseleri başka bir işlem gerek kalmaksızın kanun gereğince Fon’a devredilmektedir⁵³³.

Kanun, banka kaynaklarının hakim ortakları ve yöneticileri tarafından istismarı haline ilişkin olarak;

- a) Kullanılan kaynaklar ve verilen zararların Fon tarafından belirlenen sürede iade veya tazmin edilmemesi halinde hakim ortaklara ait hisselerin, ödenen zarar karşılığında Fon’a intikal etmesini
- b) İade ve tazmin edilmeyen alacakların 6183 sayılı kanun hükümlerine göre takip ve tahsil edilmesini
- c) Bank. K’nun 134 maddesinin 9, 10, 11, 12, 13, 14 fıkralarının, 136, 137 maddeleri ile 138 maddesinin 2. fıkrası ve geçici 10 maddesinin 2. Fıkrasının uygulanmasını düzenlemektedir.⁵³⁴

Bu madde gereğince açılacak davalarda ispat yükü⁵³⁵ Bank. K’nun 137. Maddesi gereğince davalılara aittir.

Fon tarafından Bankacılık Kanunu’na göre tesis edilen ilişkin işlemler İYUK 1. maddesi gereğince (6183 gereğince yapılan takip ve tahsil işlemleri de bu kapsamdadır) idari faaliyet alanı içinde olup idare hukuku çerçevesinde yapılan, tek taraflı, doğrudan

⁵³³ Doktrinde burada yer alan banka hisselerinin üçüncü kişilere devri ile ilgili olarak banka hisselerinin fon tarafından satışı sonucunda yapılacak devir gibi algılanmakta ise de maddenin bu fıkrasının hakim ortak ve yöneticilere banka hisselerinin Fon’a devrinden ve takibe düşmeden önce son bir şansın tanınması gibi bir amaçla düzenlendiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle bankanın üçüncü kişilere devredilmesinin hakim ortaklar tarafından gerçekleştirilmesi ve elde edeceği hisselerin satış bedellerinin iade tazmin tutarından düşülmesi gibi kişilik haklarını koruyan bir yapısı bulunmaktadır. Burada doktrin özellikle hisse bedellerinin banka zararından fazla olması halinde geri kalan meblağın ortaklara iadesinin hukuken Anayasal bir hak olduğu vurgulanmaktadır. Bu konu ile ilgili olarak bkz. **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1350, **ALICI**, s. 1040, **BATTAL**, Bankalar K. Şerhi, s. 351.

⁵³⁴ **ALICI**, s. 1038.

⁵³⁵ İspat yükünün yer değiştirmesi ile ilgili olarak bkz. İkinci Bölüm, III, C.

uygulanabilir idari işlem⁵³⁶ niteliğindedir. Bu nedenle bu işlemlere ilişkin açılan davalar Hukuk Mahkemelerinin görev alanı içerisinde değildir⁵³⁷. İdari işlemin iptali niteliğindeki davalarda kanunda belirlenen -istisnalar dışında- görevli yargı yolu idari yargı yoludur. Bu madde kapsamında Fon tarafından alınan kararlar, bunların uygulamaları ve özellikle 6183 sayılı Kanun hükümlerince yapılan takip ve tahsil işlemleri ile ilgili olarak sorumlu tutulanlar idari yargı yoluna başvurabileceklerdir⁵³⁸.

İade veya tazmine rağmen bakiye zararın özkaynağı karşılamaması halinde maddenin tüm koşulları yerine getirilse dahi bilançoda yer alan zarar özkaynakları aşıyorsa, Fon bankanın Faaliyet izninin kaldırılmasını Kuruldan talep edebilecektir⁵³⁹. Bilançodaki zararın özkaynaklardan az olması halinde Fon Kurulu en az beş üyenin oyuyla verebileceği karar ile, hakim ortaklar dışındaki ortaklara ait hisseleri, zararın ödenmiş sermayeye esas alınmak üzere bulunacak bedel üzerinden ödenmesi karşılığında devralmaya yetkilidir⁵⁴⁰.

B. Fon'nun Mahkeme'den Tedbir Talepleri

Bu madde kapsamında yapılan düzenleme, Fon'un faaliyet izni kaldırılan veya yönetim ve denetimi devredilen bir banka ile ilgili olarak yapması gereken ilk işlemlere ilişkindir. Burada “neden 6183 sayılı yasa yanında böyle bir düzenleme yapıldığı ” ve oradaki hükümlerde yer alan yetkiler yanında neden Mahkemeden tedbir niteliğinde taleplerde bulunulması gerektiği ” soruları akla gelebilmektedir. Ancak bu hüküm bankanın Fon'a devir anına ilişkin bir düzenlemedir. Bu aşamada Fon sigorta kapsamındaki mevduatı ödemiş ve bankanın hisselerini henüz devralmış değildir. Bu madde BDDK'nun kurul kararı anında banka hakim ortaklarının ve tüzel kişi hakim ortaklarının sermayesinin yüzde onundan fazlasına sahip gerçek hissedarlarının ve bankanın yöneticilerinin mal varlıklarının üçüncü kişilere devredilmesinin ve yurtdışına kaçmalarının engellenilmesi amacıyla getirilmiştir. Fon'un talebi üzerine Mahkemeler bu kişilerin mal hak ve alacakları üzerine teminat şartı aranmaksızın ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz konulması⁵⁴¹ ve yurtdışına çıkışlarının

⁵³⁶ **GÖZÜBÜYÜK**, İdare Hukuku, s. 431, 438.

⁵³⁷ Ancak 6183 sayılı Kanun genel mahkemelerin hangi hallerde görevli ve yetkili olduğunu halleri ayrıca ve açıkça belirlemiştir.

⁵³⁸ **GÖZÜBÜYÜK**, İdari Yargılama Hukuku, s. 132 vd. , 856.

⁵³⁹ **ALICI**, s. 1041, **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1351.

⁵⁴⁰ **ALICI**, s. 1041.

⁵⁴¹ *Çamoğlu*, 6183 sayılı AATUHK' nun 13. maddesi ile yukarıda açıklanan 109. madde arasında bir bağ kurmakta ve 6183 sayılı kanuna göre yapılacak hacizlerde de Mahkeme kararının aranması gerektiğini ileri sürmektedir. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 369. Ancak 109. madde de yer alan tedbir hükümleri Fon tarafından sigortaya tabi mevduatın ödenmesinden önceki aşamada Fon alacağının

yasaklanması konusunda karar alabilmektedir. Burada tüzel kişilik perdesinin ilk aşamada kaldırılması söz konusudur⁵⁴². Bank. K'nun 136. Maddesine göre Fon alacaklarının tahsilini teminen dava ve takiplerde verilen ihtiyat-i tedbir ve ihtiyat-i hacizler mahkeme kararın kesinleşmesine kadar devam eder⁵⁴³.

henüz miktar olarak belirlenemediği bir safha da olduğu için kanun Mahkeme kararı ile tedbir alınmasını öngörmektedir. 6183 sayılı Kanuna göre Fon'a alacaklarını tahsil yetkisi veren hükümlerin uygulanması aşamasında ise sigortaya tabi mevduatın hazineden karşılanarak mevduat sahiplerine ödeme yapılabilirdiği ya da en azından sigortaya tabi mevduatın belirlendiği bir aşamadır. Kanun bu hallerde Fon alacaklarının kamu alacağına dönüştüğünü örtülü olarak kabul etmekte (*Tekinalp*, kamu alacağı sayılması gerektiğini ifade etmekle birlikte Fon alacağının kamu alacağı niteliği taşımadığını düşünmektedir. Kamu alacağını ise vergi, resim, harç ve vergi cezası olarak sınırlamaktadır. **TEKİNALP**, Ü.T'nin Banka Hukuku'nun Esasları, s. 300) ve kesinleşmiş bir kamu alacağına tanındığı takip imkanını tanımaktadır. Hazineden karşılanarak, Fon tarafından sigorta kapsamındaki mevduat veya mevduat farkının bankalara ödenmesi karşılığında kanuni halef sıfatı ile devralınan banka zararı bir kamu alacağıdır. Vergi resim ve harç gibi kamu alacaklarından ayrıldığı nokta ise bu tür kamu alacaklarının hukuka uygun gerçekleşen fiil ve işlemlerden doğan ve kanunla tanımlanan devlet alacakları olmasıdır. Fon alacakları ise vergi cezaları gibi hukuka aykırı bir zeminde gerçekleştirilen dürüst olmayan fiil ve işlemlerden doğan kamu alacaklarıdır. Zararın miktarı ise vergi alacakları ile karşılaştırılamayacak ölçüde fahiş tutarlardan oluşmaktadır. Hukuka aykırı zeminin hukuk düzeninden ayıklanması ve zararın kamu tarafından ödenmesi nedeniyle tüm topluma yansımış olması karşısında kamu gücünün bu durumla orantılı olarak kullanılmasını hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi Sosyal Devlet açısından zorunludur. Ayrıca Fon tarafından sigortaya tabi mevduatın veya mevduat farkının ödenmesi ile oluşan zarara karşılık olarak banka hisselerinin Fon tarafından devralınmasından sonra 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 132. maddesi kapsamında Fon, alacaklı sıfatı ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre takip yetkisi kazanmaktadır. Bu kanunla Fon'un Maliye Bakanlığı tahsil dairesi ve diğer makam, merci ve komisyonlarına verilen yetkileri kullanabileceği hükme bağlanmıştır. Bu nedenle Fon'un 6183 sayılı Kanun kapsamında ihtiyati haciz uygulama hak ve yetkisi mevcuttur.

⁵⁴² **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1360, **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 369.

⁵⁴³ *Çamoğlu*' n göre geçici nitelikteki tedbirler bu maddeyle nihai kararlara dönüştürülmüştür. Yazar, Fonun menfaatleri ile bireysel menfaatler arasındaki dengenin korunmadığı görüşündedir. (**POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 369.) Ancak burada Fonun menfaattar olması kavramını açıklamak gerekmektedir. Bu hüküm ilk görünüşte Fon lehine getirilmiş gibi görünmekte ise de; yukarıda açıkladığımız üzere Fon, güvenilir kişi sıfatı tanınan özerk nitelikte bir kamu kurumudur. Fonun menfaatlerini korumak için getirilmiş gibi görünen tüm hükümler doğrudan kamunun menfaatlerini korumak ve bozulan kamu düzenini yeniden sağlamaya yönelik hükümlerdir. Bu hükümlerden önleyici nitelikte olanlar bulunduğu gibi düzeni yeniden sağlamaya yönelik hükümlerde kanunda yer almaktadır. Banka kaynaklarının sorumluluklarından geri alınması kanunun amaçlarından biri olup kamu düzenini yeniden tesis etme nihai hedefine ilişkin bir mantıktan doğmaktadır. Bu nedenle banka kaynaklarını mal varlıklarına aktaran gerçek ve tüzel kişilerin bunları üçüncü kişilere devretmek sureti ile sorumluluktan kurtulması halinde kamu düzeni

C. Şahsi Sorumluluk⁵⁴⁴

Banka yöneticilerinin iflası ilk kez 2999 sayılı Bankalar Kanunu ile düzenlenmiştir. 70 sayılı KHK’de ise banka ortaklarının da iflaslarının istenebileceği düzenlenmiştir. 4389 sayılı Bankalar Kanunun’da değişiklik yapan 4491 sayılı kanun ile banka ortak ve yöneticilerinin iflasına neden olma şartı kaldırılmıştır. Bu kanunla bankanın iflasına veya Fon’a devrine neden olma şahsi sorumluluk nedeni olarak kabul edilmiştir.⁵⁴⁵ Bu husus Bank. K’ nun 110. maddesine göre de bankanın iflası şartı aranmaksızın, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya bankanın Fon’a devrine neden olan hakim ortak ve yöneticileri için şahsi sorumluluk (iflas) nedeni olarak sayılmıştır. İcra İflas Hukuna göre kural olarak tacirlerin iflası

sağlanamayacak olması nedeniyle getirilen bu hükümle ilgili olarak tedbir kararlarının kaldırılması karşısında mal varlığı devirleri gözlemlendiğinden uygulamada gelişen olumsuz sonuçların engellenmesi için getirilmiş bir hükümdür. Bu halde Fon’a devredilen bankalarda haksız mal edinen kişilerin, dürüstlük kuralına aykırı olarak, hukuk sistemini kötüye kullandığı hayatın olağan akışına aykırı durumların süreklilik arz ettiği kanun koyucu tarafından kabul edilmektedir. Bu nedenle kamunun menfaatleri ile banka kaynaklarının kötüye kullanıldığı bankalarda çeşitli sıfatlarla yer alan kişilerin menfaatleri tartıldığında terazinin kamu yanı ağır basmaktadır. Kişilerin menfaati kavramının değerlendirilirken buradakilerin sınırlı olarak kanunda belirlenen kişiler olduğu ve hukuka aykırı bir zeminde bulundukları gözden uzak bulundurulmamalıdır. Mülkiyet hakkının sınırlandırılabilmesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin “İnsan Haklarının Ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye Ek Protokolünün”, “Paris, 20.III.1952, 11. Protokol” ile değiştirilen ve yeniden düzenlenen metin’in Mülkiyetin Korunması başlıklı 1.maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu kural maddede “Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka hâlel getirmez.” şeklinde hükme bağlanmıştır. Buna göre devletler mülkiyet hakkına ilişkin olarak istisnai nitelikte sınırlama getirme hak ve yetkisine sahiptirler. Anayasa’nın 13. maddesine göre de mülkiyet hakkı, kamu yararı nedeniyle demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamak ve ön görülen kamu yararı dışında kullanılmamak şartıyla kısıtlanabilir. Bu nedenle Bankacılık Kanunuyla getirilen; bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya fona devredilmesi mevduat sahiplerinin haklarının korunması, bankacılık sisteminin korunması amacıyla devredilen bankalar nedeniyle topluma yansıyan zararın tahsilini teminen tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına yönelik olmakla kamu düzeni ile doğrudan ilgi düzenlemelerdir. Kanunda; hak sahiplerine bankaya ödenen zararın hisse bedellerini karşılamaması halinde orantısız olarak ortaklık paylarının ödeneceği, temettü hariç ortaklık haklarının devredilmesinde ortağın temettü haklarına dokunulmaması vb düzenlemeler içermesi nedeniyle mülkiyet hakkı kamu yararı gereğince kısıtlanmaktadır.

⁵⁴⁴ Bu madde düzenlenen şahsi iflas sorumluluğunun geçmişten bugüne değişen kanun metinlerindeki düzenlemeleri için bkz. **DOĞRUSÖZ**, s. 5-15. Şahsi iflasa ilişkin düzenlemelerin tarihi gelişimi için bkz. **AKDAĞ-GÜNEY**, s. 247, dpn. 710.

⁵⁴⁵ **ALICI**, s. 1053, Maddenin tarihi gelişim süreci için bkz. **TAŞDELEN**, s. 1050-1054.

istenebilmektedir⁵⁴⁶. Burada tüzel kişilik perdesinin kaldırıldığı ve tacir sıfatına haiz bankanın hakim ortak ve yöneticilerinin tacir sıfatı bulunması şartı aranmaksızın iflasına karar verilebileceği düzenlenmektedir⁵⁴⁷. Bir anlamda teoride yer alan tüzel kişiliğinin vasıfları ortaklarına uygulanması koşulu burada hakim ortaklar yanında yöneticilerine ve denetçilerine de uygulanarak teorinin uygulanma alanı kişi bazında genişletilmiştir. Banka ortaklarının, yöneticilerinin ve denetçilerinin iflasına dair hüküm İcra İflas Hukukunun “tacirlerin iflasa tabi olduklarına dair kurala önemli bir istisna teşkil etmektedir.

Ancak burada bir ön şart olarak banka hakkında 71. maddenin uygulanmış olmasını getirmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunun geçici 11. maddesi atfı ile halen yürürlükte bulunan 4491 sayılı Kanunla değişik 4389 sayılı mülga Banklar Kanunun 17. maddesinin II. fıkrasında yer alan “14 üncü maddenin (3), (4) ve (5) numaralı fıkraları gereğince temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi veya hisseleri Fona devrolunan bankaların bu maddenin (1) numaralı fıkrasında sayılan ortakları ile anılan maddenin (4) numaralı fıkrasında belirtilen işlemler ile (3) numaralı fıkrasının uygulanmasına neden olan işlemlerde sorumluluğu bulunan ve bu maddenin (1) numaralı fıkrasında sayılan banka görevlileri hakkında da bankanın iflası aranmaksızın uygulanır” kuralı maddenin uygulanması açısından ön şartı olarak düzenlenmiştir⁵⁴⁸.

Bank. K’unda 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 17. maddesinden farklı olarak bankanın yöneticileri yanında denetçilerinin⁵⁴⁹ ve hakim ortaklarının da iflasının istenebilmesi

⁵⁴⁶ ÜSTÜNDAĞ, İflas Hukuku, s. 12 vd., KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra İflas Hukuku, 456 vd.

⁵⁴⁷ ÜSTÜNDAĞ, s. İflas Hukuku, 17, KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra İflas Hukuku, s. 459.

⁵⁴⁸ AKDAĞ-GÜNEY, s. 249.

⁵⁴⁹ Reisoğlu’na göre “ 4389 sayılı yasada ve bu yasada denetçilerle ilgili bir hüküm öngörülmemiş; birer anonim şirket olan bankalara denetçi seçimi ve denetçilerin hak ve yükümlülükleri TTK’nın ilgili hükümlerine tabi tutulmuştur. Denetçilerin kişisel iflaslarının istenmesi ilk defa bu kanunda kabul edilmiştir. Yeni yasada bu maddeye denetçiler ilave edilmişler ise de; denetçilerin TTK’nundan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri ve TTK 359. Maddesine göre genel olarak “kanun veya esas mukavele ile kendilerine yükletilen vazifelerini hiç veya gereği gibi yapmamalarından doğan zararlardan dolayı kusursuz olduklarını ispat etmedikçe sorumlu olmaları” bu madde anlamında Kanuna aykırı karar ve işlemler oluşturmaz. Buna karşılık denetçilerin örneğin banka genel kuruluna sundukları raporlarda kasten yöneticilerin Kanuna aykırı karar ve işlemlerine yer vermemeleri veya Kanuna uygun işlemler olarak göstermeleri, haklarında bu maddenin uygulanmasına olanak sağlayabilir.” (REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1367-1369.) Ancak denetçilerin görevlerinin önemini ve görevlerini yerine getirmemelerinin sonuçlarını gözden uzak tutmamak gerekir. Tekinalp de denetçilerin görevinin icrai olmadığı düşüncesi ile sadece denetim görevini yerine getirmemelerinin haklarında 110. maddenin uygulanması için yeterli olmadığını ileri sürmektedir. (TEKİNALP, Ü.T.’nin Banka Hukuku’nun Esasları, s. 288-289, 290.) Öncelikle Bankacılık Kanunu’nda denetçilerle ilgili özel bir düzenleme

getirilmiş olup Bank K.'nun 3. maddesinde belirlenen bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri, genel müdürü, genel müdür yardımcıları imza yetkisine sahip mensuplarından, bölge müdürleri, şube müdürleri, ve genel müdürlük merkez teşkilatında faaliyet gösteren birimlerin yöneticileri ve bankanın denetçileri hakkında da iflas istenebilecektir. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 17. maddesinden farklı olarak imzaları ile bankayı ilzam edenler, Bank. K' nunda iflası istenebilecek kişiler arasında sayılmamıştır. Zira Bank K.' nun 110. maddesinde yöneticiler denilmek sureti ile tanım maddesi olan 3. maddeye atıf yapılmıştır. Tanım maddesinde ise imzaları ile bankayı ilzam edenler kavramı sınırlı sayıda tutularak bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında faaliyet gösteren birimlerin yöneticileri olarak belirlenmiştir⁵⁵⁰. Kanunun 23/II. maddesi gereğince yurt dışında kurulu bankanın Türkiye'deki şubesinin müdürler kurulu, yönetim kurulu hükmünde olduğundan müdürler kurulu başkan ve üyeleri, yönetim kurulu başkan ve üyeleri gibi değerlendirilecektir.

Böylece Kanunun 110. maddesi kapsamında tüzel kişilik perdesinin arkasındaki yöneticilerin de sorumluluğu şahsen iflas sonucuna bağlanarak kabul edilmiştir. Ayrıca faaliyet izni kaldırılan veya Fon'a devredilen bankanın hakim ortaklarının da şahsen iflasının istenilebilmesi için iflasa tabi banka mensuplarının hukuka aykırı karar ve işlemleri nedeniyle bankanın faaliyet izninin kaldırılmış veya bankanın Fon'a devredilmiş olması yanında kanuna aykırı karar ve işlemlerin bankanın hakim ortaklarına menfaat sağlamak amacıyla gerçekleştirilmiş olması ve hakim ortağın dolaylı yoldan da olsa menfaat temin etmesi şartları

bulunmadığından sorumluluk şartlarının oluşup oluşmadığı daha genel bir kanun olan TTK'nun 359. maddesine tabi olacaktır. Aslında denetçilik mesleği bir çok kötü sonucun önlenmesi amacıyla yönelik önemli bir kurumdur. (ÖNDER, s. 3.) Ayrıca herkes yaptığı görevin gereğini yerine getirmekle yükümlüdür. Aksi davranış meslek sahiplerinin sorumluluğunu doğurmaktadır. Denetçilerin kendilerine yüklenen denetim görevini ifa ederken icrai bir iş yapmaktadır. Bu nedenle görevini hiç ve gereği gibi yerine getirmemiş bir denetçinin sorumluluğunun bulunması hukukun temel ilkelerinin bir gereğidir. Banka denetçilerinin bankanın kaynaklarının tamamı yok olurken (şeklen rapor vasfı taşıyıp taşımadığı bile belirli olmayan üç satırlık bir raporla banka bilançosunda her şeyin mükemmel olduğu ve hukuka uygun olduğu yönünde görüş bildirmesi halinde görevini hiç yapmadığı yada daha detaylı incelemeler bulunsun bile kullandırılan kredilerin, tahsilat yapılmaksızın, sürekli açma kapamalar gösterilerek kat edilmemesi halinde denetçi bu hususu atlıyorsa, kasden olmasa dahi gerekli dikkat ve özeni göstermemesi halinde denetim görevini yerine getirmediğinden hukuken sorumlu bulunmaktadır. Banka denetçilerinin görev ve yetkilerini gereği gibi yerine getirdiği hallerde banka zararının Fon'a devredilecek boyutlara ulaşması çok düşük bir ihtimal olduğu değerlendirilmektedir.

⁵⁵⁰ TAŞDELEN, s. 1056.

aranmaktadır⁵⁵¹. Bu maddedeki sorumluluk sebepleri aslında banka kaynaklarının istismarı ile örtüşmekte ise de birinde şahsi iflas diğesinde takip ve tahsil gibi farklı hukuki sonuçlar içermeleri bakımından 108. madde ile bu madde kuralları genellikle aynı anda uygulanacaktır⁵⁵². TTK 336⁵⁵³ madde gereğince açılan davaların Bank. K. 133. madde gereğince devir ve temlik alınması ya da bizzat Fon tarafından dava açılması halinde de aynı sonuç geçerlidir⁵⁵⁴. Yalnız uygulamada banka hakim ortaklarının ve yönetim kurulunun hatta denetçilerinin aynı kişilerden oluştuğu ve aile şirketi şeklinde kurulan bankalarda aile üyelerinin her iki sıfatla da bankalarda yer aldığı durumlarda yönetici ve hakim ortak kavramı iç içe olduğundan sürekli bir kavram kargaşası yaşanmaktadır. Ayrıca Bank. K. m. 137 gereğince hakim ortak yönetim ve denetim kurulu üyeliklerine dilediği kişileri atayabildiklerinden hakim ortağa menfaat temin edildiği ve bankanın zarara uğraması konusunda ileri sürülen hususlar bir karine teşkil edecek ve ispat yükü hakim ortak, yönetici ve denetçilere ait olacaktır.

Burada kanuni sınırların dışına çıkılmak için kullanılan dolanlı yöntemler çok çeşitlidir. Bununla birlikte en çok karşılaşılan yöntem banka kaynaklarından usulsüz kredi kullandırılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kullandırmalar kanuni sınırlar içerisinde dahi olsa, düşük faiz, borçların ödemesiz olarak sürekli yeniden yapılandırılması, faiz indirimi, ödemesiz ve faizsiz dönemler tanınması, grup şirketlerine geri dönüşümsüz olarak kredi kullandırılması, teminat alınmaması veya teminatların iadesi gibi işlemlerle gerçekleştirilmektedir. Bu nedenle olağan usule aykırı olarak kredi kullandırmaları hukuka aykırılık taşımakta ve banka kaynaklarının aktarımı sureti ile menfaat temini kapsamında değerlendirilmektedir⁵⁵⁵.

Yönetim Kurulu Üyeliği kabulü isteğe bağlı bir onur görevidir. Anonim şirketlerde dahi TTK hükümleri gereğince basiretli bir yönetici olarak davranma yükümlülüğü getirilmiştir. Banka yöneticilerinin ise görev ve sorumluluğunun son derece ağır olmasının nedeni; bankaların birer güven ve itibar kuruluşu olmaları yanında toplumun ekonomik hayatını doğrudan etkilemeleri karşısında önem düzeyinin yüksek olmasıdır. Banka yönetim kurulu üyelerinin basiretli yönetici gibi davranmasında ticari bir şirketten farklı olarak kamu

⁵⁵¹ **ALICI**, s. 1059, **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1376-1377.

⁵⁵² **BATTAL**, Bankalar Kanunu Şerhi, s. 355.

⁵⁵³ **AKDAĞ-GÜNEY**, s. 36-37.

⁵⁵⁴ Y. 11. HD., 04.03.2003 T., 2001/9047 E. ve 2002/1814 K. sayılı kararı, Aksi görüş için bkz. **DOĞRUSÖZ**, s. 17 vd.

⁵⁵⁵ **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1377.

menfaatlerini gözetme ya da en azından zarar vermeme yükümlülüğü de bulunmaktadır.⁵⁵⁶ Daha önce de belirttiğimiz gibi bankacılık mesleğini ifa eden ortakların, yönetim kurulu üyelerinin ve her kademedeki personelin gösterilmesi gereken özeni en yüksek düzeyde gerçekleştirmiş olması gerekmektedir⁵⁵⁷. Sistemin Fon tarafından iyileştirilmesini ancak yeni

⁵⁵⁶ YASAMAN, s. 2, TAŞDELEN, s. 1056.

⁵⁵⁷ Özen borcunun ifa edilecek işin önemi doğrultusunda ağırlaşacağına ilişkin hususlar ve en yüksek derecede özen kavramı için ilişkin olarak bkz. BAŞPINAR, s. 163, 174-175.

Tekinalp, bankacılık teamüllerine aykırı bazı halleri örneğin kişisel imzası ile kredi vermenin tek başına sorumluluğa sebep olamayacağını ifade etmekte ise de kanuna aykırılığın bankanın teamüllerine aykırılığı kapsadığını düşünmektedir (TEKİNALP, Ü.T.'nin Banka Hukuku Esasları, s. 265). Ayrıca banka kurumsal bir yapıdır, kurumsal bir yapının ise kendi içinde kuralları bulunmaktadır. Genellikle bu kurallar, kanuna dayanan yönetmelikler, tebliğler, vs kurum içi düzenlemeleri ve yazılı olmasa da teamülleri kapsar. Bir bankanın kurallarına aykırılık bankanın kurumsal yapısına da aykırılık teşkil edeceğinden örnekleri yaşandığı üzere bankaların batmasına sebep olmaktadır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun amacı bankaların yapısının korunmasıdır. Bu nedenle bankacılık mesleği sahipleri bankacılık hukuku alanında yazılı ya da yazılı olmayan tüm kurallara uymakla yükümlüdürler. Toplum içerisinde yaşayan herkes hukuk kuralları ile bağlıdır. Hukuk düzeni bir kurallar bütünüdür. Bu bütüne örf ve adet hukuku ile teamüllerde dahil bulunmaktadır. Hukuk düzeni kişilerin hukuka tam olarak dürüstlikle uygun davrandığı bir toplumda eksiksiz olarak gerçekleşecek ve hukuk güvenliği sağlanabilecektir (DURAL/SARI, s. 214).

Bank. K.'nin 110. maddede yer alan kanuna aykırılık ifadesi yalnızca Bankacılık Kanunu'na aykırılığı değil, hukuka aykırılığı yani diğer kanunlar ve bu kanunların uygulanması ile ilgili olarak çıkarılan yönetmelik, tüzük, genelge, tamimlere ve bankacılık örf ve teamüllerine aykırı karar ve işlemleri de kapsamaktadır. TTK'nunda anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin ortaklık işlerini görürken basiretli ve özenli bir yönetici gibi hareket etmeleri hükmüne bağlanmıştır. (TTK m. 320) (AKDAĞ-GÜNEY, s. 71-77). Özen borcu, yönetim kurulu üyelerine kanun ya da esas sözleşmenin öngördüğü sair görevler yanında yüklenmiş kanundan doğan bağımsız bir borç olmakla, bu borca aykırı davranışlar da kanuna aykırılık teşkil etmektedir. Çünkü doktrinde özen borcunun sözleşmede yer almasa da bulunduğu kabul edilmekte, sözleşmede kanundan daha ağır bir özen borcu belirlenebileceği ve hatta sorumsuzluk klozlarının geçersiz olduğu ifade edilmektedir (BAŞPINAR, s. 121-127, 265 vd.). Yönetim kurulu üyesi, görevi kabul etmekle kendisinin bulunduğu mevki ile orantılı bir özeni göstermek yükümünü de kabul etmiş olmaktadır. Yani BK m. 390'den farklı olarak TTK 20. ve 320. maddelerinde yönetim kurulu üyelerinin göstermekle yükümlü olduğu özenin derecesine objektif bir kıstas getirilmiştir. Yönetici, dikkatli, makul ve basiretli bir idarecinin aynı hal ve şartlarda göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür (BAŞPINAR, s. 127, 153). BK m. 390'da ifade edilen iyi bir suretle ifa ile kasdelenin sadakat ve özenle ifa olduğu kabul görmektedir (BAŞPINAR, s. 128). Özen yükümü, sadece kanun ya da sözleşmenin yönetim kurulu üyelerine somut olarak yüklediği görevlerin ifasında göstermesi gereken dikkat ve özeni değil, başlı başına görevler yaratan ve yükleyen kaynağı ifade eder. Yönetim kurulu üyelerinin özen borcu ortaklığın niteliği ile bağlantılıdır.

Çamoğlu ve Tekinalp tarafından banka yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsü ile ilgili olarak yönetim kurulu üyelerinin kişisel yetenek, bilgi, ve deneyimlerinin üstünde bir özen borcu bulunmadığı savunulmaktadır.

(**TEKİNALP**, Fondaki Bankanın Hukuku, s. 78, **TEKİNALP**, Ü.T.'nin Banka Hukukunun Esasları, s. 291, **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 341, 373). Ancak Çamoğlu tarafından özen ölçüsünün belirlenmesinde anonim ortaklığın niteliğine veya büyüklüğüne göre özen ölçüsünün değişebileceğinden hareketle her somut olayın özelliğine göre özen borcuna aykırılık bulunup bulunmadığının belirlenmesi gereği vurgulanmakta ve halka açık bir anonim ortaklıkla bir aile ortaklığının yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun aynı derecede olamayacağını ifade edilmektedir. *Çamoğlu*'na göre TTK 320 maddesinin BK 528 maddesi hükmü ile BK 321 maddesinde işçinin özen borcu işaret edilmektedir. (**POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 338-340, 373-374.) *Akdağ-Güney* yapılan işin büyüklüğü ve karmaşıklığının özenin derecesini arttırdığını ve bunun bir sonucu olarak sorumluluk ile özen borcunun doğru orantılı olarak arttığını belirtmektedir (**AKDAĞ-GÜNEY**, s. 73). Ancak bu iki husus bağdaşmamaktadır. *Tekinalp* ise basiretli bir iş adamı ölçüsünün aranmayacağını ve ağır kusurun yani kasdın aranması gerektiğini düşünmektedir. (**TEKİNALP**, Ü.T.'nin Banka Hukukunun Esasları, s. 265, 291-292.) Bank. K. nunda yer alan düzenlemelerin geneline bakıldığında hakim ortak yönetim kurulu üyeleri, diğer yönetici ve deneticiler için getirilmiş bankacılık mesleğini ifa nedenine dayanan ağır bir özen borcu bulunmaktadır. Ayrıca yönetim kurulu üyeleri ile ilgili olarak TTK 320. maddesi özen borcunu dikkat ve basiret olarak tanımlamaktadır. Bu nedenle yönetim kurulu üyeleri basiretli bir idareci gibi davranma yükümlülüğündedir. Bu hükmün devamında ise BK 390. maddenin ikinci fıkrasına atıf yapılmaktadır. Bu maddede ise vekilin özen borcu esas alınmış bulunmaktadır. Buradan hareketle yönetim kurulu üyelerinin özen borcu vekilin özen borcu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Sonrasında işçinin özen borcu hükümleri uygulanmalıdır. Banka hakim ortağının özen borcu önce kanundan sonra banka ana sözleşmesinden doğmaktadır. Diğer yöneticilerin özen borcu ise kanundan ve hizmet akdinden kaynaklanmaktadır.

Vekil iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmesinden değil, yaptığı faaliyetin özenle yerine getirilmesinden sorumludur. Buna göre vekil özen borcunun bir gereği olarak, iş görürken hedeflenen sonucun başarılı olabilmesi için hayat tecrübelerine ve işlerin olağan işleyişine göre gerekli girişim ve davranışlarda bulunması yanında başarılı sonuçları engelleyebilecek davranışlardan kaçınması zorunludur. BK'nun 321. maddesine göre vekil iş görmesinde her türlü özeni göstermekle yükümlüdür. Bu nedenle iş görmesindeki her türlü özen eksikliğinden doğan zararları da tazmin ile yükümlü bulunmaktadır (**BAŞPINAR**, s. 121-124). *Yavuz/Acar/Özen*'e göre subjektif kıstas ile vekilin müvekkil tarafından bilinen veya bilinmesi gereken bilgi derecesi, yetenekleri ve diğer nitelikleri göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak vekâlet sözleşmesindeki güven unsuru, vekilin kimliğinin taşıdığı önem nedeniyle özellikle resmi makamlardan alınan belgelere dayanılarak icra edilen işlemlerde bu kıstasa dayanma olanağını ortadan kaldırmaktadır. (**YAVUZ/ACAR/ÖZEN** Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 641-642). Bu nedenle meslek sahipleri ya da bir mesleği ifa edenler bilgi ve yeteneklerinin yetersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulamazlar. (**AKDAĞ-GÜNEY**, s. 75-77). Objektif kıstas ise vekalet akdine göre görülecek işin çeşidini güçlüğünü ve gerektirdiği önemi, öğrenim ve mesleki bilgi derecesini göz önünde tutar. Buna göre yapılarak işin önemi ve büyüklüğü arttığı oranda, özen borcu da artmakta, daha dikkatli ve özenli olarak vekilin görev zorunluluğu bulunmaktadır. Vekalet taraflar arasındaki mevcut güvene dayandığından, ücret almayan vekil, özellikle bir mesleği ifa ediyor ise hafif kusurundan bile sorumludur. (**BAŞPINAR**, s. 157, 170). Vekilin davranışlarının sorumluluğunu gerektirip gerektirmediği meslek kurallarına aykırı bir davranışının bulunup bulunmadığından, hayat deneylerinden ve işlerin normal akışı kıstaslarından tespit edilebilecektir. (**YAVUZ/ACAR/ÖZEN** s. 641-642).

Sıradan bir anonim ortaklıkta kabul edilen basiretli bir yönetici gibi davranma yükümlülüğünün ekonominin temel taşlarından olan bankalarda aranmaması hakkaniyet ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Bankalarda görev yapan yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun sıradan bir anonim ortaklıktan daha yüksek olması orantısız olarak kabul edilmelidir. Yine *Tekinalp* ve *Çamoğlu* tarafından sektördeki meslektaşları ile aynı özendeki davranan, münferit bir kredi kararında imzası bulunan, kişisel bilgi ve yeteneklerine göre kendisinden beklenen özeni gösteren gibi sübjektif kavramlara yer vermektedir. Tekinalp, üstesinden gelemeyeceği görevi kabul eden kişinin sorumluluğunun bulunmadığını düşünmektedir. (**TEKİNALP**, Ü.T.'nin Banka Hukukunun Esasları, s. 293.) Ancak yönetim kurulu üyeliği kabulü isteğe bağlı bir onur görevidir. Ayrıca yönetim kurulu üyeleri ile bağımsız bir kişiliğe sahip kabul edilen ortaklık arasında vekâlet sözleşmesi hükümleri gereğince bir güven ilişkisi kurulmaktadır. Bu nedenle kişisel yetenek ve bilgisi yeterli olmayan şahısların bankacılık mesleğini ifa etmek gibi önemli bir görevi kabulü dahi hukuka aykırı bir davranış teşkil etmektedir. Yönetim kurulu üyeliğinin vekalet akdi hükümlerine tabi olduğu TTK ile kabul edilmiş olduğundan burada BK'nun 387. maddesinde düzenlenen hükmün uygulanması gerekmektedir. Bu hükme göre resmi bir sıfata dayanarak bir mesleği ifa etmekte olanlar, işi derhal reddetmedikçe kabul etmiş sayılırlar. Eğer bankacılık mesleğini yetersiz bilgi ve tecrübedeki ilgisiz biri kabul ediyorsa kanun maddesinde belirlenen kıstas ve normun amacının vekilin özen borcunun ağırlığı ile birlikte değerlendirilmelidir. Vekil, kural olarak vekâlet sözleşmesine göre işi bizzat kendisi yapmakla yükümlüdür. Bu da sözleşmedeki güven unsurundan kaynaklanmaktadır (**YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 643, **BAŞPINAR**, s. 194-195). İşçinin özen borcu belirlenirken kişinin bilgisizliği, tecrübesizliği gibi yetersizlik sebeplerinin iş sahibi tarafından bilinmesi veya bilinmesinin gerekmesi kriterinin özen borcu ile ilgili sorumluluğun tespitinde önemli olduğu kabul edilmektedir. (Bkz. **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 454-455). Ancak işçinin bilgi ve yeteneklerini aşan konularda kendisine iş sahibi tarafından verilen talimatları yerine getirme konusunda hizmet sözleşmesinin bağlı çalışma unsuru nedeniyle kendini daha zorunlu göreceği muhakkaktır. Oysa vekalet sözleşmesinde müvekkille vekil birbirinden bağımsızdır. Bu nedenle işçinin özen borcuna yapılan atıf yalnızca özen borcunun derecesini belirlemeye yönelik olup diğer konularda vekilin sorumluluğu, işçinin sorumluluğundan farklı ve vekaletin niteliğine uygun esaslara tabi olmalıdır (**YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 642).

Burada vekalet sözleşmesini kabul eden kişinin işin gerektirdiği bilgi ve tecrübeye sahip olduğu inancını karşı tarafa vermesi söz konusudur ki bu durumda kişinin sorumluluğu söz konusudur. Banka yöneticilerinin özen borcunun ölçüsü belirlenirken, bankacılık mesleğinin ve sektörün kendisine has nitelikleri de dikkate alınmalıdır. Yani bankacılık alanında uzman bir yönetim kurulu üyesinin basiretli bir idareci gibi göstereceği özen ölçüsünde özen borcunun yerine getirilip getirilmediği araştırılmalıdır. Yönetim kurulu üyelerinin karar verilirken hatalı danışmanlık veya danışmanlığın yeterli olmaması nedeniyle özen borcunu gereği gibi yerine getirmemiş olmaları onların sorumluluklarını engelleyen hukuken geçerli sebepler değildir. Yalnızca yönetim kurulu görevini üstlenmiş “görünen kişiler” için de durum aynıdır. Bu kimseler, kendi iradeleri ile hiç bir karar vermediklerini, münhasıran üçüncü kişiler niteliğindeki aradaki kişinin talimatları doğrultusunda hareket ettiklerini ve oy kullandıklarını iddia ederek hukuki sorumluluktan kurtulamazlar. Bu kimseler organ niteliğindeki kurulun, üyelik görevini kabul etmekle, bununla ilgili kanuni ve ana sözleşmedeki yükümlülükleri üstlenmişlerdir. Kısacası yönetim kurulu üyelerinin özen borcu objektif kıstaslara göre belirlenmelidir. Yönetim kurulu üyelerinin bildiği hususlar yanında bilmesi gereken hususlardan olan kredibilitenin borçlanmanın çoğalması ile ters orantılı olduğu ve ekonomik krizde bu açıdan öngörülebilirliği gibi hususlarda özen borcuna

nesil bankacılık mesleğinin etik değerlerinin varlığının kabulü ve bankacıların mesleki gerekliliklerinin ve sorumluluklarının bilincinde olması ile sağlanabilecektir⁵⁵⁸.

5411 sayılı Bankacılık Kanunun 110. maddenin başında yer alan 71. maddenin uygulanması, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasını veya bankanın Fon'a devrini ifade etmektedir⁵⁵⁹. Bu hükümle 4389 sayılı Bankalar Kanunu'ndan farklı olarak bankanın iflasına neden olma şartı bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına neden olma şartına dönüştürülmüştür.

Bank. K'nun da 110. maddesinde sadece kanun denilmiş ise de bu hüküm dar yorumlanmamalı ve sadece kanuna aykırılık olarak anlaşılmamalıdır.⁵⁶⁰ Burada yer alan kanuna aykırılık, hukuka aykırılık olarak yorumlanmalıdır.

aykırılık halinde sorumlulukları söz konusu olacaktır. Bunun yanı sıra hayat deneyimlerine göre özen borcu belirlenirken geri dönmeyen kredilerin tahsis aşamasında geri dönmeyeceği öngörülerek kaynak aktarımı kasdı ile yaratıldığı bir dönemin yaşandığı bir herkesçe bilenen maruf ve meşhur bir gerçeklik olarak ortaya çıkmaktadır.

⁵⁵⁸ **AKYOL**, Banka Sözleşmeleri, s. 89.

⁵⁵⁹ **REİSOĞLU**, 1367.

⁵⁶⁰ Bu konuda bkz. **BATTAL**, Bankalar K. Şerhi, s. 355-357, **ALICI**, s. 1055, *Reisoğlu*, bu konuda bir ekleme yaparak 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14/1. maddesinde da yer alan "bankacılık ilke ve teamüllerine aykırılık" ibaresinin 5411 sayılı Bankacılık Kanununda yer almadığını belirtmektedir. (**REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1370.) *Akdağ-Güney*'de aynı görüştedir. **AKDAĞ-GÜNEY**, s. 57-58. *Tekinalp* ise daha da sınırlayarak " Bir düzenleme Bank. K. dayanılarak çıkarılmış olsa bile talebi reddedilir." görüşündedir. (**TEKİNALP**, Fondaki Bankanın Hukuku, s. 77.) Ancak Bankacılık Hukukunun sürekli değişen ve gelişen yapısına bu yorum ters düşmektedir. Şahsi iflas bir cezai müeyyide değildir. İflasın hukuki sonuçlarını hukuki müeyyideye bağlanmış olduğundan bu alanda özel hukuk kuralları geçerlidir. Bu nedenle özel hukukta genellikle kabul edildiği üzere kanuna aykırılığın geniş yorumlanarak hukuka aykırılığın bulunması halinde bu madde kapsamında ilgililerin sorumluluğunun bulunduğu kabul edilmelidir. Bankacılık örf, adet ve teamüllerle gelişen ve sürekli ilerleyen bir alandır. **KAPLAN**'nın da belirttiği gibi bankacılık örf ve teamülleri Bankacılık Hukuku'nun en önemli ve belirleyici kaynağıdır (**KAPLAN**, s. 17.). Bu nedenle mutad bankacılık işlemi gibi görünen faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde özen borcuna aykırı davranılıp davranılmadığının, bankanın amacı dışında kullanılıp kullanılmadığının veya banka kaynaklarının hakim ortak ve üçüncü kişilere aktarımı sureti ile banka tüzel kişiliğinin kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde bankacılık örf, adet ve teamüllerine aykırılık önemli bir kriter olarak karşımıza çıkmaktadır.

Taşdelen ise 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 17 maddesinin II. Fıkrasının, 14. Maddenin III. ve IV. fıkrasına aykırılık koşulu aramakta olduğunu ifade etmektedir. Yazar bu nedenle söz konusu fıkralarda yer alan sorumluların banka kaynaklarını bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendi lehlerine kullanmaları ve bankayı bu şekilde zarara uğratmaları halinde, kanuna aykırılık koşulunun aranmadığını ileri sürmektedir. Ayrıca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 110. maddesi ile kanuna aykırılık koşulunun getirildiğini ifade etmektedir. (**TAŞDELEN**, s. 1059.) Ancak bu görüşe katılmak

Banka hakim ortak, yöneticilerinin ve deneticilerinin karar ve işlemlerinin hukuka aykırı olup olmadıkları görev yaptığı dönemde geçerli bulunan mevzuata göre belirlenir⁵⁶¹. Mutad bankacılık faaliyeti gibi görünen işlemlerin banka kaynaklarını aktarım kasdı ile kullanıldığı hallerde kanuna aykırılık gerçekleşmiş olacaktır. Örneğin banka kaynaklarının aktarımı kasdı ile yapılan, bankacılık işlemlerinin gerçekleştirebilmesinde veya bankacılık hizmetinin verilmesinde zorunluluk arz etmeyen hizmetlerin alımlarında piyasa değerlerinin çok üstünde fiyatlarla alım yapılması veya şubelerin fahiş kira bedelleri ile kiralanması gibi işlemlerin tesisi halinde de banka ortakları, yöneticileri ve deneticileri bankaya verilen zarardan müşterek ve müteselsilen sorumlu olup şahsi iflaslarına karar verilebilir⁵⁶².

Bankaya verilen zararın banka hakkında 71. maddenin uygulanmasına sebep olduğu yani illiyet bağının tespiti zorunludur. Bankaların mali bünyelerini etkiyecek çok sayıda işlem bulunması, hukuka aykırı işlem ve eylemlerin ortaya çıkmasının uzun zaman alması veya yönetici ve denetçilerce bu işlemlerin zarar olarak ortaya çıkmasının engellenmesinin söz konusu olduğu durumlara bir de bu uzun süreçte yöneticilerin kısa dönemlerde değişmesi

mümkün değildir. Çünkü 4389 sayılı Kanunun yukarıda anılan hükmünde yapılan kanuna aykırılık halinin tanımlanmasıdır. 5411 sayılı kanun ile bu husus sadece kanuna aykırılık olarak düzenlenmiş bulunmaktadır. Yine *Taşdelen* tarafından TTK hükümlerine aykırılığın kanuna aykırılık kapsamında değerlendirilemeyeceği ve TTK hükümlerine aykırılığın şahsi iflasa neden olmayacağı ifade edilmektedir. (**TAŞDELEN**, s. 1066.) Ancak kanuna aykırılığın her iki kanun döneminde de hukuka aykırılık olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Hukuk düzeni bir bütündür. Bu nedenle kanuna aykırılık ile kastedilenin yalnızca ifadenin geçtiği kanuna aykırılık olarak anlaşılması hukuk düzenini zedeleyecektir.

Kredi kullandırmanın hukuka aykırı olmadığı doktrinde sürekli vurgulandığı gözlemlenmektedir. (**TAŞDELEN**, s. 1057.) Ticari hayatın güvenliği için bankaların güven ve istikrar kuruluşu olarak faaliyetlerine devam etmeleri önem arz etmektedir. Bu nedenle bankaların hukuka her anlamda uygun geçerli kredi tesisi ekonomik hayatın gereklerindedir. Ancak gerçek anlamda geri ödenmek üzere verilmiş krediler bu kapsamdadır. Eğer krediler usulsüz ve geri dönüşümsüz olarak tesis edilmiş ise bu durumda kanuna aykırılık koşulu maddi olayda gerçekleşmiş olacaktır. Oysa kredi geri ödenmesi gereken bir karz akdidir. (**AKYOL**, Banka Sözleşmeleri, s. 92.) (Bkz. Kredi açma sözleşmesinin özellikleri için **AKYOL**, Banka Sözleşmeleri, s. 89 vd.) Banka Hakim Ortaklarının kaynak aktarım yöntemleri bölümünde açıklanan yöntemlerle gerçekleştirilen tüm işlemler ve özellikle kredi adı altında kaynak aktarımı halinde kanuna aykırılık koşulu her iki kanun döneminde de oluşmuştur. Bkz. İkinci Bölüm, II. A, B, C, D, F.

⁵⁶¹ **REİSOĞLU**, s. 1373-1374.

⁵⁶² Tekinalp ve Çamoğlu aksi görüştedir. **TEKİNALP**, Fondaki Bankanın Hukuku, N.73, **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 373.

eklenince illiyet bağının tespitini güçleştirmektedir. Bu nedenle Kanunun 132. Maddesinde ispat yükü yer değiştirilerek davalılara yüklenmiştir⁵⁶³.

Bu madde, TMK m. 6'nın istisnai bir hükmünü teşkil etmektedir. Bu hüküm ile kanuni bir ispat karinesi getirilmiştir. Kanun Koyucu TTK m. 338' de yer alan kusur karinesi⁵⁶⁴ paralelinde Bankacılık Kanunu' nda da yönetici ve deneticilerin sorumluluğunun bulunmadığını ispat yükü davalılara yüklenmiştir. TTK m. 338 gereğince de ortaklığa verilen zararların yönetici ve deneticilerin kusurlu davranışları sonucunda meydana geldiği asıldır; YK üyeleri kusursuz olduklarını ispat etmedikçe kusurlu sayılırlar⁵⁶⁵.

Yönetim Kurulu üyeleri karara olumsuz oy vermediği veya bunu tutanağa geçirtmediği ve ayrıca bu durumdan deneticileri yazılı olarak haberdar etmediği süreçte sorumludur. Ayrıca meşru mazereti nedeniyle toplantıya katılmamış olan üye sorumlu tutulamaz. Yani meşru mazereti olmaksızın toplantıya katılmayan yönetim kurulu üyesi karar nedeniyle doğan zarardan altında imzası olmasa dahi sorumludur⁵⁶⁶.

⁵⁶³ **ALICI**, s. 1056, *Tekinalp* aksi görüşte olup Fon, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na aykırılığı, dolanlı işlemlerin varlığını ve kusuru ispat etmesi gerektiği düşüncesindedir. **TEKİNALP**, Ü.T'in Banka Hukuku Esasları, s. 264,289, 343. Bkz. İspat yükünün yer değiştirmesi, İkinci Bölüm, III, C.

⁵⁶⁴ **HELVACI**, s. 108-109, **AKDAĞ-GÜNEY**, s. 39.

⁵⁶⁵ **AKDAĞ-GÜNEY**, s. 36-37, 39.

⁵⁶⁶ *Tekil* Yönetim Kurulu üyelerinin hafif kusurlarından da sorumlu olduklarını bu nedenle sorumsuzluk def'inin ancak zararın önüne geçilememesi hali söz konusu ise dinlenebileceğini ve kusurun takdirinde ölçünün objektif olduğunu ancak zararın kusurlu yönetimden doğmuş olmasının şart olduğunu ifade etmektedir. Ayrıca TTK 338 maddede yer alan kusur karinesine ilişkin olarak ise sorumluluk sebebi olan işlemin görüşülmesi sırasında ancak geçerli mazereti olan üyenin hazır olmaması nedeniyle kararda imzasının yer alması durumunda sorumluktan kurtulabileceğinin hüküm altına alındığını, karara karşı oy kullanan üyenin, karşı oy kullanama gerekçesini tutanağa şerh vermek ve bunu denetçilere bildirmek sureti ile de sorumluluktan kurtulma imkanının olduğunu belirtmektedir (**AKDAĞ-GÜNEY**, s. 36-37, 88-89). Burada bir sorumluk karinesi getirilmektedir. Ayrıca tüm bu koşullar yerine getirilse de mazeretin sürekliliği halinde, ciddi bir sebebe dayanmaması veya yönetim kurulunun nazik problemleri karşısında hakim ortakla kötü olmama amacıyla toplantıya katılmama veya zamansız ve yersiz istifalarında kusur olarak sayılabileceğini ve bu hallerde sorumluluğun doğabileceğini de belirtmektedir. (**TEKİL**, Anonim Şirketler Hukuku,1993, s. 141-144.) *Çamoğlu* ise tam aksine bir görüşle buradaki ispat konusunda verilen imkanların tahdidi değil tadadi olduğunu ve bu hususları yerine getirmeyen yöneticilerin kusurunu başka şekillerle de ispatlayabileceğini yani genel hükümlere göre ispat yollarının kapatılmadığı görüşünü savunmaktadır. **ÇAMOĞLU**, s. 20, **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 331.

Doktrinde kusur şartının aranacağı kabul edilmektedir⁵⁶⁷. Kanaatimizce Banka hakim ortak, yönetici ve deneticileri kasden işledikleri fiiller yanında BK' nun m. 321⁵⁶⁸ kapsamında, vekil sıfatıyla ağır ve hafif ihmallerinden de sorumludur⁵⁶⁹. Çünkü ihmal, Kanunda getirilen ağırlaştırılmış özen borcu nedeniyle hayatın olağan akışı içerisinde şartların gerektirdiği tedbirleri almamış olmak, gerekli dikkat ve özeni göstermemek şeklinde belirmektedir. İspat yükünün yer değiştirmiş olması nedeniyle ancak kusursuz olduklarını ispat ettikleri takdirde sorumluluktan kurtulabileceklerdir⁵⁷⁰.

⁵⁶⁷ **ALICI**, s. 1056, *Ulusoy*, ise aksi görüşte olup hakim ortaklar için kusursuz sorumluluk öngörüldüğü görüşündedir. **ULUSOY**, s. 397.

⁵⁶⁸ **YAVUZ/ACAR/ÖZEN**, s. 641.

⁵⁶⁹⁵⁶⁹ *Reisoğlu*, kusuru, “Yönetim Kurulunun aldığı kararların Kanuna aykırı olduğunu bilen ve bilmesi gereken ve bu kararları uygulayan yöneticilerin sorumlu olacağı” şeklinde ifade etmektedir. Ancak sonrasında “sadece özen borcuna aykırılık kanuna aykırılık oluşturmaz.” demektedir. (**REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1368-1371, Aynı yöndeki görüş için bkz. **GÜMÜŞ**, s. 113-114). Kanaatimize göre bu iki ifadeyi bağdaştırmak mümkün değildir. *Çamoğlu* özen borcunun yönetim kurulu üyelerinin işlem ve eylemlerinde kusurlu olup olmadıklarını belirlemeye yarayan bir ölçü olmasının yanı sıra kanun veya sözleşme ile yönetim kurulu üyelerine yüklenen görev ve yetkilerin kullanılması konusunda da bağımsız bir borç olduğunu ifade etmektedir. Yazar bu borcun akde aykırılıktan doğduğunu ileri sürmekte ise de kanaatimizce bu borç TTK 320. maddesinde açıkça düzenlediğinden, özen borcu kanundan doğmaktadır. Bu nedenle özen borcuna aykırılık öncelikle kanundan sonra sözleşmeye aykırılıktan doğmaktadır. (**POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 337), *Çamoğlu*, eserinin bir başka bölümünde yöneticilerin ancak ağır kusur ile kasden işledikleri fiillerden sorumlu olacaklarını ifade etmektedir. (**POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 375) *Tekinalp* ise tamamen aksi görüşte olup “İcra edenler karara katılmamışlar ise, bunların sorumluluğuna ancak Kanuna aykırılığın açık ve kararı alanların kusurlarının belirgin olduğu durumlarda gidilebileceğini” düşünmektedir. (**TEKİNALP**, Fondaki Bankanın Hukuku, s. 75.) Ancak bu görüş meslek kuralları ve sorumluluğa ilişkin kabul edilmiş genel kurallar ile bağdaşmamaktadır. Bankacılık ilkeleri kamu hukuku alanın dahil emredici hükümlerle düzenlenen bir meslek olmakla vekalet sözleşmesine dayanan diğer mesleklerde olduğu gibi (örneğin avukatlarda) mesleki sorumluluk hukuku kıstaslarına göre sorumlulukları belirlenmiştir (**BAŞPINAR**, s. 140, 284). Özen borcu amaca uygun davranmayı gerektirmektedir (**BAŞPINAR**, s. 141). Bu nedenle bankanın amacına aykırı davranışlarda bulunulması halinde özen borcu yerine getirilmemiştir. Yine *Tekinalp* e göre “Tartışmalı yoruma açık ve tereddüt yaratabilecek hallerde imza sahipleri sorumlu olmazlar.” gibi bir yorum getirilmiş ise de kişiler imzaladıkları bir belgenin tüm sonuçlarına katlanmak zorundadır. (**TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 118-119) Her imza, açığa atılan imzalar dahil taraflarını bağlamaktadır. Bu nedenle imza konusu belgenin tartışmalı olmasının hukuki açıdan herhangi bir önemi bulunmaktadır. Ancak BK'nun hata, hile ve ikrahla ilgili hükümlerinin koşullarının bulunması hali bunun istisnasını teşkil etmektedir. Bu madde kapsamında ise müellifin belirlediği koşullar butlan sebebi olarak kabul edilmiş değildir. (Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 425 vd.).

⁵⁷⁰ **ALICI**, s. 1056.

Bank. K'nun 110. maddede öngördüğü sorumluluk bankaya verilen zararlarla sınırlı orandadır⁵⁷¹. Yukarıda da açıklandığı üzere Bankaların Fon'a devri sonucunda Fon'un bankanın zararına karşılık olarak sigortaya tabi mevduata ilişkin nakit ödemede bulunması ile zararın kesin ve somut olması şartı gerçekleşmektedir⁵⁷². Çünkü özel bir Kanun olan Bank. K'nun 110. maddesi kapsamında genel kanunların hükümlerinden farklı olarak aciz vesikasına bağlanma şartı aranmamaktadır⁵⁷³.

Ayrıca bu maddede yer alan dava doğrudan doğruya bir iflas davasıdır⁵⁷⁴. Bu nedenle depo kararı verilmesi gerekmemektedir⁵⁷⁵. İspat yükü davalılarda bulunduğundan Fon

⁵⁷¹ *Taşdelen* sorumluluğun, neden oldukları banka zararı ile sınırlı olmasından yola çıkarak müşterek ve müteselsil sorumluluğun bulunmadığı gibi bir sonuca varmaktadır. (TAŞDELEN, s. 1062-1064.) Ancak Kanunda iflasa tabi olan kişilerce ortaklaşa gerçekleştirilen olumlu veya olumsuz işlem ve eylemleri ile neden oldukları zarardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olacakları unutulmamalıdır. Bu nedenle yazarın müteselsil sorumluluk olmadığından hareketle ispat yükünün TTK' dan farklı olması gerektiği görüşü kabul edilemez. Şöyle ki müellif yönetim kurulu üyelerinin TTK' ya göre sorumluluğunu "TTK 338. maddesinde anonim ortaklık bir suretle zarar etmiş ise yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olduğu için zarar ettiğini, kusurlu değilse bunun nedeninin en iyi kendisinin bileceğini kabul etmektedir." şeklinde açıklamaktadır. Ancak bu husus banka yönetim ve denetim kurulu üyeleri ile kanunda tanımı yapılan diğer yöneticiler için de geçerlidir. Fon'a devredilen bankalarda kanunun arkasını dolanma kasdı ile gerçekleştirilen usulsüz işlem ve eylemler incelendiğinde yapılan usulsüzlüklerin boyutu bir bankanın çalışanının dahi bankanın kaynaklarının sıfırlandığını anlayabileceği düzeydedir. Bu nedenle sıradan bir anonim şirket yönetim kurulu üyesini sorumlu görüp bankaların hakim ortak, yönetici ve deneticilerini sorumlu görmeyen anlayışı kabullenmek mümkün değildir. Bu konuda *Çamoğlu* yerinde olarak sorumluların toplam zarardan zararın oluşmasındaki payları oranında sorumlu tutulmaları ilkesini benimsendiğini ifade etmektedir. (POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 376.) ancak bu hususa ek olarak aynı işlemde sorumlulukları bulunan hakim ortaklar, yönetim kurulu üyeleri ve deneticilerinin arasında müşterek ve müteselsil sorumluluk esasının sınırlı sorumlu olunan alan içerisinde geçerli olduğunu belirtmek isteriz.

⁵⁷² *Akdağ-Güney* Fon'un alacaklı sıfatı bulunmaksızın iflas davası açabileceğini belirtmektedir. (AKDAĞ-GÜNEY, s. 127-128). Bkz. İkinci Bölüm, III, B.

⁵⁷³ *Reisoğlu ve Tekinalp*, aksi görüştedir. REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1371, TEKİNALP, Fondaki Bankanın Hukuku, s. 80).

⁵⁷⁴ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1375-1376, İİK'nda yer alan İflas davası ile 5411 sayılı Bankacılık Kanununda düzenlenen şahsi iflas davasının karşılaştırılması için bkz. DOĞRUSÖZ, s. 22-25, Doğrudan iflas davaları için bkz. KURU/ARSLAN/YILMAZ, İcra İflas Hukuku, s. 488, ÜSTÜNDAĞ, s. İflas Hukuku, s. 52.

⁵⁷⁵ Yargıtay 19. HD 18.06.1996 tarih ve 2543 E., 6232 K. ve Yargıtay, 19. HD. 20.112.2004 tarih, 2004/10708 E. 2004/13378 K. s. kararları. *Battal* fon tarafından tespit edilerek ödenmesi gereken tutarın talep edilmesine rağmen ödenmemiş olmasından hareketle doğrudan iflasın kabul edildiğini bu nedenle iflas prosedürüne ilişkin bazı formalitelerin uygulanmayacağını belirtmektedir. (BATTAL, Bankalar K. Şerhi, s. 355.) Ancak *Tekinalp*

tarafından tespit edilerek davaya konu edilen zararın oluşmadığını veya zarardan sorumlu olmadıklarını ispat davalılara düşmektedir. Banka hakim ortakları (banka kaynağı edinmiş ise), yöneticileri ve deneticileri birlikte sebebiyet verdikleri zararlarla sınırlı olarak müşterek ve müteselsilen sorumludurlar⁵⁷⁶.

Şahsi iflas davasını açma yetkisi kanun gereğince Fon'a tanınmıştır⁵⁷⁷. Bu yetkinin Fon'a tanınmasının nedeni Bankacılık Kanunu'nun sistematigi gereğince sigortaya tabi mevduatın hazine gelirlerinden karşılanarak Fon tarafından ödenmesi sonucunda bankanın hisselerinin devralınabilmesidir. Ancak Kanunun sistematigi içerisinde Fon'a yüklenen görev dikkate alındığında güvenilir kişi sıfatı tanınan bir kamu kurumunun bankacılık sistemini rehabilitesi amacıyla kamu alacağını tahsil yetkisinin tanınmış olduğu görülmektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinin amacı hakkın kötüye kullanılması sonucunda tüzel kişilik perdesi arkasına saklanılarak gerçekleştirilen alacaklılara zarar verici nitelikteki işlemlerin bertaraf edilerek alacaklının alacağına kavuşmasıdır. Bankacılık alanında ekonomik yönden güçlü banka zayıf müşteri ilişkisinin banka hakim ortaklarınca kötüye kullanılması sonucunda banka müşterilerinin ve özellikle sigortaya tabi mevduat sahiplerinin alacaklarını kendi başlarına tahsil etmeleri devletin bankalar üzerindeki denetim görev ve yetkisi sebebiyle düşünülemeyeceğinden kanun koyucu getirdiği kanuni düzenlemelerle bankadan alacaklı

Depo kararı verilmemesinin adil olmadığı ve İİK 158. maddenin kıyas yolu ile uygulanması gerektiği düşüncesindedir. (**TEKİNALP**, Fon'daki Bankanın Hukuku, s. 74, Aynı görüşte **BİLGİN**, s. 702).

⁵⁷⁶**BATTAL**, Bankalar K. Şerhi, s. 356, **ALICI**, s. 1056-1057, **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 956, Ancak *Reisoğlu* Murahhas üyenin atanması halinde murahhas üyenin işlemlerinden dolayı diğer yönetim kurulu üyelerinin iflasının istenemeyeceği görüşündedir. (**REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1368.) Bu görüşün dayanağı TTK' dur. Oysa şahsi iflas bir Bankacılık Hukuku müessesidir. Bu nedenle TTK'nuna göre daha özel bir Kanun olan Bank. K. hükümleri geçerlidir. Kanunun 110. maddesinde de birlikte zarar verenler için verdikleri zararlarla sınırlı olarak müşterek ve müteselsil sorumluluk esası benimsenmiş bulunmaktadır. Bkz. (**DOĞRUSÖZ**, s. 70-88). [*Akdağ-Güney*, burada tam teselsülün geçerli olmadığını kusurları oranında farklılaşmış müteselsil sorumluluk bulunduğunu ifade etmektedir (**AKDAĞ-GÜNEY**, s. 40, 219-246)]. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu' na göre kredi verme yetkisi banka yönetim kurulundadır ve bu yetki devredilemez. (**HELVACI**, s. 79.) Murahhas aza atanmış olsa dahi diğer üyelerin sorumluluğu devam etmektedir. *Çamoğlu* ve *Doğrusöz* bu durumu gözetim yükümlülüğüne bağlamaktadır. (**POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 332, **DOĞRUSÖZ**, s. 171.) En azından vekalet hükümlerine göre, gözetim ve denetim sorumluluğu bulunduğu düşünüldüğünde *Reisoğlu*' nun görüşüne katılmak mümkün değildir. Bir başka deyişle yönetim kurulu üyelerinin murahhas aza üzerinde nezaret sorumluluğu bulunduğundan TTK hükümlerine göre de murahhas üye ile diğer yönetim kurulu üyelerinin ortak işlemlerinden müşterek ve müteselsilen sorumlulukları söz konusu olacaktır. (**HELVACI**, s. 81, **AKDAĞ-GÜNEY**, s. 172-195).

⁵⁷⁷ **ALICI**, s. 1057, **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1374-1375.

olanların yerine Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun yani Devletin kendisinin geçmesini öngörmektedir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinde yalnızca tüzel kişi ve ortaklar yönünden bir değişim varken Bank. K.'nun düzenlemeleri ile banka alacaklılarının yerine güvenilir kişi sıfatıyla bir kamu tüzel kişiliği getirilmiştir. Bu düzenleme Bankacılık Hukuku'nun mevduat ile ilgili esaslarına uygun olduğu gibi İdare Hukukunun getirdiği sosyal devlet anlayışının da bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.⁵⁷⁸

Bank. K'nun 106. ve 109. maddeleri, 110 mad./ IV f. gereğince şahsen iflası istenenler hakkında da uygulanabilecektir. Bu hükümde takip hukukuna ilişkin istisnai nitelikte düzenlemeler yer almaktadır⁵⁷⁹. En önemli istisna ise iflasına karar verilenler hakkında takibin Fon tarafından yürütülmesine ilişkin hükümdür⁵⁸⁰. Ayrıca bu kişilerin mal varlığını devretme ihtimali gözetilerek Fonun alacaklı olduğunu gösteren emarelerin varlığı yeterli sayılarak ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararının verilebileceği kabul edilmiştir⁵⁸¹. Yani dava konusunun çekişmeli olması, gecikmesinde tehlike olması ve önemli zarar doğacak olması şartları aranmaksızın kanuni karine gereğince tedbir kararı verilebilecektir. Tedbir ve haciz taleplerinde teminat şartı aranmamaktadır. Bu kişilerin yurtdışına çıkışının yasaklanması da

⁵⁷⁸ **ALIŞKAN**, s. 259-263.

⁵⁷⁹ Fon Kurulu tarafından şahsi iflas davası açılmasına karar verilmesi halinde; Bank. K.'nun 142. Maddesi gereğince asliye ticaret mahkemesinde Fon tarafından dava açılacaktır. Davanın açılacağı yerde ticaret mahkemelerinin birden fazla olması halinde 1.ve 2. Asliye Ticaret Mahkemeleri davaya bakmakla yetkilidir. (4672 sayılı Bankalar Kanunu ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunun 14. mad' sinin 5. Fıkrasına eklenen (d) bendi ile Fon ve Bankalar ile bankaların iflas idareleri tarafından muamele merkezi veya ikametgahı İstanbul sınırları içinde olan kişiler aleyhine açılacak davalara İstanbul (1) Numaralı Asliye Ticaret Mahkemelerinin bakması kabul edilmiştir. Bu bankaların ve Fonun muhatap olacağı davaların hızla çözümü ve alacakların tahsil sürecinin kolaylaştırılmasına yönelik bir düzenlemedir. İhtisas mahkemeleri kurulması konusunda Anayasada herhangi bir kısıtlama olmamakla birlikte ihtisas mahkemelerinin konu bakımından teşekkülü kabul edilmiştir. (Vergi Mahkemeleri gibi). Bu madde ile gerçekleştirilen düzenleme ile ise Yetkili Mahkeme tayini ile banka ve fonun muhatap olacağı davaların yer bakımından sınırlandırılması söz konusudur. Bu nedenle 5411 sayılı Bankalar Kanununda bu düzenleme ile yer yönünden sınırlama kaldırılarak yukarıdaki şekli almıştır).

⁵⁸⁰ Takip hukukuna ilişkin istisnalar için bkz. **ALICI**, s. 1059, **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1378-1381.

⁵⁸¹ *Reisoğlu*'na göre Bu madde ile muaccel alacaklar için ihtiyati haciz istenebileceğine dair kurala istisna getirerek şahsi iflas talebine dair alacağın muaccel olmayan bir alacak olduğu belirlemesi yapmaktadır. (**REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1379) Ancak banka zararının somut ve gerçek bir zarar olduğuna ilişkin yukarıda ki açıklanmalarımız nedeniyle şahsi iflasa konu alacak hazine tarafından Fon' a sigortaya tabi mevduatın bankaya aktarılması sonucunda banka hisselerinin Fon'a devredildiği tarihte muaccel hale gelmektedir. Çünkü Fon bu düzenleme ile kanuni halef sıfatıyla bankadan alacaklı olanların yerine geçmektedir.

mahkemelerden talep edilebilecektir. Ayrıca Bank. K. 148. madde de bu maddeye aykırı davranışlarla ilgili cezai yaptırım öngörülmüştür⁵⁸².

Tüm bu düzenlemeler kamu alacağının tahsili için tüzel kişilik perdesi arkasına saklanan kişilerin eylem ve fiillerinin önüne geçilmesi ve bu işlemlerin sonuçlarının ortadan kaldırılabilmesi amacına dayanmaktadır. Kanun koyucu Bank. K. 71. maddede tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ilkesinin uygulanacağı bütün hallerine; yani özkaynak yetersizliği, özdeşleşme ve hakim ortak olma hallerine yer vermektedir. Bank. K'nun 110. maddesinde yer alan düzenleme ile tüzel kişilik perdesinin bizzat kanun tarafından kaldırılması söz konusudur⁵⁸³.

⁵⁸² REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1381, ALICI, s. 1228-1229, DONAY, s. 50.

⁵⁸³ ULUSOY, s. 394. *Ulusoy*, bu düzenleme ile tüzel kişilik perdesinin yalnız Fon lehine kaldırıldığı Bankalardan alacaklı olan üçüncü kişilerin korunmadığı eleştirisinde bulunarak kıyasen yada kıyas mümkün görülmez ise teorinin uygulanarak bankalardan diğer alacaklı olanların da korunması gerektiği görüşündedir. (ULUSOY, s. 395) Yalnız burada sigortaya tabi mevduatın ödenmesi sonucunda banka zararının kamu zararına dönüşmüş olması nedeniyle hisselerin Fon' a devredildiğinin gözden uzak tutulmaması gerekmektedir. Banka hisselerinin Fon'a devredilmesi durumunda banka tüzel kişiliği halen devam etmektedir. Bankanın en önemli pasif kalemi olan mevduatlar ise, o dönemde tamamen sigortaya tabi olduğundan Fon tarafından ödenmektedir. Diğer alacak kalemleri ise genellikle banka hakim ortağı tarafından yaratılan şaibeli kalemlerden oluşmaktadır. Bu nedenle bu tartışmanın pratik bir önemi olmadığını düşünülmeyle beraber şahsi iflas sonucunun sadece kamu alacağının bulunması nedeniyle düzenlendiği düşüncesiyle kıyasen maddenin uygulanmasının mümkün olmadığı düşünülmektedir. Bu konuda *Ulusoy* Bankanın Fon'a devri söz konusu olmasa da kıyasen 110. maddenin uygulanarak tüzel kişilik perdesinin kaldırılabilmesi görüşündedir. (ULUSOY, s. 398-399.) Fon'a devrin söz konusu olmadığı hallerle kastedilen BDDK' nın Fon ile ilgili (yönetim ve denetimine el koyulması gibi) yetkileri yönünden müdahalesinin olmadığı canlı bir banka ise bu durumda maddenin kıyasen uygulanarak Fon'un müdahalesi mümkün değildir. Çünkü idare hukukunda İdarenin yetkisizliği esastır. İdare kanunen kendisine verilen yetkiler dışında herhangi bir işlem ve eylem yapamaz. Bu nedenle idarenin yetkileri kıyas yapılarak genişletilemez. (YAYLA, s.116, GÖZÜBÜYÜK, İdare Hukuku, s. 450.) Ayrıca *Ulusoy* Banka hakim ortaklarının elde ettikleri menfaatten daha fazla bir zarara neden olurlar ise 110. madde kapsamında sorumlu tutulamayacaklarını, burada ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yoluna gidilebileceğini belirtmektedir. (ULUSOY, s. 395.) Yazarla aynı görüşte olmakla birlikte 108. madde kapsamında bu zararların takip ve tahsil edilip edilemeyeceğinin incelenmesi gerektiği hususunun gözden uzak tutulmaması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle faaliyet izni kaldırılan veya hisseleri Fon'a devredilen bir bankada gerçekleştirilen usulsüz işlemlerle ilgili olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun (5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 11. Maddesi kapsamında) halen yürürlükte bulunan maddelerinin uygulanma koşullarının bulunmadığı sonucuna varıldığı hallerde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi uygulanarak banka ortaklarının ve sorumlu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi söz konusu olabilecektir. Ancak bankadan alacaklı olan üçüncü kişilerin tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden yararlanmaları mümkün olabilmelidir. Hatta bu durum teorinin uygulanması için gerekli koşulların oluşması halinde Bankanın Fon'a

Şahsi iflas davalarında ibra kararının iptal edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır⁵⁸⁴. Çünkü ibra banka ile yönetim ve denetim kurulu üyeleri arasındaki iç ilişkide hüküm ifade etmektedir. İbra kararlarının iptali Bank. K 110. maddesinde düzenlenmemiş ve bu maddeye atıfta bulunulmamıştır. Bank. K. m. 133. kapsamında ibra kararlarının iptali düzenlenmiş olup, Fon tarafından TTK hükümlerine göre açılan mali sorumluluk davalarının devralınması ya da yeni bir dava açılması hali ile ilgili olarak kanunda düzenlenmiş bulunmaktadır. Bank. K.’nun hükümleri ile şahsi iflas davalarının koşulları düzenlenmiş olup bu düzenleme ile güvenilir kişi sıfatı ile hareket eden -banka ile yönetim ve denetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkiye yabancı olan- bir Kamu Kurumu olan Fon tarafından açılması öngörülmüştür.

Anayasa Mahkemesinin 3182 sayılı Bankalar Kanunu döneminde verilen bir kararında *“Bakanlar Kurulunun, alınan önlemlere rağmen, mali bünyesinin güçsüzlenmesini önleyemeyen bir bankanın başka bir bankaya devrini öngören kararını “suç ihdası” ve böyle bir karara bağlı olarak bu kararın alınmasına kanuna aykırı karar ve işlemleriyle sebebiyet verenlerin şahsi iflaslarına karar verilmesini cezai bir yaptırım olarak nitelendirmek mümkün değildir. Gerçekten devir ve birleştirmeye neden olma eylemi suç sayılamayacağı gibi, iflas hukukuna özgü bir müessese olan iflas da cezai bir yaptırım değildir./ ... /Bankaların, Devletin para, kredi ve sermaye politikalarının oluşmasında ve saptanmış politikaların uygulanmasında önemli görevleri bulunmaktadır. Gerçekten, para ikrazı işleriyle meşgul olan; mevduat kabul eden, sermaye teşekkülüne hizmet eden bankalar, ülke ekonomisinin en hassas kesimi olan piyasalarda faaliyet gösteren mali kuruluşlardır. Bu itibarla, bunların Devletçe yakından izlenmesi ve denetlenmesi gerekir./ ... / (3182) Kanun’un 69. Maddesinde öngörülen banka yöneticileri ve memurları ile bankaların yüzde ondan fazla hissesine sahip bulunan ortaklarından, kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 64. maddenin 3. Fıkrasının uygulanmasına sebep olanların bankanın talebi üzerine şahsi sorumlulukları cihetine gidilerek şahsen iflaslarına karar verilmesi istemiyle mahkemeye başvurulmasında da yukarıdaki nedenlerle Anayasa aykırı bir yön bulunmamıştır.”* şeklinde şahsi iflasın hukuki niteliği ifade edilmiştir.

Ancak 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nun 538 sayılı KHK ile değişik 69. Maddesinin birinci ve ikinci fıkrası bankanın yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü ile ilgili hüküm Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir. İptal nedeniyle uygulanma

devri şartı aranmaksızın üçüncü kişilerin talebi ile mümkündür. Bu durumda mahkeme hukuki boşluk olduğu sonucuna varırsa kıyasen Bank. K. düzenlemelerini hükme esas alabilecektir.

⁵⁸⁴ AKDAĞ-GÜNEY, s. 323, Aksi görüş için bkz. DOĞRUSÖZ, s. 297 vd., 304-305.

olanağı kalmayan üçüncü fıkranın da anılan banka yöneticileri açısından iptaline karar verilmiştir⁵⁸⁵.

Yargıtay 3182 sayılı Bankalar Kanunu döneminde görev yapan 4389 sayılı Kanundan önce görevlerinden ayrılan banka yöneticileri için açılan şahsi iflas davasında davalıların görev yaptığı dönemi belirledikten sonra “ *Davada uygulanacak olan kanun 3182 sayılı Bankalar Kanunu’nun 69. Maddesi, 512 ve 538 sayılı KHK. ’ler ile değiştirilmiş ve daha sonra bu kanun hükmündeki kararnameler Anayasa Mahkemesi ’nce iptal edilmiş olduğundan bu yönde hukuki boşluk hasıl olmuştur. Hukuki boşluğun bulunduğu durumlarda, hakim bizzat yasa koyucu gibi davranarak, olayı çözümlmek üzere Medeni Kanunun 1. Maddesi hükmünce olaya uygulanacak kuralı bulmak ve uygulamakla yükümlüdür.*⁵⁸⁶ Bu hakim için aynı zamanda bir görevdir. Hakim önündeki davayı sonuçlandırma zorunluluğundadır. Anayasa ’nın 36 mad. 2. fıkrası uyarınca “hiç bir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.” (HUMK 573 mad/6. f.) Esasen TMK’nun 1. Maddesi, gereğince hakime kanun koyucu gibi kural koyma yetkisi verilmiş olmasıyla öneme haizdir./ ... / O nedenle; bu kural konulurken Borçlar Kanunu’nun 50. ,ayrıca TTK’nun 336. Maddelerinden örnekleme yoluyla yararlanılmıştır. Gerçekten para ikrazi işleriyle uğraşan, mevduat kabul eden, sermaye ekonomisine hizmet eden bankalar, ülke ekonomisinin en önemli mali kuruluşlarından olup, Devletin para, kredi sermaye politikasıyla da doğrudan etkili ve bağlantılıdır. En önemlisi, bankalar toplumun önemli bir kesimini oluşturan mevduat sahiplerinin güven duyguları ve hayat yaşamlarıyla; dahası toplumun düzeni ve hukuki güvenliği ile yakından ilgilidir. O nedenle somut olayın kendine özgü önemi içinde vücut bulan zararın ağır ve telafisi güç nitelikte olduğu da gözden kaçırılmadığında sorumluluğun iflasla karşılanmasının kabulü; adalet duygularına da uygunluk arz etmektedir. Yine, konulan bu kural, Anayasa hükümlerine de aykırı olmadığı gibi öngördüğü iflas bir ceza değildir. Ayrıca 70, 512 , 538 KHK’lerle 4389 sayılı Bankalar Kanunu anılan kişilerin şahsi sorumluluklarına gidilerek, şahsi iflaslarına mahkemelerce karar verilmesi yönünde yasa koyucunun saptama göstermeyen ısrarlı arzu iradesi ile; 538 sayılı KHK’nin iptalinin şeklen gerçekleşmiş olması, yasa boşluğunun doldurulmasında yan hukuki olgular ve kaynaklar olarak ele alınmış, yararlanılarak değerlendirilmiştir. Açıklanan hukuki nedenler altında; Medeni Kanunu’ n 1. Maddesine dayanılarak vazedilen kural somut olaya uygulandığında, davalıların iflasa tabi olacaklarının kabulü gerekir.” gerekçesine dayanılarak hukuki

⁵⁸⁵ Anayasa Mahkemesi’nin 09.05.1995 tarihli, 1995/53 E. ve 1995/57 K. (www. Anayasa.gov.tr).

⁵⁸⁶ Y. İçtihadı Birleştirme Kararı, 18.11.1964 tarihli, 2/4.

boşluğun 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 17. Maddesine göre doldurulmasına ve dolayısıyla söz konusu banka yöneticilerinin bankanın iflas etmiş olması şartı aranmaksızın Bankanın Fon'a devri nedeniyle de iflasa tabi olacaklarına karar verilmiştir⁵⁸⁷. Bu kararda tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden açıkça söz edilmese de gerekçede gösterilen nedenler ile teorinin benzeşen yanlarının bulunduğu gözlemlenmektedir.

Yargıtay bir kararında⁵⁸⁸ *“Türk hukukunda kural tacirlerin iflasının istenebileceği şeklindedir. Ne var ki bankanın....ortakları, yönetim kurulu kanuna karşı karar ve işlemleri ile bankayı zarara sokmuşlar ise şahsen iflaslarına karar vermek gerekir. Bu kural mevcut hukuk düzeninin ve hukuki güvenliğin bir gereği olarak kabul edilmelidir. sorumluluğun iflasla karşılanmasının kabulü adalet duygularına arz etmektedir. Yine konulan bu kural Anayasa Hükümlerine aykırı olmadığı gibi bir ceza değildir.”* sonucuna varmaktadır.

Böylece doktrindeki şahsi iflasın ceza olup olmadığı yönündeki tartışmada⁵⁸⁹ Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay şahsi iflasın bir ceza olmadığı sonucuna varmıştır.

D. 6183 s. AATUHK ile Perdenin Kaldırılması

Bank. K'nun 132. maddenin başlığında belirtildiği üzere maddenin kapsamı; Fon alacaklarının takip ve tahsiline ilişkin yetki ve usulleri düzenleyen istisnai nitelikte düzenlemelerdir. Ancak burada inceleme konumunuz olan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile sınırlı olarak bu yetkilerle ilgili değerlendirilmelerde bulunulacak, maddenin diğer bölümleri inceleme dışı tutulacaktır.

Bank. K'nun ve 4389 sayılı mülga Bankalar Kanunu'nun ilgili hükümleri ile Fon' a tanınan 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsil yetkisi nedeniyle, takip hukukuna dahil olan bu kanunda yer alan 35 ve mükerrer 35. maddeler kapsamında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması için yapılan düzenlemelerden yararlanma olanağı Fon alacakları içinde mümkün bulunmaktadır⁵⁹⁰.

⁵⁸⁷ Y. 19 HD., 08.07.2004 tarih, 2003/12100 E. 2004/ 8151 K., HGK' nun bu konuda vermiş olduğu benzer bir karar olan HGK 01.12.1999 T. 1999/19 E. ve 1999/1000 K. sayılı karar ve her iki kararın incelenmesi ve aksi yöndeki görüş için bkz. **AKDAĞ-GÜNEY**, 258-273. Hakimın hukuk yaratma yetkisi ile ilgili olarak bkz. **OĞUZMAN/ BARLAS** s. 87 vd., **DURAL/SARI**, s. 107 vd.

⁵⁸⁸ Y. HGK, 10.12.1997, 19-665/1018, **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1366.

⁵⁸⁹ **KURU**, iflasın cezai bir müeyyide olduğunu savunmaktadır. Bkz. **KURU**, (İflas ve Konkordato), s. 42-43, *Reisoğlu, Taşdelen ve Alıcı*, aksi görüştedir. Bkz. **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1365-1366, **ALICI**, s. 1053-1055, **TAŞDELEN**, s. 1056, Tartışmalar için bkz. **DOĞRUSÖZ**, s. 34.

⁵⁹⁰ **YALÇIN**, s. 278, **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1489.

1. 6183 sayılı AATUHK'nun 35. Maddesi

6183 sayılı Kanunun 35. maddesinde limited şirketlerin ortaklarının tahsil imkanı bulunmayan amme alacağından sermaye hisseleri oranında sorumlu oldukları ve bu kanun hükümlerine göre takip edilecekleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Bu hüküm ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması münhasıran limited şirketler açısından hisseleri oranında sorumluluk şeklinde sınırlı olarak kanunen kabul edilmiştir. Limited şirketlerin üçüncü kişilere olan borçlarından dolayı ortakların sorumluluğu taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlıdır⁵⁹¹. (TTK m. 503)

Mükerrer 35 maddede ise bu hükümden farklı olarak kamu alacaklarının ödenmesi bakımından, kanuni temsilciler için sorumluluk getirilmiştir. 35. maddede ise limited şirket ortaklarının TTK' nundaki sorumluluk esaslarına dayanan bir sorumluluk ilkesi getirilmiştir. Bu nedenle limited şirket ortaklarının 35. maddeye göre yöneticilerinin ise mükerrer 35. maddeye göre sorumluluklarına gidilebilecektir⁵⁹².

2. 6183 sayılı AATUHK'nun Mükerrer 35. Maddesi

Mükerrer 35. madde anlamında sorumluluğun doğması için TTK' nundan farklı olarak sorumluluğu doğuran işlemde imza şartı aranmamaktadır. Sorumluluğun nedeni salt kanuni temsilci sıfatından kaynaklanmaktadır.⁵⁹³ Bu bir objektif sorumluluk şekli olup yönetim kurulu üyeleri için getirilmiş bir kusursuz sorumluluk hali söz konusudur⁵⁹⁴. Kanun koyucu bu hükümde yönetim kurulu üyelerine kurtuluş beyinesi getirebilme konusunda herhangi bir düzenlemeye gitmediği gibi TTK'nun 338. maddesine de atıf yapmamıştır⁵⁹⁵. Bu nedenle şirketin kanuni temsilcisi olmak söz konusu kamu alacağından müşterek ve müteselsilen sorumlu olma hukuki sonucunu doğurmaktadır⁵⁹⁶. Ayrıca kanuni temsilci kamu borçlarından tüm mal varlığı ile sorumludur⁵⁹⁷.

Mükerrer 35. madde kapsamında tüzel kişilerin kanuni temsilcilerinin, sorumluluğuna gidilebilmesi için tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasında olduğu gibi kamu alacağının şirket

⁵⁹¹ **TURGUT**, s. 164 vd.

⁵⁹² 6183 sayılı Kanunun 35. ve mükerrer 35. maddeleri arasındaki farklar için bkz **CANDAN**, s. 166.

⁵⁹³ **CANDAN**, s. 174.

⁵⁹⁴ **CANDAN**, s. 176.

⁵⁹⁵ *Çamoğlu* aksi görüşte olup, yönetim kurulu üyelerinin kurtuluş beyinesi getirme hakkının bulunduğunu ve kusursuz olduklarını ispat ederek sorumluktan kurtulabileceği görüşündedir. Bkz. **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 366.

⁵⁹⁶ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 366.

⁵⁹⁷ **CANDAN**, s. 177.

mal varlığından tamamen veya kısmen tahsilinin mümkün olmaması veya tahsil olamayacağına anlaşılmaması şartı getirilmektedir⁵⁹⁸. Burada kanun tahsil olunamayacağına anlaşılmaması demekle takibin olumsuz olarak tamamen sonuçlanmış olması şartını aramamaktadır⁵⁹⁹. Bu maddenin uygulanabilmesi için yapılan takip işlemleri sonucunda borcu karşılamaya yeterli mal varlığının bulunamaması, borçlu şirketin tasfiyesine veya iflasına karar verilmiş olması gibi maddi olgular alacağın tahsil olunamayacağına anlaşılmaması için yeterlidir. Bu nedenle kanuni temsilci için mükerrer 35. madde kapsamında 6183 sayılı kanun hükümlerine göre takip yapılabilmesi için şirket hakkında aciz vesikası alınması şartı kanun tarafından aranmamaktadır.

Bankalarda ve bankanın ortağı şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sıklıkla değiştiği çoğu üyenin bir yıl dahi görev yapmadığı ama çeşitli grup şirketlerinde farklı zamanlarda belirli aralıklarla görev yaptıkları gözlemlenmektedir. Kanun koyucu banka zararının oluşmasında en önemli kalemlerden olan uzun yıllara yayılan kredilerin kullandırıldığı şirketlerin yöneticilerinin sorumluluklarına gitmek konusunda yaşanan zorlukların çözümlenebilmesi amacıyla mükerrer 35. maddeye 5766 sayılı Kanun ile iki yeni fıkra eklemiştir. Bu yeni düzenleme ile alacağın doğduğu ve ödenmesi gereken zamanlarda idarecilerin farklı şahıslar olması durumunda sorumluluklarının müşterek ve müteselsil olduğu kuralı kabul edilmiştir⁶⁰⁰. Ayrıca Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanunundaki düzenlemelerin bu maddede yer alan sorumluluğu ortadan

⁵⁹⁸ **POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 366, **CANDAN**, s. 175, 187 vd.

⁵⁹⁹ **CANDAN**, s. 188.

⁶⁰⁰ *Çamoğlu*'na göre bu hükümle getirilen amme alacağının doğumu anında sorumluluk aranması halinde kamu alacağının doğmasına neden olan kişi faaliyetleri ile bir artı değer yaratmıştır. Bu nedenle bir kusuru bulunmamaktadır ve ödenmesi gereken dönemde görev yapanların kusuru aranmalıdır. (**POROY/TEKİNALP/ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 365.) Ancak kamu alacağının doğumu anında vergi borçları için dahi olsa kamu borcunun ödenip ödenemeyeceğinin ticari hayat içerisinde hesaplanabilir yani öngörülebilir olması karşısında kamu borcunun doğmasına neden olan ilk sorumlu karar ve işlemleri ile kamu alacağının doğumuna sebep olandır. Daha sonrakilerin sorumluluğu ise genellikle bu sorumluluğa iştirakendir. Borcun doğumundan sonrakilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemenin ilk çıkış noktası TTK'nun 337. maddesinde yer alan yönetim kurulu üyeleri seleflerinin yolsuz işlemlerini denetçilere bildirmedikleri takdirde onların sorumluluklarına iştirak edeceği yönündeki ana düzenlemeye dayanmaktadır. Bu kurala göre yeni atanan yöneticinin şirket bilançosunda mevcut zararı bilmesi ve bilmesinin gerektiği kabul edilmektedir. (**AKDAĞ-GÜNEY**, s. 96). Zira yönetim kurulu üyeliği kabulü isteğe bağlı bir onur görevidir. Bu nedenle, zararın doğduğu tarihten sonra yönetim kurulu üyeliğine seçilmiş olanların da önceki işlemler yönünden de sorumluluğunun aranması kabul edilmiştir.

kaldırmadığı düzenlenmiştir.⁶⁰¹

Kullanılan banka kaynağı nedeniyle 6183 sayılı Kanun uyarınca yapılan takiplerde kanuni temsilcinin belirlenmesinde ise, ödeme zamanı olarak banka kaynağının kullanıldığı tarihin esas alınması gerekmektedir. Zira, banka kaynağının kullanımı haksız işlem mahiyetini haiz olup, kaynağın kullanıldığı anda geri ödenmesi mükellefiyeti de doğmaktadır. Bank. K'nun 132'nci maddesinde yer alan "... Fon, ... alacakların takibine banka kaynağının kullanıldığı tarihten ... başlar. " Bank. K. m. 134'de yer alan "... Bu suretle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen ayni ve şahsi her türlü hak Fona karşı hüküm ifade etmez." hükümleri bu hususu doğrulamaktadır. Bank. K. m. 134'deki hüküm, 4389 sayılı mülga Bankalar Kanununun 15/7-b maddesi 5'inci paragrafında da aynen yer almaktadır. Maddenin 1'inci paragrafındaki "Bu alacaklara zararın ve/veya alacağın doğmasına sebebiyet veren haksız işlemin yapıldığı tarihten itibaren 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci maddesinde belirtilen oranda gecikme zammı uygulanır." hükmü de aynı doğrultudadır.

Nitekim, 07.01.2007 tarih ve 26396 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmeliğin 27' nci maddesine göre, Banka hakim ortaklarından olan Fon alacaklarında, kaynağın kullanıldığı/kullandırıldığı tarihten itibaren borcun devam ettiği dönem boyunca, Banka hakim ortaklarından olan alacaklar dışındaki Fon alacaklarında ise, kredinin kat

⁶⁰¹ 04.06.2008 tarih ve 5766 sayılı Kanunun 4. maddesi ile 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Hakkında Kanunu'nun "Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğu" başlıklı mükerrer 35. maddesine 5. ve 6. fıkralar eklenmiş olup maddenin yeni metni " *Mükerrer 35. madde* " (Ek: 4108 - 25.5.1995) *Tüzel kişilerle küçüklerin ve kısıtlıların, vakıflar ve cemaatler gibi tüzel kişiliği olmayan teşekküllerin mal varlığından tamamen veya kısmen tahsil edilemeyen veya tahsil edilemeyeceği anlaşılan amme alacakları, kanunî temsilcilerin ve tüzel kişiliği olmayan teşekkülü idare edenlerin şahsi mal varlıklarından bu Kanun hükümlerine göre tahsil edilir. Bu Madde hükmü, yabancı şahıs veya kurumların Türkiye'deki mümessilleri hakkında da uygulanır. Tüzel kişilerin tasfiye haline girmiş veya tasfiye edilmiş olmaları, kanunî temsilcilerin tasfiyeye giriş tarihinden önceki zamanlara ait sorumluluklarını kaldırmaz. Temsilciler, teşekkülü idare edenler veya mümessiller, bu Madde gereğince ödedikleri tutarlar için asıl amme borçlusuna rücu edebilirler. (Ek fıkra: 5766 - 4.6.2008 / m.4) Amme alacağının doğduğu ve ödenmesi gerektiği zamanlarda kanuni temsilci veya teşekkülü idare edenlerin farklı şahıslar olmaları halinde bu şahıslar, amme alacağının ödenmesinden müteselsilen sorumlu tutulur. (Ek fıkra: 5766 - 4.6.2008 / m.4) Kanuni temsilcilerin sorumluluklarına dair 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nda yer alan hükümler, bu maddede düzenlenen sorumluluğu ortadan kaldırmaz.* " şekilde düzenlenmiştir.

edildiği tarihten itibaren borcun devam ettiği dönem boyunca kanuni temsilci sıfatını haiz kişilerin, Yönetmeliğin uygulanmasında kanuni temsilci olarak addedilmekte olduğu hüküm altına alınmış bulunmaktadır.

3. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 132. Maddesinde Yer Alan Atıf Kapsamında 6183 sayılı Kanuna Göre Takip ve Tahsil Yetkisi ⁶⁰²

3182 sayılı Kanun döneminde Fon alacaklarının 6183 sayı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun kapsamında takip ve tahsili mümkün bulunmaktadır. Daha sonra 4389 sayılı Bankalar Kanununda ve Bank. K’ nunda da 6183 sayılı Kanun hükümleri gereğince Fon alacaklarının takibi ve tahsili yetkisi devam ettirilmiştir.

Bank. K. m. 108 kapsamında açıklandığı üzere Fon’ a 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip yapma yetkisinin tanınma amacı kamu alacağının takip ve tahsil işlemlerini daha etkin ve hızlı bir şekilde sonuçlandırılmasıdır. Bu amaç çerçevesinde esas olan ise “usul ekonomisi” kurallarıdır. Söz konusu amaç kapsamında Devlet, kamu alacağı niteliğini tanıdığı kendi alacaklarının tahsilinde gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerinin hak ve alacaklarının tahsili için öngörülen 2004 sayılı İcra İflas Kanunundan farklı ve ayrı bir takip hukuku sistemi getirmiş bulunmaktadır. 2004 sayılı İcra İflas Kanunu hükümleri gereğince yapılan icra takipleri İcra ve İflas Dairelerince yürütülmektedir. Oysa devlet hem alacaklı hem de tahsil dairesi olarak ilişkiye taraf olduğunda devletin farklı iki organının faaliyette bulunması sonucunda yapılacak tahsilatın iş gücü kaybına yol açacağı gibi gereksiz masraflara da neden olabileceği öngörüldüğünden takibin alacaklı olan kamu kurumunca yapılması usul ekonomisi gereğince kabul edilmiş bulunmaktadır. Bu nedenlerle 6183 s. AATUHK hükümleri ile ayrı bir takip hukuku sistemi getirmiş düzenlenmiştir. Bu sistem içerisinde de her ikisi de devlet tüzel kişiliği içerisinde yer alan alacaklı kurum ve adli teşkilata dahil icra iflas dairelerinin farklı kişiler olarak takip işlemlerini gerçekleştirmesi usul ekonomisine aykırı olacak ve alacakların tahsilini gereksiz yere uzatacaktır. Bu nedenle kanun koyucu devletin alacaklarının, alacaklı olan Kurum tarafından tahsilini düzenleme gereği duymuştur. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu devletin kamu tüzel kişiliğinin özel bir görünümü olarak karşımıza çıkan özerk nitelikte bir kamu tüzel kişiliğidir. Eşitlik, eşitler arasında eşitliktir. Bu nedenle devlet kurumların arasında yapılan bu paralel düzenleme nedeniyle 6183

⁶⁰² **BATTAL**, Bankalar K. Şerhi, s. 381-383.

sayılı Kanun hükümlerine göre takip yetkisinin TMSF'ye tanınması bu anlamda yadsınamaz.

603

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun m. 15/III ve VII (b)'de Fonun her türlü alacak hakkı ile ilgili olarak 6183 sayılı AAUHK'nun hükümlerine göre takip yapabileceği hükme bağlanmıştır⁶⁰⁴. Bu yetki Bank K.'nin geçici 11. maddesi gereğince halen yürürlüktedir.

⁶⁰³ *Alıcı*, bu konuda Anayasa Mahkemesi'nin Gümrük Kanunu ile ilgili bir kararını örnek olarak vermekte ve Fon alacaklarının ihbarname gönderilmeksizin ödemeye çağrı mektubu gönderilerek 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre doğrudan takibine başlanılmasının Anayasanın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu düşünmektedir. (ALICI, s. 1110-1112) Oysa ki Fon alacakları Kanundan doğan bir alacak ya da kanunla kamu alacağına dönüşen alacaklardır. *Alıcı* tarafından vergi alacaklarına ilişkin düzenlemelerden hareketle eşitlik ilkesi ihlal edildiği iddia edilmekte ise de vergi alacaklarının doğduğu alan hukuka uygun işlemlerdir. Oysaki bankacılık alanında doğan Fon alacaklarının mevduat sigortası prim alacakları hariç tamamı hukuka aykırı işlem ve eylemler sonucunda doğmuş bulunmaktadır. Kamu düzeni her olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilerek, hak ve adaletin davacı ya da davalıdan hangisinin çıkarlarını koruyacağı belirlenirken, toplumun menfaatlerinin hangi tarafta yer aldığına gözetilmesi esasına dayanır. Bankaların zararının tahsil edilebilmesinin hayatın olağan akışına uygun dürüst insanlar arasındaki borç ilişkilerini düzenleyen hükümlerle tahsilinin güç olduğu anlaşılmıştır. Vergi alacağının doğmasına sebep olan temelde yatan kazandırıcı işlem hukuka uygun yollardan oluşan meşru kazançlardan doğan devlet alacağına ilişkindir. Oysaki bankaların kaynakların kötüye kullanılması ve aktarılması eylemi meşru olmayan, haksız fiil teşkil eden ve toplumun tüme yayılarak ekonomik krize neden olan fahiş tutarlardan oluşan bir kaynaktan doğmaktadır.

⁶⁰⁴ 4389 sayılı Mülga Bankalar Kanunu ile Fon alacakları 15/III. madde belirlenmiştir. Şöyle ki “Fon her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır. Aynı kanunun 14 üncü maddenin (VI) numaralı fıkrasının (b) bendi ile verilen yetkiler saklı kalmak kaydıyla, Fon kaynakları ile her türlü alacaklarının ve hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bankaların; yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarından, bu ortakların yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya başkalarıyla birlikte elinde bulundurdukları şirketlerden ve iştiraklerinden, yönetim ve denetim kurulu üyeleri, genel müdür ve yardımcılar, kredi komitesi başkan ve üyeleri ile imzaları bankayı ilzam eden memurları ve bunların eş ve çocuklarından olan alacakları ile hisseleri Fona intikal eden diğer bankaların bunlardan olan alacaklarından Fon tarafından devralınanlar ile (VII) numaralı fıkranın (b) bendinde belirtilen kişilere ait olup Fon tarafından devralınan alacakların takip ve tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.” Bu maddede yer alan düzenlemeye göre a-) Fon Kaynakları, b-) (Fon' nun) Her türlü alacakları c-) Madde belirlenen kişiler hakkında Fon tarafından devralınanlar ile (VII) numaralı fıkranın (b) bendinde belirtilen kişilere ait olup Fon tarafından devralınan alacakların takip ve tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Söz konusu madde metninde Fon alacakları öncelikle genel olarak hükme bağlanmış ve her türlü alacakları ibaresi ile belirlenmiştir. Daha sonra ise Fon' nun her türlü alacaklarına örnekseme yoluyla Fon' nun alacak hakları belirtilmiştir. Kısacası 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15/III tahdidi bir hüküm getirmemiştir. Burada genel hükmün örnek verilerek düzenlenmesi söz konusudur. 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 23.06.1999 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren ilk halinde 15/III maddesi “ Fon, her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır. Fon

4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 15/III maddesi ile Fonun her türlü alacakları hakkında 6183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı düzenlenmiş olmakla, kesinleşmiş bir mahkeme kararı aranmaksızın sadece usul hükümlerinin uygulanması açısından 6183 sayılı Kanuna atıf yapılmıştır. Fon alacaklarının çerçevesi 4389 sayılı Bankalar Kanunu ile çizilmiş bulunmaktadır. 4389 sayılı Mülga Bankalar Kanunu m. 15/III ile Kanun Koyucu 6183 sayılı Kanunda yer alan koşulları taşıyan bir alacak olup olmadığı incelenmeksizin, her türlü Fon alacağının 6183 sayılı Kanunda yer alan takip usullerine göre tahsil edilebileceğini belirlenmiş bulunmaktadır. Yani önceki kanuna göre yeni ve özel bir kanun (bu kanunun konusu ile sınırlı olarak) olan Bankalar Kanunu ile 6183 sayılı Kanun 1. maddesi zımnen değiştirilmiştir.

Esasında alacağın devlet eliyle tahsiline yönelik gerek özel hukuk gerekse kamu hukukuna ilişkin hükümlerin kişilerin mülkiyet haklarını sınırlamaya yönelik olduğu tartışmasızdır. Düzenin korunması için ise ihkak-ı hak yasaklanmış olup özel hukuk kişilerinin alacaklarının dahi devlet eliyle tahsili kamu düzenindendir. Bir devlet alacağının topluma geri dönüşünün sağlanması ise öncelikli olarak kamu düzenindendir. Devlet alacağının tahsili için alacaklı Kuruma takip yetkisinin tanınarak daha hızlı, etkin ve usul ekonomisine uygun yeni bir takip şeklinin düzenlenmesi borçlunun borç koşullarının esasını ağırlaştıran hukuki bir sebep teşkil etmemektedir. Bu nedenle 6183 sayılı Kanuna göre takip yetkisi bir imtiyaz değil yalnızca devlet alacaklarının tahsili için getirilen bir usule Fon’nun da tabi kılınmış olmasıdır.

kaynakları ile her türlü alacaklarının tahsilinde 21.7.1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. Fon, 1050 sayılı Muhasebei Umumiye Kanunu, 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu ve 832 sayılı Sayıştay Kanunu ile bunların ek ve değişikliklerine tabi değildir.” şeklinde düzenlenmiş iken, daha sonra bu hüküm 4672 sayılı Kanun ile madde son şeklini almış bulunmaktadır. Söz konusu değişiklikle ilgili olarak 4672 sayılı Kanunun gerekçesinin 9. maddesinde “Fon kaynakları ile her türlü alacakların tahsilinde, 6183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı esas olmakla birlikte, Fon’un kendisine 14. maddenin (6) numaralı fıkrasının (b) bendi ile verilen yetkiler çerçevesinde devraldığı alacaklar için bu bentte belirtilen yöntemleri, 6183 sayılı Kanun hükümlerine başvurmaksızın uygulayabileceği hususuna açıklık kazandırmak suretiyle alacağın Fon tarafından devralınmasından sonra da bu yetkilerin kullanımına olanak sağlamak amacıyla Kanunun 15. maddesinin (III) numaralı fıkrası değiştirilmektedir.” açıklamasına yer verilmiştir. Söz konusu değişikliğin sadece açıklama niteliğinde olduğu, tüm Fon alacakları için 6183 sayılı Kanun hükümleri uygulanabileceği, ancak uygulamaya açıklık kazandırmak amacıyla Fon’un bankalardan devralmış bulunduğu alacakların aynı kapsamda takip edileceğinin düzenlendiğini belirtilmektedir. Bu hükmün ilk soyut şekli ile bir çok itirazlara uğradığı için değiştirilmiş, ama görüldüğü üzere yapılan değişiklikle kanun hükmü karmaşık ve içinden çıkılmaz bir hal almış ve bu kez yeni itirazlarla karşılaşmıştır.

Fon, Bank. K.'nın 132. maddenin ikinci fıkrasına göre birikmiş alacak tutarı üzerinden 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takibe geçme hak ve yetkisine sahiptir. Birikmiş alacak tutarı ise;

a) 108. maddede düzenlenen banka kaynaklarının istismar edilmesinden kaynaklanan alacaklarda; banka kaynağının kullanıldığı tarihten itibaren banka defter, kayıt ve belgelerine göre anapara, her türlü faiz, komisyon ve sair giderlerin toplamı,

b) 130. maddede Fon gelirleri olarak düzenlenen alacaklarda, mevzuata göre belirlenecek (kanunun ifadesine göre tahakkuk eden) anaparayı,

c) 135. Maddeye göre sigortaya tabi tasarruf mevduatının veya katılım fonunun eksik beyan edilmesinden kaynaklanan alacaklarda, ödemeye esas olmak üzere tespit edilen tutarı

ifade etmektedir.⁶⁰⁵

E. Sorumluluk Davalarına İlişkin İstisnai Yetkiler⁶⁰⁶

Bankacılık Hukukunun kaynakları yönünden geçerli bulunan sıralama bankaların yönetim kurulu ve denetim kurulunun görev ve yetkilerinin belirlenmesinde de geçerlidir. Buna göre önce Bankacılık Kanunu, Türk Ticaret Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri yanında banka ana sözleşmesi⁶⁰⁷, bankacılık ilke ve teamülleridir.

TTK' nda tüzel kişiliğin yöneticilerinin sorumluluğuna yalnızca tüzel kişiliğin ortaklarının gidebileceği hususu genel kural olarak düzenlenmiştir. Mali sorumluluk davası olarak anılan bu yol canlı bir banka için her zaman mevcuttur. Ancak Bank. K' nun 133. maddesindeki bu yetki bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya bankanın Fon'a devri halinde Fon tarafından bankanın ortaklarının, yöneticilerinin ve deneticilerinin sorumluluğuna gidilmesi veya banka tarafından açılmış bulunan davalara devam edilmesini ifade etmektedir.⁶⁰⁸. Burada ortak kavramı kullanıldığından hakim ortak dışındakilere yani tüm

⁶⁰⁵ ALICI, s. 1115.

⁶⁰⁶ BATTAL, Bankalar K. Şerhi, s. 383-384.

⁶⁰⁷ ALICI, s. 1120,

⁶⁰⁸Yargıtay'ın bu konudaki bir kararında "hisseleri kısmen veya tamamen fon'a ait olan bir bankanın hisselerinin üçüncü kişilere devir veya intikali halinde banka tarafından, bankanın eski ortakları, yöneticileri ve denetçileri hakkında açılmış olan dava takiplere fon tarafından kanuni halef sıfatıyla kaldığı yerden devam olunur. Bu dava ve takipler sonucunda hükmolunacak tutarlar fon'a ait olur. Tedbirsizlik ve hafif kusurlarından dahi sorumlu bulunan anonim şirket yönetim kurulu üyeleri ile denetçileri aleyhinde açılan sorumluluk davasında, kusurları bulunmadığını ise davalıların kanıtlaması gerekmektedir. Mahkemece, davacı tarafın iddiaları ile davalıların kusurlu olmadıkları yönündeki savunmaları ayrı ayrı değerlendirilerek, bankanın bir zararının olup olmadığı, zarar varsa miktarı ile zararın meydana gelmesinde davalıların kusurlu olup olmadığı araştırılarak, sonucuna

ortaklara karşı da bu madde kapsamında dava açılabilir⁶⁰⁹. Ayrıca bu maddeye göre dava açılması Fon tarafından açılacak şahsi iflas davalarını engellemektedir⁶¹⁰. Her iki davanın doğurduğu hukuki sonuç birbirinden farklı olduğundan bu iki davanın aynı anda görülüyor olması mükerrerlik teşkil etmemektedir.

Bu hüküm “4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun m. 14/VII gereğince hisseleri kısmen veya tamamen Fona ait olan bir bankanın hisselerinin üçüncü kişilere devir veya intikali halinde banka tarafından, bankanın eski ortakları, yöneticileri ve denetçileri hakkında açılmış olan dava ve takiplere Fon tarafından kanuni halef sıfatıyla kaldığı yerden devam olunur. Bu dava ve takipler sonucunda hükmolunacak tutarlar Fona ait olur. Bankaların başka bir bankaya devredilmesi ya da başka bir bankayla birleşmesi, hisselerinin üçüncü kişilere devredilmesi ya da tasfiyelerine karar verilmesi hallerinde, bu işlemlerin tamamlanmasını takip eden iki yıl içinde, bankanın sorumlulukları tespit edilen yönetim kurulu eski üyeleri ile eski denetçileri aleyhine, varsa ibralarının iptali ve işlemleri nedeni ile verdikleri zararın Fon adına tazmini istemiyle, Fon tarafından 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine istinaden dava açılabilir.” şeklinde düzenlenmişti⁶¹¹.

Bank. K’nun m. 71. göre Kurul tarafından Faaliyet izni kaldırılmış olan bankanın Kanunun 106. maddesine göre yönetim ve denetimi Fon’a intikal eder. Sigorta kapsamındaki mevduat ve katılım fonlarının Fon tarafından ödenmesi nedeniyle kanunen alacaklı hale gelen Fon, bankanın iflasını talep etme yetkisini haizdir. Mahkeme tarafından Fon’ nun iflas talebinin reddi halinde, banka kanundan ötürü tasfiye edilecek ve tasfiye Fon tarafından

göre bir karar verilmesi gerekir. Fon tarafından takip edilen davada İstanbul (1) numaralı asliye ticaret mahkemesi görevli olup, mahkemece re’sen görevsizlik kararı verilmesi gerekir.” yönünde karar verilmiştir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 14/09/2004, 2003/11546 E., 2004/8255 K., (www.hukukturk.com.tr).

⁶⁰⁹ **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1504.

⁶¹⁰ **TAŞDELEN**, s. 1066.

⁶¹¹ Reisoğlu’na göre bu hüküm geçmişe etkili olarak ibra kararının iptalini sağladığından Anayasaya aykırılık iddiaları ile karşılaşabilecektir. (**REİSOĞLU**, Bankalar K. Şerhi, 2002, s. 828-830.), *Çamoğlu* ise bu hükmün ibra kararının geri alınması sonucunu doğurduğundan kazanılmış hakların korunması ilkesine aykırılık oluşturduğu düşüncesindedir. (**POROY/TEKİNALP/ ÇAMOĞLU**, 7. Bası, s. 346.) Oysa TTK’unda da ibra kararlarının geçmişe yönelik olarak iptali öngörülmüştür. Bankacılık alanında ise ibra kararının tarafı olmayan, üçüncü kişilerin uğradığı zararın tazmini güvenilir kişi sıfatı ile görev yapan bir kamu kurumu olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından talep edilmektedir. *Çamoğlu* bu konuda eserin son basısında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu hükümlerini yorumlarken bu görüşüne yer vermemiştir. (**POROY/TEKİNALP/ ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 359, 377-378.) *Reisoğlu*’da 5411 sayılı Bankacılık Kanunu konu alan eserinde bu konudan bahsetmemektedir. **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1503.

atanacak bir tasfiye kurulu tarafından gerçekleştirilecektir⁶¹². Bank K. m. 133’de faaliyet izni kaldırılmış olan veya hisseleri Fon’a devredilen bankaların tasfiyelerinin tamamlanmasına rağmen iflas veya tasfiye masasına yazdırılan alacakların tahsil edilememiş olması halinde bankanın ortakları, yönetim kurulu eski üyeleri ve denetçileri aleyhine haklarında alınan ibra⁶¹³ kararlarının iptali ve usulsüz işlemleri ile bankalara verdikleri zararın tazmini talebiyle tasfiyenin tamamlanmasını müteakip beş yıllık zamanaşımı süresi içerisinde dava açılacağı hükme bağlanmıştır. Ayrıca zarar neden olan fiiller Bank. K’nun veya diğer ceza kanunlarına göre bir suç teşkil ediyor ise, davanın açılmasında suçun tabi olduğu zamanaşımı süresi geçerli olacaktır.

Bu maddeye göre banka ortaklarınca verilen ibra kararlarının iptali⁶¹⁴ Fon tarafından mahkemeden istenebilecektir⁶¹⁵. İbra ortaklık ile ortaklar arasındaki iç ilişkide taraflar arasında hüküm ifade etmektedir. Burada TTK’ndaki ibranın tüzel kişi ile ortakları arasında hüküm ifade edeceği kuralına ve ibra kararının bulunması halinde mali sorumluluk davası açılmayacağı yönündeki düzenlemeye istisna getirilmiş bulunmaktadır⁶¹⁶. Aslında bir banka ya da şirketin içerisinde gerçekleştirilen hukuka aykırı işlemlerin kapatılması ve sorumluluktan kurtulmak için genel kurulda ibralar tesis edildiği gözlenmektedir. Tüzel kişilik arkasına saklanan ve bu suretle hukuk sistemini kötüye kullanan kişilerin kendi kendilerini ibra etmeleri halinde ibra kanun tarafından tesis edildiği amaca aykırı olarak kullanılmakta ve başka bir muvazaalı işleme dönüşerek ortaya çıkmaktadır. Hukuki sorumluluktan kaçınmak için tüzel kişilik perdesinin arkasına saklananlar, tüzel kişilikler için getirilmiş hukuki bir kurumu kötüye kullanarak kendi işlemlerinden doğacak hukuki sorumluluklarını da ibra sureti ile yine hukuka aykırı olarak ortadan kaldırmaktadırlar. Kanun koyucu bu nedenle ibranın iptalini talep etme yetkisini Fon’a tanımıştır.

TTK m. 380/II’ bilançonun onaylanmasında ibra sonucu doğurması için bilançonun kanuna uygun olarak düzenlenmiş olması koşuluna bağlamıştır. Bu nedenle bilanço şirketin tüm işlemlerini eksiksiz olarak içermeli, buna karşılık şirketin gerçek durumunu yansıtmaya

⁶¹² REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1503.

⁶¹³ Bkz. AKDAĞ-GÜNEY, s. 297-327.

⁶¹⁴ Y. 11. HD., 24.11.2004, 2004/4 E. VE 2004/11513 K. sayılı kararında “.../ Esasen, yargılamada ibraların yok sayılmasına gerekçe gösterilen hususların geçerli olmadığı yönünde irdeleme ve saptamada bulunmadan salt ilgili ibra kararlarının kesinleştiği gerekçesiyle 1997-2000 yıllarına ait ibra kararlarının hükümsüz sayılmasının batıl olduğu sonucuna varılması da doğru görülmüştür.” sonucuna varılmıştır. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası)

⁶¹⁵ POROY/TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 359.

⁶¹⁶ TAŞDELEN, s. 1159.

engel olabilecek yasa dışı kalemler içermemeli ve bilanço kalemlerinde oynanmak sureti ile muhasebe⁶¹⁷ teknikleri kötüye kullanılarak oluşturulmamalıdır. Bu koşullara uymayan yasal açıdan geçerli olmayan bir bilançonun onaylanması ibra sonucunu doğurmadığından böyle bir ibra kararı yok hükmündedir⁶¹⁸. İbra kararları ile ilgili olarak Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 1998/9079 E. 1999/636 K. sayılı kararında “Genel Kurulda açıklanmamış ve belgeye dayandırılmamış konularda ibra yok sayılır.” sonucuna varılmıştır. Yokluk mahkemece res’ en göz önüne alınması gereken bir geçersizlik şeklidir.

Türk Ticaret Kanunu’ nun “ibra” başlıklı 380. maddesine göre, “.... bilançoda bazı hususlar belirtilmemekte veyahut bilanço şirketin gerçek durumunun görülmesine mali olacak birtakım hususları ihtiva etmekte ise, idare meclisi azalarıyla müdürler ve murakıplar, bilançonun tasdiki ile ibra edilmiş olmazlar.” Nitekim; Yargıtay 11.HD. 1982/3596 E. 1982/3884 K. sayılı kararında “...gerek yasa hükmü (TTK.m.380) gerekse objektif iyiniyet kuralları, ibrayı, ancak gerçek durumun olduğu gibi genel kurulun bilgisine sunulmuş olması halinde olanaklı kılmaktadır...” yine Yargıtay 11. HD. 1984/101 E. 1984/334 K. s.ayılı kararında “...genel kurulun ibra kararı olsa dahi, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık menfaatlerine aykırı işlemler yapmaları, görevlerini kötüye kullanıp şirkete zarara sokmaları, bunları gizlemeleri ve bilançoda göstermemeleri halinde böyle bir ibra geçersizdir ve sorumluluk devam eder.” sonucuna varmıştır.

TTK m. 380 ve yukarıda belirttiğimiz Yargıtay kararlarından da anlaşıldığı üzere ibra, genel kurulun bilgisine ulaşan ve genel kurulca bilinerek değerlendirilen işlem ve konuları kapsar. Genel kurulun bilgisi dışında kalan veya genel kurulun öğrenmesi de olanaksız bulunan işlem ve konular ibra dışı sayılır. Ayrıca açıklanmamış ve belgeye dayandırılmamış ve vasat yetenekli bir ortağın anlayamayacağı konularda ibra yok sayılır.

TTK m. 381’e göre ise kanuna, ana sözleşmeye veya objektif iyiniyet kurallarına aykırı olarak alınan ibra kararları, bu madde de yer alan koşulların gerçekleşmesi halinde iptal edilebilir. Bu maddelerin uygulanamaması halinde BK m. 23 gereğince de ibra kararları iptal edilebilir⁶¹⁹.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 133. maddesinin ikinci fıkrasında Fonun, yönetim ve denetimini Kurul kararı gereğince devraldığı bir bankanın, hisselerinin de Fon’a geçmesi halinde Fon bu bankaların hisselerini üçüncü kişilere devretme hak ve yetkisine sahiptir.

⁶¹⁷Banka muhasebesi ve geçerli ilkeler ile ilgili olarak bkz. **YILDIRIM, M.**, Banka Muhasebesi, s. 25 vd.

⁶¹⁸ **POROY/TEKİNALP/ ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 358, **DOĞRUSÖZ**, s. 297 vd.

⁶¹⁹ **POROY/TEKİNALP/ ÇAMOĞLU**, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s. 359.

Bankanın yönetim ve denetiminin Fon'a devredilmesi ve hisselerin Fon tarafından devralınması halinde bankanın tüzel kişiliği devam etmektedir. Bu nedenle Fon tarafından bankanın hisselerinin üçüncü kişilere devri her zaman mümkündür. Bu durumda bankanın çoğunluk hisselerinin üçüncü kişilere devri sonucunda banka, Fon bankası olmaktan çıkmakta ve bankanın yönetim ve denetimi üçüncü kişilere geçmektedir⁶²⁰. Fon tarafından bankanın hisselerinin devri, başka bir banka ile birleşme veya bankanın tasfiyesine karar verilmesi halinde özel nitelikte bazı düzenlemeler getirilerek istisnalar tanınmıştır. Fon bankası tarafından bankanın eski ortakları, yöneticileri ve deneticileri aleyhine açılan hukuk davaları ve takipler kanuni halef sıfatı ile kanunen Fon'a geçmektedir. Bu durumda bankanın sulh ve fegaragat yetkileri de Fon'a intikal ettiğinden usuli yetkiler banka yönünden sona ermektedir. Fon davacı sıfatıyla bu davalara kaldığı yerden devam etme hak ve yetsisine de sahip olmaktadır. Bu davalar sonucunda hükmolunacak alacak tutarı Fon'a ait olmaktadır⁶²¹.

Burada Kanun, zamanaşımı süresi olarak belirlenen beş yıllık sürenin başlangıcı banka yönetim ve denetiminin ya da hisselerinin Fon'a devir tarihi değil, bankanın bir başka banka ile birleştirilmesi, hisselerinin üçüncü kişilere devredilmesi ya da tasfiyelerine karar verilmesi halinde bu işlemlerin tamamlanmasını takip eden beş yıl olarak hükme bağlamış bulunmaktadır. Fon bu fıkra ya dayanarak bankanın sorumlulukları tesbit edilen eski yönetim kurulu üyeleri ve eski denetçileri aleyhine ibraların iptali ve işlemleri nedeniyle bankaya verdikleri zarardan dolayı banka adına değil kendi adına tazmin istemiyle dava açabilecektir. Ancak burada 141. maddede yer alan fiilden itibaren yirmi yıl geçmeme şartı da aranacaktır⁶²². Bankanın çoğunluk hissesine sahip olan Fon'un kararı TTK 341. maddesindeki dava açılması için gereken genel kurul kararı yerine geçecektir. Kanun koyucu Fon tarafından bankaya kanun kapsamında zarara karşılık kaynak aktarımında bulunulmuş olduğundan bankanın uğradığı zararı kanundan dolayı Fon'un zararı olarak kabul etmektedir⁶²³.

⁶²⁰ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1504.

⁶²¹ ALICI, s. 1122.

⁶²² ALICI, s. 1122.

⁶²³ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1505, ALICI, s. 1122-1123, TAŞDELEN, s. 1160.

F. Fon' un Alacaklarının Tahsilini Teminen Tüzel Kişiler İle İlgili Olarak Tanınan Yetkiler⁶²⁴

1. Fon' un Şirketlerin Yönetim ve Denetimlerini Devralma Yetkisi⁶²⁵

Fon'un banka ile ilgisi kurulan şirketlerin yönetim ve denetimini devralma yetkisi ilk olarak 4672 sayılı Kanunla 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na eklenen 15/7 (a) maddesi ile getirilmiştir. Bu hüküm 5020, 5189 ve 5228 sayılı Kanun hükümleri ile değiştirilmiştir. Bu düzenleme daha sonra aynı şekilde Bank K. kapsamına da alınmıştır⁶²⁶.

Bu madde ile tüzel kişilik perdesi tamamen kaldırılarak banka hakim ortağının ya bizzat kendisine ya da tüzel kişilikler aracılığı ile gizlediği mal varlığına ulaşılması amaçlanmaktadır. Kanun koyucu burada alacağın tahsilini teminen banka ile ilgili olduğu sürece tüzel kişiler zincirinin halkalarının takip ve tahsil işlemlerine dahil edilmesine olanak sağlamaktadır. Ayrıca banka kaynağı ile edinilen veya edindirilen malvarlığı kalemlerinin neden olduğu zararın üçüncü kişiler de dahil olmak üzere tazminini amaçlamaktadır.

Bu madde kapsamında Fon alacakların tahsilinde yarar görmesi halinde; fona borçlu olup olmadıklarına bakılmaksızın, fon bankasının yönetim ve denetimine sahip olduğu iştiraklerinin, hakim ortağı olan tüzel kişilerin, gerçek ve tüzel kişi hakim ortaklarının hakim ortak olduğu şirketlerin, sayılan kişiler adına hareket eden veya onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen şirketlerin ortaklarının, madde kapsamındaki sahip oldukları hisselerin tamamına ve/veya bir kısmına ilişkin temettü hariç ortaklık hakları ile bu şirketlerin yönetim ve denetimini devralmaya ve şirket ana sözleşmesinde belirlenen yönetim, müdürler ve denetim kurulu üyelerinin sayılarıyla bağlı kalmaksızın ve imtiyazlı hisselerle dayanılarak atanıp atanmadıklarına bakılmaksızın görevden almak ve/veya üye sayısını artırmak ve/veya eksiltmek suretiyle bu kurullara üye atamaya yetkilidir.

Bu hükümde de açıkça görüldüğü üzere kanun koyucu tarafından Fon'a devredilen bankalarla ilgili olarak sınırlı bir alana münhasıran tüzel kişilerde geçerli bulunan ayrılık

⁶²⁴ **BATTAL**, Bankalar K. Şerhi, s. 384-390.

⁶²⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1508, 1519, **ALICI**, s. 1131-1135.

4672 sayılı Bankalar Kanunu ile 4389 sayılı Bankalar Kanunu m 15/VII. (a)' da yapılan değişiklik ile Fon, hisseleri devredilen bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulunduran ortaklarının bankanın emin sıfatıyla çalışmasını engelleyecek şekilde banka kaynaklarını kendi lehlerine kullanmaları halinde yukarıda sözü edilen kişilerin doğrudan ya da dolaylı olarak yönetimini tamamen elinde bulundurduğu iştirak ve şirketlerin ortaklık haklarını da devralabilmektedir.

⁶²⁶ **ALICI**, s. 1131.

ilkesi bertaraf edilerek bankalara verilen zararın, kamu alacağına dönüşmüş olması nedeniyle kamu alacağının tahsilini teminen banka, bankanın hakim ortakları veya hakim ortağın grup şirketleri ve bunların üyeleri arasındaki tüzel kişilik perdesi kaldırılmaktadır⁶²⁷.

Burada bankanın yönetim ve denetiminin Fon'a devrine benzer bir uygulama bulunmaktadır. Çünkü kanunun amacı salt bankanın Fon'a devredilmesi ile gerçekleştirilememektedir. Banka tüzel kişiliğine verilen zarar yani banka kaynağı yine tüzel kişilikler üzerinden aktararak gizlenmeye çalışılmaktadır. Kanunun amacının gerçekleştirilebilmesi için banka kaynağını en son edinen kişiye ulaşılması gerekmektedir. Aksi taktirde hukuk sisteminin koruma tanıdığı bir alan olan tüzel kişilik yapısının ve üyelerinin ayrı kişiliklerinin bulunduğu ve bu neden ayrı bir mal varlığının bulunduğu iddiası ileri sürülerek kanunun arkasını dolanma amacını güden, muvazaalı olarak gerçekleştirilen iyiniyet kurallarına aykırı işlemler yaptırımsız kalacaktır. Bu durum ise hukuk güvenline zarar verdiği gibi hukuk düzenini de zedelemektedir. Maddenin gerekçesinde bu husus *"Hakim ortakların doğrudan ve dolaylı olarak yönetim ve denetimini elinde bulundurdıkları şirketlerin kapsamı genişletilerek, Fon alacağının tahsili bakımından yarar görülmesi halinde, hakim ortak adına hareket eden ve onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen şirketlerin ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile bu şirketlerin yönetim ve denetiminin Fon tarafından devralınması imkanı getirilmiştir."* şeklinde ifade edilmiştir.

REİSOĞLU' na göre alacağın tahsilinde yarar görülmesi şartının gerçekleşmesi için alacağın tahsilinde, şirkete el koymada bir yarar olduğuna dair şirketin Fon alacaklarına kefil olması, şirketin içinin boşaltılacağı endişesi ve şirket hisselerinin rehinli olması nedeniyle kötü yönetim sonucu hisselerin değerinin düşmesi gibi koşulların gerçekleşmiş olması aranacaktır⁶²⁸.

Danıştay 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15/7 maddesinin (a) bendinin uygulanmasına ilişkin idari işlemin iptaline ilişkin bir kararında, esas mahkemesince idari işlemin iptaline dair verilen kararın önce yürütmesini durdurmuş ve daha sonra bozulmasına karar vermiştir. Bu kararda açıkça tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına karar verildiği hükme bağlanmamış olmakla birlikte Danıştay, karar metninde önce davacının iddialarına sonra Davalı İdare sıfatı ile Fon' nun savunmalarına yer verdikten sonra sonuç olarak idari işlemin hukuka uygun olduğu ve davanın reddi gerektiğine karar vermiştir⁶²⁹. Bu kararda yer

⁶²⁷ YALÇIN, s. 294

⁶²⁸ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1520.

⁶²⁹ Danıştay 13. Dairesi'nin 04.02.2005 T., 2005/454 E. 2005/636 K. Kararın tam metni için bkz. YALÇIN, s. 295.

alan davalı iddiaları ve Fonun savunmalarında yer alan maddi olaya ilişkin açıklamalar ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ihtiyacının ortaya çıkışının her halini barındırmaktadır. Kısaca Danıştay tarafından karardaki davacı ve davalı idarenin iddia ve savunmalarını özetlemek bu açıdan önemli görülmektedir. Davalının iddiaları “Fon tarafından davaya konu işlemle yönetim ve denetimine el konulan şirketin bankanın verilen ortaklarından olmadığı, yönetim ve denetimine sahip olmadığı, bankanın yönetim ve denetimin holding şeklinde kurulu bulunan başka bir tüzel kişilikte olduğu ve davacı şirketin bankaya veya holdinge bir borcunun bulunmadığı yanında ayrı tüzel kişilikleri olduğu” hususlarına dayanmaktadır. Fon bu iddialara karşılık “davacı şirketin ortakları arasında Fon’a intikal eden bankanın ortaklarının bulunduğu, kanunda yer alan doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte, elinde bulundurma kriterinin gerçekleşmiş olduğu ve başka bir şirketin bu konumda olduğu iddiasının da yerinde olmadığı, ayrıca davacı şirket holding ve gruba dahil bir başka şirkete ait iki yatı yapılan takipten kısa bir süre önce Fon’a devirden kısa bir süre önce birini, devirden kısa bir süre sonra da diğerini devraldığı bu işlemlerin mal varlığını azaltmaya yönelik bir işlem olduğunu şirketlerin yöneticilerinin iki kişi hariç aynı kişilerden oluştuğunu, borçlu iki şirketinde banka hakim ortağı olan gerçek kişinin birlikte veya tek başına hareketle doğrudan veya dolaylı olarak yönetim ve denetimine sahip olduğu, bankanın hakim ortağı olan gerçek kişinin her iki şirkette de yönetim kurulu başkanlığı yaptığı, davacı şirketin merkezi olarak gözüken yalının bankanın hakim ortağı ve ailesinin birlikte yaşadığı yer olduğu, yalının banka hakim ortağının eşi ile davacı şirket arasında yapılan bir kira sözleşmesi ile kiralanmış görüntüsü verildiği, kira bedelin son derece düşük olduğu ve ödemelerin gecikmeli olarak faizsiz ödendiği kiracıya fatura kesilmeyip ödemelerin tamamen kiracının inisiyatifinde olduğu, yalının ve yatın banka hakim ortağınca kullanıldığı, şirket çalışanlarının yalının bulunduğu adresten farklı bir adreste bulunduğu, bu adresin ise hakim ortak grubuna dahil olan tüm şirketlerin adresi olduğu, gerek davacı şirketin gerekse diğer şirketin bankanın hakim ortağının birlikte veya tek başına hareketle doğrudan ya da dolaylı yönetimine sahip şirketler olduğu, davacı şirketin yapmış olduğu ilanlarda davacı şirketi grup şirketleri arasında ilan edildiği, sermaye artırımında gruba dahil bir başka şirket tarafından konulan sermaye payının sermaye artırımından hemen sonra holding veya bir başka şirkete aktarılmış olduğu” savunmalarına yer vermiş ve Danıştay bu gerekçeleri yerinde görerek kararın bozulmasına karar vermiştir. İncelememiz kapsamında yer alan tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasının gerektiği hallerin tek bir maddi olayda karşımıza çıktığı gözlemlenmektedir. Yapılan tüm işlemler ise görünürde hukuka uygun olmakla birlikte banka tüzel kişiliği yanında holdingin ve gruba dahil diğer şirketlerinde tüzel kişilik yapısında yararlanılarak hakim ortağın

sorumluluktan kurtulma ve halktan toplanan paralarla güç bulan bankanın kaynaklarını kötüye kullanma amacının en belirgin örneklerinden birini teşkil etmektedir.

Danıştay idari işlemin iptali nedeniyle temyiz incelemesi için önüne gelen bir kararda “... bir şirketin yönetim ve denetiminin elinde bulundurulmasının dayanaklarının tek başına paydaşıktan gelen yetki ve güçten kaynaklanıyor olmasının gerekmediği...” sonucuna vararak kararı bozmuştur⁶³⁰. Bu tespit tüzel kişiliğin yönetim ve denetiminin kimin kontrolünde olduğunun belirlenmesi açısından son derece önemli olup hissedarlığın arkasında yer alan gerçek sorumlulara bakabilmenin tek yolu olan tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasıdır.

2. Ticari ve İktisadi Bütünlük Satışları⁶³¹

Kural olarak haczedilen malların satışının ayrı ayrı yapılması kabul edilmiştir. Ancak 6183 sayılı Kanun da açıklık bulunmamakla birlikte aralarında ekonomik bütünlük bulunan malların beraber satışı kabul edilmektedir⁶³². Bu durumda birlikte satış malların satış kabiliyetini ve değerini de artıracaktır. Ancak aralarında ekonomik bütünlük bulunmayan malların birlikte satılması mümkün bulunmamaktadır⁶³³.

Bank. K’ nun 134. maddesinin üçüncü fıkrasında ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunda yönetim ve denetimleri Fon’a geçen tüzel kişilerin mal varlıklarının toplu halde satışına izin veren yetkiler düzenlenmiş bulunmaktadır.

Ayrıca kanun koyucu 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre yapılacak satışların yeterli hukuki imkanı sağlamadığı gerekçesi ile “6183 sayılı Kanun hükümlerine göre haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmelerinden doğan haklar ve bu varlıkların fer’i ve mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmelerden doğan, ancak başlı başına iktisadi değeri olmayanlarda dahil olmak üzere diğer tüm hak ve varlıkları bir araya getirerek ticari iktisadi bütünlük oluşturarak alıcısına satışına, hacizli malların birden fazla borçluya ait olması ve/veya birden fazla alacaklının haczi olması halinde de satışı yaptırmaya, ihale bedelinin ödeme şeklini, para birimini, alıcıların sahip olması gerekli şartları, ödeme tarihi ve ihalenin sair usul ve şartlarını 6183 sayılı Kanun hükümlerine bağlı olmaksızın belirlemeye satışa konu ticari ve iktisadi bütünlüğü alacağına mahsuben satın almaya, satışa konu varlıkların ait olduğu şirketlerin teknik bilgi, yazılım, donanım vb. mal ve hizmet alımından doğan geçmiş dönem borçlarını ihale bedelinden ödemeye ve ihale alıcısına ödetmeye Fon kurulu yetkilidir.” şeklindeki düzenleme ile ticari ve iktisadi bütünlük adı altında yeni bir

⁶³⁰ Danıştay 13. Dairesi’nin 04.02.2005 T., 2005/454 E., 2005/636 K. (Yayımlanmamış Karar).

⁶³¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1509, 1525 vd., **ALICI**, s. 1135-1141.

⁶³² Y. 12 HD., 03.12.2001, 2001/19574 E. , 2001/20473 K. (İBD. 2002/1, s. 282).

⁶³³ **ALICI**, s. 1135, Y. 12 HD. 09.07.2002, 2003/13626 E., 2002/15011 K. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

takip ve tahsil usulü getirmektedir. Maddenin gerekçesi ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden bir kesit gibidir. Şöyle ki; “Hukuk tekniği açısından varlıkların (örneğin gayrimenkullerin ve araçların) tek tek satışına uygun olan 6183 sayılı Kanunu’nun satış hükümleri, Fon tarafından el konulan bankaların ve iştiraklerinin, her biri başka şirkete farklı şekillerde dağıtılmış varlıklarının satışına uygun değildir. Büyük borç yük nedeniyle şirketlerin hisselerini satmak, ekonomik ve finansal açıdan zordur. Dolayısıyla, söz konusu şirketlerin sahip oldukları varlıkların satılması, süreci hızlandırmada önemli avantaj sağlayacaktır. Bu sebeple dağıtılmış ve parçalanmış varlıkların bir iktisadi bütünlük içinde satılmasını sağlamak özel önem taşımaktadır. 6183 sayılı AATUHK, bu iktisadi bütünlüğü oluşturmaya imkan veren düzenlemeleri içermemektedir. Bu hüküm kapsamında, 6183 sayılı Kanun satışa ilişkin bu ve benzeri kısıtlamalarını aşmayı, satış sürecini hızlandırmayı, satış sürecindeki ve satış sonrası hukuksal belirsizlikleri kaldırarak satış değerini yükseltmeyi sağlayacak yetkileri Fon’a tanımaktadır.” şeklinde ifade edilmektedir. Ticari ve iktisadi bütünlük satışları ile 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre haczedilmiş olan malvarlığı kalemlerinden, Fon Kurulu’nun kararı ile oluşturulmakta olup⁶³⁴, hakim ortak grubuna ait malvarlığının bir bütün halinde paraya çevrilmesi ve dolayısıyla alacağın etkin ve hızlı bir şekilde tahsil edilmesi amacı güdülmektedir.

Kanun koyucu bu madde kapsamında oluşturulan ticari ve iktisadi bütünlüğün korunması amacıyla, Fon’un izni olmaksızın, imtiyazlı alacaklılar dahil üçüncü kişilerce; iki yıl içerisinde bütünlüğe dahil mahcuzların muhafaza altına alınmasının ve satışının talep edilemeyeceğini hüküm altına almıştır. Ancak bu durumda mahcuzların maliklerinin iflasına karar verilemez hükmünün yanında üçüncü kişilerin zarar görmesini önlemek amacıyla da zamanaşımı ve hak düşürücü sürelerinin işlemeyeceği kabul edilmiştir⁶³⁵.

3. Banka Kaynağının Kullanılması Halinde Edinilenlere El Koyma Yetkisi⁶³⁶

5411 sayılı Bankalar Kanunu’nun 134. maddesi ile Fon’a devredilen bankalardan, kaynak aktarımının bulunması şartı aranmaktadır. Banka kaynağının aktarılması ile ilgili bu hükmünün uygulanabilmesi için Bank. K. m. 71’in (e) bendi gereğince bankanın faaliyet izninin kaldırılan veya Fon’a devredilen bankalar ile tasfiyeye tabi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankalardan olması gerekmektedir. Burada banka kaynağının aktarılmasından

⁶³⁴ ALICI, s. 1136.

⁶³⁵ ALICI, s. 1137.

⁶³⁶ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1535 vd., ALICI, s. 1141-1147.

dolayı Fon'a borçlu olmak kaydıyla Fon'a intikal eden bir bankadan ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanılmasından sonra maddenin birinci cümlesinde sayılan gerçek ve tüzel kişilerin her türlü mal, hak ve alacaklarının banka kaynağı kullanılmak sureti ile edinildiği ve/veya edindirildiğine dair kanuni karine getirilmiştir. Üçüncü kişilerin külli ve cüz' i halefleri de dahil olmak üzere bu kişilerin sorumluluklarına gidilerek hak ve alacağın tahsil edilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Banka kaynağını kullandıkları kabul edilen gerçek ve tüzel kişiler, maddenin birinci fıkrasında sayılan Fon bankalarının iştirakleri, bankanın hakim ortağı olan şirketler, bankanın gerçek ve tüzel kişi hakim ortaklarının hakim ortak olduğu tüm şirketler, bunlar adına hareket eden veya onlar hesabına kendi adına para, mal veya hak edinen şirketlerin ortakları, bunların kan ve kayın hısımlarıdır⁶³⁷. Banka kaynaklarının sayılan kişiler üzerinden edinildiği ve edindirildiği yaşam tecrübeleri ile sabit olduğundan kanun koyucu bu kişilerce banka kaynaklarının edinimi halinde hukuka aykırı işlem temeline dayalı usulsüz bir tasarrufi işlemin bulunduğunu karine olarak kabul etmektedir⁶³⁸. Hükümün devamında; “bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler tarafından edinilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında bu madde hükümlerini uygulamaya Fon yetkilidir. Bu suretle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen ayni ve şahsi her türlü hak Fona karşı hüküm ifade etmez. Bu hukuki işlemlere taraf olan, külli ve cüz'i halefleri dahil tüm şahısların, yukarıda belirtilen işlemlerin gerçekleşmesinden sonra edindikleri ve/veya edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır.” denilmektedir. Kanun koyucu tüzel kişilerin arkasına saklanılmak sureti ile banka kaynağını edinen, edindiren ve edinilmesinde aracılık eden kişilerin sorumlu olduklarını kabul etmektedir. Zira kanunun arkasını dolanmak sureti ile gerçekleştirilen ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olan işlem ve eylemlerin hukuk düzenince korunması düşünülemez. Danıştay bir kararında somut olayın koşullarını belirleyerek ayrı bir kişi olduğu iddiasına dayanan davacı yönünden banka kaynağının aktarımını kabul etmiştir⁶³⁹.

⁶³⁷ Bkz. **DURAL/SARI**, s. 42.

⁶³⁸ **REİSOĞLU**, Bankacılık K. Şerhi, s. 1356.

⁶³⁹ Danıştay kararının somut olayda kanunun arkasını dolanma kasdı ile gerçekleştiğini belirlediği işlemler ve kararın dayanakları şöyledir: “ *Dosyanın eki belgelerin incelenmesinden; davacı nın temsilcisi olduğu Bank de C S.A. ortakları ile Grubu'nun temsilcisi olan (hakim ortak) arasında 04.10.1999 tarihinde Be de C S.A. nın % 100 hisselerinin devrine ilişkin Hisse Alım- Satım Devir Sözleşmesi imzalandığı,*

bu sözleşme kapsamında Grubu tarafından sözleşmenin peşinatı olarak 10.717.000.SFr (İsviçre Frangı) karşılığı 7.126.000.-USD'nin sözleşmenin satıcısı tarafına iletilmek üzere çeşitli tarihlerde Finans Holding A.Ş., ... Yatırım Holding A.Ş., ... Otomotiv A.Ş. tarafından satıcı tarafın temsilcisi olan davacının bank A.Ş. (Banka) Merkez Şubesi nezdinde açılan hesabına yatırıldığı, fakat İsviçre Bankacılık birimlerince yapılan satış işleminin onaylanmadığı, yatırılan teminatın ise satıcı tarafından iade edilmediği, 14.10.1999 tarihinde Grubunun Bank. de S.A.'yi satın alımı ile ilgili Banka Teftiş Kurulu Başkanlığınca hazırlanan 02.08.2000 tarih ve 33 sayılı inceleme raporunun 7. sayfasından, davacının hesabına yatırılan banka hisse senedi satımı peşinat bedelinin 1.300.000.-USD'lik kısmının, Banka tarafından Faktoring Hizmetleri A.Ş.'ye kullandırılan kredinin ve Ticaret A.Ş.'ye virmanlanması ve devamında bu hesapta bir süre repoda tutulduktan sonra dövizle dönüştürülmesi sonucu karşılandığı, banka hisse senedi satış sözleşmesi için satıcı tarafa ödenen peşinatın diğer kısmının ise Banka Müfettiş Yardımcısı tarafından hazırlanan 18.04.2000 tarih ve 19 sayılı bank A.Ş. Mersin Şubesi soruşturma raporunun 12. ve 13. sayfalarından, Bankanın Mersin Şubesinin kredili firmalarından Ağaç San. Tic. A.Ş. hesabına, ... Grubu şirketlerinden olan Yatırım Holding A.Ş. hesabından yapılan havale üzerine şirketin hesabındaki paranın çekilmesi ve raporda da belirtildiği üzere nakit olarak çekilen paranın'in (hakim ortak) adına hareket eden bir kişi tarafından Banka Merkezi veznesine getirildiği, ... Ağaç San. ve Tic. A.Ş. hesabından nakit olarak çekilen paranın Banka hisse senedinin peşinatının kalan kısmı için kullanıldığı, bu itibarla Grubu ile Bank de S.A. arasında yapılan anlaşma gereği satıcı tarafın temsilcisi olan davacı hesabına aktarılan paranın Banka kaynağı kullanılmak sureti ile edindirildiğinin kabulü gerekmektedir. Her ne kadar davacı tarafından hisse senedi satış sözleşmesinin tarafı olmadığı, sözleşmeye satıcı tarafın temsilcisi sıfatıyla imza attığı, temsilcinin gerçekleşen işlemler nedeniyle sorumlu tutulamayacağı iddia edilmekte ise de, dava dilekçesine ekli satış sözleşmesinin 1. maddesinin (b) ve (c) bentlerinde belirtildiği üzere davacının, Banka hisse senetlerinin toplam % 80'nine sahip şirketlerin hisse senetlerini kontrol temsil ve ilzam ettiği, (d) bendinde ise, sözleşmenin tarafı olduğunu da belirtilen ve Bankanın % 100 hissesine sahip olan şirketlerin tüm paylarına sahip veya bunları tasarruf edebilecek durumda olan davacının sözleşme kapsamındaki tüm edimleri taahhüt eden ve satıcı tarafın müşterek borçlu ve müteselsil kefil olması karşısında davacının sadece sözleşmede satıcı tarafın temsilcisi olmadığı, sözleşmenin tarafı ve aynı zamanda birinci elden sorumlusu olduğu anlaşılmaktadır. Yine davacının T.C. vatandaşı olması, yukarıda da belirtildiği üzere sözleşmenin tarafı konumunda bulunması ve yapılan işlemde dolayı banka kaynağı edindirilen kişi olması nedeniyle kamu alacağından sorumlu olması, bunun yanında, davalı idarenin de sözleşmenin tarafı olmadığından sözleşme ile bağlı olmayan ve Banka kaynağı edinmek/edindirmek sureti ile oluşan zararın takip ve tahsili bakımından Kanunların kendisine verdiği yetkiyi ve görevleri yerine getiren bir kurum olması karşısında uyuşmazlığın hakem yolu kullanılmak sureti ile çözümlenmesi gerektiği iddiası hukuki bulunmamıştır. Davacının diğer iddiaları, dava konusu Fon Kurulu kararını sakatlayacak nitelikte görülmemiştir. Bu durumda, 14.10.1999 tarihinde Grubu'nun, ...'den (davacıdan) Bank de (Suisse) S.A.'yi satın alması ile ilgili olarak; Merkez Şube nezdinde(davacı) adına açılmış döviz tevdiat hesabına Finans Holding A.Ş., ... Yatırım Holding A.Ş. ve otomotiv A.Ş. tarafından çeşitli tarihlerde toplam 7.216.000.-USD ödemenin banka kaynağından karşılanmış olunması nedeniyle "Fon alacağı" sayılmasına, Fon alacağı kapsamındaki 7.216.000.-USD'nin den (davacıdan) tahsilini teminen, ihtiyati haciz de dahil olmak üzere 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsiline ilişkin Fon'un 27.06.2006 tarih ve 361 sayılı kararında hukuka aykırılık görülmemiştir." gerekçesine

Hakkında bu madde gereğince işlem tesis edilmiş olanlar banka kaynağını kullanmadıklarını ispat etmedikçe satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi veya üçüncü kişiler lehine her türlü ayni ve şahsi hak tesisini Fon’a karşı ileri süremezler⁶⁴⁰.

İyiniyet⁶⁴¹ iddiası ile ilgili olarak kanun koyucu kişilerin banka ile ilişkilerine göre sınırlama getirmiştir. Bu madde ile “Yukarıda belirtilen işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya yönetim ve denetiminin Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle, bu maddenin birinci fıkrasında sayılan kişiler ise bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya yönetim ve denetiminin Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle iyiniyet iddiasında bulunamazlar.” kuralı getirilmiştir⁶⁴².

dayanılarak davanın reddine karar verilmiştir. Danıştay 13. Dairesi’nin 12.02.2008, 2006/4681 E., 2008/2276 K. sayılı kararı (Yayınlanmamış karar) Yine Danıştay bit başka kararında “.....sözü edilen Kanun hükümlerinden de anlaşılacağı üzere hisseleri kısmen veya tamamen Fon’a intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının banka yetkilileri veya görevlileri aracılığıyla veya değişik şekillerde banka kaynaklarını veya varlıklarını dolanlı şekilde edinmeleri veya edindirmeleri halinde, dolanlı şekilde edindirdikleri ve edindikleri para,mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğan bu alacakların Fon alacağı sayılacağına kabulü karşısında, mahkemece; ödemeye çağrı mektubunda sözü edilen kamu alacağının , davacı tarafından banka kaynaklarının kullanılarak edinildiği veya edindirildiği hususu araştırılmaksızın verilen kararda hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” gerekçesi ile benzer bir karar vermiştir. Danıştay 13. Dairesi 06.10.2006 T., 2006/1573 E., 2006/3988 K. sayılı kararı (www. kazanci.com.tr).

⁶⁴⁰ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1536-1537.

⁶⁴¹ İyiniyet kanunun belirlediği hallerde, kanunun öngördüğü kapsamda ve belli şartların varlığı halinde korunmaktadır. Kanunda öngörülmeleyen bir durumda, bir kişinin iyiniyetli olması herhangi bir hukuki etki yaratmaz. Özellikle hukuki bir sonucun doğması ya da bir hakkın kazanılması için aranan koşullarda bir eksiklik bulunması halinde bu durumu gidermez. Kanun koyucu iyiniyetin korunduğu halleri ayrı ayrı düzenlemiştir. Tüm bu düzenlemelerde iyiniyetin hangi şartlar altında korunacağı ve korumanın kapsamı farklı hükümlere bağlanmıştır. (DURAL/SARI, s. 190 vd.)

⁶⁴² Danıştay 13. Dairesi bu konu ile ilgili olarak,yürütmenin durdurulması talebine karşılık vermiş olduğu kararında “banka hakim ortağının Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ile yapmış olduğu protokol koşullarını yerine getirmeksizin hakim ortaklara ait holdingin iştiraki olan grup şirketinin hisselerinin bankanın hakim ortaklarının eşlerine (aynı zamanda bu iki hakim ortak da akraba, dayı/yeğen ilişkisi) sermaye artırımı gösterilmek üzere devredildiğini tesbit ettikten sonra “bu devrin gerçek bir devir olmayıp, devrin, Fonun yasal takiplerinden kurtulmak amacına hizmet eden muvazaalı (dolanlı) bir işlem olduğundan bahisle dava konusu hisselerin hacedilmesine ilişkin işlemin gerçekleştirildiği anlaşılmıştır. Bu durumda, Bankanın Fon’a devrinden sonra tesis edilen ve Fon’un yasal takibinden kaçınmaya yönelik olarak yapılan devirlerin Fon tarafından geçersiz sayılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır” şeklinde hüküm kurmakla kanun hükmü gereğince de düzenlenmiş bulunan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini -bizzat bahsetmemekle birlikte- uygulamaktadır. Danıştay 13. Dairesi 03.02.2009 T. 2008/10527 E. (Yayınlanmamış karar).

REİSOĞLU, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasından veya Fon'a devirden önceki satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile aynı veya şahsi hak tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişilerin iyiniyetli olduklarını ispatlamak sureti ile sorumluluktan kurtulacaklarını kabul etmektedir. Burada üçüncü kişinin, sözleşmenin karşı tarafının hukuka aykırı biçimde banka kaynağını kullandığını bilmediğini ispat etmesinin iyiniyetli olduğunun kabulü için yeterli olacağı görüşündedir. Karşı tarafın ilk krediden itibaren banka kaynağını kullanmış sayılacağı şeklindeki karinenin iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi gerektiği kanaatini taşımaktadır. Ayrıca burada MK 3. maddesinin “ kanun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz.” kurallarını da belirtmektedir⁶⁴³.

Bu konuda üçüncü kişiler ile ilgili olarak 134. maddenin onuncu fıkrasında sayılan işlemleri bankanın faaliyet izninin kaldırılmasından veya Fon'a devrinden sonra gerçekleştirilenler yönünden iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Çünkü Kurulun bankanın faaliyet izninin kaldırılması ya da Fon'a devir kararı resmi gazete yayınlanmakta ve ayrıca tüm kamuoyuna çeşitli yollarla duyurulmaktadır. Ancak üçüncü kişilerin söz konusu edinimin banka kaynaklarından edinilmediğini yani başka bir kaynaktan edinildiğini ispat etmeleri halinde sorumluluktan kurtulacaklardır⁶⁴⁴.

Bank. K. m. 134/I'de sayılan gerçek ve tüzel kişiler ise bankanın faaliyet izninin kaldırılmasından veya Fon'a devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeni ile iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Yine burada da edindikleri mal varlığı kaleminin banka kaynağı kullanılmaksızın başka bir kaynakla edinildiğini karinenin aksini ispat ederek sorumluluktan kurtulma imkanı bulunmaktadır⁶⁴⁵.

Bu maddenin devamında yine tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanılarak gerçekleştirilen bazı sözleşmelerin banka kaynağı edinilmesinde kullanılmasının sonuçlarını ortadan kaldırma amacına yönelik olarak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu hükümde “bu maddenin birinci fıkrasında sayılan gerçek ve tüzel kişilerin yönetim ve/veya denetimindeki şirketlerde ve/veya işletmelerinde iş akdine bağlı ve/veya bağlı olmaksızın geçici veya sürekli olarak istihdam edilen şahısların kurucusu, ortağı, yöneticisi veya denetçisi olduğu şirketlerin; bir iş akdine bağlı olmaksızın, yukarıda sayılan şahısların vekaleten ve/veya ticari mümessil

⁶⁴³ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1537-1538.

⁶⁴⁴ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1538.

⁶⁴⁵ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1538.

ve/veya ticari vekil sıfatıyla ve/veya vekaletsiz iş görme hükümleri gibi herhangi bir hukuki ilişkiye dayanarak geçici ve/veya sürekli olarak temsil eden şahıslar ile temsil ettikleri gerçek ve/veya tüzel kişilerin; bu fıkra da belirtilen şahıslar dışındaki ve/veya bunlar tarafından kurulan şirketlere bankacılık mevzuatına ve/veya teamüllerine uyulmadan ve/veya teminatsız ve/veya yetersiz teminat ile kredi kullandırılan ve/veya genellikle faaliyet yeri olarak aynı adresi kullanan ve/veya yapılan sözleşmelere cayma hakkı ve/veya borcun nakli gibi hükümler koymak suretiyle kullandıkları kredileri ve/veya banka kaynaklarını bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ve/veya dolaylı olarak tek başına ve/veya birlikte elinde bulunduran gerçek ve tüzel kişilere ve/veya bunların ve/veya bankanın iştiraklerine ve/veya doğrudan veyahut dolaylı bağı bulunan şahıs ve şirketlere yukarıdaki fıkralarda sayılan gerçek veya tüzel kişilere aktarılmasını sağlayan gerçek veya tüzel kişilerin kullanmış oldukları krediler ve/veya banka kaynakları bankanın yönetim ve denetimini doğrudan ve/veya dolaylı olarak, tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklar tarafından kullanılmış banka kaynağı sayılır ve bu şahıslar ile edindikleri ve/veya üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, alacak ve haklar hakkında bu madde hükümleri uygulanır.” şeklinde belirlenmiştir. Bu madde 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 15/7 (b) maddesinde aynen yer almaktadır⁶⁴⁶.

On üçüncü fıkra da ise kanun koyucu belirlenen kişilerin kendileri ve üçüncü kişilerle aralarındaki sözleşmelerin Fon’a karşı geçersizliğine ilişkin olarak düzenlemeler yapmış bulunmaktadır. Bu madde “Bu Kanunun 71 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi hükmü uyarınca faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankanın hakim ortakları, yönetim kurulu üyeleri, denetim kurulu üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları ve bunların eş ve çocukları ile evlatlıklarının, bunların diğer kan ve kayın hısımlarının ve imzaya yetkili banka mensuplarının kendi aralarında veya üçüncü kişilerle yaptıkları taşınır ve

⁶⁴⁶ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1538-1539, ALICI, s. 1143-1145.

4672 sayılı Kanun ile değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 15. md’nin VII fıkrasının b bendinde ise bankayı imzaları ile ilzam eden kişilerin dolanlı şekilde banka kaynak ve varlıklarını kullanması ve kullandırması hali sıralanmıştır. Bunun karşılığında Fonun bankayı devir alması ile söz konusu dolanlı işlem sonucu ortaya çıkacak alacağın 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkındaki Kanun Hükümlerine göre tahsil edilmesi kabul edilmiştir. Bu madde asıl şeklini ise 5020 sayılı Kanun ile bu bende eklenen banka kaynağı ediniliş karinesi ile ayni ve şahsi hakların Fona karşı geçersiz sayılmasını öngören paragrafların eklenmesinden sonra almıştır. Kanunun gerekçesinde bu husus “Fon’a intikal eden banka kaynaklarını kullanan ortaklardan Fon alacaklarının tahsilinde geçmiş dönemde yapılan muvazaalı işlemlerin ispatında mevzuat karşısında yetersiz kalınması ve objektif delil tespitin her zaman mümkün olmaması nedeniyle bu muvazaalı işlemler Fon’a karşı geçersiz sayılmak ve aksinin ispatı karşı tarafa yüklenmek suretiyle Fon alacağının tahsilinin hızlandırılması amaçlanmıştır.” şeklinde ifade edilmiştir.

taşınmaz rehni, ipotek, üst hakkı, intifa hakkı ve oturma hakkı gibi her türlü sınırlı ayni hak tesisine ilişkin sözleşmeler mahsus siciline veya defterine kayıt ya da şerh edilmiş olsun veya olmasın her türlü şahsi haklar ve/veya zilyetliğin devrine dair sözleşmeler dahil her türlü tasarrufları ile kara, hava ve deniz taşıtları gibi taşınır ve yalı, villa, ada, site, tüm eklentileri ile çiftlik gibi taşınmazlarla ilgili adi ve hasılat kira sözleşmeleri, taşınır veya taşınmaz mal, finansal kiralama sözleşmeleri, uydu ve kablolu yayın kanalı kullanma hakkı, televizyon kanalı ile gazetelerin yayım hakkı, marka ve lisansı devir ve kullanma hakkı veren sözleşmeleri, idare ve hizmet vekaleti ile Avrupa Birliği standartları üzerinde prim ödemek suretiyle yapılan hayat, bireysel emeklilik, ihtiyarlık ve sağlık sigorta sözleşmeleri ve limitli veya limitsiz kredi kartı ile ATM kartı sözleşmeleri ile münferit veya karşılıklı verilen banka teminat mektupları, kabul kredileri ve avaller ile her türlü hisse devir sözleşmeleri Fon Kurulunun kararıyla geçersiz sayılır⁶⁴⁷. Bu sözleşmelerin geçersizliğinden dolayı karşı tarafça açılacak tazminat davalarında sözleşmede muvazaaa bulunmadığını ve sözleşmeyle ödenen bedelin muvazaalı olmayan rayiç bedel olduğunu ispat yükü davacıya aittir.” şeklinde düzenlenmiştir. Buradaki sözleşmeler sınırlayıcı şekilde değil örnek vermek sureti ile sayılmıştır⁶⁴⁸. Üçüncü kişiler yapılan sözleşme ile bankanın zarara uğramadığının, banka kaynaklarının kullanılarak para mal vb. edinmediği veya edindirmedeği ispatlamak sureti ile sorumluluktan kurtulabilecektir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Buradaki geçersizlik BK 19 ve 20 madde kapsamında muvazaadan kaynaklandığından butlandır. Ancak muvazaanın bulunmadığını ispat yükü yer değiştirmiş ve banka kaynaklarını muvazaalı işlemlerle ile edinen ya da edindiren kişilere yüklenmiştir. Oysa Borçlar Hukukunda özel bir hukuk dalı olması nedeniyle yasaklanmayan her türlü sözleşmenin yapılması hukuken mümkündür. Kişilerin ise dürüstlüğü ve bu nedenle de iyiniyeti esastır. Kişilerin iyiniyetli olduğu esas olduğuna göre iyiniyetin olmadığını ispat yükü de iddia eden kişilere düşmektedir. (TAŞDELEN, s. 1173.) Oysaki bankacılık uygulamalarında Fon’a devredilen bankalarda sorunlu dönemde dürüstlük kuralına uygun davranışlarla karşılaşmanın istisna olduğu banka kaynağını istismar amacı ile bankaların kaynaklarının aktarıldığı ve iyiniyetin bu amaç doğrultusunda bulunmadığı artık toplumun her kesiminde kabul edilen bir ülkemiz gerçeği olarak kabul edile gelmektedir. Bu nedenle ispat yükünün yer değiştirmesine dair kanuni karine kanun koyucunun adaletin sağlanabilmesi kaygısı ile getirmiş bulunduğu istisnai nitelikte bir kural olarak Bank. K.’nin 137 maddesinde düzenlenmiştir.

⁶⁴⁸ TEKİNALP, Ü.T.’nin Banka Hukuku’nun Esasları, s. 340.

⁶⁴⁹ ALICI, s. 1145-1147.

G. Mevduat Sigortası ve Katılım Fonu Tutarının Eksik Ödenmesi Halinde Takip⁶⁵⁰

Bankalar, topladıkları mevduatlarla ilgili bilgileri T.C. Merkez Bankası'na ve Fon'a bildirmek ve T. C. Merkez Bankası nezdinde zorunlu karşılık bulundurmak yanında mevduat sigortası primlerini ödemekle yükümlüdürler. 4389 sayılı Bankalar Kanunu döneminde bir banka bu yükümlülüklerini çift kayıt tutmak sureti ile gerçeğe aykırı bir şekilde davranmak sureti ile gereği gibi yerine getirmemiştir. 4969 sayılı Kanunun geçici 2. maddesi ile bir bankanın beyan ettiği sigortaya tabi mevduat tutarının gerçeğe aykırı olması durumuna ilişkin olarak hukuki ve cezai nitelikte düzenlemeler yapılmıştır. Daha sonra bu düzenleme 5020 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun ek 1. maddesinde yer almıştır.⁶⁵¹ Bu düzenleme daha sonra Bank. K' nun 135. maddesinde de esas alınmıştır.

Bu madde ile, 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanunu ile bu Kanun uyarınca banka tarafından yetkili mercilere beyan edilen sigortaya tabi mevduat ve katılım fonu tutarı ile Fon tarafından tespit edilen mevduat ve katılım fonu tutarı arasında bir fark bulunması halinde, bankanın yönetim kurulu, kredi komitesi başkan ve üyeleri, genel müdür, genel müdür yardımcıları, imzaları bankayı ilzam eden memurları, şube müdürleri ile yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının bu fıkra da adı geçenlerin kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait madde de belirtilen varlıklarına⁶⁵² Fon'un talebi üzerine Mahkemece tedbir konulabileceği

⁶⁵⁰ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1543 vd., ALICI, s. 1148-1153, BATTAL, Bankalar K. Şerhi, s. 391-394, POROY/TEKİNALP/ ÇAMOĞLU, Güncelleştirilmiş 11. Bası, s.376, Mevduat sigortası tanımı ve unsurlarının çeşitli kanun dönemlerinde geçerli halleri için bkz. ALIŞKAN, s. 124.

⁶⁵¹ ALICI, . 1150.

⁶⁵² Kanun koyucu malvarlığı kalemlerini sayma yöntemini tercih etmiştir. Oysa burada malvarlığına dahil tüm hak ve alacaklar hakkında tedbir kararı alınabileceğinin belirtilmesinin yeterli olacağı düşünülmektedir. Kazuistik yöntemle maddede sayılan mal varlığı kalemleri ise; “bankalar ve banka dışı mali kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdinde ki, kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere, hak ve alacakları, döviz tevdiat hesapları ve limitli ve limitsiz kredi kartı ve ATM kartları hesapları dahil tüm banka hesaplarının dondurulmasına, kara, hava ve deniz taşıtları dahil her türlü taşınır ve taşınmaz, kıymetli evrak ve yurt içi veya yurt dışı hazine bonosu, devlet tahvili, hisse senedi, yatırım fonları katılım belgeleri gibi diğer menkul değerlerle, bağımsız ticari işletme, fabrika ve tesisler, bu tesislerin işletilmesine yönelik marka ve lisans hakları, kamu imtiyaz sözleşmelerinden doğan televizyon kanalı, elektrik santrali gibi bir tesisin kurulması ve işletilmesi yetkilerini veren lisans, ruhsat ve işletme hakları ile bu tesisleri lisans hakkına dayanarak veya lisans hakkı bulunmadan kuran ve işleten şirketlere ait hisse senetleri, hak ve alacakların üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına, belirtilen tüm mal, kıymetli evrak, nakit ve diğer değerlerin zaptına ve/veya resmi sicillerdeki kayıtları üzerinde ihtiyati tedbir konulmasına, bunların bir tevdi mahalline

düzenlenmiştir. Böylece kanun koyucu yukarıda yer alan tüm diğer düzenlemelerde olduğu gibi tüzel kişilik perdesini kaldırarak arkasındaki kişilerin sorumluluğuna gidebilme amacı gütmektedir. Hatta burada tüzel kişilerle sınırlı kalınmamış eş ve çocuklar gibi gerçek kişilerin arkasına saklanılarak gerçekleştirilen işlemlerinde arkasına saklanması ihtimali öngörülerek bu kişilerin mal varlığı ile ilgili olarak tedbir niteliğinde düzenlemeler getirilmiştir⁶⁵³.

Fon, sigortaya tabi olarak banka tarafından bildirilen mevduat ve katılım fonu tutarı ile gerçekte banka kayıtlarında bulunan mevduat ve katılım fonu tutarı arasında fark bulunduğunu tespit ederse farkın 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip ve tahsiline yetkilidir. Kanun koyucu burada sorumlu kişileri belirlerken yine önemli bir istisna getirerek tüzel kişilik perdesini kaldırmayı amaçlamaktadır. Burada birinci fıkrada sayılanlar ve onlar adına kendi hesabına hareket edenlerle ilgili olarak sorumluluklarının bulunduğu kabul edilmiştir. Kanun koyucu bu düzenleme ile “birlikte hareket edenler” kavramı getirerek tüzel kişiler yanında bazı gerçek kişilerin de (saman adam⁶⁵⁴) arkasına saklanıldığını kabul etmiştir. Kanun koyucu tarafından saman adamların belirli çıkarlar karşılığında kullanıldığının tespiti halinde bu kişiler aracılığı ile kanunun arkasının dolanılmasını engellemek amacıyla düzenlemeler getirilmiştir⁶⁵⁵.

Bank. K. 135. madde kapsamında alınan tedbir kararlarında, bankanın iflası veya şahsi iflas davalarındaki tedbir kararlarının alınmasına ilişkin usulden farklı olarak özel hukuk ve medeni usul hukuku kapsamında değil ceza hukuku alanında cumhuriyet savcılığı ve sulh ceza mahkemesinin tedbir kararı verebileceği düzenlenmiştir⁶⁵⁶. Bank. K’ nun 135.

yatırılmasına ve hak ve alacakların üzerine diğer tedbirlerin konulmasına, bunlardan elde edinilmiş her türlü taşınır ve taşınmaz, hak ve alacaklar ile kıymetli evrak, nakit, bir tesisi işletme ve kurma hakkı veren marka ve lisans hakları, bu tesisleri lisans, ruhsat ve işletme hakkı ile veya bu hakları bulunmadan işleten, kuran ve hak sahibi niteliğini haiz şirketlere ait hisse senetleridir.

⁶⁵³ *Donay*, İhtiyati tedbir niteliğinde bulunan hüküm kapsamındaki uygulamaların ceza mahkemesince karar verilmesinin ve icra dairelerince yerine getirilmesinin çelişkili ve karmaşık bir durum yarattığı düşüncesindedir. **DONAY**, s. 21.

⁶⁵⁴ (AKDAĞ-GÜNEY, s. 95-96).

⁶⁵⁵ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1547,548.

⁶⁵⁶ REİSOĞLU, Bankacılık K. Şerhi, s. 1548,1549, TAŞDELEN, s. 1180.

Cumhuriyet savcılıklarının karar verme yetkisi gecikmesinde sakınca görülen hallerle sınırlıdır. Bu kararların yirmi dört saat içerisinde sulh ceza mahkemesinin onayına sunulması gerekmektedir. Mahkeme ise yirmi dört saat içinde bu kararı onaylayıp onaylamama konusunda karar verme yetkisine sahiptir. Mahkeme tarafından süresinde onaylanmayan kararlar hükümsüz hale gelmektedir. Tedbir kararı, kararı veren

maddenin beşinci fıkrasında “Yukarıdaki fıkralarda yer alan hükümlerin konusu olup, sorumluların boşanmış veya dul eşlerinin, diğer kan hısımları ile kayın hısımları ve üçüncü kişilerin mülkiyeti ve tasarrufuna geçirilmiş bulunan tüm mal, sınırlı ayni veya şahsi hak ve alacaklar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır. Tüm bu mal, hak ve alacaklara ilişkin olarak açılmış veya açılacak davalarda bu kişiler 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 3 üncü maddesindeki iyiniyet karinesi ile 985 inci maddesindeki mülkiyet karinesinden ve tüm resmi sicillere iyiniyetli güven ilkesinden yararlanamaz. İyiniyetle edinmiş olduklarını ispatladıkları takdirde, yaptıkları ödemelerin muvazaalı olmayan rayiç değer olduğunu belgelendirmeleri şartıyla ödediklerinin asli sorumluların malvarlığı ve diğer varlıklarından alınmasına mahkemece karar verilir.” hükmü yer almakta olup alacaklıdan mal kaçırma yöntemlerinden olan gerçek olmayan boşanmalardan hareketle bu düzenleme getirilmiştir. Ayrıca bu maddede “üçüncü kişilerin mülkiyeti ve tasarrufuna geçirilmiş bütün mal, hak ve alacaklar hakkında da bu kanun hükümleri uygulanır.” demekle alacaklılardan mal kaçırmanın sonuçlarının ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.

Bank K.’nın 135. maddesinde kabul edilen karine ile bir hakkın edinilmesini önleyen hukuksal bir engelin varlığından haberdar olmayan kimsenin dürüstçe davrandığına ilişkin kuralın aksine bir düzenleme getirilmemiştir. Tüzel kişilerde iyiniyet organlarını oluşturan kişilerde aranır. Tüzel kişinin organlarında birden fazla kişi bulunmakta ise bu kişilerden herhangi biri iyiniyetli değil ise, tüzel kişiliğin iyiniyetli olduğu kabul edilemez. Kanun koyucu tarafından Bank. K. m. 135. kapsamında beyan edilen sigortalı mevduat ile gerçek mevduat arasında fark bulunması halinde bankanın organlarında bulunan kimseler yanında hakim ortağın ve yakınlarının da iyiniyetli olmadığı varsayılmaktadır⁶⁵⁷. Maddenin gerekçesinde bu husus “hükümlerin kapsamında bulunan kişilerin tedbir konusu malları iyiniyetle edinmiş olduklarını ispatlamak, yaptıkları ödemelerin muvazaalı olmayan rayiç değerlerden oluştuğunu belgelendirmek zorundadırlar. Ancak bu takdirde, ödediklerinin asli sorumluluklarının mal varlığı ve diğer değerlerinden bu kişilere geri verilmesine mahkemece karar verilebilecektir.” şeklinde belirtilmiştir. Ayrıca MK 985. Maddesinde yer alan menkul malların zilliyedinin malın maliki olduğu yönündeki karine de 135. madde kapsamında yer

Mahkemenin bulunduğu yerdeki nöbetçi İcra Müdürlüğüne infaz olunur. Ayrıca konulan tedbirler bankanın faaliyet izninin kaldırıldığı tarihten itibaren bir yıl içerisinde suç duyurusunda bulunulmaması, 6183 sayılı Kanun hükümlerine göre takip yapılmaması, alacağın tahsili amacıyla hukuk mahkemelerinde dava açılmaması halinde sona erer. Ancak bu hallerden birinin varlığı halinde tedbirler Fon alacakları tamamen tahsil edilinceye kadar devam eder.⁶⁵⁶

⁶⁵⁷ TAŞDELEN, s. 1179-1180.

değiştirmiş ve menkul malın zilliyetine, malın maliki olduğunu ispatlama yükümlülüğü getirilmiştir⁶⁵⁸.

Bu maddede faaliyet izni kaldırılan bir bankada sahte belgelerle mevduat ya da katılım fonu ödenmesinin talep edilmesi bir suç olarak düzenlenmiştir⁶⁵⁹. Maddenin devamında ise tüzel kişilik perdesinin kaldırılması amacını güden “Bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen fiiller nedeniyle, bu madde hükümlerine göre Fon tarafından ödeme yapılmasına veya yapılacak olmasına sebebiyet veren kişiler ile bunların eş ve çocuklarına ait her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu madde hükümleri uygulanır.” hükmüne yer verilmiştir. Bu madde kapsamında gerçek kişilerin arkasına saklanılmasını da önleyici nitelikte düzenlemeler getirilmiştir. Bu hükümle kamu alacağının tahsilini engellemek amacıyla kendi aralarında yaptıkları usulsüz tasarruflar geçersiz sayılmıştır.

Yargıtay bir kararında “bankanın Fona devrinden önce hakim ortağı ve yönetim kurulu başkanı olan kişinin kendisine ait şirketi değerinin üzerinde bankaya riskleriyle satması ve bu suretle kendi grubuna ait şirketlerin bankaya olan borçlarının hiç bir ödeme yapmadan kapatması işlemi kötü niyetli ve muvazaalıdır.” sonucuna varmış ve böylece banka hakim ortağı ve yönetim kurulu üyesinin kendisine ait bir şirketi muvazaalı işlemlerinde kullandığını tespit ederek perdenin kaldırılması yönünde karar vermiştir⁶⁶⁰.

Bank K. m. 135’in son fıkrasının gerekçesinde bu düzenlemenin geçmişe yürüyeceği “bu kanunun yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleştirilen fiiller nedeniyle, bu madde hükümlerine göre Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından ödeme yapılmasına veya yapılacak olmasına sebebiyet veren kişiler ile bunların eş ve çocuklarına ait her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu madde hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür” şeklinde açıklanmaktadır.

⁶⁵⁸ TAŞDELEN, s. 1180.

⁶⁵⁹ TAŞDELEN, s. 1181.

⁶⁶⁰ Y. 19 HD. 25.10.2004 tarihli ve 2004/602 E. ve 2004/10593 K. sayılı kararı.

SONUÇ

Hukuk düzeni, yürürlükte bulunan mevzuat yanında örf ve adet hukuku ve özel hukuk sözleşmeleri ile bir bütündür. Hukuk düzeninin dayanağı ise, tüm toplumlarda genel ve geçerliliği olan yani kişilere ve zamana göre değişmeyen hukukun genel ilkeleridir. Dürüstlük kuralı ise bu genel ilkelerden birisidir. Bu kuralın bir alt başlığı ise yine hukukun genel ilkelerinden olan “hiç kimse kendi hukuka aykırı davranışından dolayı bir hak iddia edemez” ilkesidir. TMK m. 2’de herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken iyiniyet kuralına uymakla yükümlü” olduğu ve “bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasının hukuk düzenince korumayacağı” ilkeleri hüküm altına alınmıştır. Bu hükmü tamamlayan TMK m. 3 ile iyiniyet ve dürüstlüğü asıl olduğu ve aksi ispatlanıncaya kadar herkesin dürüst sayılacağı yönündeki dürüstlük kuralı kabul edilmiş ve halin icabına göre gerekli özeni göstermeyen kişinin iyiniyet iddiasında bulunamayacağı düzenlenmiştir. Bu hükümlere aykırı olarak gerçekleştirilen tüm kötünietli işlemler görünürde şeklen hukuka uygun olsa dahi hukuk düzeninden ayıklanması gerekmektedir.

Kişi ve mal birliklerine ortak ve meşru bir amacı gerçekleştirmek üzere tanınan tüzel kişilerin, genellikle gerçek kişilerce sorumluluktan kurtulmak ya da alacaklılarından mal kaçırmak amacıyla kötüye kullanıldığı ve tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanılarak tüzel kişiyi ve üçüncü kişileri zarara uğrattığı durumlarla sıkça karşılaşılmaktadır.

Karşılaşılan bu sorunla ilgili olarak önce Amerikan Hukukunda uygulama ile gelişen ve sonra teoride benimsenerek Kıta Avrupası Hukuk sistemlerine de yansıyan tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi kabul edilmiştir. Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi içerisinde ise tam bir fikir birliğine ulaşılarak soyut kurallara ulaşılamamıştır. Bu konuda sübjektif ve objektif kötüye kullanma teorisi, normların amaçları teorisi ve karma görüşler bulunmaktadır. Her ne kadar maddi olayda aranması gereken koşullar üzerinde fikir birliğine varılamamış ise de her olayın kendi koşulları içerisinde değerlendirilerek adaletin sağlanması ve hukuka aykırı durumların hukuk düzeninden ayıklanması için tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak sorumlulara gidilmesi kabul edilmiştir. Türk Hukukunda doktrin TMK m. 2’ni tüzel kişilik perdesinin kaldırılmasına olanak tanıdığı ve maddi olayda uygulanabilecek başka bir kural bulunmaması halinde bu hüküm gereğince tüzel kişilik perdesi kaldırılarak tüzel kişinin ortaklarına üyelerine gidilebileceği kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra bu uygulamanın tüzel kişilik kurumunun özüne zarar vermesi tehlikesi karşısında sınırlı ve istisnai olarak uygulanmasının gerekliliğini vurgulanmaktadır.

Toplumumuzda genellikle tüzel kişiliklerin gerçekte alacaklılardan mal kaçırma amacı ile kullanıldığı bilinmektedir. Bankacılık alanında ise önceleri kendi grup kuruluşlarına ucuza

kredi kullanırmak gibi çok da ahlaki olmayan bir amaç güdülmekte iken Fon'a devredilen bankalarda ise halktan toplanan paraların hakim ortaklara, yöneticilere veya üçüncü kişilere aktarımı amacıyla hareket edilmiş olduğu gözlemlenmektedir. Banka tüzel kişiliği ise sıradan bir ortaklıktan farklı olarak ekonominin temel yapı taşlarından olan güven ve itibar kurumudurlar. Bu nedenle banka tüzel kişiliğinin arkasına saklanılarak gerçekleştirilen işlemler nedeni ile oluşan zarar tüm topluma yansımıştır. Burada maddi zararın büyüklüğünün oluşan manevi yıkımla karşılaştırılması halinde, sadece bankalara duyulan güven değil, kişilerin ahlaki değerleri de zarar görmüş, dolayısıyla kamu düzenine duyulan güven de sarsılmıştır. Bu aşamada kanun koyucu tarafından bankanın tüzel kişilik perdesini kaldırma gerekliliği duyarak 4389 s. K. ve Bank. K. ile getirilen hükümler ile tüzel kişilik perdesinin kaldırılması sonucunu doğuran düzenlemeler getirilmiş ve kanunların gerekçelerinde teoriye açıkça yer verilmiştir. Bu düzenlemeler ile Fon' a güvenilir kişi sıfatı tanınarak doğrudan kamunun menfaatlerini korumak ve bozulan kamu düzenini yeniden sağlamaya yönelik hükümler getirilmiştir. Bu hükümlerden önleyici nitelikte olanlar bulunduğu gibi düzeni yeniden sağlamaya yönelik hükümlere de kanunda yer verilmiştir. Banka kaynaklarının sorumlulularından geri alınması kanunun amaçlarından biri olup, Fon'a devredilen bankalarda haksız mal ve menfaat edinen kişilerin, dürüstlük kuralına aykırı olarak, hukuk sistemini kötüye kullandığı hayatın olağan akışına aykırı durumların süreklilik arz ettiği kabul edilmektedir. Bu nedenle kamunun menfaatleri ile banka kaynaklarının kötüye kullanıldığı bankalarda çeşitli sıfatlarla yer alan kişilerin menfaatleri tartıldığında terazinin kamu yanı ağır basmaktadır. Kişilerin menfaati kavramının değerlendirilirken sınırlı olarak kanunda belirlenen kişiler olduğundan hareket edilmemeli ve bu kişilerin hukuka aykırı bir zeminde bulundukları hususu gözden uzak bulundurulmamalıdır. Mülkiyet hakkının kamu düzeni nedeniyle gerçekleşen zarar ile orantılı olarak sınırlandırılabilceği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve Anayasa' da kabul edilmektedir.

Bankacılık alanında yaşanan banka tüzel kişiliğinin kötüye kullanılması hali hukuk düzenince korunması kabul edilemez bir nitelik taşımaktadır. Kanun Koyucu kamu düzeninin yeniden sağlanmasına yönelik olarak getirdiği düzenlemelerle tüzel kişilik perdesini bankacılık alanında kaldırmış bulunmaktadır. Bu yolla sorunlu bankalar, hakim ortak ve yöneticileri, gerçekleştirdikleri usulsüz işlemlerle birlikte bankacılık hukukundan yani hukuk düzeninden ayıklanarak bozulan kamu düzeninin yeniden oluşturulması hedeflenmektedir. Nihai amaç ise ekonomik istikrar ve güven ortamının bankacılık alanında ve doğrudan etkilediği toplum düzeninin yeniden sağlanmasıdır. Bireyci bir yaklaşımla kişilerin hak ve özgürlüklerinin zedelendiği ileri sürülmekte ise de burada toplumdaki tüm kişilerin hak ve

özgürlüklerine doğrudan ve dolaylı olarak banka hakim ortak ve yöneticilerince zarar verildiği hususu gözden uzak tutulmamalıdır. Toplum geneline yansıyan zarar nedeniyle toplumu oluşturan kişilerin hak ve özgürlüklerinin zedelenmesi hukuk düzenince kabul edilemeyecek bir sonuçtur. Kamu düzeni gereğince bireysel olarak banka hakim ortaklarının, yöneticilerinin, denetçilerinin veya banka kaynaklarını edinen üçüncü kişilerin menfaatlerinin toplum yararından önce gelmesi kabul edilemez.

Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması ile ilgili olarak açık bir kanuni düzenleme var ise teori uygulanamayacaktır. Bankacılık alanında ise ihtiyaçların kanunlaştırılması sonucunda oluşan bir kanuni düzenleme sistemi getirilmiştir. Şöyle ki hisselerinin Fon'a devrine karar verilen tüm bankalarda, banka hakim ortaklarının banka tüzel kişiliği arkasına saklanarak, banka kaynaklarını edindikleri ve edindirdiklerinin anlaşılması ile birlikte kişilerin bağımsızlığı ve mal ayrılığı ilkelerinin kötüye kullanılmış olduğu ve yeni düzenlemelerle banka hakim ortaklarının banka zararından sorumlu bulundukları kabul edilmiş ve hatta yöneticilerle birlikte iflaslarına karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemelerle tüzel kişilik perdesinin aralanması teorisi ile kabul edilen hususlar kanunlaştırılmış bulunmaktadır. Yani kanunen tüzel kişilik perdesinin kaldırılmıştır. Ancak yine de teorinin ana mantığı olan kanuni düzenleme var ise kanuni düzenlemenin uygulanacağı kuralı geçerliliğini bankacılık alanında da korumaktadır Bank. K. ve 4389 s. K.'nın yürürlükte bulunan maddelerinde maddi olaya uygulanabilecek her hangi bir düzenleme var ise öncelikle bu özel hükümler uygulanacak ve tüzel kişilik perdesi kanun gereğince kaldırılacaktır. Bankacılık alanına uygulanabilecek özel bir hüküm bulunmaması halinde ise Bank. K.'nın TTK'ya atfı ve bankaların anonim şirket olmaları nedeniyle TTK ve dolayısıyla TMK hükümleri uygulanacaktır. Bunun yanında belirtmek isteriz ki; mevzuatta olaya uygulanabilecek her hangi bir hukuk kuralı bulunmamakta ise olayın niteliği ve normlar hiyerarşisi kurallarına uygun olarak diğer kanun hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Eğer bir kanun değil de sözleşmeden kaynaklanan yükümlülük bulunmakta ise o zaman sözleşmenin tabi olduğu hukuk kuralları uygulama alanı bulacağından teorinin uygulanması yine söz konusu olamayacaktır. Maddi olayla ilgili olarak mevzuatta herhangi bir hüküm bulunmaması ya da mevcut kanuni düzenlemelerde aranan koşulların olayda bulunmaması halinde tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisi bankacılık alanında maddi olayın çözümünde hakim tarafından uygulanması söz konusu olabilecektir.