



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**BANKA ANONİM ORTAKLIKLARINDA HAKİMİYET VE 5411 SAYILI
BANKACILIK KANUNU KAPSAMINDA HAKİMİYETE BAĞLANAN
SONUÇLAR**

KAAN KARAMANLI

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE

İSTANBUL-2022



T.C.

İSTANBUL MEDİPOL ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**BANKA ANONİM ORTAKLIKLARINDA HAKİMİYET VE 5411 SAYILI
BANKACILIK KANUNU KAPSAMINDA HAKİMİYETE BAĞLANAN
SONUÇLAR**

KAAN KARAMANLI

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

DANIŞMAN

Doç. Dr. Salih Önder YEŞİLTEPE

İSTANBUL-2022

BEYAN

Bu tez çalışmasının kendi çalışmam olduğunu, tezin planlanmasından yazımına kadar tüm safhalarında etik dışı olabilecek bir davranışımın olmadığını, bu tezdeki bütün bilgileri akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, bu tez çalışması ile elde edilmeyen tüm bilgi ve yorumlara kaynak gösterdiğimi ve bu kaynakları da kaynakçaya aldığımı, yine bu tez çalışmasında ve yazım sırasında patent ve telif haklarını ihlal edici bir davranışımın olmadığını beyan ederim.

Kaan KARAMANLI

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR	vii
ŞEKİLLER LİSTESİ.....	ix
TABLolar LİSTESİ.....	x
ÖZET.....	xi
ABSTRACT	xii
GİRİŞ	1
I. KONUNUN ÖNEMİ.....	1
II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3
III. KONUNUN TAKDİMİ	4

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKA ANONİM ORTAKLIKLARINDA HAKİMİYETE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. KAVRAMSAL AÇIDAN BANKA ANONİM ORTAKLIĞI	5
A. Genel Olarak	5
B. Banka Tanımı ve Hukuki Niteliği	7
II. BANKA ANONİM ORTAKLIĞININ KURULUŞU.....	8
A. Kuruluş Esasları	8
B. Kuruculara İlişkin Şartların Sağlanması	13
III. HAKİMİYET	17
A. Genel Olarak Hakimiyet Kavramı	17
B. 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Hakimiyete Özgü Kavramlar	21
1. Genel Olarak	21

2. Kontrol Kavramı	22
3. Hakim Ortak Kavramı	25
a. Genel Olarak.....	25
b. İlişkili Kavramlar	27
(1) Nitelikli Pay Kavramı	27
(2) Doğrudan-Dolaylı Pay Sahipliği.....	28
IV. HÂKİMİYETİN TÜRLERİ.....	30
A. Hakimiyetin Tesisi Bakımından	30
1. Doğrudan Hakimiyet.....	30
2. Dolaylı Hakimiyet.....	32
B. Kapsamı Bakımından.....	33
1. Tam Hakimiyet	33
2. Kısmi Hakimiyet.....	35
C. Hakim Olanların Sayısı Bakımından	35
1. Tek Başına Hakimiyet	35
2. Birlikte Hakimiyet	37

İKİNCİ BÖLÜM

BANKA ANONİM ORTAKLIKLARINDA HÂKİMİYETİN TESİSİ

I. GENEL OLARAK HAKİMİYETİN TESİSİ YOLLARI.....	38
II. TİCARET ŞİRKETLERİ BAKIMINDAN 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE HAKİMİYETİN TESİSİ	38
III. 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU BAKIMINDAN HAKİMİYETİN TESİSİ.....	41
A. Düzenlemenin Çerçevesi	41
B. Pay Sahipliğine Dayalı Hakimiyet.....	42
1. Genel Olarak	42

2. Sermayenin Çoğunluğuna Sahip Olmak Suretiyle	43
a. Doğrudan Pay Sahipliği Yoluyla.....	43
b. Dolaylı Pay Sahipliği Yoluyla	45
3. Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olmak Suretiyle	48
a.Oy Haklarının Çoğunluğunun Tespiti	48
b.Oy Hakkının Çoğunluğu Bakımından Bazı Hallerin Değerlendirilmesi.....	52
(1) Oydan Yoksunluk	52
(2) İntifa Hakkının Varlığı	54
(3) Oy hakkının Donması	55
(4) Oy Hakkının Sınırlandırılması.....	57
4. Yönetim Kurulu Üyelerinin Karara Esas Çoğunluğunu Atayabilme Veya Görevden Alma Gücünün Diğer Şekillerde Elde Bulundurulması Suretiyle.....	59
a. İmtiyazlı Hisselerin Elde Bulundurulması Yoluyla Oy Haklarının Çoğunluğu Üzerinde Tasarrufta Bulunmak Suretiyle.....	59
(1) Genel Olarak İmtiyazlı Paylar	59
(2) Oy Hakkında İmtiyaz Suretiyle	61
b. Yönetim Kurulunda Temsil Olunmaya İlişkin İmtiyazlı Hisselere Sahip Olmak Suretiyle	63
c. Diğer Hissedarlarla Anlaşma (Oy Sözleşmesi) Yoluyla Oy Haklarının Çoğunluğu Üzerinde Tasarrufta Bulunmak Suretiyle.....	66
d. Başkaca Herhangi Bir Suretle	69

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU UYARINCA HÂKİMİYETİN HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK.....	73
II. BANKANIN FAALİYETİ SIRASINDA ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR	76

A. Hakim Ortakların Sahip Oldukları Mevduat veya Katılım Fonunun Sigorta Kapsamı Dışında Kalması.....	76
1. Genel Olarak Mevduat ve Katılım Fonu Kavramları	76
2. Mevduat ve Katılım Fonu Sigortası.....	78
a. Hukuki Niteliği.....	78
b. Sigortanın Kapsamı	81
c. Sigorta Kapsamı Dışında Kalan Haller	83
B. Hâkim Ortakların Sigortaya Tâbi Mevduat ve Katılım Fonu Tutarının Eksik Beyanı Hâlinde Sorumluluğu	87
C. Kısıtlayıcı Önlemler Kapsamına Alınan Bankalara Uygulanacak Tedbirlerin Hakim Ortaklara Sirayeti	92
1. Kısıtlayıcı Önlemler Kapsamına Alınan Bankalara Uygulanacak Tedbirler.....	92
a. Genel Olarak Banka Hakkında Önlem Alınmasını Gerektiren Haller	92
b. Alınacak Önlemler	96
(1). Düzeltici Önlemler.....	96
(2). İyileştirici Önlemler	97
(3). Kısıtlayıcı Önlemler	99
2. Alınacak Önlemlerin Hakim Ortaklar Bakımından Değerlendirilmesi	101
D. Banka Kaynaklarının Hakim Ortaklarca İstismarı Halinde Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması veya TMSF'ye Devri	104
1. Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması veya TMSF'ye Devri'nin Hukuki Niteliği.....	104
a. Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması	104
b. Bankanın TMSF'ye devri.....	105
2. Faaliyet İzninin Kaldırılması veya TMSF'ye Devir Nedenleri	106
a. 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 70 inci Maddesi Çerçevesinde İstenilen Tedbirlerin Süresinde Alınmaması veya Alınsa Dahı Sonuç Alınamayacak Olması.....	106

b. Faaliyete Devamın Tehlike Arz Etmesi	108
c. Yükümlülüklerin Vadesinde Yerine Getirilememesi	110
d. Yükümlülüklerin Toplam Değerinin Varlıkların Toplam Değerini Aşması.....	111
e. Hâkim Ortakların veya Yöneticilerin Bankanın Emin Şekilde Çalışmasını Tehlikeye Düşürecek Şekilde Banka Kaynaklarını Suistimali	112
(1). Genel Olarak	112
(2). Banka Kaynaklarının Suistimalinin Şartları	115
(a). Banka Kaynaklarının Doğrudan, Dolaylı veya Dolanlı Kullanımı.....	115
(b).Bankanın Emin Bir Şekilde Çalışmasının Tehlikeye Düşürülmesi.....	119
(c). Bankanın Zarara Uğratılması	121
(3). Banka Kaynaklarının Suistimalinin Sonuçları.....	121
III. FAALİYET İZNİNİN KALDIRILMASI VEYA TMSF'YE DEVRİ SONRASI ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR.....	122
A. Banka Kaynaklarının İstismarı Halinde Zararın Giderilmesi Yükümlülüğü.....	122
1. Genel Olarak	122
2. Yükümlülüğün Kapsamı	124
3. Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları	128
B. Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğü	129
C. Şahsi Sorumluluk.....	131
1. Genel Olarak	131
2. Hukuki Niteliği	132
3. Şartları.....	134
a. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na Aykırı Karar ve İşlemlerin Varlığı.....	134
b. Banka Hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71'inci Maddesinin Uygulanmasına Sebebiyet Verme	136

c. Karar ve İşlemler Dolayısıyla Menfaat Temin Etmiş Olma.....	138
d.TMSF Fon Kurulu’nun Kararının Varlığı ve TMSF Tarafından Dava Açılması (İflas Talebi)	140
4. Sonuçları	142
D. Haklarında İhtiyati Tedbire ve İhtiyati Hacze Karar Verilebilmesi	142
E. Yurt Dışı Çıkış Yasağı Getirilmesi	144
F. Kurucu Ortak veya Yönetici Olma Yasağı	144
SONUÇ	147
KAYNAKÇA	153



KISALTMALAR

AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
A.Ş.	: Anonim Şirket(i)
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.	: Dairesi
dpn.	: Dipnot
E.	: Esas
ESOGÜSBD	: Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
m.	: madde
MÜHFHAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
s.k.	: Sayılı Kanun
T.	: Tarih
TBB	: Türkiye Bankalar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	: Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası
TMSF	: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YL.	: Yüksek Lisans

ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil-1	: A Holding A.Ş.'nin Dolaylı Pay Sahipliği.....	46
---------	---	----



TABLÖLAR LİSTESİ

Tablo-1	: Banka Hakim Ortaklarından Sağlanan Net Tahsilatlar.....	108
---------	---	-----



ÖZET

Bankalar bir ticari kuruluş olmakla birlikte, topladıkları servet birikimlerini finansman sağlamak suretiyle ekonomiye kazandıran güven ve itibar müesseseleridir. Bu açıdan, ülkelerin ekonomik düzenleri içerisinde çok büyük bir önemi haiz olduklarından, gerçekleştirdikleri iş ve işlemler ticari hayatın yanında kamu yararı ve düzeni ile de sıkı ilişki içerisinde. Dolayısıyla, bankaların faaliyetleri sırasında meydana gelebilecek olumsuz durumlara karşı hazırlıklı ve güçlü olmaları gerekmektedir. Bankaların tasarruf sahiplerinin hakları ile menfaatlerinin korunması ile kredi sistemin etkin bir şekilde çalışmasını teminen, bankaların belirli kurallar çerçevesinde sevk ve idaresi ile açık ve şeffaf ortaklık yapılarının bulunması önem arz etmektedir. Yakın geçmişte ülkemizde yaşanan ekonomik krizlerin bankacılık sektörü üzerinde yarattığı sonuçlar incelendiğinde, faaliyet izni kaldırılan ve yönetimi TMSF'ye devredilen bankaların kontrolünü elinde bulunduran ve özellikle ana faaliyet konuları finans sektörü içerisinde dahi bulunmayanların, banka dışı faaliyetlerindeki finansman ihtiyaçlarını banka üzerinden sağladıkları ve bu yolla çeşitli suistimallerin gerçekleştiği görülmüştür. Bu yolla oluşan riskler, bankaların mali yapılarını bozmuş ve bankaları faaliyetlerinin sona ermesi riski ile karşı karşıya bırakmıştır. Söz konusu durumun yeniden yaşanmasını engellemek amacıyla, TBMM tarafından, bankaların güvenli ve istikrarlı şekilde faaliyetlerine devam edebilmeleri ve etkin şekilde denetlenebilmeleri için, bankaların kuruluşundan yönetimine, ortaklık yapılarından faaliyetlerine kadar çeşitli sınırlandırıcı düzenlemeler getirilmiştir. Bu kapsamda, iş bu tez çalışması kapsamında, banka anonim ortaklıklarındaki hakimiyetin türleri, meydana gelmesi ve hakimiyetin oluşması halinde hakim olanların 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında hangi sonuçlar ile karşı karşıya kalacağı hususları incelenerek, değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar kelimeler: Banka, Hakim Ortak, Kontrol, Pay Sahipliği, Şahsi Sorumluluk

ABSTRACT

Although banks are commercial organizations, they are organizations of confidence and reputation that provide the economy with the wealth savings they collect from the public. In this respect, since they have a great importance in the economic system of the countries, the business and transactions they carry out are in close relationship with the public interest and public order as well as commercial life. Therefore, while banks need to be prepared and strong against adverse condition that may occur during their activities, it is important to have open and transparent partnership structures with the management and administration of banks within the framework of certain rules in order to protect the rights and interests of savers and to ensure the effective functioning of the credit system. When the results of the economic crises experienced in our country in the recent past on the banking sector are examined, it is seen that the people who control the banks whose operating permission has been revoked and whose management has been transferred to the SDIF, and especially whose main area of activity are not even within the finance sector, provide their financial needs for their non-banking activities through the bank and thus various abuses have been found. The risks arising in this way have impaired the financial structures of the banks and left them with the risk of ending their activities. In order to prevent the reoccurrence of the aforementioned situation, various restrictive regulations related to the establishment of banks, their managements, their partnership structures, their activities have been introduced by the Turkish Grand National Assembly, in order to maintain safe and sound operation and effective supervision of the banks. In this context, within the scope of this thesis study, the types of control in bank joint stock companies, the occurrence of dominance and the consequences that those who dominate will face in case of dominance within the scope of The Banking Law No. 5411 have been examined and evaluated.

Keywords: Bank, Dominant Partner, Control, Share Ownership, Personal Liability

GİRİŞ

I. KONUNUN ÖNEMİ

Bankalar, yetkili kamu otoritesinin izni altında kurularak faaliyet gösteren, temel olarak güven ilişkisine dayalı olarak halktan para toplama yetkisini haiz, topladığı paraları ile çeşitli yollar vasıtasıyla ihtiyaç sahiplerine sunarak, ekonominin finansman ihtiyacını karşılamak suretiyle sermaye ihtiyacını gideren, birer güven ve itibar müesseseleridir¹. Bu haliyle, banka anonim ortaklıklarının, paranın toplanmasından ekonomiye kazandırılmasına kadarki işlem süreçleri içerisinde anonim ortaklık şeklinde kurulan diğer ticari kuruluşlara nazaran, sadece ticari faaliyet yürüttükleri söylenemeyecek olup, aynı zamanda söz konusu faaliyetlerin kamu düzeni ve kamu yararı ile de sıkı ilişki içerisinde olduğu görülmektedir. Zira, kıt kaynakların ekonominin ihtiyaç duyulan alanlarına yönlendirilmesi, aynı zamanda ülke ekonomisinin de büyümesine katkı sağlamakta ve ekonomik istikrarın devamını tesis etmektedir.

Bu haliyle, bankalara servet birikimlerini getiren kişilerin, söz konusu birikimlerinin güvence altında tutulduğu düşüncesinin devamlılık arz etmesi gerekmektedir. Bu gerekliliğin bir sonucu olarak; bankalar, gerçekleştirdikleri faaliyetler açısından öncelikle bireylerin güvenine ihtiyaç duymakta olup, bu ihtiyaç mudiler ile banka arasındaki ilişkiyi salt bireysel bir ticari ilişkinin ötesine geçirmekte, bankacılık sistemin geneline yayılan bir güven ihtiyacını da beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla, bireylerin bankalara ve bankacılık sistemine olan güveninin sağlanması, ekonomik düzenin devlet tarafından korunmasını ve düzenlenmesini gerektirmektedir. Bu nedenle, bireyler ile aralarında oluşturdukları ticari ilişkinin kamu düzeni ve kamu yararı ile sıkı ilişki içerisinde bulunması bankalar bakımından özel düzenlemelerin getirilmesini, bir başka deyişle ekonomik düzenin korunması için kanun koyucu tarafından müdahale edilmesini ve ekonomik kolluk faaliyetini gerekli kılmıştır².

¹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesinin gerekçesi.

² Ekonomik düzen ve devletin ekonomiyi düzenlemesi görevine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Tan, Turgut, "Anayasal Ekonomik Düzen", Anayasa Yargısı Dergisi, C.7, Y. 1990, s. 159-178, s. 166.

Özellikle, ülkemizde de olduğu gibi finans sektörünün aktif büyüklüğü itibarıyla en büyük payını bankacılık sektörünün oluşturması nedeniyle³, özellikle ekonomik krizlerin yaşandığı yıllarda bankacılık sektörünün karşı karşıya kaldığı kırılganlıklar ve bankaların sorunları, ekonomi üzerinde ciddi etkilere yol açmakta ve yaşanan krizi derinleştirmektedir. Dolayısıyla, bankacılık sektörünün güçlü, güvenilir ve etkin bir şekilde çalışması, finansal istikrar bakımından da büyük önem arz ettiğinden, hem bankaların faaliyetleri hem de bankaların ortaklık yapıları gerek krizlerin olası etkilerini önleyici şekilde, gerek ise yaşanan sorunlardan gerekli derslerin çıkarılarak düzenlemelerdeki eksiklik ve aksaklıkların giderilmesi şeklinde çizilen çerçevede ayrıntılı düzenlemelere konu olmaktadır.

Bu amaçla çıkarılan düzenlemelerin temelinde, hiç kuşkusuz bankanın emin bir şekilde çalışması, kredi sisteminin çarklarının dönmeye devam etmesi ve dolayısıyla finansal piyasaların güven ve istikrarının sürmesi amacı yattığından, düzenlemelerde muhtelif tedbirler sınırlandırmalar, yasaklamalar ve hatta ağırlaştırılmış sorumluluklar hüküm altına alınmış olup, özellikle bankaların açık ve şeffaf ortaklık yapılarına sahip olmaları ile bankanın sevk ve idaresinin kimler tarafından gerçekleştirildiğinin görülebilmesi sağlanmaya çalışılmıştır.

Zira, özellikle 90'lı yılların sonunda bankacılık sektöründe karşı karşıya kalan krizler ve sonuçları incelendiğinde, TMSF'ye devredilen bankaların çoğunda finans alanında faaliyet dahi göstermeyen başka sektörlerde faal durumda olan bir çok grubun bankada hakimiyet tesis eden ortaklar haline geldiği, hakim ortak oldukları bankaların kaynaklarını kendi grup şirketlerine aktararak şirketlerine finansman desteği sağladıkları ve dolayısıyla hakim ortakların lehine kullandırılan krediler vasıtasıyla banka kaynaklarının istismara uğradığı ve kullanılan kaynakların geri dönüşünün bulunmaması nedeniyle banka kaynaklarının donuklaştığı görülmüş ve neticeten mali yapıları bozulan bankaların TMSF'ye devri ile faaliyet izninin kaldırılması gibi çeşitli sonuçlarla karşı karşıya kalındığı görülmüştür.

Bu bağlamda, iş bu tez çalışması kapsamında, bankacılık krizleri neticesinde TMSF'ye devrolunan bir çok bankada yaşanan banka kaynaklarının bankaya hakim

³ 2020 yılı sonu itibarıyla finans sektörünün aktif büyüklüğü içerisinde bankacılık sektörü, %87,5 ile en büyük paya sahiptir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu 2020 Yılı Yıllık Faaliyet Raporu (<https://www.bddk.org.tr/KurumHakkinda/EkGetir/5?ekId=35>).

olan ortaklarca suistimalinin daha ayrıntılı anlaşılabilmesini teminen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu bakımından hakimiyeti ifade eden kontrol kavramı ile kontrolü elinde bulunduran kişileri ifade eden hakim ortak kavramının kapsamı, bankalar üzerinde hakimiyetin hangi şekillerde tesis edilebileceği, çeşitli durumlar karşısında hakimiyetin tespit edilmesinin değerlendirme yolları ile banka anonim ortaklığında hakim ortak statüsünü elde etmenin ne gibi sonuçları olduğunun ortaya konulabilmesi amacıyla “Banka Anonim Ortaklıklarında Hâkimiyet ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu Kapsamında Hâkimiyete Bağlanan Sonuçlar” tez konusu olarak seçilmiştir.

II. KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Banka anonim ortaklıkları bakımından, tesis edilen hakimiyetin, gerçekleştirilecek işlemlerde etkisinin yanında, elde edilemeyecek güvenceler, alınacak tedbirler, yüklenilen sorumluluklar ve hatta doğrudan ortaya çıkabilecek şahsi sorumluluklar bakımından etkisi ve sonuçlarına ilişkin düzenlemeler, bankacılık mevzuatı içerisinde kendisine yer bulmuş olmak ile birlikte; bankaların bankacılık mevzuatına tabi olmalarının yanında, gerçekleştirdikleri ticari faaliyetler çerçevesinde tabi oldukları başkaca mevzuatlardan kaynaklanan sorumlulukları, yükümlülükleri, sınırlamaları da bulunabilmektedir.

Bu kapsamda örneğin, bir banka anonim ortaklığı, anonim ortaklık olmasının bir gereği olarak ticaret mevzuatı hükümlerine tabi olmakla birlikte, bankacılık mevzuatı hükümleri çerçevesinde faaliyet gösterirken halka kapalı anonim ortak olabileceği gibi, sermaye piyasası mevzuatına tabi işlemler gerçekleştirmek suretiyle halka açık anonim ortaklık statüsünde de olabilir. Bu durumda söz konusu banka, bankacılık mevzuatı hükümlerinin yanında hiç kuşkusuz sermaye piyasası hükümlerine de tabi olacaktır. Dolayısıyla, söz konusu banka özelinde, farklı hükümlere de tabi olması nedeniyle, iş bu tez çalışmamızın kapsamını oluşturan hakimiyetin, sermaye piyasası mevzuatı özelinde kamuyu aydınlatma yükümlülüğü, çağrıda bulunma yükümlülüğü vb. olmak üzere, farklı mevzuatlarda farklı şekillerde sonuçlarının ortaya çıkması mümkündür.

Bu çerçevede, hakimiyetin farklı mevzuat hükümleri hüküm ve sonuçlarının incelenerek ortaya konulması, çok daha kapsamlı bir çalışmayı gerektirdiğinden, iş bu tez çalışmamız kapsamında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun ilgili hükümlerine de yer verilmek suretiyle, banka anonim ortaklığında hakimiyet ve ona bağlanan sonuçlar bankacılık mevzuatı açısından incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

III. KONUNUN TAKDİMİ

İş bu tez çalışmamızın birinci bölümünde, bankalardaki hakimiyetin öneminin ortaya konulabilmesini teminen, kavramsal açıdan banka anonim ortaklığı hakkında genel bilgilere yer verilerek, kavramsal açıdan banka ile bankanın hukuki niteliğine değinilerek, bankacılık mevzuatı uyarınca bankaların kuruluş esasları, düzenleyici ve denetleyici otoritenin izin sistemi ve kuruluşta aranan şartlar ile bunların iş bu tez çalışması çerçevesinde öneminin ortaya konulmasına çalışılmıştır.

Söz konusu hususlara ilaveten, aynı bölümde hakimiyet kavramının ortaya konulması sağlanarak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer alan hakimiyete özgü kavramlara değinilmiş, söz konusu kavramlar ile hakimiyet kavramı arasındaki ilişkinin değerlendirilerek, hakimiyetin tesisi, kapsamı ve hakim olanların sayısı bakımından hakimin türlerine değinilmiştir.

Diğer taraftan, çalışmamızın ikinci bölümünde, hakimiyetin esaslar dahilinde tesis edilebileceği hususları değerlendirilerek, banka anonim ortaklıkları bakımından 5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde hakimiyetin (kontrolün) hangi yollarla sağlandığı, kontrol açısından dikkate alınan kriterler incelenmiştir.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında, banka anonim ortaklığı üzerinde hakimiyetin varlığı halinde, hakimiyetin varlığından kaynaklanan sonuçlar; bankaların faaliyeti sırasında ortaya çıkan sonuçlar ile bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi sonrasında ortaya çıkan sonuçlar olmak üzere iki kısım altına incelenerek, banka hakim ortağı olan kişilerin karşı karşıya kaldıkları yükümlülükler ile sorumlulukları incelenmeye ve değerlendirilmeye çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

BANKA ANONİM ORTAKLIKLARINDA HAKİMİYETE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

I. KAVRAMSAL AÇIDAN BANKA ANONİM ORTAKLIĞI

A. Genel Olarak

İtalya’da para değişiminin yapıldığı masa, tezgah anlamına gelen “banco” kelimesinden gelen banka ismi⁴; günümüz ekonomik düzeni içerisinde, ülke ekonomilerine yön vermek adına büyük işleve sahip kuruluşlara hasredilerek kullanılmakla birlikte bankalar; anonim şirket şeklinde kurulan, ortaklarına kâr dağıtmakla görevli ticari kuruluşlar olmanın yanında, günlük hayatın her safhasına girmeleri nedeniyle vazgeçilmez bir konuma sahip, kamu düzeni ve kamu yararı ile sıkı ilişki içinde olan kuruluşlardır⁵.

Bu itibarla, üstlendikleri misyon gereği bu kuruluşlar bir yandan topladıkları servet birikimlerinin değerlendirilmesi suretiyle servetin verimli kullanımı ve yönetiminde bireyler açısından önemli bir rol üstlenirken, diğer yandan sağladıkları finansman araçları ile ekonomik aktörlerin parasal ihtiyaçlarının giderilmesi ve bir anlamda ekonomideki parasal hacmin belirlenmesinde etkin bir rol oynarlar⁶.

Ülkelerin ekonomik yapısı içerisinde finansal sistemin en önemli aktörleri konumunda olan bankalara ilişkin ülkelerin yasama organları tarafından gerekli yasal düzenlemeler getirilmeye çalışılmakta, kamu yararı ve düzeni bakımından sıkı ilişki içerisinde olan bankaların sağlıklı bir şekilde çalışmasının temini çok önemli görülmektedir. Zira, ekonomik kalkınmanın⁷ ve hatta yasal düzenlemelerin zaman

⁴ Bakkal, Muharrem/ Aksüt, Uğur, Türk Bankacılık Sisteminde Elektronik Bankacılık Uygulamaları, İstanbul, Ekim 2011, s. 4.

⁵5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 1. maddesinin gerekçesi.

⁶ Yüksel, Sait/Yüksel, Aslı/Yüksel, Ülkü, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul 2004, s. 3.

⁷ Yetiz, Filiz, “Bankacılığın Doğuşu ve Türk Bankacılık Sistemi”, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, Y. 2016, s.107-117, s.116.

içerisinde uğradığı değişiklikler ile kalkınma amacından daha fazlasını sağlanması⁸, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin gözetilmesi amacıyla, tasarrufları koruyucu önlemler getirilmekte, birer güven ve itibar müessesesi olan bankaların likidite, emniyet ve verimlilik ilkeleri çerçevesinde faaliyet göstermelerini ve etkin bir şekilde denetlenmelerini sağlayacak hükümler düzenlenmektedir⁹.

Bankalar, salt bir ticari müessese olmaktan ziyade; halktan mevduat/katılım fonu toplama yetkisine sahip olan, topladığı bu meblağları ise genel ifadesiyle ihtiyaç sahiplerine aktarma amacına hizmet eden güven ve itibar müesseseleri olduklarından, yaptıkları iş ve işlemler salt bir ticari faaliyet olarak kabul edilemeyecektir¹⁰. Zira, işlevleri gereği bankalar aynı zamanda finansal piyasaların da önemli bir aktörü olduğundan, ülke ekonomileri bakımından haiz oldukları önem nedeniyle bankalara olan güven ve itibarın korunması büyük önem arz etmekte olup, buna ilişkin olarak bankacılık sisteminin düzenlenmesi ve denetlenmesi aynı zamanda kamu düzeni ile doğrudan ilişki arz eder.

Bu çerçevede, ülkeler tarafından uluslararası bankacılık ve finans alanında ortaya çıkan gelişmelere paralel olacak şekilde düzenlemeler getirilmeye, genel kuralların belirlenmesi suretiyle ilke ve standartlar oluşturulmaya çalışılmıştır. Söz konusu genel kural ve ilkeler çerçevesinde, ülkeler kendi mevzuatlarında gerekli uyarlamaların yapılmasını sağlayarak, kendi bankacılık düzenlemelerini gerçekleştirmiştir.

Ülkemizde de cumhuriyet dönemi sonrası, özellikle para hareketini kontrol etmek, bunun güvenli işleyişini sağlamak ve bankalara olan güvenin sağlanmasını temin etmek amacıyla¹¹ 2243 sayılı Mevduatı Koruma Kanunu ile başlayan

⁸ Taşdelen, Selim Servet, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.1, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 4.

⁹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Hükümet gerekçesi.

¹⁰ Özkurt, Ayşegül, Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 123.

¹¹ Özkurt, s. 122; Ayrıca, adı geçen kanunun gerekçesi, “...Bu gün memleketimizde vücut bulan milli ve ecnebi bankaların Devlet ve halkımızın itimadına hak kazanacak şekilde dürüst çalıştığına memnuniyetle şahit olmakla beraber bunları ve bundan sonra küşat edilebilecek bankaları hususi bir murakabeye tabi tutmamak dışın, tırnaktan arttırdığı parasını bankalarda saklayan halkın hukukunu ihmal sayılabilir. Bu murakabe vazifesini ifa aynı zamanda memleketteki nakit harekâtını yakından tetkik ve bundan emin bir cereyan vermek imkânını da temin edecektir...” şeklindedir (Cumhuriyet Dönemi Bankalar Kanunları ve İlgili Yasal Düzenlemeler, TBB Yayınları, İstanbul 1998, Erişim: <https://www.tbb.org.tr/tr/bankacilik/duzenlemeler/bankacilik-kanunu/74>).

bankacılığa ilişkin düzenlemeler, yıllar içerisinde bankacılık sisteminin geçirdiği süreçler ve krizler dikkate alınarak çeşitli değişikliklere uğramıştır. Özellikle 1994 yılı ile 2000 ve 2001 yıllarında yaşanan ekonomik krizlerin bankacılık sistemi üzerinde yarattığı etkiler ve bankaların zayıflayan finansal durumu, daha müdahaleci bir bankacılık mevzuatının oluşmasına neden olmuştur. Dolayısıyla, yaşanan finansal kriz süreçlerinden elde edilen bilgi ve deneyimler neticesinde, bankacılık faaliyetlerinin uluslararası genel kabul görmekte olan kriterlere ve uygulamalara uygun hale getirilmesi sağlanmıştır¹².

Bu çerçevede, mer'î 5411 sayılı Bankacılık Kanunu bir anlamda yaşanan bankacılık krizlerine olan tepkiyi yansıtacak şekilde ayrıntılı düzenlemelerine rağmen¹³, bir temel (çerçeve) yasa niteliğini taşımaktadır¹⁴. Zira, söz konusu kanun ile bankacılığa ilişkin uluslararası düzenlemelerle uygun olacak şekilde, banka anonim ortaklıklarının kuruluşlarından ortaklık yapısına, faaliyetlerinden yönetimine kadar birçok hükme yer verilerek, banka işletmelerinin finansal yapıları güçlendirilmeye çalışılmış, güçlü ve denetlenebilir bir bankacılık düzeni tesis edilmesi amaçlanmıştır¹⁵.

B. Banka Tanımı ve Hukuki Niteliği

Mevzuatımızda kavramsal olarak banka tanımına yer verilmemekle birlikte, bankaların niteliklerinden yola çıkılmak suretiyle bir tanımlama yapılabilmektedir. Bu kapsamda banka; yetkili kamu otoritesinin izni ile kurulan, çeşitli finansal hizmetleri de kapsayan faaliyet konuları ile sınırlı faaliyet gösteren bir işletme olarak tanımlanmakta¹⁶; işletmesel anlamda banka ise; ekonomiye ödeme araçları sağlamak suretiyle sermaye sağlayan, ticareti alışılmış meslek olarak devam ettiren ve diğer finansal hizmetleri ve ödeme işlemlerini yapan işletmeler olarak ifade edilmektedir¹⁷.

Öte yandan, pozitif hukukumuz bakımından ise; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda "banka" kavramına, tanımlar ve kısaltmalar başlıklı 3 üncü maddesine yer verilmiş olmakla birlikte, söz konusu kavramın açıklamasına bakıldığında, bir üst

¹² Takan, Mehmet/ Boyacıoğlu, Acar Melek, Bankacılık Teori Uygulama ve Yöntem, 4. Bası, Ankara 2011, s. 9.

¹³ Battal, Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara 2006, s. 40.

¹⁴ Battal, s. 38.

¹⁵ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun genel gerekçesi.

¹⁶ Tekinalp, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, İstanbul 2009, s. 2.

¹⁷ Yüksel S./Yüksel A./Yüksel Ü., s. 3.

kavram oluşturmaktan öteye gidilmediği görölmektedir¹⁸. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanununda çatı¹⁹ kavram olarak tanımlanan banka kavramının; mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade ettiği belirtilmiş, söz konusu banka türlerine ilişkin yapılan tanımlardan ise mevduat, katılım fonu kabul etmek ya da özel yahut cari hesaplar yoluyla fon toplamak ile kredi kullandırmak üzerine kurulu bir işlev ortaya konulmuştur.

Bu kapsamda pozitif hukukumuz bakımından, bankanın niteliği ve tabi olduğu hükümler üzerinden bir tanımlama yapılacak olursa; bankacılık kanunu veya özel kanunlar ile kuruluşu, ortaklık yapısı, faaliyet konuları, yönetim ve denetimi, mali bünyesi öngörölmüş bulunan ve kamu hukuku karakterli düzenleyici kurallar ile düzenlenmiş bir işletme olarak ifade edilebilecektir²⁰.

II. BANKA ANONİM ORTAKLIğININ KURULUşU

A. Kuruluş Esasları

Hâkimiyet ve buna bağlanan sonuçların irdelenmesinden önce, diğer sermaye şirketlerinden ayrı olarak kuruluşundan itibaren yasa koyucunun banka anonim ortaklığına ilişkin getirdiği hükümlerin, sermaye şirketi yapısı ve ortaklık yapısı üzerindeki yansımalarının ortaya konulması, açıklanması ve bankaların faaliyetlerine başlamasından önce tabi oldukları hükümlerin öneminin vurgulanması ihtiyacı duyulduğundan, bankaların kuruluş esaslarına değinilmesinde fayda mülahaza edilmektedir. Zira, bir banka anonim ortaklığının, finansal sistem açısından önemli kuruluşlar olmaları nedeniyle, kuruluşlarından itibaren birtakım özel şartlara getirilmiş ve ticaret şirketlerinden farklı düzenlemelere tabi tutulmuşlardır.

Bu durumun en önemli yansıması olarak, Türk Ticaret Kanunu hükümlerinden farklı olarak, bir banka anonim ortaklığının kuruluşu ile faaliyete geçmesi süreçleri birbirinden ayrılmış ve hem bankanın kuruluşu hem de faaliyete geçmesi birtakım şartların varlığı altında bağımsız bir idari otoritenin iznine tabi kılınmıştır. Bu

¹⁸ Göktürk, Kürşat, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013, s. 20. Yazar söz konusu eserinde, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3 üncü maddesi hükmünden hareketle bir tanıma yer verildiğini, ancak yasada tanımlama yerine sayma yapıldığını ifade etmektedir.

¹⁹ Tekinalp, Ü. , Banka Hukukunun Esasları, s. 11.

²⁰ Tekinalp, Ü. , Banka Hukukunun Esasları, s. 11.

kapsamda 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 6 ncı maddesi uyarınca, Türkiye’de bir bankanın kurulması veya yurt dışında kurulmuş olan bankanın ülkemizde iş şubesini açması yine 5411 sayılı Bankacılık Kanununda öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nun iznine tabi kılınmıştır²¹.

Nitekim bu izin sisteminin getirilmesi ile; bankaların denetim ve gözetiminin sağlanması, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması, bankanın faaliyetlerini emin bir şekilde sürdürebilmesi, finansal piyasalarda güven ve istikrarın tesisi ile bankaların emin bir şekilde çalışmasına zarar vermeyecek ortaklık yapısının, yönetimin, yeterli mali güç ve itibar ile organizasyon yapısına sahip olunması amaçlanmıştır²².

İzin sistemi çerçevesinde, bir bankanın kuruluşundan önce “anonim şirket” kuruluşu ile ilgili hazırlıklar tesis edilecek, akabinde “banka anonim ortaklığının” kurulması için izin prosedürü işletilecektir²³.

Banka anonim ortaklığının kurulması noktasında, izin prosedürünün en önemli kısmı hiç kuşkusuz 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 7 nci maddesinde düzenleme altına alınan, Türkiye’de kurulacak bir bankanın sağlaması gereken şartların tesis edilmesidir. Zira, mezkur hüküm uyarınca bir bankanın kuruluşu için gerekli şartların sağlanması, yukarıda ifade edilen 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 6 ncı maddesi çerçevesinde verilecek izin bakımından esaslı unsur teşkil etmektedir.

Bu kapsamda, anılan Kanunun 7 nci maddesi uyarınca bir bankanın; sermaye şirketi olarak yalnızca anonim şirket şeklinde kurulması, hisse senetlerinin nakit karşılığı çıkarılmak suretiyle tamamının nama yazılı olması, aşağıdaki bölümde ayrıntılarına değinileceği üzere kurucuların 5411 sayılı Bankacılık Kanunun 8 inci maddesinde düzenlenen şartları sağlaması, banka yönetim kurulu üyelerinin 5411 sayılı Bankacılık Kanununda belirtilen kurumsal yönetim hükümleri çerçevesindeki nitelikleri ve planlanan faaliyetleri gerçekleştirebilecek mesleki tecrübeye sahip

²¹ 5411 sayılı Bankacılık Kanunundan önce yürürlükte bulunan 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun ilk halinde banka kuruluşu Bakanlar Kurulu’nun iznine tabi iken, 4491 sayılı Kanun ile 4389 sayılı Bankalar Kanununda yapılan değişiklik sonrası Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu izin merci olarak değiştirilmiştir. Bu hüküm 5411 sayılı Bankacılık Kanununda da varlığını korumuştur.

²² 5411 sayılı Bankacılık Kanunu madde gerekçesi.

²³ Battal s. 84; aynı yönde bkz. Önal, Ali, Türk Hukukunda Yabancı Bankaların Durumu İle Bankaların Kuruluş, Faaliyet ve Sona Ermesi, Ankara 2015, s. 102.

olması, bankanın öngördüğü faaliyet konuları ile buna dair mali, yönetsel ve organizasyonel yapısının uyumlu olması, nakden ve muvazaadan arı asgari 30 milyon Türk Lirası ödenmiş sermayesinin bulunması, ana sözleşmesinin 5411 sayılı Bankacılık Kanunu hükümlerine uygun olarak hazırlanması, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun etkin denetimini engellemeyecek açık ve şeffaf ortaklık yapısının varlığı ve organizasyon şemasının mevcut olması, konsolide denetimi engelleyici hal ve şartların bulunmaması ile ilk üç yıllık bütçe planı ve faaliyet programının iç sistemleri de dahil olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na ibraz edilmesi gerekmektedir.

İş bu tez konumuz çerçevesinde, bankaların finansal sistem içerisindeki en önemli aktörler olmaları nedeniyle kuruluşları için özel olarak getirilen şartların, şirket yapılarının, ortaklarının önemini ortaya konulabilmesi için, bankaların kurulması için gerekli olan ve yukarıda belirtilen şartlardan birkaçının üzerinde durulması gerekmektedir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, bir bankanın kurulabilmesi için ön koşul, bir sermaye şirketi olarak bankanın anonim şirket şeklinde kurulması olup, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 7 nci maddesinde mevcut bulunan bu şart, 7129 sayılı Bankalar Kanunundan beri zorunluluk arz etmektedir²⁴. Dolayısıyla kanun koyucunun, şahıs şirketlerinden ziyade sermaye şirketlerini, diğer sermaye şirketlerinin içinde de anonim şirketi tercih ettiği görülmektedir.

Bankaların anonim şirket şeklinde kurulmalarının kanun koyucu tarafından zorunluluk olarak getirilmesinin; anonim şirketlerde, şirket ortaklarının şirket borçlarından şahsen sorumlu olmaması nedeniyle bu durumun küçük yatırımcıların bankalara ortak olmalarını kolaylaştırması, payların senede bağlanabilmesi nedeniyle devrin kolaylaştırılması ve anonim şirket yapısının kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanabilmesi bağlamında şirketin daha teknik ve uzmanlar eliyle yönetilebilmesini kolaylaştırıcı bir yapı arz etmesi nedenlerine bağlı olduğu kabul edilmektedir²⁵. Nitekim, 7129 sayılı Bankalar Kanununun gerekçesinde de; bankacılığın ulaştığı aşama itibarıyla sadece ortakların menfaatini amaçlayan ticaret şirketlerinden

²⁴ 7129 Sayılı Bankalar Kanunu'ndan önce bankalar; hisse senetli komandit, limited veya anonim şirket şeklinde kurulabilmekte iken, 7129 Sayılı Bankalar Kanunu ile birlikte bankaların anonim şirket şeklinde kurulmaları gerekmektedir.

²⁵ Battal, s. 91.

farklılaştığı²⁶, ekonomik yaşamda önemi artan, yönetim ve denetiminde demokratik esasların ve temsil ettikleri sermayenin gücü ile, anonim şirketlerin banka kuruluşu için uygun olduğu ifade edilmiştir²⁷.

Öte yandan, hem 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 2 nci maddesinde yer alan *Bankacılık Kanununda hüküm bulunmayan durumlarda genel hükümlerin uygulanacağı*, hem de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 330 uncu maddesinde yer alan *özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında Türk Ticaret Kanunu dördüncü kısım hükümlerinin uygulanacağı* ifade edilerek, bankalara ilişkin 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin de uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu açıdan, bankanın kuruluşunda aranan şartlardan birisi olan, banka kurucularının 5411 sayılı Bankacılık Kanununda belirtilen şartları taşıması gerekliliğine, “B. Kuruculara İlişkin Şartların Sağlanması” başlığı altında değinilecek olmakla birlikte, bu noktada yine 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 7 nci maddesinde düzenlenen bir diğer şarta da konumuz itibarıyla değinilmesi gerekmektedir.

Zira, bu kapsamda Türkiye’de kurulacak bir bankanın kuruluş şartları arasında, bankanın ortaklık yapısının ve organizasyon şemasının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu’nun etkin denetimini engellemeyecek şekilde şeffaf ve açık bir yapıda bulunması yer almaktadır. Her ne kadar madde metninde şeffaf ve açık bir yapı şeklinde iki farklı durumun varlığı aranmakta ise de, madde metninin lafzında yer alan iki kelimenin de aynı anlama geldiği açıktır²⁸. Bu bakımdan, bu ifadede anlaşılmaması gereken bankanın ortaklık yapısının oluştuğunun belirlenebilir düzeyde açık olması

²⁶ Şirketin menfaatinin, bir çatı kavram olarak kabulü ile pay sahiplerinin, yönetim kurulu üyelerinin vb. çıkar gruplarının menfaatinden üstün konumda olduğu yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Sulu, Muhammed, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul, Nisan 2019, s. 62.

²⁷ Alıcı, C.1, s. 168. Diğer taraftan 7129 sayılı Bankalar Kanununun 3. maddesinin gerekçesinde; “...Bankaların münhasıran anonim şirket şeklinde kurulmalarında lübnun ve fayda mülâhaza edilmektedir. Şöyle ki, bankacılık bugün ulaştığı tekâmül safhasında, yalnız ortakların menfatını istihdaf eden alelûmum ticaret şirketlerinden farklı bir mahiyet iktisab eylemiştir. Bu bakımdan, iktisadi hayattaki yeri ve ehemmiyeti gittikçe artan bu müesseseler için, idare ve murakabelerindeki demokratik esaslar ve temsil ettikleri sermaye kudreti ile anonim şirketler, bankaların bünye ve fonksiyonları ile en iyi tarzda imtizâç edebilecek şirket şekli olarak görülmektedir. Esasen memleketimizde revaç bulan hukukî şekil de bu olup, şimdiye kadar kurulan bankaların hemen hepsi bu şekilde taazzuv etmiş bulunmaktadır.” şeklinde ifade edilmek suretiyle, bankaların anonim şirket şeklinde kurulmasının gerekçesi ifade edilmiştir.

²⁸ Alıcı, C.1, s. 177.

gerektiğidir. Dolayısıyla, banka kurucu ortakları, yaptıkları başvuruda kendilerine ait bilgileri paylaşmak suretiyle şeffaflığı sağlayacaklardır²⁹.

Bankalar, anonim şirket şeklinde kurulan, yüksek düzeyde kar elde eden ve dağıtan ticari kuruluşlar olmanın yanında günlük hayatın her safhasına girmeleri nedeniyle vazgeçilmez bir konuma sahip, kamu düzeni ve kamu yararı ile sıkı ilişki içinde olan kuruluşlar olduklarından³⁰, kanun koyucu söz konusu kuruluşların yönetimine, ortaklık yapılarına, faaliyetlerine özel önem atfetmiştir³¹. Çünkü, hem tasarrufların korunması hem de kaynakların ekonominin ihtiyaçları yönünde aktarılmasını sağlama işlevlerini yerine getirirken, faaliyet alanları üzerinde taşıdığı hassasiyetler, bankaların daha sıkı denetlenmesi ve kontrol altında tutulması ihtiyacını doğurmuştur³². Dolayısıyla bu şart, özellikle karmaşık ortaklık yapılarının söz konusu olduğu banka anonim ortaklıkları bakımından büyük önem arz etmektedir.

Diğer taraftan, geçmiş bankacılık krizlerin meydana gelmesine sebebiyet veren yapısal sorunların incelenmesinden; ortaklık yapılarındaki bozulmaların ve denetime elverişsizliğin bankalarının faaliyetine ciddi şekilde sirayet etmesi, banka ortaklarının banka kaynaklarını kendi menfaatleri yönünde kullanmaları gibi birçok sorunla karşılaşan bankaların, faaliyetlerinin sona ermesi sonucu karşı karşıya kaldıkları görülmektedir³³. Dolayısıyla, bankaların mali bünyelerinin bozulmalarına yol açan sorunlar içerisinde ortaklığın yapısal sorunlarının da etkili olduğu dikkate alındığında, söz konusu sorunların giderilmesine yönelik düzenlemeler gerçekleştirilmesini sağlamıştır³⁴.

Bununla birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda, doğrudan ortaklık yapısı ve banka ortakları ile ilişkili olarak düzenlenen farklı hükümler bulunmakta olup, ilgili hükümlerin uygulanabilmesi için bankanın ortaklık yapısının açık, belirli ve ortaklarının tespit edilebilir olması gerekmektedir³⁵. Bu doğrultuda, ortaklık yapısının

²⁹ Battal, Bankacılık Kanunu Şerhi, s. 97.

³⁰ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 1. maddesinin gerekçesi.

³¹ Alıcı, C.1, s. 152.

³² Anayasa Mahkemesinin E.1985/16, K.1986/5, 04/03/1986 sayılı kararında da (R.G. Tarih-Sayı :09.05.1986-19102), bankaların önemine değinilmek suretiyle, devlet tarafından yakından izlenmesi ve denetlenmesinin gerekeceği ifade edilmiştir.

³³ Bumin, Mete/ Ateş, Ferhun, Sorunlu Bankaların Çözümlemesi Türkiye Deneyimi, Ankara 2008, s.49.

³⁴ Tuna, Kadir, "Bankalarda Yönetim Sorunlarının Çözümünde Kurumsal Yönetimin Rolü", TMSF Çatı Dergisi, S. 16. , Y. 2007, s. 39-42, s. 42; Özkurt, s. 179.

³⁵ Alıcı, C.1, s. 170.

açık ve ortakların kimler olduğunun tespit edilebilir olması ile Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun denetiminin etkinliğinin sağlanması için getirilen, belirli payların edinim ve devirlerinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun iznine tabi kılınması, banka hisselerinin nama yazılı olması, dolaylı pay sahipliğinin tespiti gibi hükümler, bankaların ortaklık yapılarının tespitine kanun koyucu tarafından ne kadar önem verildiğinin açık göstergesidir. Zira, ortaklık yapısının ve ortakların tespitine yönelik bu hükümler, kredi sınırları, sigorta dışında kalan mevduat ve katılım fonunun belirlenmesi, belirli önlemlerin alınmasının istenmesi gibi doğrudan ortaklara etki edecek şekilde ihdas edilen birçok hükmün uygulanması bakımından önem arz etmekte olup, bu hükümlerin uygulanması için banka ortak yapısının şeffaf ve açık olması önem arz etmektedir³⁶.

Nitekim, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 6 ncı maddesinin gerekçesinde ifade edildiği üzere; bankalarda, denetim ve gözetime elverişli olmak, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini koruyabilmek ve faaliyetlerini emin ve güvenilir bir şekilde icra edebilmek üzere oluşturulmuş iyi bir yönetim ile ortaklık yapısının varlığı aranmıştır.

B. Kuruculara İlişkin Şartların Sağlanması

Bankaların, bir yandan ortaklarının menfaatlerini, diğer yandan ise tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini koruma ve gözetme yükümlülüğü olmakla birlikte³⁷, bu yükümlülüğün sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesi, gerekli mali güç ve itibar içerisinde sevk ve idare ile mümkündür. Dolayısıyla banka yönetiminin, bankanın güvenli ve emin şekilde çalışmasında zafiyet göstermesi halinde, banka ortaklarının harekete geçmesi ile gerekli kararları alması gerekir³⁸. Diğer taraftan, banka ortaklarının güçleri sayesinde bankanın faaliyetlerini kendi menfaatleri doğrultusunda kullanmaları da mümkün olduğundan, bu durumda bertaraf edilmesi gerekmektedir. Bu nedenlerle, bankaların kurucu ortakları bakımından kanunda özel şartlar

³⁶ Alıcı, C.1, s. 177.

³⁷ Alıcı, C.1, s. 182.

³⁸ Alıcı, C.1, s. 183, aynı yönde bkz. Özkurt, s. 170.

öngörölmüş ve bir anlamda zorunluluktan kaynaklanan ağırlaştırılmış bir durum söz konusu olmuştur³⁹.

Bankaların kuruluşu sırasında sahip olması gereken şartlar ile birlikte kanun koyucu tarafından, banka kurucularının da sahip olması gereken şartlar da 5411 sayılı Bankacılık Kanununda ayrıca düzenlenmiştir. Böylelikle, kanun koyucu, banka anonim ortaklarının kurucularının, diğer sermaye şirketlerinin ortaklardan farklı olması gerektiğini, bir diğer deyişle banka kurucularının bu işe uygun kişiler olmasını zorunlu tutmuştur.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 8 inci maddesi uyarınca banka kurucu ortaklarının:

-İcra ve İflas Kanunu uyarınca müflis olmaması, konkordato ilân etmiş olmaması, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma başvurusunun tasdik edilmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması,

- Faaliyet iznini kaldırılan ya da temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, kısmen veya tamamen Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilen bankalarda veya 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce TMSF'ye devredilen bankalarda nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması,

- Tasfiyeye tâbi tutulan bankerler ile iradî tasfiye haricinde tasfiyeye tâbi tutulan finansal kuruluşlarda, faaliyet izni kaldırılan kalkınma ve yatırım bankalarında, ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılan kredi kuruluşlarında, Fona intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması,

- Belirli suçlar bakımından hüküm giymemiş olması⁴⁰,

³⁹ Özkurt, s. 170.

⁴⁰ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi; "Taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar bile mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca üç yıldan fazla hapis cezasıyla cezalandırılmamış olması veya mülga 3182 sayılı Bankalar

- *Gerekli malî güç ve itibara sahip bulunması,*
- *İşin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olması,*
- *Tüzel kişi olması hâlinde, risk grubu ile birlikte ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması,*

şartlarını sağlamaları gerekmektedir. Avrupa Birliği direktifleri ile Basel Bankacılık Gözetim ve Denetim Komitesi ilkeleri çerçevesinde, 4389 sayılı Bankalar Kanununda düzenlenen şartlar güçlendirilerek, kurucuların işin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olmaları ve tüzel kişi kurucuların risk grubu yapısı ile ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması esasları düzenleme altına alınmıştır. Söz konusu maddede düzenlenen şartların sağlanması ile bankacılık faaliyetinin gerektirdiği güven ve istikrarın sağlanması için, kurucuların daha etkin bir şekilde takibinin sağlanmak istenildiği görülmektedir.

Öte yandan, önceki başlık altında ayrıntılarına yer verildiği üzere, ortaklık yapısının Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun denetimini engellemeyecek şekilde şeffaf ve açık olması şartı, aynı zamanda tüzel kişi kurucular bakımından da önem arz etmektedir. Zira, madde kapsamında tüzel kişi kurucu ortakların da risk grubu ile birlikte ortaklık yapılarının şeffaf ve açık olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Böylelikle, bankanın kurucu ortağı olan tüzel kişinin ortaklık yapısında kimlerin var olduğunun bilinmesinin yanında, risk grubunu oluşturan gerçek ve tüzel kişiler de denetim ve gözetim alanına dahil edilmiştir.

Bu durum da nihayetinde göstermektedir ki, bankaların ortaklık yapıları, faaliyetleri bakımından büyük önem arz etmekte ve uluslararası standartlara uygun

Kanununun, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun, bu Kanunun ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun ve ödünç para verme işleri hakkında mevzuatın hapis cezası gerektiren hükümlerine muhalefet yahut mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunlar uyarınca basit veya nitelikli zimmet, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, karapara aklama veya Devletin şahsiyetine karşı işlenen suçlar ile Devlet sırlarını açığa vurma, Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar, vergi kaçakçılığı suçlarından veya bu suçlara iştiraktan hükümlü bulunmaması” şeklindedir.

olarak düzenlenen mevzuatımız da ortaklık yapılarının ortaya konulabilmesine, açık bir şekilde görülebilmeye büyük önem atfetmektedir.

Söz konusu şartlar, bankaların kuruluşunda mevcut olan kurucu ortaklar bakımından aranmakta ise de; tüzel kişi kurucuların gerçek iradelerini idare ve temsile yetkili organları vasıtasıyla göstermekte olması, bu iradeleri üzerinde güce sahip diğer gerçek kişi ortakların etkisi önem arz etmesi nedeniyle, bankaların tüzel kişi kurucu ortaklarının doğrudan veya dolaylı olarak nitelikli paya sahip gerçek kişi ortaklarının da kurucularda aranan şartları sağlanması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle, gerekçede de ifade edildiği üzere, gerçek kişi kurucularda aranan niteliklerin tüzel kişi kurucuların gerçek kişi nitelikli pay sahiplerinde de gözetilmesi öngörülmüş, getirilen bu hükümler ile sektör ve genel ekonomi ile topluma sosyo-ekonomik yansımaları olan bu faaliyet alanında, yönetime etki eden kurucuların, yüksek değerlere sahip kişilerden oluşması ve etkin denetimi engelleyecek yapılanmaların önlenmesi amaçlanmıştır.

Bu bağlamda, her ne kadar madde metninden hareketle, bu şartların sadece kurucularda aranan şartlar olarak değerlendirildiğinde iş bu tez çalışmasının konusu kapsamındaki hakim ortaklar da dahil kurucu ortaklar dışındaki ortaklar bakımından hüküm ifade etmeyeceği düşünülse de, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 18 inci maddesi çerçevesinde, "nitelikli paya sahip olan ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşıması" zorunluluğu olduğundan, hakim ortaklar bakımından da söz konusu şartlar önem arz edecektir.

III. HAKİMİYET

A. Genel Olarak Hakimiyet Kavramı

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, ortaklıkların türleri ve mevzuatımız uyarınca getirilen düzenlemeler dikkate alındığında, sermaye ortaklıklarının ülke ekonomisi ölçeğindeki önemi kuşkusuzdur. Çünkü sermaye ortaklıkları, niteliği itibarıyla birbirinden ayrı şekilde bulunan sermayeleri, belirli bir iktisadi amaca hizmet etmek amacıyla bir araya getirmekte ve bu şekilde atıl sermayeyi teşebbüslere dönüştürmek suretiyle ekonomik yapıda belirli bir yer kazandırmaktadır⁴¹. Nitekim bu hususta anonim şirket özelinde doktrinde yer bulduğu ifadesiyle; *anonim ortaklıklar, barajlara, regülatörlere benzerler. Tek başlarına işe yaramıyan yağmur sularını toplar, biriktirir, düzenler ve sonra yararlı bir şekilde bunları belirli alanlara yöneltirler*⁴².

Bu yönüyle, salt dağınık sermayelerin bir iktisadi amacın gerçekleştirilmesi amacıyla bir araya getirilmesi ile kurulan ortaklıklar, gerek tasarrufların zamanla artması, gerekse de zamanla değişen ve gelişen ekonomik hayatın ihtiyaçları ölçüsünde yeni yatırımlarda ve faaliyetlerde bulunma isteği, yeni ortaklıkların kurulması veya mevcut ortaklıkların daha karmaşık yapılar halini almasına yol açmıştır⁴³.

Bu çerçevede, gerek gelişmiş ekonomik örgütlenmeleri bulunan gerekse gelişmekte olan ekonomik yapıları bulunan ülkelerde şirketler; kıt kaynaklarını ortak bir amaca özgüleyebilmek, farklı alanlarda faaliyet göstermek, kazanç birikimlerini yatırıma dönüştürmek, daha fazla kâr elde edebilmek vb. amaçlar doğrultusunda çeşitli örgütlenmelere gitmekte ve ortak politikalar, hedefler ve amaçlar doğrultusunda hareket etmektedirler.

Bu açıdan, günümüz ekonomik düzeninde, şirketlerin iktisadi amaçları doğrultusunda gerçekleştirdikleri faaliyetlerin koordinasyonunu tesis etmek, faaliyetler için gerekli olan finansmanı sağlamak, sarmallaşmış yönetsel sorunların

⁴¹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara 2017, s. 261.

⁴² İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Gözden geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 1974, s. 1.

⁴³ Karayalçın, Yaşar, "Üst Kuruluşlar Hukuku", BATİDER, C.16 S. 1, Haziran 1991, s. 9.

çözümüne kavuşturmak gibi sebeplerle, oluşan yoğunlaşmaların üst bir düzey üzerinden kontrol edilmesi, yani bir başka deyişle süreçlerin yönetiminin ortak bir çatı altında alınacak kararlarla sağlanması ve nihayetinde daha rasyonel ve verimli çalışabilmek amacıyla şirketler arasında ortaklık yapılarında hakimiyet tesis edilmesi yoluna gidilmekte, hatta bu hakimiyetler suretiyle birtakım topluluklar oluşturulabilmektedir⁴⁴.

Ancak, hakimiyete sahip şirketlerin oluşturduğu yoğunluklar, işlem süreçleri ve karar alma mekanizmaları üzerindeki etkileri ile temelde yer alan menfaatler bir araya geldiğinde, menfaat çatışmaları oluşabilmekte ve bu durum hakimiyet altında kalanların aleyhine doğabilecek olumsuz sonuçlar ortaya çıkarmakta⁴⁵; kimi zaman ise karar alma süreçlerinde birlikteliği oluşturan şirketlerin politika farklılıkları sorunlar meydana getirmektedir. Bu nedenle, bu tür şirket yoğunlukları veya gruplaşmalar, yönelik çeşitli ülkelerin hukuk düzenlerinde menfaat gruplarının korunmasına yeni düzenlemelerin getirilmesi ihtiyacını doğurmuştur⁴⁶.

Bu kapsamda, mevzuatımız bakımından şirketler hukukunda hakimiyet ve buna bağlanan birtakım sonuçlar, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yeni bir kurum olarak düzenleme alanı bulan şirketler topluluğunu düzenleyen hükümlerde yer bulmuştur. Şirketler topluluğu, ilk defa 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195 ile 209 uncu maddeleri arasında düzenleme altına alınmış; hakimiyet, güvenden doğan sorumluluk, menfaatlerin gözetilmesi, şeffaflık hususlarında birtakım kurallar getirerek, şirketler topluluğu sistemi içerisinde yeni hukuki kavram ve mekanizmaların da hukukumuzda girmesini sağlamıştır⁴⁷. Ancak, her ne kadar hakimiyete ilişkin düzenlemeler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilmiş ise de, mezkur hükümlerde de hakimiyetin kavramsal olarak bir tanımının yapılmadığı görülmektedir⁴⁸.

⁴⁴ Karayalçın, s. 11; Uygun, İbrahim Doğan, Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hâkimiyet, İstanbul 2015, s. 1.

⁴⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 34.

⁴⁶ Nilsson Okutan, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 2; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 34.

⁴⁷ Uygun, s. 2; Göktürk Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara 2015, s. 7.

⁴⁸ Şener, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Gözden geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2015, s. 168.

Hakimiyet, sözcük anlamı itibariyle; egemen olma durumu olarak, kimseye bağımlı olunmayan, hiçbir kısıtlama veya denetime bağlı olmaksızın yönetimin sürdürülmesi anlamına gelmekte olup⁴⁹, şirketler bakımından hakimiyet ise; bağımsız ve tek başına hareket edebilme, bağımsız karar alabilme gücünün elde bulundurulması, şirketin yönlendirilebilme ve faaliyetlerini nasıl gerçekleştireceğini belirleyebilme gücüne sahip olunması⁵⁰, bir başka deyişle bir şirketin yönetimine fiilen hakim olunması anlamına gelmektedir⁵¹.

Anonim ortaklıklarda ortaklığın yönetimi, ortaklığın sevk ve idaresinden sorumlu bir organ olarak bir karar alma uygulama gücüne sahip, ortaklardan ayrı özel/bağımsız bir kurulu oluşturmaktadır⁵². Ortaklık üzerinde meydana gelen hakimiyet ise, şirketler hukuku bakımından en genel anlamıyla şirket işlerinin yönetimine ilişkin kararların alınmasında etkili olabilme, bir diğer deyişle yönetimi yönlendirebilme hali olarak ifade edilebilecektir⁵³.

Bu çerçevede, hakimiyetin tesisi araçlarına iş bu tez çalışmasının ilerleyen bölümünde ayrıntılarıyla yer verilecek olmakla birlikte, hakimiyet kavramının düzenlendiği 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca; bir ticaret şirketinin bir diğer ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak *oy haklarının çoğunluğuna sahip olması, şirket esas sözleşmesi uyarınca yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu oluşturur sayıda üyeyi belirleme hakkına sahip olması, kendi oy haklarının yanında sözleşmesel yolla tek başına, diğer pay sahipleriyle yahut ortaklarla birlikte oy hakkının çoğunluğu oluşturuyorsa* bu durumda hakim konumunda olan bir şirketin varlığı söz konusu olacaktır. Öte yandan, yine aynı maddenin (b) bendi uyarınca ise *“bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketini sözleşmesel ya da başka suretle hakimiyeti altında tutması”* halinin varlığı durumunda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde bir şirketin hakim şirket, diğer şirketin ise bağlı şirket olduğu kabul edilmektedir.

⁴⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü, İstanbul 1992, s. 434.

⁵⁰ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu Hukuku, s. 35.

⁵¹ Küçükgüngör, M. Aslı, “Banka Hukukunda Hakim Ortak Kavramı ve Hakim Ortakların Hukuki Durumu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 26, S. 3, Eylül 2010, s.129-159, s. 135.

⁵² Paslı, Ali, “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, İUHFM C. 66 S. 2, 2008. 345-357, s. 345.

⁵³ Yeşiltepe, Salih Önder, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, Güncellenmiş 2. Baskı, Nisan 2015, s. 62.

Diğer taraftan, elbette ki bir ticaret ortaklığının başka bir ticaret ortaklığının paylarının çoğunluğuna sahip olması hakimiyet ilişkisinin varlığını gösteriyor olabilecek ise de, bunun mutlak anlamda bir hakimiyet ilişkisi kuracağı söylenemez. Zira, her durumda bir ortaklığın başka bir ortaklığın paylarının çoğunluğuna sahip olması, çoğunluğa sahip olan ortağın ortaklık üzerinde hakim olduğu, bir diğer ifade ile yönetimini kontrol edebileceği anlamına gelmeyeceğinden, bu durumun aksinin ispatlanabilmesi mümkündür⁵⁴.

Bu noktada ifade etmekte gerekir ki, doktrinde kanun koyucunun şirketler topluluğunun düzenlenmesinde kullandığı “kontrol” yahut “hakimiyet” kavramlarının hangisini temel aldığı yönünde farklı değerlendirmeler bulunmaktadır⁵⁵. Zira, şirketi yönlendirme halinin bu imkanı veren vasıtaların (yönetim kurulu üyelerinin yoğunluğunu belirleyebilme, oy oranlarının çoğunluğunu elinde bulundurma vb.) elde bulundurulması söz konusu ise *kontrol*⁵⁶, matematiksel şekilde hesaplanan oranlar şeklinde birtakım vasıtalar üzerinden değil de yönetime fiilen hakim olma halinin varlığının aranması durumu ise *hakimiyet* kavramı ile ifade edilmektedir⁵⁷.

Ancak, her ne kadar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun gerekçesinde; kontrol sisteminin esas alındığı ifade edilmiş ise de, madde metninde kontrol kavramı yerine hakimiyet kavramına yer verildiği görülmektedir. Dolayısıyla kontrol ve hakimiyet kavramları iç içe geçmiş olup, doktrinde hakimiyet kavramının kontrolün aksine daha geniş olması nedeniyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun lafzında hakimiyet kavramına yer verildiği ifade edilmektedir⁵⁸. Dolayısıyla, hem fiili yönlendirme halini elde bulundurmaya imkan veren araçların varlığı hem de fiilen hakimiyetin elde bulundurulması durumlarının kabulü nedeniyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu iki kavramın varlığını kabul ederek hakimiyet esasını benimsemiştir⁵⁹.

⁵⁴Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015, s. 627; Birgili, Fatih/ Demirkapılı, Ertan, Şirketler Hukuku, Bursa 2012, s. 123; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 164; Barlas, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2012, s. 234; Şener, s.172.

⁵⁵ *Kontrol ölçütünü esas aldığı yönünde*; Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C.1, Ankara 2014, s. 309; Uygun, s. 13; *Hakimiyet ölçütünü esas aldığı yönünde*; Yeşiltepe, s. 142; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 98.

⁵⁶ Uygun, s.13; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 81.

⁵⁷ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 82.

⁵⁸ Uygun, s. 14.

⁵⁹ Yeşiltepe, s.142.

B. 5411 Sayılı Bankacılık Kanununda Düzenlenen Hakimiyete Özgü Kavramlar

1. Genel Olarak

Geçmiş yıllarda Türk Bankacılık Sektöründe, kurulan bankaların hakim ortakların yahut ailelerin bankası olması düşüncesi ile birlikte bunların malvarlıklarının da kendilerinin veya ailelerinin malvarlığının aktif kısmı⁶⁰ olarak görülmesi düşüncesi, banka kaynaklarının suistimaline yol açmış, çok sayıda gerçek ve tüzel kişinin aracı olarak kullanılması suretiyle dolanlı işlem gerçekleştirilmiş⁶¹, meydana gelen krizlerin sonucunda bankaların çöküşüyle birlikte ortaya çıkan suistimalin boyutları dikkate alındığında, söz konusu suistimaller ekonomik hayata büyük zararlar vermiştir⁶².

Bankacılık mevzuatında da, zaman içerisinde yaşanan deneyimin yansımaları görülmeye başlamış, özellikle banka ortaklarının ve yöneticilerinin banka kaynaklarının suistimaline yol açan davranışlarının engellemesi, banka kaynaklarının onların ortağı durumunda olanların malvarlıklarından ari olduğunun ortaya konulması ve güven ve istikrarı zedeleyici ortaklık davranışlarının yaptırıma tabi tutulması ihtiyacı doğmuştur.

3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun yetersizliği nedeniyle 4389 sayılı Bankalar Kanunu hazırlanmış, hakim ortakların suistimalinin sonuçlarını bertaraf etme amacına yönelik sorumluluk hükümleri ihdas edilmiş; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile birlikte ise, denetim mekanizmaları ile daha müdahaleci bir yaklaşım sergilenmeye

⁶⁰ Malvarlığı kavramının gerek aktifleri, gerekse pasifleri kapsayacağı yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Eryiğit, Harun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul, Eylül 2010, s. 7, dñn.2.

⁶¹ Yalçın, Taner, "Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Şubat 2008, s. 277. Dolanlı işlemlere ilişkin ayrıntılı açıklamalarımıza çalışmamızın "(a). Banka Kaynaklarının Doğrudan, Dolaylı veya Dolanlı Kullanımı" başlıklı bölümünde yer verilmiş olmakla birlikte, ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 262.

⁶² Özkurt, s. 4.

başlanarak, hakimiyet ilişkisinin varlığı ve sonuçları ayrı ayrı düzenlenerek, geçmiş yıllarda yaşanan hakim ortak suistimallerinin önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda şirketler topluluğu hükümleri içerisinde hakimiyete ilişkin düzenlemelere yer verilmiş ise de, banka anonim ortaklıkları bakımından hakimiyet ilişkisinin ortaya konulmasında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda farklı kavramların kullanıldığı görülmektedir. Bu bakımdan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu açısından ortaklık yapılarında hakimiyetin ve hukuki sonuçlarının ortaya konulabilmesi bakımından mezkur kanunda yer verilen ve 6102 sayılı Ticaret Kanunu'nda yer verilen hakimiyetin yansıması olan kontrol, hakim ortak, ana ortaklık-bağlı ortaklı doğrudan-dolaylı pay sahipliği kavramlarının açıklanması ile onların hukuki nitelendirmesinin ortaya konulması gerekmektedir.

2. Kontrol Kavramı

Anonim ortaklıklar bakımından söz konusu olan hakimiyet ilişkisinin banka anonim ortaklıklarında yansıması olarak “kontrol” kavramı karşımıza çıkmaktadır. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen ve banka anonim ortaklıklarındaki ortaklık hakimiyetine bağlanan sonuçlar, kontrol kavramı üzerinden tanımlanmakta ve esas kriter olarak kabul edilmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda hakimiyete ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi adına bankanın kim ya da kimler tarafından kontrol edildiğinin bilinebilir olması gerekmektedir⁶³. Dolayısıyla hakimiyet ilişkisinin çerçevesinin belirlenmesi amacıyla, öncelikle kontrol kavramına değinilmesi uygun olacaktır.

Bu çerçevede, öncelikle belirtmek gerekir ki, her ne kadar kanun koyucu tarafından kavramsal kullanım olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda “*kontrol*” kavramı tercih edilmiş ise de, kontrol kavramının çizdiği çerçeve dikkate alındığında, kanun koyucunun bankanın fiili hakiminin kim olduğunun tespitine yöneldiği görülmektedir. Zira, kavramın tanımından, kontrolün tesisinin muhtelif ölçütler ile birlikte “veya herhangi bir suretle” olabileceğini öngördüğü, bu nedenle de iş bu çalışmamızın “*A.Genel Olarak Hakimiyet Kavramı*” başlıklı bölümünde de ifade

⁶³ Alıcı, Bankacılık Kanunu Şerhi, C. 1, s. 75.

edildiği üzere, fiili hakimiyeti aradığı dikkate alındığında, kavramın daha genel bir kavram olan “hakimiyet” olarak değerlendirildiği görülmektedir⁶⁴. Dolayısıyla, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında kontrol kavramı kullanılmış ise de, hakimiyet kavramı ile aynı mahiyette kullanılmaktadır⁶⁵. Nitekim, Kanunun koyucunun kontrolü elinde bulunduranlar açısından kullandığı kavramın da “*hakim ortak*” olduğu dikkate alındığında, kontrol kavramının hakimiyet ile paralel bir kullanımda olduğu görülmektedir.

Bu kapsamda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 3 üncü maddesi uyarınca kontrol; “*bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgarî yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasını*” ifade etmektedir. Söz konusu tanımdan da anlaşılacağı üzere, kontrol araçlarının ifade edilmesi suretiyle, bir banka anonim ortaklığının kontrolünün ne anlam ifade ettiği ortaya konulmuştur.

Söz konusu kontrol tanımlanmasına bakıldığında, kanun koyucunun sermayenin çoğunluğuna sahip olunmasının gerekmediğini vurgulaması ile de salt kontrol araçlarının varlığını değil, aynı zamanda banka anonim ortaklığın genel kurulundaki fiili hakimiyeti esas aldığı görülmektedir⁶⁶. Bu yönüyle vurgulamak gerekir ki, banka anonim ortaklıklarında kontrolün varlığı bakımından en önemli nokta, kontrolün varlığı dolayısıyla banka anonim ortaklığının yönetim kurulunda karar alma yahut aldırma gücüne sahip olunmasıdır. Bu nedenle, kontrolün varlığı için, mutlaka yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunun atanabilecek olması

⁶⁴ Uygun, s.35. Yazar, aynı zamanda, “*veya herhangi bir suretle*” ifadesinin kullanılması ile, gözden kaçabilecek noktaların maddeye dahil edildiğini, kontrol araçlarını belirli kalıba sokmaktan çıkardığını, bu yönüyle genişletici bir nitelik arz ettiğini ifade etmektedir.

⁶⁵ Turanboy, Asuman, “Bankacılık Kanunu’nda Düzenlenen Hakim Ortak Kavramı”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 2115-2122, s. 2122; Altay, Sıtkı Anlam, Hukuki Açından Banka Anonim Ortaklığı, İstanbul 2019, s. 32; Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 157.

⁶⁶ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 89; Cengiz, Dilek, “Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler”, MÜHFHAD, C. 23, S. 1, Mayıs 2017, s. 371-440, s. 400.

gerekmektedir⁶⁷. Ancak, bu gücün tek başına ya da güç birlikteliği yapan bir grup tarafından elde edilmesinin kontrolün mevcudiyeti bakımından bir farklılığı bulunmamaktadır⁶⁸.

Ancak, madde metninden de görüldüğü üzere, kanun koyucunun kontrol kavramını tanımlarken üzerinde durduğu nokta, yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alabilme gücünün elde bulunup bulunmadığıdır. Hal böyle iken, madde, sadece şekli bir kriter belirleyerek yönetim kurulu üyelerinin atanması ve görevden alınması gücünün elde bulundurulmasına sonuç bağlamış, yönetim kurulunun herhangi bir suretle karar almasına etki edilip edilmediğini kıstas olarak belirlememiştir. Bir başka ifade ile, yönetim kurulu üyelerinin atanıp görevden alınması üzerinden kontrol kavramını tanımlanarak, yönetim kurulunu karara esas çoğunluğunun atanabilmesi veya görevden alınabilmesi gücünün elde bulundurulması, kontrolün varlığı için kriter olarak kabul edilmiştir⁶⁹.

Bu nedenle, yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünü elinde bulunduruyor olmayı, yönetim kurulu üyelerinin kararlarını da bu irade çerçevesinde alacakları gibi bir varsayım üzerinden değerlendirmiş ise de, kanaatimizce madde metninin lafzı, hakimiyetin varlığının sınırlı kriter üzerinden tespit edilmesi yolunun tercih edildiğini, yani bir başka deyişler yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme gücünün bulunmasının kontrole işaret ettiğini göstermekte olup, yönetim kurulu kararlarının alınmasına etki edilip edilmediği üzerinde durulmamıştır.

Ancak, kontrolün varlığının yönetim kurulunu atayabilme ve görevden alabilme gücünün tespiti ile belirlenmesi, yönetim kurulunun kararlarına etki edilip edilmediğinin tespitine nazaran daha somut ve şekli kalacağından, kanun koyucunun kontrolün belirlenmesini şekli kriter üzerinden belirlenmesinin hukuk güvenliği açısından daha isabetli olduğu ifade edilmiştir⁷⁰. Kanaatimizce de, yönetim kurulunun kararına etki etmenin tespitinin, yönetim kurulunun oluşumuna etki etmenin tespitinden daha zor olacağı dikkate alındığında; karar üzerinden değil, yönetim kurulu

⁶⁷ Reisoğlu, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.1, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015, s. 258.

⁶⁸ Battal, s. 68.

⁶⁹ Ayrıntılı eleştiri için bkz. Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 90.

⁷⁰ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 90.

üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün bulunup bulunmamasının tespiti hukuk güvenliği açısından daha doğru olacaktır.

Diğer taraftan, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda kontrol kavramı yerine, “yönetim ve denetimini elinde bulundurma” ifadesi kullanılmış ise de, mer'i 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu kontrol kavramının kullanımı tercih edilerek, kavramın tanımına ayrıntılı şekilde yer verilmiş ve 4389 sayılı Bankalar Kanununda yer verilen ifadeden uzaklaşmıştır. Bu suretle, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda yer verilen ifadenin aksine, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer verilen kontrolün varlığı için banka anonim ortaklığının denetiminin elinde bulundurulması haline kontrolün kapsamında yer verilmemiş ve kontrolün varlığı için sadece yönetimin hakimiyetinin elinde bulundurulması yeterli olarak görülmüştür⁷¹.

3. Hakim Ortak Kavramı

a. Genel Olarak

Banka anonim ortaklıklarında hakimiyetin ve buna bağlanan sonuçların ortaya konulabilmesini teminen, üzerinden durulması gereken bir diğer önemli kavram “hakim ortak” kavramıdır. Zira, bankacılık mevzuatı bakımından, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun banka hakimiyetine ilişkin hükümleri ihdas ettiği alanlarda, kontrol ilişkisinin varlığını merkeze oturtan hakim ortak kavramına birtakım sonuçlar bağlamıştır. Bu nedenle, bir bankada “hakim ortak” sıfatını haiz olmak özel önemi haizdir.

Bu çerçevede, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3 üncü maddesinde önceki başlık altında ifade edilen “kontrol” kavramı ile ilişkili şekilde hakim ortak kavramının tanımlanması yoluna gidilmiştir. Söz konusu madde uyarınca hakim ortak; doğrudan ya da dolaylı olarak bir ortaklığı tek başına ya da birlikte kontrol eden tüzel veya gerçek kişiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla, bankanın yönetimi üzerinde esas olarak söz sahibi olan ve banka yönetimi tarafından alınacak kararların alınmasında etkili

⁷¹Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 157; Küçükgüngör, s. 135; Turanboy, s. 2116.

olarak bir anlamda bankayı yönlendiren, kontrolü altında tutan gerçek veya tüzel kişilerin “hakim ortak” olduğu ifade edilmiştir.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere, kanun koyucu banka anonim ortaklığında hakimiyeti oluşturabilecek her ihtimali değerlendirmek suretiyle, öngördüğü ihtimalleri kontrol tanımının kapsamına dahil etmeye çalışmış, banka anonim ortaklığının ortağının doğrudan kendi sahip olduğu paylar üzerinden tesis edeceği bir hakimiyet prensibinden daha geniş bir çerçeve belirlemiş; tek başına veya birlikte, doğrudan ya da dolaylı olarak oluşabilecek herhangi bir hakimiyet alanına hukuki sonuç bağlamak istemiştir. Şayet, birlikte hakimiyetin tesis edilmesi suretiyle pay sahipleri birliktelik oluşturmuşlar ise, bu durumda artık hakim ortaklardan söz edilecektir⁷².

Bu noktada ifade etmek gerekir ki, her ne kadar kanun koyucu tarafından, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında “hakim ortak” kavramı kullanılmış ise de, yukarıda ifade edildiği şekilde hakim ortak kavramının temelini, “kontrol” kavramından üzerinden oluşturulması nedeniyle, teknik anlamda bir banka ortağı olmaktan söz etmek yerinde olmayacaktır. Zira, doğrudan ya da dolaylı olarak bir ortaklığı tek başına ya da birlikte kontrol eden tüzel veya gerçek kişi hakim ortak olarak ifade edilmekte olduğundan, bu durumda “hakim ortak” sıfatını haiz olmak için banka ortağı olma zorunluluğu bulunmamaktadır⁷³. Dolayısıyla hakim ortağın tespiti açısından üzerinde durulan nokta hissedarlık ilişkisi değil, tüzel kişiliğinin yönetiminin kimin elinde bulunduğu olarak kabul edilmektedir⁷⁴.

Bir başka inceleme noktası olarak değerlendirmek gerekir ki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun hakimiyet çerçevesi, bir ticaret şirketinin bir başka ticaret şirketi üzerinde tesis edeceği hakimiyet ile birlikte, bir şirketin bir teşebbüs tarafından hakimiyet altında bulundurulmasını da içermektedir. Zira 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 195 inci maddesinin beşinci fıkrası uyarınca, şirketler topluluğu hakiminin bir teşebbüs olması halinde yine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’ndaki

⁷² Battal, s. 70; Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 156; Reisoğlu, C. 1., s. 262.

⁷³ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 89. Yazar, bu açıdan kavramsal olarak “hakim ortak” yerine, “hakim kişi” kavramının kullanılmasının yerinde olacağını değerlendirmektedir. Diğer taraftan, fiilen pay sahibi olunmasının gerekmediği yönünde bkz. Doğrusöz, Hanife, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, İstanbul 2010, s.242; Özkurt, s. 169.

⁷⁴ Özkurt, s. 169.

şirketler topluluğuna ilişkin hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Oysa ki, banka anonim ortakları bakımından hakim ortak niteliği yalnızca gerçek veya tüzel kişiye izafe edilmiştir. Dolayısıyla, bir bankada yalnızca gerçek ya da tüzel kişi hakim olabilecektir. Bu nedenle, tüzel kişiliği haiz olmayan bir kişi ya da mal topluluklarının, özellikle yatırım fonları, adi ortaklıklar veya yabancı ortaklıkların⁷⁵ bankanın hakim ortağı olabilmesi mümkün değildir⁷⁶.

b. İlişkili Kavramlar

(1) Nitelikli Pay Kavramı

Banka anonim ortaklıklarında, hakimiyeti açıklayan kavramlar 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen "hakim ortak" ve "kontrol" kavramları olmakla birlikte, aynı kanun yine hakimiyetle ilişkili olabilecek başkaca kavramlara da yer verilmektedir.

Bu kavramlardan birisi de, 5411 sayılı Bankacılık Kanununda kavram olarak kendine yer bulmuş ve kendisine belirli hüküm ve sonuçlar bağlanmış olan kavramlardan "nitelikli pay" kavramıdır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca nitelikli pay, bir bankanın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa bile yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları ifade etmektedir. Kanun koyucu bir anlamda banka anonim ortaklığının yönetiminde diğer ortaklara nazaran bu tür paylara sahip olan ortakların daha etkili olabileceğinden bahisle bu kavrama önemli sonuç bağlamış⁷⁷ ve bu paya sahip olanların birtakım şartları haiz olması gerektiği hüküm altına alınarak,

⁷⁵ Tüzel kişiliği olmayan toplulukların veya yabancı ortaklıkların (partnershiplerin) banka ortağı olamayacaklarına ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 158. Yabancı ülke hukuklarında tüzel kişiliği bulunmayan partnerships için bkz. Abdelfatah, Sema, Tüzel Kişiliği Olmayan Ortaklıklarda Yönetim, Ankara, 2017, s. 21. Bu doğrultuda, örneğin İngiliz Hukukunda, "General Partnership"lerin, Türk hukukundaki kollektif ortaklıklara benzetmekle birlikte tüzel kişiliğinin bulunmadığı, bu nedenle tüzel kişilik açısından adi ortaklıklara benzediği yönünde bkz. Okan, Neval, "İngiliz Ortaklıklar Hukukunun Kaynakları, Ortaklıkların Sınıflandırılması ve Tüzel Kişiliği Bulunmayan Ortaklıklar", Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Y. 2009, C. 4, S. 2, s. 110.

⁷⁶ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 156; Turanboy, s. 2119.

⁷⁷ Alıcı, C. 1, s. 80; Özdamar, Mehmet, "Türk Hukukunda Nitelikli Pay Kavramı", Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.3, Ankara 2009, s.720.

bankanın ortaklık yapılarına ayrı bir önem atfedilmiş, bankacılık sistemi için güven tesis etmekten uzak, bankanın vizyon ve misyonu içerisinde belirlenen faaliyetleri gerçekleştirebilme ehliyetinden yoksun, gerekli dürüstlük ve yeterliliğe sahip olmayan kişilerin banka ortağı olmasının önüne geçilmek istenilmiştir⁷⁸.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, banka anonim ortaklığının imtiyazlı paylarını elinde bulundurmak suretiyle banka nitelikli pay sahibi ortak sıfatını haiz olan bir ortağın, yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme veya görevden alma gücünü elinde bulundurması halinde, bu durumda söz konusu ortak aynı zamanda hakim ortak sıfatına sahip olacaktır. Bu bakımdan, banka anonim ortaklığının yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylarını elinde bulundurmak suretiyle nitelikli paya sahip ortağın banka anonim ortaklığını kontrol etmesi mümkün olabilecektir⁷⁹. Dolayısıyla, nitelikli paya sahip ortak, tek başına veya diğer ortaklarla birlikte banka anonim ortaklığını kontrol ediyor konumda ise, bu durumda hakim ortak olarak kabul edilecektir⁸⁰. Bu açıdan, hakimiyeti sağlayacak paylara sahip olma, “amaçsal yönden” nitelikli paya sahip olmayı da kapsayacağı, bu nedenle de nitelikli paylar açısından uygulanacak hükümlerin, hakimiyeti sağlayan paylar bakımından da uygulanacağı ifade edilmektedir⁸¹.

(2) Doğrudan-Dolaylı Pay Sahipliği

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda hakim ortak olabilmenin unsurlarından birisi de, banka anonim ortaklığının doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilmesi halinin varlığıdır. Bu bakımdan, her ne kadar kanun koyucu 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda hakim ortağı tanımlarken doğrudan ya da dolaylı kontrol kavramlarına yer vermiş ise de, söz konusu kavramları ayrıca bir tanımlama yoluna gitmemiştir.

⁷⁸ Nitekim, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 18 inci maddesinde, nitelikli paya sahip ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşımak zorunda oldukları, aksi takdirde nitelikleri kaybetmeleri halinde söz konusu ortakların temettü dışındaki ortaklık haklarından yararlanamayacakları hüküm altına alınmıştır.

⁷⁹ Özkurt, s. 165.

⁸⁰ Cengiz, s. 404.

⁸¹ Altay, s. 32. Yazar, hakimiyetin tesis edilmesine yol açan payların, nitelikli pay olmayı da kapsayacağını; amaçsal olması yönünden konulan çekincenin ise, her nitelikli paya sahip olunmadan da hakim pay sahipliğinin olabileceği, ancak amaçsal açıdan kanun koyucunun belirli bir güce sonuç bağlaması nedeniyle nitelikli paya ilişkin hükümlerin de hakimiyet bahşeden paya uygulanması gerektiği görüşündedir.

Ancak, her ne kadar tanımı yapılmamış ise de, bu noktada doğrudan ya da dolaylı olarak kontrolün tesisini sağlayan husus pay sahipliği olduğundan, bu iki ayrıma pay sahipliği üzerinden bir tanımlama yapmak mümkündür. Bu açıdan doğrudan kontrol, banka anonim ortaklığının ortak veya ortaklarının hakim ortak durumunda olması durumunu ifade etmekte iken, dolaylı kontrol banka anonim ortaklığının dolaylı pay sahipliği yoluyla kontrolünün sağlanması halini ifade etmektedir⁸².

Diğer taraftan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda dolaylı kontrole ilişkin bir tanıma yer verilmemiş ise de dolaylı pay sahipliği kavramına yer verilmiştir⁸³. Kanunun 5 inci maddesinde dolaylı pay sahipliği düzenlenmiş olup; mezkur madde uyarınca dolaylı pay sahipliği, gerçek kişiler bakımından, 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 alınması; tüzel kişiler bakımından ise, bunlara ait paylar ile bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınması sonucu ortaya çıkan pay sahipliği durumudur. Yani gerçek veya tüzel kişilerin merkeze alınması suretiyle, başkaları üzerinden oluşturdıkları pay sahipliğinin dolaylı olarak tespit edilmesidir. Bu nedenle, dolaylı pay sahipliği, bir gerçek ya da tüzel kişinin doğrudan banka anonim ortaklığındaki pay sahipliğinden kaynaklanmayan; mülkiyete dayanmayan, varsayımsal, hesabi olan⁸⁴ ve dolaylı olarak sahip olunan paylarının hesaplanmasını sağlayan bir kavramdır⁸⁵.

Bu kavram, görünüşte farklı kişilere ait olan payların, fiili hakimiyetin tesisi bakımından aslında kimin elinde bulunduğunun tespit edilmesi bakımından öneme sahiptir. Zira, görünüşte bağımsız olan farklı pay sahiplerinin payları, doğrudan paya sahip olanların aralarındaki ilişkilerden kaynaklı olarak aynı doğrultuda kullanıma yol açacak şekilde bir birliktelik yaratarak yönetime etki edebilecek, böylelikle bir hakimiyet oluşturabilecektir. Bu nedenle yasa koyucu, dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesi suretiyle, arka plandaki fiili hakimiyetinin bulunmasını istemiştir. Dolayısıyla,

⁸² Alıcı, C.1, s.78; Reisoğlu, C.1, s.258.

⁸³ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 159.

⁸⁴ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 155.

⁸⁵ Alıcı, C.1, s. 139.

dolaylı pay sahipliği, nitelikli paya sahip olmaya ve hakim ortak olmaya bağlanan sonuçların uygulanmasını sağlama amacını yerine getirir⁸⁶.

Nitekim madde gerekçesinde de, pay sahipliğinin etkin bir şekilde izlenebilmesi gayesine vurgu yapılmak suretiyle maddenin getiriliş amacına değinilmiş ve ortaklık yapısının, genel kurulda doğrudan oy kullanan kişilerden ziyade, oyların aynı doğrultuda kullanılmasına neden olacak aile ve ortaklık ilişkileri çerçevesinde değerlendirilmesi suretiyle yönetim ve denetimin belirlenmesinde veya işleyişinde etkili olan kişilerin tespiti amaçlandığı ifade edilmiştir.

Görüleceği üzere kanun koyucu, ailevi, ekonomik, menfaat vb. sebeplerle dahi olsa, ortak olarak görülmek istemeyen, ancak dolaylı suretle de banka anonim ortaklığında söz sahibi olmak isteyen kişilerin tespiti ve kanunun dolanılmasının engellenmesi için bu yönde bir düzenleme yapmıştır.

Bu bakımdan, dolaylı pay sahipliğinin yukarıda yer verilen kriterler çerçevesinde tespiti neticesinde kontrolün belirlenmesi halinde, bu durum kontrolün dolaylı pay sahipliği yoluyla gerçekleştirilmesi anlamına gelecektir.

IV. HÂKİMİYETİN TÜRLERİ

A. Hakimiyetin Tesisi Bakımından

1. Doğrudan Hakimiyet

Anonim ortaklıklarda oluşan hakimiyet ilişkisi, çeşitli sınıflandırmalar altında ifade edilmektedir. Hakimiyet ilişkisinin kuruluşu, tarafları, hakimiyetin niteliği farklılıklar gösterebilmektedir. Bu bakımdan, hakimiyetin türü de oluşan farklılıklar neticesinde değişebilmekte olup, hakimiyetin sınıflandırmasının, hakimiyetin tesisi, kapsamı ve hakim olanların sayısı bakımından yapılan ayrımlar yönüyle irdelemek mümkündür⁸⁷.

⁸⁶ Altay, s. 35.

⁸⁷ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 143; Gürel Murat, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk”,

Bu kapsamda, hakimiyetin tesisi bakımından yapılan ayrım; hakimiyetin bizatihi hakim ortak aracılığı ile mi, yoksa başka ortaklar vasıtasıyla mı tesis edildiği yönünden yapılan ayrımdır.

Ticaret şirketleri bakımından Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğunda hakim ve bağlı şirketi düzenleyen 195 inci maddesinde de, hakimiyetin doğrudan ya da dolaylı olarak sağlanabileceği hüküm altına alınmış iken; banka anonim ortaklıkları bakımından ise 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda da aynı şekilde kontrolün doğrudan ya da dolaylı olabileceği ifade edilerek, kontrolün “pay sahipliği durumuna” göre doğrudan ya da dolaylı kontrol olarak gerçekleşmesinin mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır.

Bu kapsamda, şayet hakim ortak, bağlı ortak üzerindeki hakimiyetini herhangi bir vasıtaya gerek kalmaksızın, doğrudan kendisi sağlıyor ise bu hakimiyet doğrudan hakimiyet olarak adlandırılmaktadır⁸⁸. Zira doğrudan hakimiyette hakim ortak, elindeki hakimiyet aracını doğrudan ortaklığın üzerinde kullanabilmektedir. Dolayısıyla, hakimiyetin tesisi için üçüncü bir kişinin varlığına ihtiyaç duyulmaz. Örneğin; hakim ortak şirket üzerinde o şirketin yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilme hakkına sahipse, bu durumda hakim ortak hakimiyetini doğrudan tesis etmektedir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu bakımından ise; bir gerçek ya da tüzel kişinin, bir banka anonim ortaklığını sermayesinin %50+1'ine sahip olması⁸⁹ ve bu nedenle banka yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu atayabilmesi veya görevden alabilmesi mümkün ise veya banka anonim ortaklığının sermayesinin %51 ine sahip olması şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan sahip olması veya bu çoğunluğa sahip olmamakla birlikte imtiyazlı hisseleri elinde bulundurmak suretiyle veya diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunmak suretiyle veya herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas

Yayınlanmamış YL. Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009, s. 40; Uygun, s. 14; Akın İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara 2014, s. 57.

⁸⁸ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 148; Uygun, s. 15.

⁸⁹ Her ne kadar 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda yer alan “kontrol” tanımında, “...sermayesinin, asgarî yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın...” denilmekte ise de, bu oranın %50+1 olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Aynı yönde, bkz. Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s.157.

çoğunluğunu atayabilme veya görevden alma gücüne sahipse, bu durumda o gerçek veya tüzel kişi doğrudan kontrolü elinde bulunduruyor anlamına gelecektir.

2. Dolaylı Hakimiyet

Dolaylı hakimiyet, hakimiyetin tesisi bakımından yapılan ayırımın bir diğer türü olup; hakim ortağın tesis ettiği hakimiyetin doğrudan kendisi tarafından tesis edilememesi, bir diğer ifade ile üçüncü kişilerin aracılığı veya onlarla birlikte hakimiyetin tesis edilmesi söz konusu ise, bu şekilde tesis edilen hakimiyete dolaylı hakimiyet denilmektedir⁹⁰.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 195 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması hali, dolaylı hakimiyet olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla, örneğin A şirketinin, B Şirketinin oy haklarının çoğunluğuna sahip olması, B şirketinin ise C şirketinin yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilme hakkına sahipse, bu durumda A şirketi C şirketi üzerinden herhangi bir doğrudan hakimiyet ilişkisi kuramamış olsa da B şirketi vasıtasıyla C şirketi üzerinde hakimiyeti söz konusu olacaktır. İşte bu durumda A Şirketinin, C şirketi üzerinde dolaylı hakimiyeti söz konudur.

Diğer taraftan, banka anonim ortaklıkları bakımından ise, “*doğrudan-dolaylı pay sahipliği*” başlığı altında ayrıntılı şekilde ifade edildiği üzere, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda dolaylı kontrole (hakimiyete) ilişkin bir tanımlamaya yer verilmemiş ise de, aynı kanunun 5 inci maddesinde dolaylı pay sahipliği kavramının düzenleme altına alınması nedeniyle dolaylı kontrolün varlığının bu suretle tespiti mümkün bulunmaktadır.

Örneğin, (A)’nın X Bank A.Ş.’de 10% oranında ortak olduğu, (A)’nın eşi (B)’nin X Bank A.Ş.’nin 40% ortağı olduğu ve (B)’nin aynı zamanda X Bank A.Ş.’nin 50% ortağı olan Y. A.Ş.’nin 80% oranında ortağı olduğu varsayımında; (A) X Bank A.Ş.’de doğrudan kontrole sahip olmasa da, dolaylı pay sahipliği yoluyla X Bank

⁹⁰ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 144; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 34; Uygun, s.15; Özcanlı, Fatma Beril, Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, İstanbul 2021, s.56.

A.Ş.'nin kontrolünü elinde bulundurmaktadır. Bu bakımdan, bu şekilde dolaylı pay sahipliği yoluyla bir banka anonim ortaklığının kontrolü halinde, dolaylı kontrol söz konusu olacaktır.

Öte yandan ifade etmek gerekir ki, dolaylı kontrolün sağlanması, sadece kontrolün tesis açısından bir farklılık yaratmakta olup, kontrolün doğrudan ya da dolaylı olarak tesis edilmiş olması, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu bakımından, hakimiyete bağlanan sonuçlar açısından bir farklılık yaratmamaktadır.

B. Kapsamı Bakımından

1. Tam Hakimiyet

Hakimiyetin türleri için yapılan bir diğer ayrım; tam hakimiyet, kısmi hakimiyet olmak üzere, hakimiyetin kapsamı bakımından ayrımıdır⁹¹. Bu hakimiyet ayrımı, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda tanımlama bulan bir ayrımdır⁹². Zira 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 203 üncü maddesinde; *“bir ticaret şirketi bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde yüzüne sahipse”* şeklinde ifade etmek suretiyle, tam hakimiyetin çerçevesinin çizilmesi noktasında bir ölçüt ortaya koymuştur. Bu madde uyarınca; bir ticaret şirketinin, bir sermaye şirketinin paylarının ve oy haklarının doğrudan ya da dolaylı olarak yüzde yüzüne sahip olması tam hakimiyet olarak ifade edilmiştir.

Söz konusu hüküm uyarınca, tam hakimiyetin doğrudan pay ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olunması suretiyle tesisi, tek ortaklı bağlı anonim ortaklıklar bakımından söz konusu olacak olup⁹³, aynı zamanda dolaylı olarak da pay ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olunması da tam hakimiyet bakımından yeterli görüldüğünden, tam hakimiyet için bağlı şirketin tek ortaklı şirket olması gerekmeyecektir⁹⁴.

⁹¹ *Ayrım için bkz.* Karayalçın, s. 11-12; Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 619; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 155 vd.; Gürel, s. 44 vd.; Uygun, s. 14 vd.

⁹² Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 155.

⁹³ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 4; Gürel, s. 44.

⁹⁴ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 156.

Bu kapsamda, tam hakimiyetin oluşabilmesi için hakimiyetin doğrudan ya da dolaylı olması konusunda bir sınırlama yapılmamakla birlikte, aksine hem doğrudan hem de dolaylı hakimiyet yoluyla tam hakimiyetinin oluşabileceği ifade edilmiştir⁹⁵.

Diğer taraftan belirtmek gerekir ki, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda yer bulan kavramsal olarak doğrudan yer bulan tam hakimiyet türü, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ayrıca yer bulmuş bir hakimiyet türü değildir. Zira, banka anonim ortaklıkları bakımından, kontrolün varlığı önem arz etmekte olup, kontrolün banka anonim ortaklığının paylarının ve oy haklarının tamamına sahip olunması yoluyla sağlanmasının ayrıca bir önemi bulunmamaktadır.

Öte yandan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 338 inci maddesi uyarınca, bir anonim şirketin kurulabilmesi için pay sahibi olan bir ya da daha çok kurucunun varlığı gerekmekte olup, dolayısıyla tek kişinin pay sahibi olduğu anonim ortaklığın kurulabilmesi mümkün hale gelmiştir. Ancak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 18 inci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, ortak sayısının beşten aşağı düşmesi sonucuna yol açan işlemler pay defterine kaydedilemeyeceği ve pay defterine hükme aykırı yapılan kayıtların hükümsüz kalacağı hüküm altına alınmış olup, bu nedenle banka anonim ortaklıklarının ortak sayısının beşten aşağı düşmesi söz konusu olamayacağından⁹⁶, doğrudan pay ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olunması suretiyle tam hakimiyet banka anonim ortaklıkları bakımından mümkün olamayacaktır.

Bu nedenle, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 203 üncü ve devamı maddelerinde yer alan tam hakimiyet haline bağlanan sonuçlara benzer şekilde bir düzeleme de mevcut değildir.

⁹⁵ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Gürel, s. 45.; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 156 vd.

⁹⁶ Alıcı, C. 1, s. 291. Benzer şekilde Battal, bankacılığın bir iştirak faaliyet olması, bankalar açısından gerekli olan kurumsal yönetim anlayışının uygulanmasının zor olacağı, sınırlı sorumluluk prensibinin halihazırda bankalar açısından oldukça daraltılmış olması gerekçeleriyle, bankacılık mevzuatının genel kanundan ayrıştığını ifade etmektedir (Battal, s.38); aksi yönde Şit, Başak, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 28 S. 4, s. 175-205, s. 183; Tekinalp, Ü. , Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 4; Reisoğlu, C. 1, s. 147: "...5411 sayılı kanunun 18/3 maddesi(nde)....eski Türk Ticaret Kanununda, bir anonim şirketin kurulması için en az beş kurucunun bulunması zorunluluğu (md.277) nedeniyle Bankacılık Kanununda yer aldığından; artık geçerliliğini yitirmiştir."

2. Kısmi Hakimiyet

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 203 üncü maddesi uyarınca, tam hakimiyet mevzuatımızda tanımlanmış olmakla birlikte, kısmi hakimiyet kavramının tanımlanmadığı görülmektedir. Dolayısıyla, tam hakimiyet kavramı üzerinden hareketle kısmi hakimiyet, tam hakimiyetin sınırlarının kesinliği dikkate alındığında, tam hakimiyet dışında oluşan hakimiyet türü olarak nitelendirilebilecektir.

Nitekim doktrinde, tam hakimiyetin kapsamından hareketle yapılan tanımlamada, bir sermaye şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak pay ve oy haklarının yüzde yüzüne sahip olmamasına rağmen hakimiyeti elinde bulundurduğu hallerde kısmi hakimiyetin var olduğu ifade edilmektedir⁹⁷.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğunu düzenleyen hükümleri bakımından da benimsenen sistemin, kısmi hakimiyeti esas aldığı anlaşılmaktadır⁹⁸. Zira, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 195 inci maddesi uyarınca, şirketin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek kadar payına sahip olmayı hakimiyetin varlığı bakımından karine olarak düzenlemiş iken, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmayı ise faraziye olarak düzenlemiştir⁹⁹. Zira, sermaye çoğunluğuna sahip olunmasına rağmen, oy hakkında imtiyaz veya yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı vb. bulunması halinde söz konusu haller hakimiyeti ortadan kaldıracak olup, bu nedenle sermayenin çoğunluğuna sahip olma halinde hakimiyeti, bir karine olarak aksi ispatlanabilir niteliktedir¹⁰⁰. Bununla birlikte tam hakimiyete ise, özel hüküm getirmek suretiyle sorumluluk atfedildiğinden, tam hakimiyetin istisnai hükümler ile düzenlendiği görülmektedir.

C. Hakim Olanların Sayısı Bakımından

1. Tek Başına Hakimiyet

Hakimiyet ilişkisinin tesis edilmesi bakımından yapılan bir diğer ayrım, hakim olanların sayısına göre yapılan ayrımdır. Bu ayrıma göre; şirketler hukuku bakımından

⁹⁷ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 160, Uygun, s. 15.

⁹⁸ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 160.

⁹⁹ Madde gerekçesi.

¹⁰⁰ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 164; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 134;

hakimiyet, bir şirketin kendisi tarafından oluşturulursa tek başına hakimiyet söz konusu olmaktadır. Bu kapsamda, bir ticaret şirketinin, tek başına ve bağımsız olarak, doğrudan veya dolaylı suretle bağlı şirketin üzerinde kurduğu hakimiyete tek başına hakimiyet denilmektedir¹⁰¹.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca hakimiyetin tek bir pay sahibi tarafından sağlanması; aynı pay sahibinin oy haklarının çoğunluğuna sahip olmasına, yönetim kurulunda karar alabilecek çoğunluğu oluşturacak şekilde üye seçimini sağlama hakkını elinde bulundurmasına veya aksi ispatlanmadığı sürece şirket paylarının çoğunluğuna sahip olmasına bağlıdır. Şayet böyle bir durum söz konusu ise, bu durumda yukarıda ayırımına değindiğimiz üzere hem doğrudan hem de tek başına hakimiyet söz konusu olacaktır. Nitekim, Amerika Birleşik Devletleri'nde birden fazla hissedarı bulunan 2776 şirket üzerinde yapılan bir çalışmada, söz konusu şirketlerin 70%'inin, 50% ve üzere paya sahip hakim hissedara sahip olduğunu göstermiştir¹⁰².

Bununla birlikte, her ne kadar tek başına hakimiyetin varlığı halinde doğrudan hakimiyetin varlığı olası bir durum ise de ¹⁰³, hakim şirketin bir veya birkaç yavru şirket vasıtasıyla hakimiyeti sağlaması halinde de, dolaylı hakimiyet kurulmuş olsa dahi tek başına hakimiyet söz konusu olabilecektir. Nitekim, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195 inci maddesinde de şirketler üzerinde hakimiyetin doğrudan ya da dolaylı şekilde kurulabileceği, dolaylı şekilde kurulacak hakimiyetin ise tek başına ya da birlikte hakimiyet şeklinde görülebileceği ifade edilmiştir.

Öte yandan, banka anonim ortaklıklar bakımından da 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda, *“bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı şekilde, tek başına veya birlikte kontrol eden tüzel veya gerçek kişi”* şeklinde tanımlanan hakim ortak kavramında, kontrolün tek başına veya birlikte olabileceği açıkça ifade edilmiştir. Dolayısıyla, kontrol tanımından da yola çıkmak suretiyle, bir bankanın gerçek veya tüzel kişi ortağı tek başına oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunabilmek suretiyle yönetim

¹⁰¹ Özcanlı, s.56; Uygun, s.17; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 148.

¹⁰² Dammann, Jens, “The Controlling Shareholder’s General Duty Of Care: A Dogma That Should Be Abandoned”, Illinois Law Review, 2015, S.2, s.483 (<https://www.illinoislawreview.org/wp-content/ilr-content/articles/2015/2/Dammann.pdf> , Erişim Tarihi:27.09.2021).

¹⁰³ Uygun, s. 17.

kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alabilme gücüne sahipse bu durumda bankayı tek başına kontrol eden hakim ortak durumunda olacaktır.

2. Birlikte Hakimiyet

Kısmi hakimiyette olduğu gibi, şirketler hukuku bakımından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda birlikte hakimiyet de tanımlanmış değildir. Bu hakimiyet türünde, bir şirket doğrudan veya dolaylı olarak başka bir şirket üzerinde tek başına hakimiyet kuramıyor iken, başka şirketlerle birliktelik kurmak suretiyle bir hakimiyet oluşturmakta, bir diğer ifade ile tek kişi tarafından değil, bağlı şirketin yönlendirilmesini birlikte gerçekleştirmektedir¹⁰⁴. Bu durumda hakimiyet, pay sahiplerinin güçlerini birleştirmesi suretiyle kurulabildiğinden hakim ortak artık ortaklar grubu olacaktır¹⁰⁵.

Birden fazla gerçek ya da tüzel kişinin birlikte hakim olması durumu; aralarındaki sözleşmeden, taahhütten, beyandan doğabileceği gibi¹⁰⁶, her birinin oy haklarının diğerlerine eklenmesi suretiyle de sağlanabilir. Örneğin, tek başına karara etki edebilecek güce sahip olmayan ortakların, bir araya gelmek suretiyle oylarını aynı yönde kullanmaları yönünde anlaşmaları halinde, birlikte hakimiyet söz konusu olacaktır. Bu çerçevede, yapılacak anlaşmanın zımni şekilde yapılması veya ortak hakimiyetin fiilen tesisi mümkün bulunmaktadır¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 149.

¹⁰⁵ Battal, s. 70.

¹⁰⁶ Tekinalp, Ü. , Banka Hukukunun Esasları, s. 158; Küçükgüngör, s. 136.

¹⁰⁷ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 149; Doğan, İsmail Ünal, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Şirketler Topluluğu Hükümleri ve 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında “Kontrol” Kavramı ve Hukuki Sonuçları”, Yayınlanmamış YL. Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mayıs 2014, s. 99.

İKİNCİ BÖLÜM

BANKA ANONİM ORTAKLIKLARINDA HÂKİMİYETİN TESİSİ

I. GENEL OLARAK HAKİMİYETİN TESİSİ YOLLARI

Ticaret şirketleri bakımından temelde bir şirketin hakimiyet altında yönetilmesi durumunda, hakimiyetin ne gibi sonuçlara yol açacağı önem arz ettiğinden, hakimiyete ilişkin düzenlemelerin temelinde de “*hakimiyetin varlığının tespit edilmesi*” yer almaktadır. Bu çerçevede, gerek 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda, gerekse özel kanunlarda hakimiyetin varlığının tespit edilmesi bakımından, hakimiyet kriterleri, bir diğer deyişle hakimiyetin tesisi yollarının esasları düzenleme altına alınmıştır.

Bu kapsamda, öncelikle ticaret şirketleri bakımından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu çerçevesinde düzenleme alanı bulan hakimiyetin tesisi yollarına değinilmesi ve akabinde banka anonim ortaklıkları bakımından özel mevzuatın temelini teşkil eden 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda yer alan “kontrol” tesisi yollarının değerlendirilmesi gerekmektedir.

II. TİCARET ŞİRKETLERİ BAKIMINDAN 6102 SAYILI TÜRK TİCARET KANUNU HÜKÜMLERİ ÇERÇEVESİNDE HAKİMİYETİN TESİSİ

Banka anonim ortaklıklarında kontrolün tesis edilmesi bakımından getirilen ölçütlerin irdelenmesinden önce, genel olarak ticaret şirketleri bakımından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda mevcut, hakimiyete ilişkin düzenlemenin çerçevesine bakılması gerekmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 195 inci maddesinde, hakimiyetin varlığının tespiti bakımından birtakım ölçütler getirilmiş, hakimiyetin esasları

düzenlenmiştir. Bu kapsamda; mezkur madde uyarınca kanun koyucu, hakimiyetin tesisini 3 vasıta üzerinden düzenlemiş ve hakimiyetin pay sahipliğinden, sözleşmeden ve başkaca diğer yollardan tesis edilebileceği hüküm altına almıştır¹⁰⁸. Ancak kanun koyucu, ihdas ettiği hükümler bağlamında hakimiyetin varlığını ortaya koyarken, hem hakimiyetin fiili varlığına ağırlık vermiş¹⁰⁹, hem de belirli hallerin varlığı durumunda hakimiyeti bir hukuki faraziye, belirli durumlarda ise hakimiyetin varlığını karine olarak kabul etmiştir.

Ticaret şirketleri bakımından pay sahipliğine dayalı hakimiyet; sermaye payına, oy haklarına ve yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu oluşturabilme gücüne sahip olmaya dayanan bir hakimiyet yoludur¹¹⁰. Zira, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun 195 inci maddesi uyarınca bir ticaret şirketinin, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahip olması, yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu oluşturacak üyeyi belirleme hakkına sahipse veya oy sözleşmesi yoluyla tek başına ya da birlikte oy haklarının çoğunluğunu sağlıyorsa bu durumun hakimiyetin var olduğunu gösterdiği açıkça hüküm altına almıştır.

Söz konusu madde kapsamında kanun koyucu, hakimiyetin varlığı bakımından şartların hepsinin gerçekleşmesini aramamış, şartlardan birinin varlığı halinde hakimiyetin mevcudiyetini “aksi ispat olunmaz” şekilde öngörmüştür¹¹¹. Nitekim, madde gerekçesinde de bu husus, şartlardan birinin varlığı durumunun hakimiyet sonucunu doğurması nedeniyle “kanuni bir faraziye”¹¹² olduğu şeklinde ifade edilmiştir. Yani, söz konusu şartlardan birisi mevcut ise, artık ortada ticaret şirketi bakımından bir hakimiyet ilişkisi söz konusudur. Bu bakımdan kanun koyucunun, hakimiyetin tespiti noktasında “payların çoğunluğuna sahip olma”yı değil, genel kurulda karar alınmasında ne kadar etkili olunduğu yönünde bir anlayışa sahip olduğu anlaşılmaktadır. Zira, hakim/bağlı şirket ayrımına ilişkin yukarıda yer verilen hükmün, doğrudan genel kurulun alacağı kararları yahut ortaklığın sevk ve idaresi ile görevli

¹⁰⁸ Akın, s. 88.

¹⁰⁹ Göktürk, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, s. 32.

¹¹⁰ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 101.

¹¹¹ Tekinalp, Ü. , Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 623.

¹¹² Ayrıntısı için: Gönenç, Fulya İlçin, “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraziyeler”, EÜHFD, C. XII, S. 1–2, 2008 ,s. 137-155, s. 147: “...Günümüzde kanuni faraziye den maksat, belli bir olaya kanunun kesin sonuç bağlamış olmasıdır. Kanuni faraziyenin aksi iddia ve ispat olunamaz...”.

yönetim kurulunun karar almasına yeter çoğunluğu belirlemeyebilmesini esas aldığı görülmektedir.

Her ne kadar kanun koyucu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195 inci maddesinin birinci fıkrasında, hakimiyete ilişkin oy hakkının çoğunluğuna sahip olmaya veya yönetim kurulunda karar almaya yetecek çoğunluğu seçtirme hakkına sahip olmaya ilişkin hukuki faraziyelere yer vermiş ise de, şirketin paylarının çoğunluğuna sahip olunması durumunu da değerlendirme dışı bırakmamıştır. Zira, elbette ki ortaklığın paylarının çoğunluğuna sahip olunması hakimiyetin varlığı noktasında önem arz etmekle olup, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195 inci maddesinin ikinci fıkrasında; birinci fıkrada öngörülen hakimiyetin varlığına ilişkin haller dışında, bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunulmasının, birinci şirketin hakimiyetinin varlığına karine olacağını ifade etmiş ve ortaklığın paylarının çoğunluğuna sahip olunması durumunun karine olarak hakimiyeti göstereceğini hüküm altına alınmıştır.

Dolayısıyla, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya çoğunluğuna dahi sahip olmamakla birlikte şirketi yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paya sahip olması, aksi ispatlanmadığı sürece hakim şirketin hakimiyetinin varlığını gösterecektir¹¹³. Ancak şirketi yönetecek miktarda paya sahip olma durumunun, yani mutlak çoğunluk olmamasına rağmen diğer payların çok sayıda paydaş arasında yayılması nedeniyle genel kurulda karar alabilecek çoğunluğa sahip olma durumunun, geçici olmaması ve süreklilik arz etmesi gerekir¹¹⁴. Kanun tarafından da bu durumun bir karine olarak ortaya konulduğu dikkate alındığında, hakim olduğuna dayanan şirketin aksini ortaya koyması mümkün olacak ve hakimiyetin karinesel varlığı hakimiyetin fiilen uygulanmadığı çürütülebilecektir¹¹⁵.

¹¹³ Bu konuda ayrıca; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, s. 309; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 98; Akbulak, Yavuz “Yeni Bir Kurum: Şirketler Topluluğu”, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Mali Çözüm Dergisi, S. 106, Temmuz-Ağustos 2011, s. 263.

¹¹⁴ Özcanlı, s.65; Doğan, İsmail Ü. , s. 71.

¹¹⁵ Tekinalp, Ü. , Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 627; Özcanlı, s.64; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 164; Uygun, s. 92.

III. 5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU BAKIMINDAN HAKİMİYETİN TESİSİ

A. Düzenlemenin Çerçevesi

Ticaret şirketlerinde, şirketler topluluğu bakımından hakimiyetin ölçütleri 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme alanı bulmuş iken, banka anonim ortaklıkları bakımından ise 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda "kontrol" kavramının tanımlanması suretiyle, hakimiyetin tesisi araçlarına yer verilmiştir.

Bu çerçevede, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca, banka anonim ortaklıklar bakımından gerçek veya tüzel kişi hakim ortağın kontrolü, banka anonim ortaklığının;

- sermayesinin asgari %51 ine sahip olunması,
- sermayesinin asgari %51'ine sahip olmamakla birlikte, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması
- sermayesinin çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması
- diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle
- başkaca bir suretle,

yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması durumunda, söz konusu gerçek veya tüzel kişinin banka anonim ortaklığının kontrolünü elinde bulundurduğu kabul edilecektir. Söz konusu hüküm uyarınca, kanun koyucu kontrole yol açan ihtimalleri saymak suretiyle kontrol araçlarını ifade etmiş ise de, maddenin devamında "herhangi bir suretle" demek suretiyle, bu saymayla yetinmediğini açıkça ortaya koymuştur.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun kontrolü (hakimiyeti) ve hakim ortağı düzenleyen hükümlerinin 2005 yılında yürürlüğe giren bir yasanın hükümleri oldukları dikkate alındığında, 2012 yılında yürürlüğe giren 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun

şirketler topluluğu düzenlemelerinde yer alan hakimiyet araçlarıyla benzerlik arz ettiği görülmektedir.

B. Pay Sahipliğine Dayalı Hakimiyet

1. Genel Olarak

Genel kanun niteliğini haiz Türk Ticaret Kanunu ile özel kanun niteliğini haiz Bankacılık Kanunu'nda aslında hakimiyetin varlığının tespiti açısından, öncelikle sermayenin çoğunluğuna sahip olunması bir hakimiyet aracı olarak düzenlenmemiş olup, oy hakkının çoğunluğunun sağlanması veya yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunun sağlanması hakkının elde bulundurulması hakimiyet aracı olarak kabul edilmiştir. Diğer taraftan, payların çoğunluğuna sahip olunması durumu da gözardı edilmeyerek, pay sahipliği suretiyle şirketin/bankanın yönetiminin kontrol gücünün elinde bulundurulmasının da hakimiyetin varlığını gösterebilecektir.

Bununla birlikte, banka anonim ortaklıkları bakımından; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda, ticaret şirketleri bakımından 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda mevcut bulunan düzenlemeye benzer şekilde, banka anonim ortaklığının sermayesinin çoğunluğunu oluşturan paylara sahip olunması¹¹⁶ ve başkaca suretlerle, bankanın kontrol altında tutulması söz konusu olabilecek olup, hakimiyetin tespitinde, banka anonim ortaklığının genel kurulundaki fiili hakimiyetin esas alınması gerektiği düzenleme altına alınmıştır¹¹⁷. Dolayısıyla özellikle banka anonim ortaklıkları bakımından, hakimiyetin varlığından bahsedebilmek için, mutlak suretle yönetim kurulunun karar almaya yeter çoğunluğunu belirleme gücünün elde bulundurulması gerekmektedir¹¹⁸.

¹¹⁶ Özkurt, s. 161.

¹¹⁷ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 90.

¹¹⁸ Reisoğlu, C. 1, s. 258.

2. Sermayenin Çoğunluğuna Sahip Olmak Suretiyle

a. Doğrudan Pay Sahipliği Yoluyla

Anonim ortaklıklarda, pay sahiplerinin oy haklarını paylarının itibari değeri üzerinden kullanmaları ve Türk Ticaret Kanunu'nun 434 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca esas sözleşmede oy hakkının aksi/sınırlandırılması kararlaştırılmamış ise her payın pay sahibine en az bir oy hakkı vermesi nedeniyle, kural olarak sermayenin çoğunluğunu temsil eden paylara sahip olan pay sahiplerinin, oy haklarının da çoğunluğuna sahip olmaları nedeniyle, şirketin genel kurulunda hakimiyet söz konusu pay sahiplerinde olacak ve dolayısıyla şirketin karar alma mekanizmasının kontrolü, sermayenin çoğunluğunu temsil eden payların sahiplerinin elinde bulunacaktır. Zira böylelikle, söz konusu pay sahibi, oy hakkını kullanmak suretiyle istediği kararları aldırarak ve dolayısıyla ortaklığın sevk ve idaresine etki etme hakkına sahip olacaktır.

Bu nedenle, banka anonim ortaklıklarının sermayesinin asgari yüzde elli birine sahip olunması, diğer anonim şirketlerde olduğu gibi kural olarak bankanın kontrolünün elde bulundurulması anlamına geleceğinden, bu durumda payların çoğunluğuna sahip olunması halinde hakimiyetin varlığı kabul edilecektir¹¹⁹.

Ancak, sermayenin çoğunluğuna sahip olunması suretiyle kontrolün tesis edilmesi, her zaman sermayenin mutlak çoğunluğuna sahip olunması sonucunda olmayabilir. Zira, ortakların çok olduğu bir banka anonim ortaklığında, payların yüzde elli birine sahip olunması zorlaşacaktır. Bu durumda, toplam payı çoğunluk olan gerçek ya da tüzel kişinin de karar alınma noktasında büyük etkisi bulunabileceğinden, bu gerçek veya tüzel kişinin de kontrol gücünü elinde bulundurabilmesi imkan dahilindedir. Çünkü, pay sahiplerinin genel kurula katılmamaları, sermayenin küçük oranlarda yayılmış olması, diğerlerine nazaran çoğunluğu elinde bulunduran pay sahibinin genel kuruldaki mevcut oyların çoğunluğuna sahip olması söz konusu

¹¹⁹ Alıcı, C.1, s. 76, aynı yönde Battal, s. 68.

olabilecektir¹²⁰. Bu nedenle, hakimiyetin sağlanması için sermayenin mutlak çoğunluğuna sahip olunması gerekmeyebilir¹²¹.

Diğer taraftan, sermayenin çoğunluğunu temsil eden paylara sahip olunması suretiyle hakimiyetin oluştuğunun kabulü, aksi ispatlanabilir niteliktedir¹²². Zira, sermayenin çoğunluğunu temsil eden oranda pay sahibi olursa dahi, bu durum fiili hakimiyete yol açmamış olabilir. Başka bir deyişle, ortak tarafından pay çoğunluğuna sahip olduğu bir durumda, bir kısım paya imtiyaz hakkı tanınması veya oy hakkının sınırlandırılması suretiyle şirketin yönetiminin farklı şekillerde oluşması söz konusu ise, yani pay çoğunluğuna sahip olan gerçek veya tüzel kişinin yönetim kurulundaki çoğunluğu sağlamakta etkisiz kalması halinde ise, bu durumda sermayenin çoğunluğunu temsil eden oranda paya sahip olmak hakimiyete sahip olmak anlamına gelmeyecektir.

Ancak, ortak sayısının çok olması ve payların dağılması nedeniyle yahut pay sahiplerinin genel kurula katılımının düşük olması nedeniyle, sermayenin mutlak çoğunluğu sağlanamıyor olması durumunda, genel kurulda karar alabilecek miktarda paya sahip olunması nedeniyle karara etki etme ve fiilen yönlendirme hali söz konusu olsa dahi, bu yönlendirme sadece o anki durum için geçerli ise, bir başka ifade ile o anlık karar alma mekanizmasının kontrolünün elde bulundurulması söz konusu ise, bu durumda banka anonim ortaklığının kontrol edildiğinden bahsedilemeyecektir. Bu durumun geçici veya o genel kurula özgü olarak tesadüfen oluşmuş olması halinde, bir sonraki olağan veya olağanüstü genel kurulda aynı sonucun oluşacağı yönünde bir tespit yapılamayacaktır. Bu nedenle, oluşan güç boşluğunun¹²³ süreklilik arz etmesi ve halinde ortaklığa hükmedebilecek gücü elde bulundurma hali söz konusu

¹²⁰ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 132.

¹²¹ Reisoğlu, C. 1, s. 258; benzer şekilde Türk Ticaret Kanunu'nun 195 inci maddesinin gerekçesinde de "...Pay senetleri geniş halk yığınlarına yayılmış, teknik terimle atomize olmuş, pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde bazen yüzde yirmibeş-otuz, hatta daha küçük orandaki pay sahiplikleriyle (iştiraklerle) de hakimiyet kurulabilir..." şeklinde küçük oranlardaki pay sahipliğinin hakimiyet oluşturabileceği değerlendirilmesinde bulunulmuştur.

¹²² Akın, s. 111.

¹²³ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun genel gerekçesinde de güç boşluğuna vurgu yapılmış, pay sahiplerinin genel kurula katılmaması durumunda küçük ve kararlı azınlıkların şirkete hakim olacağı ve güç boşluğunun onlar tarafından doldurulacağı ifade edilmektedir. Diğer taraftan, güç boşluğuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Barut, Talha, Anonim Şirketlerde Güç Boşluğu ve Giderilmesi Yolları, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YL. Tezi, Antalya 2008.

olabilecektir¹²⁴. Zira, pay sahiplerinin genel kurula ilgi göstermemesi nedeniyle, genel kurulda karar alabilecek miktarda paya sahip olanlar, şirketin gidişatına doğrudan etki edebilecek konumda bulunduklarından şirketteki hakimiyeti ele geçirebilecektir¹²⁵.

Dolayısıyla, burada önemli olan banka anonim ortaklığını sevk ve idare edecek kararları alabilmek için gerekli çoğunluğa sahip olduğundan, azlık veya veto hakkı ile kontrolün engellenmemesi gerekmektedir¹²⁶. Bu nedenle, banka anonim ortaklığının paylarının çoğunluğuna dayalı hâkimiyet de 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda getirilen düzenlemeye benzer şekilde karine olarak kabul edilecektir¹²⁷.

b. Dolaylı Pay Sahipliği Yoluyla

Banka anonim ortaklıklarında kontrolün tesisi bakımından, kanun koyucu doğrudan pay sahipliği yoluyla sermayenin çoğunluğuna sahip olunmasını kontrolün sağlanması bakımından bir vasıta olarak görmüş ise de, bununla birlikte aynı zamanda dolaylı pay sahipliği yoluyla da kontrolün elde bulundurulabileceği düzenleme altına almıştır.

Nitekim, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun kontrolü tanımlayan 3 üncü maddesinde; *"...Bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgarî yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması..."* denilmek suretiyle, dolaylı pay sahipliğini de kontrolün tespiti bakımından bir ölçü olarak düzenlemiştir. Zira, banka anonim ortaklıklarında da görüldüğü üzere bazı ortaklık ilişkileri veya ailevi sebeplerle doğrudan pay sahibi olmak yerine veya daha

¹²⁴ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 132; Akın, s. 114; Uygun, s. 92.

¹²⁵ KAYA, M. İsmail, "Pay Sahiplerinin Anonim Şirket Genel Kurulunda Temsil Edilmesi", BATİDER, C.30 S.4, Aralık 2014, s.45-95, s.88.

¹²⁶ Tekinalp, Ü. , Banka Hukukunun Esasları, s. 157; Küçükgüngör, s. 135; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 124; Uygun, s.75. Her ne kadar söz konusu eserlerde veto hakkı yoluyla kontrolün engellenmemesi gerektiği belirtilmiş ise de, veto hakkının tanınıp tanınmayacağı hususu tartışmalıdır. Zira, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun limited şirketlerin sözleşmelerinde öngörülen bağlayıcı hükümlere ilişkin 577 nci maddesinde bu hakkın tanınabileceği ifade edilmiş ise de, anonim şirketler bakımından geçici 4 üncü madde dışında doğrudan veto hakkının ifade edildiği bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak, mezkur kanunun 408 nci maddesinin gerekçesinden bahisle, kanun koyucunun her ne kadar veto hakkına olumsuz yaklaştığı, buna karşın hakkı yasaklamaktan kaçındığı ve veto hakkının da mevcut olabileceği yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Yatağan Özkan, Çiğdem, Anonim Şirketlerde Altın Paylar, 2016 Ekim, s.115-116.

¹²⁷ Tekinalp, Ü. , Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 627.

az paya sahip olmak suretiyle kanunda öngörülen yükümlülükleri bertaraf edebilecek durumda olabilir. Bir başka ifade ile, herhangi bir kişi doğrudan pay sahipliği yoluyla değil, zincir şeklinde bir bağ kurulması suretiyle fiili güç birliği oluşturarak diğer kişilerle hareket edebilir ve böylelikle şirket üzerinde etkili olabilir. Örneğin akrabalık ilişkisine dayalı olarak, bir bankada pay sahibi olan gerçek kişi ve iki çocuğu ile gerçek kişinin kardeşi, ailevi ilişkileri çerçevesinde tek bir pay sahibi olarak hareket edebilirler. Bu bakımdan, özellikle kontrol ilişkisinin varlığının ortaya konulması bakımından, fiili durum nedeniyle bu birlikteliğin de dikkate alınması gerekmektedir.

Bu nedenle, kanun koyucu, kanunda dolaylı pay sahipliği kurumuna yer vererek, arka planda birliktelik oluşturan kişilere ait payların da dikkate alınmasını sağlamaktadır¹²⁸. Ancak, bu paylar dolaylı olarak pay sahipliğinde değerlendirilmekte ise de, bu durum pay sahipliği bakımından varsayımsal bir durumdur¹²⁹. Çünkü, pay sahipliğinin dolaylı olarak değerlendirilmesi, mülkiyet hakkı bakımından bir farklılık yaratmamakta olup, dolaylı paysahibi olarak ifade edilen kişide mülkiyet tesis etmemektedir.

Dolaylı pay sahipliği bakımından, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 5 inci maddesinde kimlere ait payların kimlerin olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca; gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin tespitinde *“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 payların birlikte dikkate alınacağı; Tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde ise *“tüzel kişilere ait paylar ile tüzel kişilerin kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların”* birlikte hesaplanacağı ifade edilerek, dolaylı pay sahipliğinin tespiti ölçütleri ortaya konulmuş; müteakiben maddenin ikinci fıkrasında ise, dolaylı pay sahipliğine ilişkin olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 5 inci maddesi uygulanmasına ilişkin usûl ve esasların Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

¹²⁸ Özkurt s. 166.

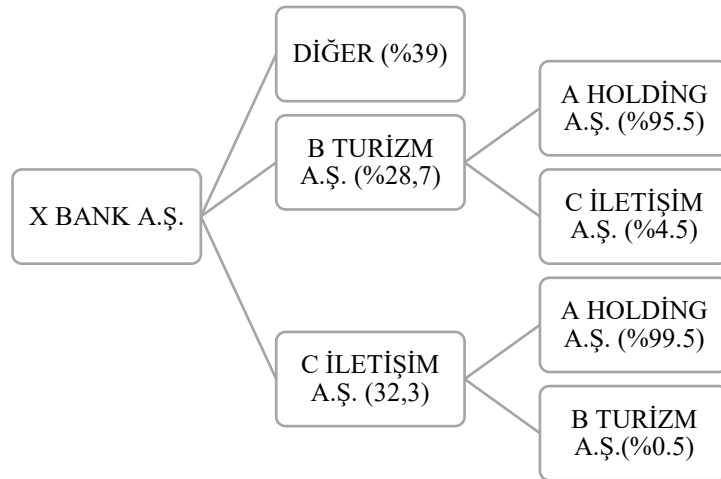
¹²⁹ Tekinalp, Ü. , Banka Hukukunun Esasları, s. 155.

Bu çerçevede, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nca düzenlenerek yürürlüğe giren “Bankaların İzne Tabi İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik”¹³⁰ ile dolaylı pay sahipliğine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir. Söz konusu Yönetmelik’in 13 üncü maddesi uyarınca “tüzel kişiler bakımından” dolaylı pay sahipliğinin;

-Bankada pay sahibi tüzel kişi ortaklıklar ile varsa bunların tüzel kişi ortaklarının ortaklık yapılarının zincirleme şekilde, gerçek kişilere ulaşınca kadar tespit edileceği,

-Banka sermayesinde tüzel kişiler aracılığı ile olan dolaylı pay sahipliği oranının, iştirak oranlarının çarpılması yoluyla hesaplanacağı ve şayet zincir sırasında arada yer alan tüzel kişilerde doğrudan iştirakin söz konusu olması halinde doğrudan iştirak oranının da eklenerek çarpılması suretiyle sonraki tüzel kişideki pay sahipliği oranın tespit edileceği

ifade edilmiş olup, banka anonim ortaklıklarında kontrolün dolaylı şekilde tesis edilip edilmediği bu hesaplama araçlarının dikkate alınması suretiyle tespit edilecektir.



Şekil 2: A Holding A.Ş.’nin Dolaylı Pay Sahipliği

Yukarıdaki örnekte; A Holding A.Ş.; X. Bank A.Ş.’nin doğrudan ortağı olmamakla birlikte, X Bank A.Ş.’nin sermayesinde %28,7 oranında pay sahibi olan B

¹³⁰ 01.11.2006 tarihli ve Resmî Gazete Sayısı: 26333.

Turizm A.Ş.’de %95.5 doğrudan, %4.5 dolaylı; %32,3 oranında pay sahibi olan C İletişim A.Ş.’nin sermayesinde ise %99,5 oranında doğrudan, %0,5 oranında dolaylı pay sahibi olmak üzere toplamda %100 oranında paya sahiptir. Dolayısıyla, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca A Holding A.Ş.’nin Bankadaki dolaylı pay sahipliği %61’dir¹³¹.

Dolayısıyla, dolaylı pay sahipliğine dayalı bir kontrol durumunun söz konusu bu halde, gerek dolaylı pay sahipleri gerekse dolaylı payların doğrudan sahipleri, banka anonim ortaklığını kontrol eden konumunda bulunduklarından, her ikisinin de hakim ortak sayılmaları söz konusu olacaktır¹³². Çünkü, kanun koyucu dolaylı pay sahipliği yoluyla 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 5 inci maddesinde sayılan hallerde, dolaylı pay sahibinin doğrudan pay sahibi ile birlikte kontrolü sağladığını kabul etmiştir. Nitekim maddenin gerekçesinde de, pay sahipliğinin etkin şekilde izlenebilmesi amacıyla dolaylı pay sahipliği hükmünün ihdas edildiği ile bankaların ortaklık yapısının, genel kurulda doğrudan oy kullanan kişilerden ziyade, oyların aynı doğrultuda kullanılabilmesi durumuna yol açacak aile ve ortaklık ilişkilerinin değerlendirilmesi suretiyle banka anonim ortaklığının sevk ve idaresinde etkili olabilecek kişilerin belirlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir¹³³.

3. Oy Haklarının Çoğunluğuna Sahip Olmak Suretiyle

a. Oy Haklarının Çoğunluğunun Tespiti

Banka anonim ortaklıkları bakımından, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca kontrolün sağlanmasına olanak sağlayan kontrol araçlarından bir diğeri de, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak suretiyle kontrolün tesis edilmesi yoludur¹³⁴.

¹³¹ Ancak, Bankaların İzne Tabi İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliğinin İlişkin Yönetmelik uyarınca, dolaylı pay sahipliğinin tespitinde ortaklık paylarının çarpımı üzerinden hesaplama yapılacağı belirtildiğinden, örnekte yer verilen A Holding A.Ş.’nin Bankadaki dolaylı pay sahipliği B Turizm A.Ş ile C İletişim A.Ş.’deki hisse oranlarının, bu şirketlerin bankadaki hisse oranlarıyla çarpılması suretiyle bulunacağından, ortaklık oranı 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 5 inci maddesi uyarınca hesaplanan orandan düşük olabilecektir. Konuya ilişkin eleştiri için bkz. Alıcı, C. 1, s. 148; Reisoğlu, C. 1, s. 402.

¹³² Alıcı, C. 1, s. 78.

¹³³ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 5 inci maddesinin gerekçesi.

¹³⁴ Kontrol kavramının tanımından yer verilen “...sermayesinin, asgarî yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, **çoğunluğuna** doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması...” ifadesinin oy

Bilindiği üzere, anonim ortaklıkta pay sahiplerinin genel kurul kararlarına katılmak suretiyle şirketin yapısı, yönetimi ve temsili üzerinde etkili olma yetkisi olarak tanımlanan¹³⁵, dolayısıyla pay sahipliğine tanınan yönetsel haklardan birisi olan oy hakkı; anonim şirketin bizzat pay sahipleri eliyle değil, organları aracılığıyla faaliyet göstermesinin bir sonucu olarak, ortaklığın yönetimine etki etmek bakımından büyük önem arz etmektedir¹³⁶. Zira, pay sahiplerinin, şirketin sevk ve idaresine, dolayısıyla yönetimine etki edebilmeleri oy hakkı aracılığıyla söz konusu olabilmekte, oy hakkının kullanılması suretiyle alınacak ortaklığın irade açıklaması olarak genel kurul kararlarıyla hem ortakları hem de organları bağlayıcı nitelik kazanmaktadır¹³⁷. Bu bakımdan, alınan kararlara iştirak edebilmek ve şirketi sevk ve idare edecek yönetim kurulunda görev yapacak kişileri belirlemek ancak oy hakkının kullanımı suretiyle olacaktır.

Nitekim, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 434 üncü maddesi uyarınca, her bir pay sahibi anonim ortaklıkta yalnızca bir paya dahi sahip olsa, bundan kaynaklı olarak en az bir oya sahip olacaktır. Her bir pay sahibinin en az bir oya sahip olması, asgari oy hakkı olarak adlandırılmakta olup, vazgeçilmez bir niteliği haizdir¹³⁸. Zira, anonim ortaklıklar bakımından oy hakkının önemli bir yönetsel işleve sahip olması nedeniyle, “oysuz pay sahibi olmaz” ilkesi benimsenmiştir¹³⁹. Bu nedenle, oy hakkı yönetsel haklar açısından diğer haklara göre daha çok önem arz etmektedir¹⁴⁰.

Bu çerçevede, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3 üncü maddesinde yer verilen kontrol tanımından da görüleceği üzere, aslında kanun koyucunun banka anonim ortaklıklarında meydana gelen hakimiyet ilişkisinin temelinde gördüğü nokta da, hakimiyetin oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak suretiyle hakimiyetin tesisidir.

çoğunluğunu ifade ettiği yönünde bkz. “Ü.T'nin yorumu” Tekinalp, Ü. , Banka Hukukunun Esasları, s. 156.

¹³⁵ Teoman, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul 1983, s. 3.

¹³⁶ Çeker, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000, s. 5.

¹³⁷ Teoman, s. 3.

¹³⁸ Tekinalp, Ü. , Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 366.

¹³⁹ Ancak, “oysuz pay sahibi olmaz” ilkesinin bir istisnası olarak, halk açık anonim ortaklıklar bakımından 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda “oydan yoksun pay” ihracı mümkün iken; 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, oy hakkından yoksun paylar bakımından herhangi bir düzenleme ihtiva etmemiştir.

¹⁴⁰ Bilgeç, s. 5.

Çünkü, her ne kadar sermaye çoğunluğuna sahip olmak, banka anonim ortaklığının yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu atayabilme yahut görevden alabilme noktasında bir karine teşkil etse de, “yönetimde imtiyazlı pay” bulunmaması halinde karara esas çoğunluğu atayabilmek yahut görevden alabilmek için aynı zamanda oy hakkının çoğunluğuna da sahip olmak gerekmektedir¹⁴¹. Zira, sermaye çoğunluğunun bulunduğu her durum, yönetim kurulunun karar esas çoğunluğunu atayabilme veya görevden alabilme gücünün elde bulunduğu anlamına gelmeyecek, oy hakkının kullanımı sermayenin çoğunluğuna sahip olmanın önüne geçecektir¹⁴². Kaldı ki, salt sermaye oranı tek ölçüt olarak alınsaydı, iş bu çalışmamızın “a. İmtiyazlı Hisselerin Elde Bulundurulması Yoluyla Oy Haklarının Çoğunluğu Üzerinde Tasarrufta Bulunmak Suretiyle” başlıklı bölümünde ayrıntılarına yer verilen oyda imtiyazın bulunduğu yahut oy hakkının donduğu durumlarda bu hususlar göz ardı edilecek ve sadece sermaye oranıyla belirleme yapılması durumunda kalınacaktı. Oysaki, kontrolün varlığının tespiti bakımından oy hakkının durumunun da esas alınması ile birlikte, yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunun sağlanması noktasındaki etki fiilen tespit edilebilecektir.

Bu kapsamda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nu uyarınca kontrolün tespiti bakımından oy hakkının çoğunluğuna sahip olmak, kontrolün tesisi açısından bir araç olarak ifade edilmiş ise de, oy hakkının hesaplanması yönünden 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda herhangi bir özel düzenlemeye yer verilmediğinden, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 434 üncü maddesi uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hüküm uyarınca, *genel kurulda pay sahiplerinin oy haklarını, paylarının toplam itibarı değeriyle orantılı olarak kullanacakları* hüküm altına alınmış, oy haklarının kullanımı sermayeye dayalı oransallık ilkesinin yansıması olarak düzenlenmiştir¹⁴³. Dolayısıyla, banka anonim ortaklıkları bakımından da, diğer anonim şirketlerde olduğu gibi pay sahipleri, oy hakkının sınırlandırılması açısından esas sözleşmede aksi yönde bir hükme yer verilmemiş olmak kaydıyla¹⁴⁴, ne kadar paya sahip iseler o kadar çok oy hakları olacaktır. Ancak, oy hakkının kullanımı kural olarak payların itibari değeri ile

¹⁴¹ Harvard Law Review, “Controller Confusion: Realigning Controlling Stockholders And Controlled Boards”, S.133-5, Mart 2020, s.1708 (https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2020/03/1706-1727_Online.pdf, Erişim Tarihi:26.11.2020).

¹⁴² Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 102.

¹⁴³ Şehirali Çelik, Feyzan (Kırca, İsmail/ Manavgat, Çağlar), Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Ankara 2013, s. 117.

¹⁴⁴ Oy hakkının sınırlandırılmasının oy hesabına etkisine ilişkin bkz. Nilsson Okutan, s. 115.

orantı olarak şekilde mümkün ise de, “a. Oy Hakkının Çoğunluğu Bakımından Bazı Hallerin Değerlendirilmesi” başlıklı bölümde de ayrıntıları ile ifade edileceği üzere, farklı durumlarda oy hakkının çoğunluğu ile pay çoğunluğu arasında dengenin bozulabilmesi söz konusudur. Bu nedenle, kural olarak pay çoğunluğu ile oy çoğunluğu denge olsa da, hakimiyeti sağlayacak olan esas nokta oy çokluğu olacaktır¹⁴⁵.

Diğer taraftan, banka anonim ortaklıklarında kontrolün tesisi bakımından bulunması gereken oy hakkının kullanılması suretiyle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması halinin tespitin nasıl olacağının ortaya konulması gerekmektedir. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda kontrol tanımına yer verilirken buna ilişkin bir özel düzenleme getirilmediğinden, genel kanun niteliğindeki 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 390 ıncı maddesi hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Söz konusu hüküm uyarınca, şirketin esas sözleşmesinde ağırlaştırıcı bir hükmün bulunmaması halinde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğunun sağlanması ile toplanması ve toplantıda hazır olan üyelerin çoğunluğu ile karar karar alması gerekmektedir. Dolayısıyla, banka anonim ortaklıkları bakımından da, esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, söz konusu hüküm geçerlilik arz edecek olup, banka yönetimin kurulunun üye tam sayısının çoğunluğunun katılımı ile toplantı gerçekleştirilecek ve toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar alınacaktır.

Bu kapsamda, banka yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunun tespit edilmesi açısından, yönetim kurulunun asgari üye sayısı üzerinden bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. Zira, her ne kadar 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun yönetim kurulu üyelerinin üye sayısı ve niteliklerini düzenleyen 359 uncu maddesi uyarınca, anonim şirketlerin yönetim kurulları esas sözleşme ile atanmış veya genel kurul tarafından seçilen bir veya daha fazla kişiden oluşmakta ise de; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 23 üncü maddesi uyarınca banka anonim ortaklıklarının yönetim kurulu üye sayısı 5 kişiden az olamaz. Dolayısıyla, mezkur hükümler çerçevesinde ilgili bankanın belirlenmiş yönetim kurulu üye sayısı bakımından,

¹⁴⁵ Uygun, s.52; Küçükgüngör, s.135.

yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunun atanması veya görevden alınması gücüne sahip olunması halinde, kontrolün varlığı söz konusu olacaktır.

Öte yandan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bir şirketin başka şirket üzerindeki hakimiyetine ilişkin şirketler topluluğu hükümleri içerisinde yer alan pay ve oy oranlarının hesaplanmasına konu 196 ncı maddede, bir şirketin bir diğer şirket üzerindeki oy hakkının yüzdesinin hesaplanmasına, bağlı şirkette sahip olduğu paylarından kaynaklanan “kullanılabilir” oy haklarının toplamının, bağlı şirketin oy haklarının toplamına oranla bulunacağı hüküm altına alınmıştır. Nitekim madde gerekçesinde de bu husus, hakimiyetin var olup olmadığının tespitinde önem taşıyan hukuki olgunun “kullanılabilir oy” olduğu; kullanılması engellenen (mahkemece), oydan yoksunluk hükümlerine tabi olan, oy hakkının donduğu paylardan doğan gibi kullanılamayan oyların hesaba katılmayacağı ifade edilmiştir.

Bu bakımdan, kontrolün fiili varlığının tespiti bakımından, bu hususların da hesaplamada dikkate alınmasının uygun olacağı düşünülmektedir.

b. Oy Hakkının Çoğunluğu Bakımından Bazı Hallerin Değerlendirilmesi

(1) Oydan Yoksunluk

Anonim ortaklıklarda pay sahipleri, genel kurula katılma zorunluluğu içerisinde bulunmadıkları gibi, oy haklarını da kullanmak durumunda değildirler. Çünkü, pay sahipleri, sahip oldukları paylar nedeniyle elde ettikleri pay sahipliğine dayalı hakları serbestçe kullanır. Bu durumun doğal bir sonucu olarak oy hakkı, belirli yönde karar alınması için kullanılabileceği gibi, belirli kararların alınması bakımından kullanılamayabilir¹⁴⁶.

Ancak, bu durumun istisnaları söz konusu olup, oy hakkının kullanımı konusunda kanuni birtakım sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalardan biri olarak;

¹⁴⁶ Çeker, s. 193.

oy hakkı, 6102 sayılı Kanunda düzenleme altına alınan yoksunluk durumunda serbestçe kullanılamamaktadır.

Oydan yoksunluk durumu, oy hakkına sahip bir payın, bazı durumların varlığı halinde sahibine oy hakkı sağlayamamasını ifade etmekte olup, bir diğer deyişle bazı kararların alınması sırasında pay sahibinin oy hakkını kullanamaması anlamına gelmektedir¹⁴⁷.

Bu çerçevede, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 436 ncı maddesinde, menfaat ihtilafları olarak kabul edilen hallerde¹⁴⁸ pay sahiplerinin oy kullanmayacağı hüküm altına alınmıştır. Mezkur hüküm uyarınca, pay sahibinin *kendisi, eşi, alt ve üstsoyu veya bunların ortağı oldukları şahıs şirketleri veya hâkimiyetleri altındaki sermaye şirketleri ile şirket arasındaki şahsi nitelikteki konularda veya herhangi bir yargı kurumu ya da hakemdeki davaya ilişkin görüşmelerde* oy kullanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Şirketler topluluğu hükümleri kapsamında, hakimiyetin varlığının belirlenmesinde, oy hakkının tespitinde “kullanılabilir oylar” yönünden yapılacak hesaplamada oydan yoksunluk halinin de dikkate alınacağı ifade edilmiş ise de¹⁴⁹, aksine, oydan yoksunluk halinin, belirli konularda pay sahibinin müzakereye katılmamasını sağlamak, başka bir ifade ile menfaat çatışması ihtimaline binaen pay sahibinin oy hakkını kullanmasının önüne geçme amacıyla getirildiği dikkate alındığında, bu durum hakimiyetin/kontrolün tespiti noktasında bir önem arz etmemelidir.

Zira, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 436 ncı maddesi hükmü uyarınca, pay sahibi belki genel kurulun gündeminin bir kısmı, belki de sadece bir maddesi üzerinde oy hakkını kullanamayacaktır. Dolayısıyla, söz konusu yoksunluk halinin, oy hakkının kullanımına sirayet etmek suretiyle kontrolün tesisinde etki etmesi, kontrolün kazanılması ya da kaybedilmesi sonucunu doğurması mümkün değildir¹⁵⁰. Bu

¹⁴⁷ Tekinalp, Ü. , Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 367.

¹⁴⁸ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 109.

¹⁴⁹ 6102 sayılı Kanunun 196 ncı maddesinin gerekçesi.

¹⁵⁰ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 110.

kapsamda, hakimiyet, şirketin alacağı kararları yönlendirebilme, etkileyebilme gücünün elde bulundurulması hali olduğundan, bu gücün gündem maddeleri ile değişen bir niteliği söz konusu olmayacaktır¹⁵¹. Hakimiyet yapısal bir nitelik arz ettiğinden oydan yoksunluğa sebep olan durumlar, kontrolün tesisinin tespitine ilişkin oy haklarının hesaplanmasında herhangi sınırlandırmaya yol açmayacak olup, aynı zamanda oydan yoksunluk hali gündemdeki konuya ilişkin olarak geçici süreyle oyun kullanılamaması olduğundan oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak suretiyle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasına yol açması da mümkün görülmemektedir¹⁵².

(2) İntifa Hakkının Varlığı

Anonim şirketlerde, oy hakkı pay sahipliğine dayanan yönetsel haklardan olup, genel kurulda kullanmak üzere oy hakkına sahip olmak için de pay sahibi olmak gerekmektedir. Ancak, kanun koyucu getirdiği bu kurala istisna düzenlemeleri de getirmiş, bazı durumlarda pay sahibi olunmasa dahi oy hakkına sahip olabilmenin mümkün olduğu kabul edilmiştir.

Söz konusu durumlardan birisi de, ortaklık payı üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi halidir. İntifa hakkı, bir şey üzerinde yararlanma hakkı tesis eden bir aynı haktır ve geniş bir yararlanma sağlamaktadır¹⁵³. Söz konusu intifa hakkı tesis edildiğinde, pay sahibi payın mülkiyetini kendi uhdesinde korumaya devam ederken, paydan elde edilecek menfaatleri lehine intifa hakkı tesis ettiği kişiye tahsis etmektedir¹⁵⁴.

Diğer taraftan, anonim ortaklık payı üzerinde tesis edilen intifa hakkı, intifa hakkı sahibine malvarlığı haklarında ve yönetime katılma haklarında yararlanma

¹⁵¹ Uygun, 70; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 110.

¹⁵² Aksi yönde bkz. Akın, s. 94.

¹⁵³ Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe, Eşya Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2020, s.949.

¹⁵⁴ Akın, Yusuf Murat/Yılmaz Abdüssamet, “6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Yenilikler Kapsamında Anonim Ortaklık Payının İntifa Hakkına Konu Olması”, Legal Hukuk Dergisi, C. 17, S. 201, Y. 2019, s.3802; Ata, Özlem, “Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı Kurulmasının ve İntifa Hakkı Sahibinin Genel Kurul Toplantısına Katılmasının TTK m. 432/2 Hükmüyle Birlikte Değerlendirilmesi”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, C. 9, S. 36, Y.2020, s.1190.

sağlamaktadır¹⁵⁵. Bu kapsamda, paya tanınan intifa hakkı, yönetime katılma haklarından birisi olan oy hakkı kapsamında değerlendirildiğinde; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 432 nci maddesi uyarınca, bir payın üzerinde intifa hakkının mevcudiyeti söz konusu ise, bu durumda oy hakkı aksi kararlaştırılmamışsa intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacaktır¹⁵⁶. Bu durumda, şayet bir kısım paylar üzerinde intifa hakkının tesis edilmesi söz konusu ise, kontrolün tesisi bakımından yapılacak oy hakkına ilişkin değerlendirmede, intifa hakkının durumunun da dikkate alınması, dolayısıyla yapılacak hesaplamada üzerinde intifa hakkı tesis edilen paylardan doğan oy hakkının malik lehine hesaba katılmaması gerekmektedir¹⁵⁷.

Dolayısıyla, banka anonim ortaklığında pay sahibi olmamasına rağmen intifa hakkına sahip olanların durumuna da, iş bu çalışmamızın ilerleyen kısmında değinilecek olmakla birlikte; aksi kararlaştırılmamışsa pay sahibi artık oy hakkını kullanamayacağından, üzerinde intifa hakkı tesis edilmiş olan payları üzerinden oy hakkını kullanmak suretiyle kontrolü elinde bulundurması da söz konusu olamayacaktır.

(3) Oy hakkının Donması

Anonim ortaklıklar bakımından, önceki başlık altında oydan yoksunluk olarak ifade edilen, oy hakkının belirli durumlarda kullanılamaması hali dışında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu uyarınca belirli durumlara özgü olarak pay sahibinin oy haklarından mahrum kalması hali, devamlılık arz edecek şekilde ve sınırlanmaksızın var olabilmektedir. Kanunda sayılan hallerin varlığında, pay sahibi genel kurulda hiçbir oy hakkını kullanamaz¹⁵⁸.

Bu kapsamda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğu hükümleri çerçevesinde, 197 nci maddesi uyarınca, birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketlerinin karşılıklı iştirak durumunda olacağı, 201

¹⁵⁵ Berzek, Ayşe Nur, "Anonim Ortaklıkta Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Oy Hakkı ve Oy Hakkına Bağlı Diğer Haklar", AÜEHFD, C. 6 S. 1-4 Y. 2002, s. 224 (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1882960> Erişim tarihi: 24.08.2021).

¹⁵⁶ Akın/Yılmaz, s.3815.

¹⁵⁷ Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 116.

¹⁵⁸ Çeker, s.209.

inci maddesi uyarınca ise karşılıklı iştirak nedeniyle oy haklarının dörtte biri dışındaki oy haklarının donacağı ile 389 ile 612 nci madde hükümlerinin saklı kalacağı hüküm altına alınmıştır.

Diğer taraftan, mezkur Kanunun 389 uncu maddesi ise “*Şirketin iktisap ettiği kendi payları ile yavru şirket tarafından iktisap edilen ana şirketin payları, ana şirketin genel kurulunun toplantı nisabının hesaplanmasında dikkate alınmaz. Bedelsiz payların iktisabı hariç, şirketin devraldığı kendi payları hiçbir pay sahipliği hakkı vermez. Yavru şirketin iktisap ettiği ana şirket paylarına ait oy hakları ile buna bağlı haklar donar.*” hükmünü amir olup, söz konusu hüküm uyarınca yavru şirket tarafından ana şirketin hisselerinin elde edilmesinin söz konusu olduğu karşılıklı iştirak halinde olan şirketlerin oy haklarını kullanmaları sınırlandırılmıştır.

Dolayısıyla, karşılıklı iştirak halinde bulunan şirketler bakımından, kontrolün tesisi noktasında sahip olunan oy hakkının hesaplanmasında, donan oy haklarının dikkate alınması mümkün olmayacaktır.

Ancak, oy hakkının donması bakımından belirtmek gerekir ki, hakimiyetin tesis edilip edilmemesi bakımından oy hakkı üzerinden yapılacak hesaplamada, oy hakkının donması durumunun da dikkate alınması gerekecek ise de, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 201 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, halihazırda hakimiyetin var olduğu ve bağlı şirket- hakim şirket ilişkisinin söz konusu olduğu hallerde, bağlı şirketin hâkim şirketin paylarını iktisap etmesi veya her iki şirketin birbirlerine hâkim olması hâlinde sınırlama söz konusu olmayacaktır.

Diğer taraftan, banka anonim ortaklıkları bakımından, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin aksine karşılıklı iştirak yasaklanmış bulunmaktadır. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 56 ncı maddesi uyarınca; bankaların, kendilerinde doğrudan veya dolaylı pay sahibi olan ortaklık ve kuruluşlarda doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olamayacakları hüküm altına alınmıştır.

Banka kaynaklarının kontrolünün sağlanması ve bankaların risklerinin dağılmasını sağlamak amacıyla iştirak edinmelerine 5411 sayılı Bankacılık

Kanunu'nda çeşitli sınırlamalar getirilmiştir¹⁵⁹. Bu durum, banka anonim ortaklıklarının paylarına sahip tüzel kişi ortaklar bakımından önem arz etmektedir. Çünkü, bankaların ortaklık yapılarının karşılıklı iştirak suretiyle sermaye azaltıcı durumların engellenmesi gerekmektedir. Nitekim, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun Türkiye Bankalar Birliğini muhatap yazısında, getirilen düzenlemenin amacının, ortaklık yapılarının sade ve anlaşılır olması, sınırlamalara uyumun tespiti ve fiktif sermaye artırımlarının önüne geçilmesi olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁰.

Zira banka, kendi ortağı olan bir şirkete iştirak ettiği zaman, kendi özkaynağının bir kısmını iştirak ettiği şirkete koymakta ve böylece kendi ortağına özkaynak aktarmış olmaktadır. Bu durum, bankaların emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürücü bir durum arz edeceğinden, bankalar tarafından karşılıklı iştirak edinimi kanun koyucu tarafından yasaklanmış¹⁶¹ ve bu şekilde pay edinilmesi 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 146 ncı maddesi uyarınca idari yaptırıma tabi kılınmıştır.

Dolayısıyla, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerinin aksine, banka anonim ortaklıklarında karşılıklı iştirak söz konusu olamayacağından, böyle bir durumun banka ortağının banka üzerinde tesis edeceği kontrolün tespiti bakımından, oy hakkının tespiti noktasında bir etkisi olmayacaktır.

(4) Oy Hakkının Sınırlandırılması

Sermaye şirketlerinde pay sahipleri ne kadar paya sahip iseler o kadar çok oy hakları söz konusu olmakta ve ifade edildiği üzere 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 434 üncü maddesi uyarınca her pay sahibi bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkına sahip olmaktadır. Böylece, oy hakkı pay sahibinin paylarının toplam itibari

¹⁵⁹ Alıcı, C.1, s. 985.

¹⁶⁰ Alıcı, C.1, s. 994; Reisoğlu, C.1, s. 1143.

¹⁶¹ Battal, s. 232.

değerine göre belirlenmektedir. Dolayısıyla, pay sahibinin asgari olarak sahip olacağı oy hakkı açıkça ortaya konulmuştur.

Ancak, mezkur maddenin ikinci fıkrasında ise, birden fazla paya sahip pay sahiplerinin oy haklarının sınırlanabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu çerçevede, söz konusu sınırlamanın şirket esas sözleşmesine hüküm konularak getirilmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, yapılacak sınırlamanın oransal veya belirlenen bir oy sayısına ilişkin olarak belirlenmesi de mümkündür¹⁶².

Şayet, esas sözleşme ile oy haklarının sınırlandırılması söz konusu ise, bu durumda getirilen sınırlama genel kurul gündem konusuna bağlı olarak değişebilecek nitelikte olmayacak; süreklilik ve belirlilik arz eden bir niteliği haiz olacaktır.

Bu nedenle, şayet pay sahibinin oy hakkı esas sözleşme ile sınırlanmış ise, pay sahibinin oy hakkı sermayeye katılması ölçüsünde olamayacak olup, bir başka deyişle sermayenin çoğunluğuna sahip olmak, oyların da çoğunluğunu da elde bulundurmak anlamına gelmeyecektir.

Dolayısıyla, banka anonim ortaklıkları bakımından, gerçek veya tüzel kişi tarafından banka anonim ortaklığı üzerinde kontrolün tesisi edilip edilmediğinin değerlendirilmesi noktasında, oy hakkının çoğunluğunun tespitinde bu hususunda göz önünde bulundurulması gerekecektir.

¹⁶² Pulaşlı, Hasan, “Anonim Şirketlerde Esas Sözleşme ile Oy Hakkının Sınırlandırılması, Buna İlişkin Yöntemler ve Oyun Donduğu Haller”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C. 33 S. 3, Eylül 2017, s. 15-38, s. 27.

4. Yönetim Kurulu Üyelerinin Karara Esas Çoğunluğunu Atayabilme Veya Görevden Alma Gücünün Diğer Şekillerde Elde Bulundurulması Suretiyle

a. İmtiyazlı Hisselerin Elde Bulundurulması Yoluyla Oy Haklarının Çoğunluğu Üzerinde Tasarrufta Bulunmak Suretiyle

(1) Genel Olarak İmtiyazlı Paylar

Terminoloji olarak Arapça bir kavram olmakla birlikte “imtiyaz”, kelime anlamı olarak; *“başkalarına tanınmayan özel, kişisel hak veya şart, ayrıcalık”* olarak ifade edilmekte olup¹⁶³; şirketler hukuku bakımından ise 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 478 inci maddesi uyarınca, ; *“kar payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır”* şeklinde tanımlanmıştır.

Bildiği üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 357’nci maddesi uyarınca anonim şirketlerde paylara ilişkin “payların eşitliği” kuralı söz konusudur. Pay sahiplerinin eşit işleme tabi tutulması ilkesi, aynı şartlar altında, bir pay sahibinin diğer pay sahibi veya pay sahipleri gibi işleme tabi tutulması anlamına gelir¹⁶⁴. Başka bir ifade ile bu ilke, her pay sahibinin diğeri ile aynı işleme tabi tutulacağını değil¹⁶⁵, eşit şartların varlığı halinde hiçbir pay sahibinin diğerlerinden daha farklı işleme muhatap olmaması zorunluluğunu ifade etmektedir¹⁶⁶. İmtiyazlı paylarda ortaya çıkan en temel husus diğerlerine nazaran bu payların “üstünlük” içerisinde bulunmasıdır¹⁶⁷.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, sermaye şirketlerinde esas olan, ortakların şirkete katıldıkları sermaye oranları mukabilinde hak ve borçlara sahip olmalarıdır. Dolayısıyla burada belirtilen “eşitlik” mutlak anlamda bir eşitlikten

¹⁶³ Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlüğü (www.sozluk.gov.tr Erişim tarihi:02.03.2020).

¹⁶⁴ Besen, Murat, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, Mart 2018, s. 22.

¹⁶⁵ Akdağ Güney, Necla, “Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18 Y.2014, s.115-136, s. 123.

¹⁶⁶ Tekinalp, Ünal/POROY, Reha/Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 620; Bilgeç Hakan, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Ankara 2017, s. 65.

¹⁶⁷ Besen, s.17; Bilgeç, s. 13.

ziyade, nispi (oransal) bir eşitliktir¹⁶⁸. Dolayısıyla, anonim şirketlerde pay sahipleri, kanunen kendilerine tanınan pay sahipliği haklarından, kural olarak, sermayeye katıldıkları ölçüde yararlanacaklardır¹⁶⁹. Söz konusu bu eşitlik ilkesinin mutlak anlamda uygulandığı noktalar da bulunmaktadır. Zira, genel kurul toplantısına katılma ve ona bağlı davet edilme, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 477 nci maddesi uyarınca pay sahiplerinin payların birleşmesine onay vermemesi gibi birtakım haklar, pay sahipleri tarafından sermaye koyma oranlarına bakılmaksızın doğrudan doğruya kullanabilecekleri haklardır.

Ancak, imtiyazlı paylar, “payların eşitliği” kuralına bir istisna oluşturmaktadır¹⁷⁰. Çünkü, imtiyazlı paylarda ortaya çıkan en temel husus diğerlerine nazaran bu payların “üstünlük” içerisinde bulunma durumu olduğundan, özelliği itibarıyla imtiyazlı payların diğer paylara karşı bir üstünlüğünün olduğu açıktır. Bu nedenle, anonim şirketlerde imtiyazlı pay ihracı, paylar arasında eşitlik ilkesine bir aykırılık değil, söz konusu ilkeye bir istisna olarak kabul edilmektedir¹⁷¹.

Diğer taraftan, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 478 inci maddesinde, isimleri zikredilmek suretiyle kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy haklarında imtiyaz tanına bileceği ifade edilmiş ise de, maddenin devamında yer alan “...gibi haklarda” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, imtiyazlı payların konusu *sınırlı sayıda* olmayıp, söz konusu haklar örnek olarak sayılmıştır¹⁷². Bu hak kanunen tanınmış mevcut bir hak olabileceği gibi, kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı da olabilir¹⁷³. Ancak, iş bu tez çalışmasının kapsamı dahilinde, oy hakkında tanınan imtiyazın hakimiyete etkisi bulunduğundan, oy hakkında tanınan imtiyazın üzerinde durulacaktır.

¹⁶⁸ Bilgeç, s. 63.

¹⁶⁹ Bilgeç, s. 66.

¹⁷⁰ Besen, s. 23.

¹⁷¹ Uysal, Esra, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul 2016, s. 40.

¹⁷² Besen, s. 29; Uysal, s. 135.

¹⁷³ Pulaşlı,, Hasan Şirketler Hukuku Şerhi, C.2, Ankara 2014, s. 1729.

(2) Oy Hakkında İmtiyaz Suretiyle

Anonim şirketlerde şirketin yönetimine ilişkin önemli haklardan birisi olan oy hakkı, pay sahibinin en geniş anlamda yönetime katılmasını ve pay sahibinin söz konusu hakkın kullanılması suretiyle anonim şirketi ilgilendiren ve genel kurul kararlarına bağlı olan çeşitli konularda iradesini açıklamasını sağlamaktadır.

Oy hakkına ilişkin olarak, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 434 üncü maddesinin ikinci fıkrası, “...her pay sahibi sadece bir paya sahip olsa da en az bir oy hakkını haizdir...” hükmü uyarınca, pay sahiplerinin en az bir oy hakkına sahip olacağı düzenleme altına alınmıştır. Bu bakımdan, kural olarak payların çoğunluğunu elinde bulunduran, aynı zamanda oy haklarının da çoğunluğuna sahip olacaktır.

Ancak, anonim şirketlerdeki oy hakkına ilişkin bu oransallığın bir istisnası olarak, oy hakkında imtiyaz tanınması suretiyle farklılık oluşturulabilir. Zira, oy hakkında imtiyaz tanınması suretiyle oransallık ilkesinden uzaklaşarak, imtiyazın tanındığı paylara diğer paylara nazaran üstünlük sağlanmaktadır¹⁷⁴.

Bu çerçevede, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 478 inci maddesi uyarınca esas sözleşme ile tasfiye payı, kar payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda diğer paylara nazaran üstün bir hak tanınabileceği hüküm altına alınmış; 479 uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca ise, “oyda imtiyaz, eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek tanımlanabilir.” şeklinde ifade edilmek suretiyle, oy hakkında tanınacak imtiyazın çerçevesi çizilmiştir. Bu bakımdan, kanun koyucu oyda imtiyaz tanınmasına ilişkin yöntemi emredici şekilde sınırlamış ve mutlaka esas sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla eşit itibari değerdeki paylara farklı sayıda oy hakkı verilerek oyda imtiyaz yaratılabileceğini hüküm altına almıştır¹⁷⁵.

Söz konusu hükümde de ifade edildiği üzere, oy hakkında imtiyazın yaratılması ancak ve ancak “eşit itibari değerdeki paylarda” mümkün olacaktır. Bu nedenle, farklı itibari değerdeki paylara eşit oy hakkı tanınmak suretiyle oyda imtiyaz tanınamayacağı

¹⁷⁴ Bilgeç, s. 24.

¹⁷⁵ Bilgeç, s. 71.

sonucu çıkmaktadır¹⁷⁶. Nitekim, madde gerekçesinde de bu husus ifade edilerek, yasaklama getirildiği belirtilmiştir.

Diğer taraftan, 479 uncu maddenin gerekçesinde, oy hakkında imtiyazın şirketlerin kurumsallaşması ve profesyonel bir yönetim şeklinin benimsenmesi bakımından önem arz ettiği ifade edilmiş ise de, aynı zamanda oy hakkında imtiyaz tanınması bir hakimiyet aracı olarak de nitelendirilebilecektir¹⁷⁷. Zira, oy hakkında imtiyaz edilmesi suretiyle, ortaklık üzerinde hakimiyet tesis edilmesi mümkündür. Bu nedenle, ortaklık üzerinde hakimiyetin varlığı bakımından yapılacak değerlendirmede, oy hakkında imtiyazın da dikkate alınması gerekecektir¹⁷⁸.

Nitekim, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda kontrol kavramının tanımında, oy hakkında imtiyazın varlığı kabul edilecek, oy hakkında tanınan imtiyazın hakimiyetin tesisinde önem arz ettiğine işaret edilmiştir¹⁷⁹. Buna göre, banka anonim ortaklığındaki pay sahibinin oy hakları hesaplanırken, hem oyda imtiyazı haiz payların verdiği hem de imtiyazsız payların verdiği oy hakları birlikte dikkate alınacaktır¹⁸⁰. Zira, oy hakkında imtiyaz yoluyla, payın çoğunluğuna sahip olunması durumunda oy çoğunluğuna sahip olunması bertaraf edilebilecek ve dolayısıyla bu imtiyaz yoluyla pay çoğunluğuna sahip olunmasa da oy haklarının çoğunluğu elde edilebilecektir.

Ancak, her ne kadar oy hakkında imtiyaz tanınması suretiyle hakimiyetin tesisi mümkün ise de, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 479 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, , kurumlaşmanın gerektirdiği veya haklı bir sebebin ispatlandığı durumlar hariç olmak üzere¹⁸¹ bir paya tanınacak oy sayısı en fazla 15 olacak şekilde sınırlandırılmıştır. Nitekim, madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere kanun koyucunun oyda imtiyazlı paylarla güç oluşturulması düşüncesine sahip olmadığı ifade edilerek, 479 uncu maddenin ikinci fıkrasında bir paya en çok on beş oy hakkı

¹⁷⁶ Bilgeç, s. 137.

¹⁷⁷ Uygun, s. 56.

¹⁷⁸ Akın, s. 93.

¹⁷⁹ Bilgeç, s. 200.

¹⁸⁰ Tekinalp, Ü. , Banka Hukukunun Esasları, s. 158.

¹⁸¹ Oy hakkında imtiyazlı paylara ilişkin getirilen sınırlandırmanın uygulanmamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bilgeç, s. 144-148.

tanınabileceği hükmünün getirilmesi ile, bir anlamda böyle bir güç oluşturulmaması için oy hakkının kural olarak sınırsız olmamasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmak hakimiyet imkanı sağlayacak ise de, hem oy hakkında imtiyazın bulunduğu hem de yönetim kurulunda temsil olunmaya ilişkin imtiyazın bulunduğu hallerde, oy hakkının çoğunluğunun hakimiyetin tesisinde yeterli olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Zira, böyle bir durumda, yönetim kurulunda temsil olunmaya ilişkin imtiyazlı payların kullanılması suretiyle yönetim kurulunun karara esas çoğunluğu belirlenemiyorsa, bu durumda oy hakkının çoğunluğuna sahip olmak yönetim kurulunun karara esas çoğunluğuna tayin etmeye yeteceğinden, oy hakkının çoğunluğunu elde bulundurmak hakimiyeti de sağlayacaktır. Ancak, şayet oy hakkının çoğunluğu elde bulundurulmasına rağmen, yönetim kurulunun karara esas çoğunluğu yönetim kurulunda temsil olunmaya ilişkin imtiyaz yoluyla nedeniyle belirleniyorsa, bu durumda oy haklarının çoğunluğunu elinde bulunduran değil, yönetim kurulunda temsil olunmaya ilişkin imtiyazlı paya sahip olanlar hakim durumda kabul edilecektir¹⁸².

b. Yönetim Kurulunda Temsil Olunmaya İlişkin İmtiyazlı Hisselere Sahip Olmak Suretiyle

Anonim şirketlerde yönetim kurulu, kural olarak genel kurul tarafından ve genel kuruldaki çoğunluk kararı ile seçilmekte olup, bu bakımdan bir anlamda yönetim kurulu üyesi olarak genel kurulun çoğunluğunu oluşturan pay sahiplerinin temsilcilerinin seçildiği ifade edilebilecektir¹⁸³. Dolayısıyla, kural olarak sermayenin çoğunluğunu teşkil eden paylara sahip olunmasının, bundan dolayıdır ki oy haklarının çoğunluğunun elde bulundurulmasının, bir pay sahibinin şirket yönetiminde karar alabilecek gücü elinde tutması anlamına geldiği kuşkusuzdur.

¹⁸² Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 105.

¹⁸³ Aytuğar, Bilge "Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 23, 2019, s. 93-125, s. 95.

Ancak, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun yürürlükte bulunduğu dönemde yargı kararlarında¹⁸⁴ yer edinmiş olmakla birlikte, ilk kez 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile yönetim kurulunda temsile ilişkin hakkının tanınabileceği hüküm altına alınarak, pay sahiplerinin yönetime ilişkin imtiyaza sahip olabileceği düzenlenmiştir¹⁸⁵. Nitekim, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 360 ıncı maddesi uyarınca; esas sözleşme ile belirli pay gruplarına veya belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa, “yönetim kurulu üyelerinin bunlar arasından seçilebileceği veya bunlar arasından aday önerme hakkı tanınabileceği” şeklinde yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabileceği ve bu hakkın tanındığı payların ise imtiyazlı pay sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu bakımdan, söz konusu yönetim kurulunda temsil edilme hakkı, belirli bir grubu oluşturan paydaşlar veya belirli pay grupları arasından yönetim kurulu üyesi seçilmesi veya onlara aday gösterme hakkı tanınması suretiyle tesis edilecektir.

Söz konusu hükme istinaden, her ne kadar yönetim kuruluna üye seçimi münhasıran genel kurulun yetkisinde bulunmakta ise de, yönetime ilişkin bu imtiyazın varlığı halinde genel kurulun yönetim kuruluna üye belirleme noktasında sınırlanması söz konusu olacaktır¹⁸⁶. Zira, 6102 sayılı Kanunun 360 ncı maddesi uyarınca, genel kurul haklı bir sebebin varlığı söz konusu değil ise, *önerilen kişiyi* yahut *bunlar arasından birini* yönetim kurulu üyesi olarak seçmesi gerekecektir.

Özellikle, yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazına ilişkin hakkın, yönetim kurulu üyesi olması amacıyla aday gösterilmesi şeklinde tanınması durumunda, genel kurulun seçeceği kişi pay grubu yahut belirli grubu oluşturan pay sahipleri tarafından aday gösterileceğinden, bunlar aktif bir role sahiptir¹⁸⁷. Dolayısıyla, yönetim kurulunda temsil edilmeye ilişkin tanınan imtiyazların, şirketin hakimiyetinin ele geçirilmesi anlamında önemi büyüktür. Bu yolla, sermayenin çoğunluğunu oluşturan

¹⁸⁴ Yargıtay 11. HD. E. 1992/6626, K. 1993/6317, T. 8.10.1993 : “...Anasözleşmenin 14. maddesi B grubu pay sahiplerine Yönetim Kuruluna aday gösterme ve bu gruptan bir ortağın seçilmesi konusunda **grup imtiyazı** tanıdığı kabul edilmelidir...” (www.kazanci.com Erişim tarihi 03.03.2020).

¹⁸⁵ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 383; Kırca (Şehirali Çelik/Manavgat), s. 427; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, s. 416; Nilsson Okutan, Şirketler Topluluğu, s. 126.

¹⁸⁶ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 426.

¹⁸⁷ Kırca (Şehirali Çelik / Manavgat), s. 433.

paylara sahip olursa dahi, imtiyaz dolayısıyla azınlığın şirketin hakimiyetine ele geçirmesi mümkündür.

Nitekim, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun şirketler topluluğuna ilişkin 195 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin, şirket esas sözleşmesi uyarınca yönetim kurulunda karar alınabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin belirleyebilecek hakka sahip olması halinde, bu durumun hakimiyet oluşturacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle, söz konusu imtiyazın var olup olmadığının da, somut durum bakımından hakimiyetin varlığının tespiti noktasında irdelenmesi gerekecektir.

Bu çerçevede, banka anonim ortaklıklarında kontrolün tesis edilebilmesi bakımından, da, söz konusu imtiyazı haiz paylara ayrıca önem atfedilmiş, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca, banka anonim ortaklığının oy hakkının çoğunluğuna sahip olunmasa bile, imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması yoluyla da kontrolün tesisi edilebileceği ifade edilmiştir.

Her şeyden önce bir bankada yönetim kurulu üyelerini belirleme şeklindeki imtiyazı haiz olan paylar, sermayenin belirli bir oranına sahip olma koşuluna gerek olmaksızın pay sahibine banka yönetimi üzerinde etkin bir güç kullanma imkânı sunmaktadır. Bu nedenle, kanun koyucu örneğin bir bankanın adi paylarının devrini veya edinilmesini izne bağlarken sermayedeki belirli oranların aşılmasını veya bu oranların altına düşülmesini bir koşul olarak öngördüğü halde, Kanunun 18 inci maddesinin 2 nci fıkrasında yer verdiği düzenleme ile, yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların tesisini, devrini veya ihracını oransal sınırlara bakılmaksızın izne tabi kılmıştır.

Bu itibarla, kanun koyucu nezdinde imtiyazlı payların söz konusu olduğu hallerde oransal sınırlar dikkate alınmamaktadır. Nitekim, kanun koyucunun bu yaklaşımı Kanunun uygulanması açısından temel nitelikte olan bazı kavramlara da yansımıştır. Örneğin, Kanunun 3 üncü maddesinde "nitelikli pay" tanımlanırken "*bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim*

kurullarına üye belirleme imtiyazı veren paylar" denilmiştir. Bu kapsamda, adi paylar açısından nitelikli pay kavramı sermayenin belirli bir oranı ile ilişkilendirilirken, yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren payların bu oranın altında olsa dahi nitelikli pay sayılması kanun koyucunun böyle bir imtiyazı içeren paylar söz konusu olduğunda oransal sınırları dikkate almadığını ortaya koymaktadır.

Nitekim, Kanun koyucu tarafından atfedilen önem, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3 üncü maddesindeki "kontrol" tanımı bakımından da geçerlidir. Zira, kanun koyucu "kontrol" tanımını yaparken *"bir tüzel kişinin; sermayesinin, asgari yüzde ellibirine sahip olma şartı aranmaksızın, çoğunluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunması veya bu çoğunluğa sahip olunmamakla birlikte ... herhangi bir suretle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması"* şeklinde ifade etmek suretiyle, sermayenin çoğunluğuna sahip olunmasa da, yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazına sahip paylara yoluyla yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun belirlenebileceğini hükme bağlamıştır. Bu nedenle, yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazına sahip paylara sahip olmak banka anonim ortaklıklarında hakimiyetin tesisi sonucunu doğurabilecektir.

Dolayısıyla, banka anonim ortaklığının yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasının bir diğer yolu da, imtiyazlı hisselerin bulundurulması suretiyle yönetim kurulunun teşkiline etki edilebilmesi halidir. Bu nedenle, yönetim kuruluna aday göstermek suretiyle pay sahibi, oy haklarının çoğunluğuna sahip olmasa dahi, yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu seçtirebilecek güce sahipse, banka anonim ortaklığının kontrolünü sağlayabilecektir.

c. Diğer Hissedarlarla Anlaşma (Oy Sözleşmesi) Yoluyla Oy Haklarının Çoğunluğu Üzerinde Tasarrufta Bulunmak Suretiyle

5411 sayılı Bankacılık Kanunu uyarınca; banka anonim ortaklıklarında, kontrolün tesisi bakımından bir diğer yol, yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması

durumunun, diğer hissedarlarla yapılan anlaşma yoluyla oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması suretiyle sağlanması hali olarak düzenlenmiştir.

Bilindiği üzere, kural olarak anonim ortaklığın sermayesinin çoğunluğuna esas teşkil eden paylara sahip olan pay sahipleri, oy haklarının da çoğunluğuna sahip olacağından, bu durumda bu pay sahipleri genel kurulda yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu seçebilme gücüne sahip olmakta, dolayısıyla şirketin hakimiyetini de ellerinde bulundurmaktadırlar.

Ancak, anonim ortaklığın sermayesinin çoğunluğuna sahip olunması suretiyle oy gücünü elinde bulundurmayan pay sahiplerinin ortaklığın sevk ve idaresine hakim olabilmesinin, doğrudan ortaklığın sermayesinin çoğunluğuna sahip olunmasının yanında genel kurulda karara esas oy çoğunluğunu sağlayabilecek birtakım araçlara sahip olması ile mümkün olabildiğinden, anonim ortaklığın oy haklarının çoğunluğuna sahip olmayan pay sahiplerinin, diğer pay sahipleri ile aralarında oluşturacakları ilişki ile de oy haklarının çoğunluğu üzerinde etkili olabilmesi imkan dahilindedir. Bu kapsamda, söz konusu araçlardan birisi de oy sözleşmeleri yoluyla oy haklarının çoğunluğunun oluşturulması halidir.

Oy sözleşmeleri; pay sahipleri tarafından oy hakkının belirli bir yönde kullanılması, belirli yönde kullanılmaması veya oy hakkının kullanımında çekimser kalınması taahhüdünü içeren sözleşmelerdir¹⁸⁸. Söz konusu sözleşme ile, pay sahipleri, sahip oldukları oyları hangi şekilde kullanacaklarını taahhüt ederek, kararın o doğrultuda alınmasını ya da alınmamasını sağlamaktadırlar. Dolayısıyla, oy sözleşmesi aslında lehine oy sözleşmesi yapılan kimsenin ortaklık üzerinde etkin ve egemen olma olanağı sağladığından bir anlamda yönetime hakim olma amacıyla yapılabileceği gibi, güçlerin birleştirilmesini sağlama amacını da yapılabilecektir¹⁸⁹.

Oy sözleşmelerine ilişki yapılan tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere, söz konusu sözleşmeler oy hakkının kullanımına ilişkin bir taahhüdü içermekte olup, oy

¹⁸⁸ Moroğlu, Erdoğan, Oy Sözleşmeleri, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul 2015, s. 3; Tekinalp, Ü. , Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 372.

¹⁸⁹ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), Ortaklıklar Hukuku I, s. 508. Ayrıca, oy sözleşmelerinin işlevleri ve yararlarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, s. 10.

hakkının sahipliğine ilişkin bir değişikliği ihtiva etmemektedir. Zira, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 426 ncı maddesi uyarınca pay sahipliği hakları pay sahibi veya pay sahibince yazılı olarak yetkilendirilmiş kişi tarafından kullanılabileceğinden, oy hakkının paydan veya pay senedinden ayrı olarak devredilmesi mümkün deęildir¹⁹⁰.

Diğer taraftan, oy sözleşmeleri pay sahipleri arasında yapılabileceği gibi pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında da akdedilebilmektedir¹⁹¹. Dolayısıyla, oy sözleşmesi yoluyla pay sahipleri arasında ortaklığın yönetimi üzerinde etkinliğin sağlanması amacıyla oy hakkının belirli yönde kullanılması veya kullanılmaması taahhüt edilebilecek ise de, pay sahipleri ile üçüncü kişiler arasında yapılan oy sözleşmeleri ile ortak sıfatını haiz olmayan üçüncü kişinin iradesi yönünde oyun kullanılması da taahhüt edilebilecektir.

Ancak bu noktada ifade etmekte gerekir ki, banka anonim ortaklıkları bakımından doğrudan kontrol, banka anonim ortaklığının ortak veya ortaklarının hakim ortak durumunda olması durumunu, dolaylı kontrol ise banka anonim ortaklığının dolaylı pay sahipliği yoluyla kontrolünün sağlanması halini ifade ettięinden¹⁹², banka anonim ortaklığı bakımından kontrolün tesisinde araç olarak değerlendirilebilecek olan, sözleşmenin tarafı pay sahibi ya da sahiplerinin yapılacak oy sözleşmeleri yoluyla taahhüt ettikleri doğrutuda oy kullanmaları suretiyle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün doğrudan ya da dolaylı olarak elde bulundurulması hali olacaktır. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 3 üncü maddesinde düzenlenen “kontrol” tanımından da anlaşılacağı üzere, “*diğer hissedarlarla yapılan anlaşmalara istinaden oy hakkının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulması*” şeklinde ifade edilmek suretiyle bir hissedarın diğer hissedarlarla anlaşması suretiyle yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulması, kontrolün aracı olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla, yapılan oy sözleşmesine istinaden,

¹⁹⁰ Moroğlu, s. 28.

¹⁹¹ Tekinalp, Ü., Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, s. 508.

¹⁹² Alıcı, C.1, s. 78; Reisoğlu, C.1, s. 258.

doğrudan ya da dolaylı pay sahibi olan¹⁹³ bir kimse, hakim ortak sıfatını kazanabilecektir¹⁹⁴.

d. Başkaca Herhangi Bir Suretle

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 3 üncü maddesindeki kontrol tanımı üzerinden yapılan kontrol araçlarının tespitinde, banka anonim ortaklığının yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunun atanması veya görevden alınması yolları sınırlandırılmamış, tam tersine maddede “*herhangi bir suretle*” ifadesinin kullanılması ile kontrolün tesisinin başka vasıtalarla da olabileceği ifade edilmiştir. Dolayısıyla, kontrolün tespiti bakımından somut durum irdelenebilecek ve kontrolün varlığının tespit edildiği durumda hakim ortaklığın söz konusu olduğu ifade edilebilecektir.

Bu çerçevede, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda yer alan “hakim ortak” ve “kontrol” kavramlarının iç içe geçmesi nedeniyle, her iki ifadenin birlikte değerlendirilmesi neticesinde; kontrolün tek başına olabileceği gibi, gerçek veya tüzel kişilerce “birlikte” sağlanması durumuna değinilmesi gerekmektedir.

Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 3 üncü maddesinde yer verilen hakim ortak tanımı; doğrudan ya da dolaylı olarak bir ortaklığı tek başına ya da birlikte kontrol eden tüzel veya gerçek kişiyi ifade etmekte olup, mezkur maddede yer verilen kontrol tanımında her ne kadar tek başına gerçekleştirilebilecek kontrolün mekanizmalarına yer verildiği anlaşılmakta ise de, kontrolün doğrudan ya da dolaylı pay sahibi birden çok gerçek ya da tüzel kişinin birlikte hareket etmesi suretiyle de tesis edilebilmesi mümkün olduğu ortaya konulmuştur. Bu bakımdan, yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunun atanması veya görevden alınması gücünün elinde

¹⁹³ “Söz konusu kontrol şeklinde, oy anlaşması ile güç elde edecek olanların dolaylı pay sahipliği dışında kalacak kişiler olacağı, zira dolaylı pay sahiplerinin kendileri ile anlaşma yapılmamış olursa dahi kontrol ve hakim ortaklığın tespitinde zaten dikkate alınacağı” yönünde ayrıntılı bilgi için bkz. Doğan Mehmet, “5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Hakim Ortak Kavramı ve Bu Kavrama Bağlanan Sonuçlar”, Ersin ÇAMOĞLU’na Armağan, İstanbul 2013, s. 413.

¹⁹⁴ “Dolaylı pay sahipliği yoluyla, banka anonim ortaklığının doğrudan hissedarı olmamasına rağmen, ortaklığın kontrolünü elinde bulundurması durumu söz konusu ise; bu durumda söz konusu kişinin hakim ortaklığının bulunduğu kabul edileceği” yönünde bkz. Özkurt, s. 163.

bulundurulması noktasında birlikte kontrolün varlığı da, kontrolün “herhangi bir suretiyle sağlanması” anlamına gelecektir¹⁹⁵.

Banka anonim ortaklıklarında birden çok gerçek ya da tüzel kişinin birlikte hareket etmesi pay sahibi sözleşmelerinden¹⁹⁶, oy sözleşmesinden veya başkaca sözleşmelerden veya taahhütten kaynaklanabilir¹⁹⁷. Bu çerçevede, tek başına yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu belirlenemediği durumda, bu şekilde kontrolün sağlanması mümkündür. Zira pay oranlarının azlığı nedeniyle ortaklığa etki edemeyen pay sahipleri, yapacakları sözleşmeler ile güçlerini birleştirebilir ve aynı yönde oy kullanma taahhüdü ile birlikte ortaklığın yönetimindeki karşılıklı menfaatlerini belirleyebilirler¹⁹⁸. Bu durumda, pay sahibi gerçek ya da tüzel kişilerin tamamı ile dolaylı kontrole sahip olanlar hakim ortak olacaklardır¹⁹⁹.

Diğer taraftan, iş bu tez çalışması kapsamında, oy hakkının çoğunluğunun hesabında, bir payın üzerinde tesis edilmiş olan intifa hakkının da dikkate alınıp alınmayacağı hususuna değinilmiş olmakla birlikte, lehine intifa hakkı tesis edilen kişilerin de pay sahibi olmaksızın intifa hakkı üzerinden bankanın kontrolünü sağlayıp sağlayamayacağı ihtimali üzerinde de durulması önem arz etmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 432 nci maddesi uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça oy hakkı, lehine intifa hakkı tesis edilen hak sahibi tarafından kullanılmakta olup, intifa hakkının kullanılması suretiyle hak sahibinin yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu atama veya görevden alma gücüne erişmesi durumu ile karşı karşıya kalınması mümkündür. Zira, intifa hakkı, payın sahibine tanıdığı malvarlıksal hakların yanında yönetsel haklardan da yararlanma sonucunu

¹⁹⁵ Alıcı, C.1, s. 77.

¹⁹⁶ Anonim ortaklık pay sahiplerinin bir kısmının ya da tamamının; kendi aralarındaki yahut ortaklıkla aralarındaki hukuki ilişkiyi veya ortaklığın tabi olması gerektiği düzeni belirlemek için yaptıkları sözleşme. Bkz. Nilsson Okutan, Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul Mayıs 2004, s. 4.

¹⁹⁷ Turanboy, s. 2120; Küçükgüngör, s. 136.

¹⁹⁸ Nilsson Okutan, Pay Sahipleri Sözleşmeleri, s. 78.

¹⁹⁹ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 92.

doğurabilir. Bu durumda, intifa hakkı sahibi payın mülkiyetini elde edememekte, ancak doğan oy hakkını genel kurulda kendisi kullanabilmektedir²⁰⁰.

Bu kapsamda, oy hakkı, bilgi alma hakkı, genel kurula katılma hakkı gibi yönetsel hakların içerisinde, iş bu tez çalışması çerçevesinde özel önemi haiz olan hak, hiç kuşkusuz oy hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, oy hakkı ile pay sahipleri malvarlıksal haklarını koruma ve kullanmakla birlikte, aynı zamanda şirketin yönetimi ve denetimi üzerinde etkili olabilmektedir²⁰¹. Dolayısıyla, intifa hakkının elde edilmesi suretiyle oy haklarının çoğunluğunun elde edilmesi, oy gücü yoluyla şirket kararlarını etkileme gücünü, bunun ötesinde de şirket üzerinde hakimiyetin sağlanmasını da beraberinde getirebilecektir²⁰².

Banka anonim ortaklığı açısından da; banka hisseleri üzerinde tesis edilebilecek intifa hakkı yoluyla oy hakkının kullanılması, bankanın yönetimine etki edebilme ihtimalini de beraberinde getirecek, dolayısıyla bankanın kontrol gücünün elde edilmesi sonucunu doğurabilecektir²⁰³. Nitekim, kanun koyucu tarafından da intifa hakkının kullanılmasının özellikle yönetsel hakların kullanılması bağlamında ne denli önemli sonuçlara yol açabileceği öngörülerek, banka anonim ortaklıklarının payları üzerinde tesis edilecek intifa hakkına ilişkin olarak özel bir düzenleme getirilme ihtiyacı hissedilmiştir. Bu çerçevede 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun pay edinim ve devirleri ile bunların Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun iznine tabi olmasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen 18 inci maddesi uyarınca; oy hakkı edinilmesi ve hisseler üzerinde intifa hakkı tesisinde 18 nci maddesinin hükmünün uygulanması gerektiği ifade edilerek, dolaylı şekilde banka hisseleri üzerinde intifa hakkı tesisinin de Kurul'un iznine tabi olacağı belirtilmiş ve izin alınmaması durumunda intifa hakkının pay defterine kaydedilmeyeceği ifade edilmiştir²⁰⁴. Söz konusu hükme ilave olarak, Bankaların İzne Tabi İşlemleri İle Dolaylı Pay Sahipliğinin İlişkin Yönetmelik'in 11 inci maddesi uyarınca ise, herhangi bir pay devri olmasa

²⁰⁰ Taşdelen, C.1, s. 247.

²⁰¹ Kendigelen, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994, s. 204.

²⁰² Kendigelen, s.205.

²⁰³ Güçlü, Murat/ Yalvaç, Murat, "Banka Hisse Senetleri Üzerinde İntifa Hakkı Tesisine İlişkin Bir Değerlendirme", TBB Bankacılık Dergisi, Y. 2012 S. 82, s. 45-52, s. 49.

²⁰⁴ Reisoglu, C.1, s. 543.

dahi, mevcut paylar üzerinde intifa hakkı tesisinin de Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun iznine tabi olacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu açıdan, banka payları üzerinde tesis edilecek intifa hakkının bankanın yönetime katılma noktasında yaratabileceği etki nedeniyle, kanun koyucu intifa hakkının tesisine özel önem atfederek, bankanın kontrol gücü değişikliğine yol açabilecek bu işlemi Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun iznine tabi kılmış ve yönetsel hakların el değiştirmesini kontrol altında tutmayı amaçlamıştır²⁰⁵.

Bu bağlamda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu 432 nci maddesi uyarınca, aksi kararlaştırılmadıkça oy hakkı, lehine intifa hakkı tesis edilen hak sahibi tarafından kullanılmakta olup, intifa hakkının kullanılması suretiyle hak sahibinin yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunu atama veya görevden alma gücüne erişmesi durumu ile karşı karşıya kalınması mümkündür. Bîş bu tez çalışmamız önceki kısımlarında, oy hakkının çoğunluğunun tespiti bakımından pay üzerinde tesis edilen intifa hakkının, pay sahibinin oy hakkının çoğunluğunun, dolayısıyla kontrolünün tespitinde dikkate alınması gerektiği ifade edilmiş olmakla birlikte; intifa hakkını elde eden bakımından ise, intifa hakkının elde edilmesi suretiyle oy haklarının çoğunluğu üzerinde tasarrufta bulunulabildiği sürece, intifa hakkı sahibinin kontrolün tesisi yollarından birisi olan “başkaca herhangi bir suretle” elde edilebilecek şekilde, kontrol gücünü elde bulundurması imkan dahilinde olabilecektir.

²⁰⁵ Güçlü/ Yalvaç, s. 49.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

5411 SAYILI BANKACILIK KANUNU UYARINCA HÂKİMİYETİN HUKUKİ SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Bankaların, özü itibariyle tasarruf sahiplerinden toplanılan kaynakların, özellikle kredi kullandırımı suretiyle ekonomik ihtiyaçların karşılanması noktasındaki işlevi nedeniyle ülke ekonomilerindeki rolleri ve etkileri göz önüne alındığında, ortaklık yapılarına özel önem atfedildiği açıktır. Bu nedenledir ki, “güven kurumu” olarak nitelendirilen ve bu anlamda diğer ticari işletmelerden ve şirket türlerinden farklı bir yerde konumlandırılan bankalar, devletin yoğun denetimi ve müdahalesi altında bulunan ve kendileri için belirlenmiş özel kural ve düzenlemeler doğrultusunda faaliyet gösteren kuruluşlardır. Bunun nedeni, başka herhangi bir alanda faaliyet gösteren bir şirketin kötü idaresinin, sadece ortakları ve sınırlı sayıdaki alacaklılarını etkileyeceği, ancak bir bankanın kötü yönetimi halinde, kamu güveni, katılım fonu sahiplerinin hak ve menfaati ile mali sistemin güven ve istikrarının etkilenecek olmasıdır. Bu nedenle bankaların itibar müessesesi olarak salt ticari bir anlayışla değil, aynı zamanda kamu yararı ve düzenini gözeterek şekilde faaliyet göstermesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, banka kurucu, ortak ve yöneticilerinin sahip oldukları nitelikler, ticari ilişkileri ve faaliyetleri bankaların tesis etmeleri beklenen güven ve itibar duygusunun oluşmasını sağlayacak etkenlerden en önemlisidir. Bu nedenledir ki tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasının yanı sıra, mali piyasalarda güven ve istikrarın temininde, banka sahipliği ve yönetiminin “şeffaf ve açık bir ortaklık yapısı” üzerine tesis edilmesi ve denetim altına alınması, Kanun’un esas aldığı en temel unsurlardandır.

Bu doğrultuda, bankaların anonim şirket olarak kurulmasındaki temel gaye de bankaların daha kurumsal bir yapıya kavuşturulmasıdır. Bundan amaç, bankanın genel kurul, yönetim ve denetim organlarının muntazam olarak işlemesi ve sağlıklı bir

denetim ve işleyiş mekanizmasının kurulmasıdır. Zira, bankalar makro ekonomik etkilerden doğrudan etkilenmekle birlikte, idari ve mali yapılarındaki sorunlar nedeniyle söz konusu etkiler daha derin boyutlara ulaşmakta ve bankalar krizler karşısında daha kırılgan hale gelmektedir.

Dolayısıyla, bankaların karar ve yönetim mekanizmalarının sağlıklı bir şekilde işlemesi bankanın ticari bir işletme olarak amacına uygun şekilde faaliyette bulunmasını²⁰⁶ ve böylece bu şirketle ilgili olan bütün menfaat sahiplerinin haklarının korunmasına hizmet edecektir.

Bir banka söz konusu olduğunda, bu menfaat sahipleri arasında başta paralarını bankaya tevdi eden tasarruf sahiplerinin geldiği kuşkusuzdur. Aynı şekilde bankaların icra ettikleri fonksiyon nedeniyle ve bu işletmelerin kamuoyu nezdindeki güven ve itibarının en önemli dayanaklarından birinin bankaların kuruluşuna kamu otoritesi tarafından izin veriliyor ve faaliyetlerinin kamu otoritesi tarafından denetleniyor olması nedeniyle, bankaların karar ve yönetim mekanizmalarının sağlıklı işleyişinde kamunun da menfaati vardır. Bu doğrultuda kanun koyucu bankalarla ilgili olarak anonim şirketlerden daha farklı bir yaklaşım sergilemiş, bankaların ortaklık yapılarına, niteliklerine ve hatta sorumluluklarına ilişkin özel düzenlemeler getirmiştir.

Aksi durumda, belirli düzenlemelerin getirilmemesi bankaların emin bir şekilde çalışması noktasında ciddi eksiklikler yaratabilecek olup, bu durum banka anonim ortaklığının gerek ortakların gerekse yöneticilerin kendi iradelerini sağlıklı bir şekilde kullanamamaları sonucunu doğuracaktır ki, geçmiş bankacılık krizlerinde Fona devrolan bankalarda tecrübe edilen durumlardan birisinin de gerek ortakların gerekse de yöneticilerin kendi iradelerini sağlıklı şekilde kullanamamaları nedeniyle bankaların sorunlu hale geldiği gerçektir²⁰⁷.

Nitekim, 1997-2003 yılları arasında yönetim ve denetimi Fona devredilen bankaların ortaklık yapılarının incelenmesinden, bankaların hakim ortaklarının,

²⁰⁶ Çatı kavram olarak bankanın, işletmenin kanuni adı olduğuna ilişkin bkz. Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 11-13. Ayrıca, banka anonim ortaklığının bir tacir olarak, banka işletmesi olarak adlandırılan bir ticari işletmeyi işlettiği yönünde bkz. Altay, s. 10.

²⁰⁷ Bumin/ Ateş, s. 70.

kontrol altında bulundurduğu ana faaliyet konusunun medya, tekstil, turizm, inşaat sektörü olan gruplardan oluştuğu; bu nedenle de hakim ortak konumunda bulundukları bankaların kredilendirme faaliyetleri yoluyla esas itibariyle grup firmalarına kaynak sağlama işlevini yerine getirdiği görülmüştür²⁰⁸. Buna ilişkin Fona devredilen bazı bankaların hakim ortaklarının ana faaliyet konularını ifade etmek gerekirse; *BANK EKSPRESS*'in hakim grubu Korkmaz Yiğit Grubu'nun ana faaliyet konusu inşaat; *EGEBANK*'ın hakim grubu Demirel Grubu'nun ana faaliyet konusu inşaat; *ETİBANK*'ın hakim grubu Bilgin Grubu'nun ana faaliyet konusu inşaat; *EGS BANK*'ın hakim grubu EGS Holding'in ana faaliyet konusu tekstil; *ESBANK*'ın hakim grubu Zeytinoglu Grubu'nun ana faaliyet konusu imalat sanayi sektörü olduğu görülmektedir²⁰⁹.

Dolayısıyla, yaşanan süreçler içerisinde banka pay sahipliğinin kolaylıkla sağlanmasının, bankacılık ve finans alanında tecrübesi dahi bulunmayan kişilerin bankaların hakim ortağı konumuna gelmelerinin, bankalar bakımından ciddi sonuçlara yol açtığı ve hatta bankaları, yönetim ve denetimlerinin Fon'a devri ile bankalarına tasfiyesine kadar giden olumsuz sonuçlarla karşı karşıya bıraktığı görülmüştür.

Bu nedenle, ortaklık yapılarından kaynaklanan sorunların önüne geçilebilmesini teminen; mülga bankacılık kanunlarıyla birlikte belirli bir pay oranının üzerinde paya sahip ortaklar, özellikle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu bakımından bankalar üzerinde hakim konumda olan ortaklar yönünden hükümler getirilerek, bu pay sahipliklerine birtakım sonuçlar bağlanmıştır.

²⁰⁸ Bumin/ Ateş, s. 69.

²⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. “Tablo:2 Fona Devredilen Bankaların Hakim Grupları” Bumin/Ateş, s. 71.

II. BANKANIN FAALİYETİ SIRASINDA ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR

A. Hakim Ortakların Sahip Oldukları Mevduat veya Katılım Fonunun Sigorta Kapsamı Dışında Kalması

1. Genel Olarak Mevduat ve Katılım Fonu Kavramları

Bilindiği üzere, bankaların ticari faaliyetlerinin temelinde kişilerden mevduat, katılım fonu kabul etmek ya da özel yahut cari hesaplar yoluyla fon toplamak suretiyle topladıkları servet birikimlerinin, başta kredi vermek olmak üzere dağıtım suretiyle kâr elde etmek bulunmaktadır. Bu aracılık faaliyeti, ödünç verenlerin ellerindeki sermaye birikimleri çerçevesinde gelir elde etme istekleri ile ödünç alanların söz konusu sermaye birikimlerine ihtiyaç duymasından doğmaktadır.

Bu bakımdan, bankaların üstlendikleri bu işlevi yerine getirebilmeleri noktasında, ihtiyaç duyduğu temel şey sermaye, bir başka deyişle paradır. Dolayısıyla bankaların faaliyetlerinde sürdürülebilirliği sağlaması için, para kaynaklarının devamlılık arz etmesi ve paranın dolaşımında sıkıntıya düşmemesi gerekmektedir.

Bankalar, faaliyet çeşitliliği sırasında para hacmini farklı araçlarla geliştirirken, esas itibarıyla en önemli finansman kaynakları topladıkları mevduat veya katılım fonu olmaktadır. Zira, bu yolla hem sermaye birikimlerine ulaşmak kolay olmaktadır, hem de böylelikle daha geniş parasal hacme ulaşmak mümkün bulunmaktadır.

Kavramsal olarak mevduat; esas itibarıyla “emanet edilen şey” anlamına gelen vedia kelimesinden türetilmiş olup, bankacılıkta mevduat, vediaya nazaran daha dar bir anlamda emanete bırakılmış para olarak ifade edilmektedir.

Öte yandan, mevduat kavramının tanımına 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda yer verilmiş olup, mezkur tanıma göre mevduat; sözlü, yazılı veya herhangi bir çağrı yoluyla, faiz karşılığında ya da faiz karşılığı olmaksızın, istenildiğinde veya belirlenen vade sonunda geri ödenmeksizin halktan kabul edilen parayı ifade etmektedir. Diğer taraftan, katılım fonu ise; katılım bankalarında, kullanılması karşılığında kar veya

zarara katılma sonucunu doğuran, ancak hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın da iadesi garantisini vermeyen fonlar ile istenildiğinde çekilebilme özelliğine sahip getirisiz fonları ifade etmektedir. Bu itibarla, unsurları itibariyle katılım fonu, mevduatın çizdiği unsurlar bakımından paralellik arz etmektedir²¹⁰.

Bununla birlikte mevduat sözleşmeleri, hukuki niteliği yönünden tartışmalı olmakla birlikte²¹¹, mevduatın tanımı gereği bir miktar paranın mülkiyetinin ödünç alana geçişi ile birlikte daha sonra aynı miktar ve özellikteki paranın geri verilmesi taahhüdünü içermesi nedeniyle hem karz (ödünç) sözleşmesinin niteliğini taşımakta, hem de mevduat sahibi tarafından bankaya yatırılan paranın, bankada saklanması suretiyle istenildiğinde misliyle geri verilmesi borcunu doğurması nedeniyle de usulsüz tevdi niteliğini taşımaktadır. Bu açıdan, vadesiz mevduatın usulsüz tevdi, vadeli mevduatın ise ödünç olduğu ifade edilmektedir²¹².

Ancak, bankaya para yatıran kişilerin amacının, parasını banka nezdinde saklatmanın yanı sıra söz konusu paradan da bir gelir elde etmek (kullandırmak) olması; para alan bankaların amacının ise söz konusu paraların saklanması ile birlikte kendilerine kaynak yaratmak suretiyle paranın kullanılmasını sağlamak olması dikkate alındığında, mevduat sözleşmesinin, niteliği itibariyle hem ödünç hem de vedia sözleşmesinin özelliklerini barındırması nedeniyle kendine özgü bir sözleşme tipi olduğu ifade edilmektedir²¹³. Nitekim, Yargıtay da zaman içerisinde mevduatın hukuki niteliğine ilişkin olarak farklı yönde içtihatlar oluşturmuştur. Zira, kimi kararında mevduatı ödünç sözleşmesi olarak kabul etmiş²¹⁴, kimi kararlarında ise mevduatın bir

²¹⁰ Dinç, Yusuf, “Katılım Fonunun Hukuki Niteliği Üzerine; Fıkhi Sorunlar”, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C. 8 S. 15, 2016, s. 337-357, s. 339.

²¹¹ Konuralp, Haluk, “Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 1980 S.1, s. 14-23, s. 16; Alıcı, C. 1, s. 84; Reisoğlu, C. 1, s. 267.

²¹² Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 437.

²¹³ Önder, Fahrettin, “Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2003 C. 8 S. 1, s. 91-102, s. 94; Bozkurt, Tamer, “Bankacılık Kanunu’nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi, Y. 2017 C. 3 S. 1, s. 23-46, s. 28; Alıcı C. 1, s. 86; Reisoğlu, C. 1, s. 267.

²¹⁴ Yargıtay Ticaret Dairesi, T. 17.5.1955, E. 1812-K. 3707 (Naklen: Naneli, Ömer, “Türk Hukukunda Mevduat Hesabı Üzerine Çek Keşide Edilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.6 S.12, Aralık 2018, s. 537-562, s. 540.

vedia sözleşmesi olarak kabul etmiştir²¹⁵. Ancak, son dönem kararlarında, mevduat sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki²¹⁶ görüş istikrarını sürdürmektedir.

Mevduat ve katılım fonu, Bankacılık Kanunu'nun 60 ıncı maddesinin beşinci fıkrasının; "*Kredi kuruluşları, mevduat hesapları ile katılım fonu hesaplarını Kurulun görüşü alınmak suretiyle Merkez Bankasınca tespit edilecek vade ve türlerine göre tasnif etmek, tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonunu diğer hesaplardan ayırmak zorundadırlar.*" hükmüne istinaden; TCMB tarafından çıkarılan 2007/1 sayılı "*Mevduat ve Katılım Fonlarının Vadeleri ve Türleri Hakkında Tebliğ*"²¹⁷ uyarınca türlere ayrılmıştır. Söz konusu Tebliğ uyarınca mevduatın türleri; tasarruf, resmi kuruluşlar, ticari kuruluşlar, bankalar ve diğer kuruluşlar şeklinde olup, katılım fonlarının türleri ise; gerçek kişiler, resmi kuruluşlar, ticari kuruluşlar, bankalar ve diğer kuruluşlar şeklinde belirlenmiş olup, mevduatın türleri mevduat sigortası bakımından önem arz edecektir.

2. Mevduat ve Katılım Fonu Sigortası

a. Hukuki Niteliği

Mevduat ve katılım fonunun, bankaların temel fon kaynağı olması nedeniyle, fon temin etme sürecinin sağlıklı işleyebilmesi bakımından, sermaye birikimini bankaya getiren ödünç verenlerin, getirdikleri birikimin güvende olduğunu düşünmeleri ve ileriki bir tarihte bu birikimlerini yeniden alabilecekleri noktasında bankalara karşı herhangi bir endişe duymamaları gerekmektedir. Dolayısıyla, kişilerin

²¹⁵ Yargıtay HGK. E. 1980/11-2802, K. 1983/1047, T. 2.11.1983:"...**Davacı ile davalının yatırdığı parayı kabul eden banka arasındaki ilişki vedia akdine dayanmaktadır**...Taraflar arasındaki hukuki ilişki vedia akdine dayandığına göre zamanaşımının BK.nun 125. Maddesi hükmü gereğince, 10 yıl olduğu gözönünde bulundurulmayarak davanın zamanaşımı yönünden reddi doğru görülmemiştir..."(www.kazanci.com Erişim tarihi 20.11.2020).

²¹⁶ Yargıtay HGK. E. 2017/11-2224, K. 2018/1753, T. 22.11.2018 : "...Bankalar kendilerine yatırılan paraları mudilere istendiğinde veya belli bir vadede aynı veya misli olarak iade etmekle yükümlüdür (4491 Sayılı Kanun ile değişik 4389 Sayılı Bankalar Kanunu'nun 10/4 ve 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu'nun 61. maddesi). Bu tanımlamaya göre, **mevduat ödünç ile usulsüz tevdi sözleşmelerinin niteliklerini taşıyan kendine özgü bir sözleşmedir**..." ; aynı yönde Yargıtay HGK. E. 1994/11-178, K. 1994/398, T. 15.06.1994; Yargıtay 11 HD. E.2009/1101, K.2010/7139, T. 21.06.2010; Yargıtay 11. HD. E.2009/4609, K.2010/10691 T. 25.10.2010 (www.kazanci.com Erişim tarihi 20.11.2020).

²¹⁷ 03.02.2007 tarihli ve 26423 sayılı R.G.

bankalara paralarını getirebilmelerinin birinci koşulu güvendir. Zira, bankalara birikimlerini getiren müşteriler, genelde riski sevmeyen ve getirileri ile birlikte, banka ile güven ilişkisini de düşünen kişilerdir²¹⁸. Bu bakımdan güvenin sağlanabildiği noktada, kişiler rasyonel ekonomik saikleri doğrultusunda sermaye birikimlerini bankalara aktarma yoluna gideceklerdir.

Bilindiği üzere kişilerin risklerin tehdidinden kurtulmasını ve kendilerini güvende hissetmelerini sağlayan sigorta; ekonomik sonuçlar doğuran birtakım rastlantısal risklerin olumsuz sonuçlarının bir organizasyon dahilinde paylaşımını sağlayan bir kurumdur²¹⁹. Bu açıdan, günümüzde bireylerin karşılaştıkları riskleri bertaraf etmek amacıyla başvurdukları yollardan birisi de sigorta kurumudur.

Bunun bir yansıması olarak bankacılık sisteminde, bu güvenin tesis edilmesi mekanizmalarından birisi de mevduatın koruma altına alınmasını sağlayan mevduat ve katılım fonu sigortasıdır²²⁰. Zira bankaların mali bünyelerinin korunmasını amaçlayan birtakım önlemlerin yanında, aynı zamanda faaliyetinden kaynaklanan riskleri bakımından da birtakım tedbirlerin de alınması gerekmekte olup, bankaların faaliyetinin sona ermesi halinde mevduat ve katılım fonu sahiplerinin zararlarının da giderilmesi gerekecektir. Bu açıdan mevduat ve katılım fonu sigortası, kredi kuruluşlarının faaliyet izinlerinin kaldırılması durumunda, mevduat ve katılım fonu sahiplerinin getirdikleri mevduatlarını veya katılım fonlarını kısmen ya da tamamen geri alabilmesinin garanti altına alınmasıdır²²¹. Mevduat sigortasının varlığı ile, mevduat ve katılım fonu sahibi, bankada yaşanabilecek bir finansal kriz durumunda, parasını kaybetme riskini güvence altına almakta, böylece banka ile arasında meydana gelen güven ilişkisinin sağlamlaştığını düşünmektedir.

²¹⁸Toy, Soner, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Türkiye Ekonomisi ve Türk Bankacılık Sektörü Üzerindeki Etkileri”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YL. Tezi, İstanbul 2010, s. 8.

²¹⁹ Can, Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Ankara 2007, s. 15.

²²⁰ Akyol, Serhat, “Türkiye’de Mevduat Sigorta Sisteminin Genel Analizi”, Ekonomi Maliye İşletme Dergisi, C. 1. S. 1, 2018, s. 1-11, s. 6.

²²¹ Toy, Soner, s. 9; İslamoğlu, Mehmet/Şanlı, Devran, “Mevduat Sigorta Sistemi ve Bankacılık Sektöründe Rekabet Üzerine Etkileri”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C. 14 S. 2, 2013, s. 271-290, s. 273.; Karamustafa, Cemal, “Mevduat Sigortası ve Piyasa Disiplini İlişkisi Çerçevesinde Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi”, TMSF Çatı Dergisi , S. 36, Mart 2014, s. 5-11, s. 6.

Öte yandan, mevduat ve katılım fonu sigortasına ilişkin sistem, sadece mevduat ve katılım fonu sahiplerinin menfaatini temin eden bir sistem olarak değerlendirilemez. Zira, bir yandan esasen mevduat ve katılım fonu sahiplerinin haklarının zayı olmamasının temin edilmesi amaçlanırken, bir diğer yandan bankacılık sektörünün karşılaştığı risklerden dolayı finansal krizler yaşaması halinde bankacılık sektörüne olan güvenin sarsılmamasını sağlamakta, mevduat ve katılım fonu sahiplerinin paralarını bankacılık sistemi dışına çıkarmalarının da önüne geçerek, finansal piyasalarına güven ve istikrarına da hizmet etmektedir. Bu nedenle, hem mudileri hem de bankaları, dolayısıyla bankacılık sistemini koruyucu bir mekanizma olarak nitelendirilebilecektir.

Nitekim, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun gerekçesinde de, mevduat ve katılım fonu sigortası sisteminin uygulanmasının, bankacılık sektöründeki dayanış ve finansal bütünleşmenin vazgeçilmez unsuru olarak görülmesi nedeniyle, bankalara duyulan güvenin sağlanması suretiyle tasarrufların korunması ve mali sisteme istikrar kazandırılması amacından kaynaklandığı ifade edilmiştir.

Mevduat sigortası sistemi, uygulanış yöntemleri olarak ülkeler arasında farklılık göstermek ile birlikte²²², temelde yaklaşım olarak mevduatın korunması uygulamaları; mevduatın korunmasının hiç uygulanmaması yoluyla, mevduat korunmasının tasfiye sırasında öncelik tanınması yoluyla, kapsamının belirlenmemesi yoluyla, açık ancak sınırlı garanti yoluyla veya tam açık garanti yoluyla olabilmektedir²²³.

Ülkemizde ise, mevduat sigortası, açıkça belirlenmiş ve sınırlı bir mevduat miktarı üzerinden sağlanan bir koruma şeklinde karşımıza çıkmakta olup, tam mevduat güvencesinin uzun süre uygulanması halinde piyasa disiplini bozması ve tam mevduat güvencesinin varlığından kaynaklanan kaynakların verimsiz kullanımı

²²² Akyol, s. 8; Duramaz, Selim, “Mevduat Sigortası Artışının Toplam Mevduata Etkisi: Türk Bankacılık Sistemi Örneği”, Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Eylül 2017, C. 3 S. 3, s. 355-367, s. 357.

²²³ Karamustafa, s. 7.

dolayısıyla ekonomiye yapılacak katkının sınırlı kalması nedeniyle sınırlı mevduat ve katılım fonu garantisi sistemi benimsenmiştir²²⁴.

b. Sigortanın Kapsamı

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 63 üncü maddesi uyarınca; mevduat bankaları nezdinde açılan, gerçek kişilere ait ve çek keşide edilmesine münhasır olmak üzere başkaca ticari işleme konu olmayan mevduat hesapları (tasarruf mevduatı) ile katılım bankaları nezdinde açılan gerçek kişilere ait özel cari hesaplar ve katılım hesaplarındaki tutarlar (katılım fonları), TMSF tarafından sigorta edilmektedir. Bu çerçevede, kanunun çizdiği sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, kapsama tabi mevduat bakımından sigorta güvencesi söz konusu olmaktadır. Kredi kuruluşları; söz konusu mevduat ve katılım fonlarının sigortaya tabi kısımları üzerinden prim ödemek suretiyle mevduatları ve katılım fonlarını sigorta ettirmek zorundadırlar.

Bununla birlikte, mezkur hükmün üçüncü fıkrası uyarınca, sigortaya tâbi olacak tasarruf mevduatının ve gerçek kişilere ait olan katılım fonlarının tutarı ve kapsamı, Merkez Bankası, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu ile Hazine ve Maliyet Bakanlığının olumlu görüşü alınmak suretiyle Fon Kurulu tarafından belirlenir.

Bu kapsamda, Fon tarafından çıkarılan *Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik*²²⁵ ile, kredi kuruluşları nezdindeki tasarruf mevduatı ve gerçek kişilere ait katılım fonlarının sigortalanması ile Fon tarafından tahsil edilecek sigorta primlerine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiştir.

²²⁴ Mevduat sigortası konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayzit, Müge, “Dünyada ve Türkiye’de Mevduat Sigorta Sistemi Uygulamaları, “Uzmanlık Yeterlik Tezi”, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Bankacılık ve Finansal Kuruluşlar Genel Müdürlüğü, Ankara Mayıs 2014 (<http://www3.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/mugeayzit.pdf> Erişim Tarihi: 24.08.2021); İslamoğlu / Şanlı, s. 282; Güneş, Nizamülmülk, “Mevduat Sigortacılığı ve Türkiye Örneği”, Vergi Raporu, Haziran 2015, S.189(6), s. 45-64, s. 60; Kartal, Fikret, “Dünyada Mevduat Sigortacılığı ve Türkiye Uygulaması”, ESOĞÜSBD, Aralık 2012, C. 13 S. 2, s-107-136, s. 123.

²²⁵ 07.11.2006 tarihli ve 26339 sayılı R.G.

Yönetmeliğin, 4 üncü maddesi uyarınca, 5411 sayılı Bankacılık Kanununda belirlenen sınırlar dahilinde, sigortanın kapsamı ve tutarı belirlenmiş olup, Türkiye’de faaliyet göstermekte olan bir kredi kuruluşunun yurt içindeki şubelerinde;

- Gerçek kişiler adına açılan,
- Münhasıran çek keşide edilmesi dışındaki ticari işlemlere konu olmayan,
- Türk lirası, döviz ve kıymetli maden cinsinden tasarruf mevduatı ve katılım hesapları ve özel cari hesapları

sigorta kapsamında bulunmaktadır. Bu çerçevede, Türkiye’de kurulu bir bankanın yurt dışındaki şubelerindeki tasarruf mevduatı ve katılım fonu sigorta kapsamında değil iken, söz konusu hüküm yabancı bankaların yurt içindeki şubelerini de kapsamaktadır²²⁶.

Ancak bu hesaplar bakımından da sınırlama getirilmiş olup, Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik’in 4 üncü maddesi uyarınca tasarruf mevduatı hesaplarının anaparası ve faiz reeskontlarının toplamının her bir gerçek kişi için 200.000 Türk Lirasına kadar; katılma hesaplarının birim hesap değerleri ile özel cari hesapların her bir gerçek kişi için 200.000 Türk Lirasına kadar olan kısmı sigorta kapsamındadır²²⁷.

Öte yandan, *Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik* kapsamında belirtilmemiş olmakla birlikte, *Çeyiz Hesabı*, *Çeyiz Hesabı ve Devlet Katkısına Dair*

²²⁶ Alıcı, C. 2, s. 1205; Reisoğlu, C.1, s. 1340.

²²⁷ 16 Aralık 2021 tarihli ve 31691 sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan “Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik” uyarınca, 01.01.2022’den itibaren geçerli olmak üzere 4 üncü maddede belirtilen sigortaya tabi tutar, her yıl, bir önceki yıla ilişkin olarak 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanunu uyarınca tespit ve ilan edilen yeniden değerlendirme oranı dikkate alınarak takvim yılı başından geçerli olmak üzere TMSF Fon Kurulu tarafından artırılabacaktır.

Bu kapsamda, Fon Kurulu’nun 30.12.2021 tarihli ve 31705 sayılı R.G.’de yayımlanan 24.12.2021 tarihli ve 2021/562 sayılı kararı ile 150.000-TL olan sigortaya tabi mevduat ve katılım fonu tutarı, 2022t takvim yılı başından geçerli olmak üzere 200.000-TL’ye çıkarılmıştır.

*Yönetmelik*²²⁸; konut hesabı ise *Konut Hesabı ve Devlet Katkısına Dair Yönetmelik*²²⁹ uyarınca Türkiye’de faaliyet gösteren mevduat ve katılım bankalarının yurt içindeki şubeleri aracılığıyla mevduat, katılma veya özel cari hesap olarak açılabilirdiklerinden, söz konusu hesaplar da sigortaya tabi mevduat ve katılım fonu kapsamında yer almaktadır²³⁰. Bu nedenle söz konusu hesaplarda bulunan miktarların da, sigorta sınırları çerçevesinde güvence altında bulunmaları ve riskin gerçekleşmesi halinde sigortalanan tutar üzerinden Fon tarafından ödeme yapılması durumu söz konusu olacaktır.

c. Sigorta Kapsamı Dışında Kalan Haller

Bankacılık sektörüne, bireyler tarafından duyulan güvenin artırılması ve bu suretle hem tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerini korumak hem de ekonomik istikrarı sağlamak amacıyla getirilen güvencelerden biri olan mevduat sigorta sistemi²³¹, sınırsız bir güvence sistemini de beraberinde getirmemektedir. Zira, bankaların risk alarak gerçekleştirdikleri her işlemin bir güvenceye bağlanması söz konusu olamayacağı gibi, bankalara çeşitli amaçlarla sermaye birikimlerini getiren şahısların da, aldıkları risk karşısında her birikimlerinin de kanuni bir garanti altında korunması mümkün değildir.

Bu bakımdan, yasa koyucu, ülkemizdeki mevduat sigorta sistemi bakımından, sigorta güvencesinin genel çerçevesini çizmiş ve sigortanın kapsamı ile tutarının Fon tarafından belirleneceğini belirlemiş ise de, aynı zamanda sigorta kapsamı dışında kalan mevduat ve katılım fonunu da düzenleme ihtiyacı hissetmiştir.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki, mevduatın ve katılım fonunun sigortalımasına ilişkin genel çerçeveyi çizen 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 63 üncü maddesi çerçevesinde çıkarılan, Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik

²²⁸ 16.12.2015 tarihli ve 29564 sayılı R.G.

²²⁹ 26.02.2016 tarihli ve 29636 sayılı R.G.

²³⁰ Alıcı C. 2, s. 1210.

²³¹ Yücel, Yonca Fatma, “Tasarruf Sahiplerinin Hak ve Menfaatlerinin Korunmasına Dair Mevzuat”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 22 S. 78, Mart 2010, s. 464-487, s. 477.

uyarınca hangi hesapların sigorta kapsamında bulunduğuna dair bir belirleme yapılmıştır. Dolayısıyla bu belirlemeden hareketle, tüzel kişi hesapları, ticari işlemlere konu olan hesaplar, türk lirası, döviz ve kıymetli maden cinsinden tasarruf mevduatı ve katılım hesapları ve özel cari hesaplar dışında kalan diğer hesaplardaki tutarların sigortaya tabi olmadığı sonucuna ulaşılacaktır²³².

Öte yandan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 64 üncü maddesi uyarınca, mevduat veya katılım bankaların;

-Hakim ortakları ile bunların ana, baba, eş ve velayet altındaki çocuklarına ait katılım fonu ile diğer hesaplarının,

-Yönetim veya yurt dışında kurulu bankaların Türkiye'de faaliyette bulunan şubelerin müdürler kurulu başkan ve üyeleri, genel müdürleri, genel müdür yardımcıları ile bunların anne baba eş ve velayet altındaki çocuklarına ait mevduat ve katılım fonu ile diğer hesaplarının,

- 26.9.2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 282 nci maddesindeki suçtan kaynaklanan malvarlığı değerleri kapsamına giren mevduat ve katılım fonu ile diğer hesaplarının,

-Kurul tarafından belirlenen diğer mevduat, katılım fonu ve hesaplarının

sigortaya tabi mevduat ve katılım fonu kapsamında bulunmadığı hüküm altına alınmış olup, Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik uyarınca söz konusu kalemlere ilaveten, Türkiye'de münhasıran kıyı bankacılığı göstermek için kurulan kredi kuruluşlarının (off-shore bankalar) topladıkları mevduat ve katılım fonlarının da sigortaya tabi olmayacakları ifade edilmiştir²³³.

Bu noktada, iş bu tez çalışmasının da konusunu oluşturan, banka anonim ortaklığının hakim ortağı konumunda olmanın bir sonucu olarak, mezkur mevduat

²³² Alıcı, C. 2, s. 1205-1206.

²³³ Kartal, s. 125.

uyarınca, hakim ortağın ilgili bankada yer alan mevduatı veya katılım fonu, sigorta kapsamı dışına çıkmaktadır²³⁴.

Nitekim, mevduat sigorta sistemlerinin kurulması ve reforme edilmesi amacıyla, TMSF'nin de üyesi bulunduğu, Uluslararası Mevduat Sigortacıları Birliği²³⁵ ile Basel Bankacılık Denetim Komitesi²³⁶ tarafından hazırlanarak yayınlanan ve daha sonra 2014 yılında revizesi gerçekleştirilen Etkin Mevduat Sigorta Sistemleri İçin Temel İlkelerin²³⁷ mevduat sigortasının kapsamına ilişkin hususları düzenleyen 8. ilkesinde de, mevduat sigortasının kapsamının sınırlı, güvenilir, mevduat sahiplerinin büyük çoğunluğunu kapsayacak şekilde olması gerektiği, eğer bazı mevduat tiplerinin veya mudinin sigorta kapsamından yararlanması uygun değilse, bu durumun açıkça belirtilmesi gerektiği ifade edilerek; özellikle bankalar arası mevduatın, kamu kurumlarının mevduatlarının, bankanın mali bünyesinin bozulmasından sorumlu kişilerin (yöneticilerin, büyük hissedarların, denetçilerin) mevduatlarının kapsam dışında bırakılabilecekleri ifade edilmiştir²³⁸.

Dolayısıyla, bu kapsamda mevduat sigortası kapsamında kalan hallerden birisi olarak 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen, hakim ortakların mevduatlarının sigorta kapsamı dışında kalmasına ilişkin düzenlemenin, mevduat sigortasına ilişkin uluslararası düzenlemeler ile paralellik arz ettiği görülmektedir.

Belirtmek gerekir ki, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda, bir bankanın “sermayesinin yüzde on ve daha fazlasına sahip ortakları” ile bunların anneleri, babaları, eş ve çocuklarına ait o bankadaki tasarruf mevduatı sigorta kapsamından çıkarılmakta iken, meri 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu kapsam değiştirilerek, “hakim ortakların” kendileri ile anne, baba, eş ve çocuklarına ait hesapların sigorta kapsamından çıkarılması hüküm altına alınmıştır. Hal böyle iken, iki mevduat arasında

²³⁴ Altay, s. 33.

²³⁵ International Association of Deposit Insurers (IADI).

²³⁶ Basel Committee on Banking Supervision (BCBS).

²³⁷ The Revised Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems (November 2014), (<https://www.iadi.org/en/assets/File/Core%20Principles/cprevised2014nov.pdf>, Erişim tarihi: 24.08.2021).

²³⁸ Principle 8- Coverage; Essential Criteria 1, The Revised Core Principles for Effective Deposit Insurance Systems, s. 27, dpn. 16.

kapsam farkı oluşmakta olup, yeni kanun ile birlikte, bir bankada %10 ve daha üzerinde pay sahibi olmaya değil, hakim ortak olmaya sonuç bağlanmıştır.

Bu çerçevede, söz konusu değişikliğin yapılarak, hakim ortakların hesaplarının sigorta kapsamı dışında tutulması yerindedir. Zira, bir bankanın %10 veya fazlası payına sahip olmak, bir banka üzerinde hakimiyetin tesis edilmesi anlamına gelmez. Dolayısıyla, %10 veya üzeri paya sahip olmak, bir banka için önem arz etmekte ise de, hakim ortak sıfatı ile karşılaştırıldığında, bu oranda sahip olan ortağın bankanın faaliyetine etki etme, ona yön verebilme hakim ortağa nazaran ihtimali daha düşüktür. Dolayısıyla, sigortanın getiriliş amacının kanun gerekçesinde ifade edildiği üzere, bankalara duyulan güvenin artırılmasıyla tasarrufları korumak ve Türk malî sistemine istikrar kazandırmak olduğu dikkate alındığında; sigortanın, hakim ortakların bankada bulunan hesap bakiyesi ile herhangi bir mudiin hesap bakiyesinin karşı karşıya kaldığı riski aynı şekilde değerlendirilemeyecektir²³⁹. Zira, hakim ortak, bankanın faaliyetlerine devamı sırasında, bankanın emin bir şekilde çalışması noktasında yeterli bilgi ve veriye sahip iken, birikimini bankaya yatıran tasarruf sahibinin bankanın sevk ve idaresinin sağlıklı şekilde sürdürüldüğünü bilmesi beklenemeyeceğinden, aynı sigorta güvencesi kapsamında bulunmamaları olmaları kanaatimizce de yerindedir.

Ancak belirtmek gerekir ki, bu durum da sadece ilgili hakim ortağın, hakim ortak konumunda bulunduğu bankadaki mevduat veya katılım fonu için söz konusu olacak olup, hakim ortağın başka bankada yer alan mevduat veya katılım fonunun, sigorta kapsamı dışında kalması söz konusu olmayacaktır.

Bu nedenle, hakim ortağın bankadaki mevduatının karşı karşıya kaldığı riskin güvence altına alınmamasının, bir başka deyişle hakim ortakların hesaplarının mevduat ve katılım fonu sigortası dışında tutulmasının, hakim ortağın şirket ile arasındaki kuvvetli bağın bir sonucu olarak düzenlendiği anlaşılmaktadır²⁴⁰.

Bir diğer bakış açısına göre ise; bir bankanın hakim ortak suistimali ile karşı karşıya kalma ihtimalinden kaynaklı olarak, bankanın mali durumun bozulmasına yol

²³⁹ Taşdelen, C. 1, s. 779.

²⁴⁰ Battal, s. 255.

açan, hatta bankayı zarara uğratan kişilerin aynı zamanda bankada tuttıkları mevduatları veya katılım fonları nedeniyle sigorta kapsamında bir de alacaklı konumuna gelmelerinin önüne geçilmesi sağlanmış olmaktadır²⁴¹. Dolayısıyla, bir bankada hakim ortak olmak, kredi kuruluşunun emin bir şekilde çalışmasının tehlikeye düşmesi, bir başka deyişle kredi kuruluşunun faaliyet izninin kaldırılması sonucunu doğuracak faaliyet sorunları ile karşı karşıya kalması halinde, mevduatın güvence altında bulunmaması ve sigortaya tabi mevduat kapsamındaki limitler dahilinde mevduatın veya katılım fonunun ödenmemesi riskini de beraberinde getirmektedir.

B. Hâkim Ortakların Sigortaya Tâbi Mevduat ve Katılım Fonu Tutarının Eksik Beyanı Hâlinde Sorumluluğu

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 63 üncü maddesi uyarınca, kredi kuruluşlarının, sahip oldukları sigortaya tabi tasarruf mevduatlarını ve gerçek kişilere ait katılım fonlarını, sigortaya tabi kısım üzerinden sigorta ettirme ve bunun bir sonucu olarak yaptırdıkları sigortalar bakımından TMSF'ye sigorta primi ödeme zorunlukları bulunmaktadır.

Ancak bu noktada belirlemek gerekir ki, söz konusu hükme istinaden kredi kuruluşları ile TMSF arasında herhangi bir sigorta sözleşmesinin yapılması, bir diğer deyişle sözleşme yapılması suretiyle mevcutlarında bulunan tasarruf mevduatlarını ve katılım fonlarına sigorta sağlanması söz konusu değildir. Zira, mevduat sigortası sözleşmesel bir sigorta şekli değil, tam tersine kanundan kaynaklanan bir sigortalanma halini ifade etmektedir. Bu nedenle, kredi kuruluşları, kanunen sigorta kapsamında dahil olan tasarruf mevduatı ile katılım fonunu sigorta kapsamından çıkaramayacakları gibi, ödenmesi zorunlu olan sigorta primini de ödemekten imtina edemezler²⁴².

Öte yandan, söz konusu sigortanın kredi kuruluşu tarafından sigorta ettirilip ettirilmemesi veyahut priminin ödenip ödenmemesi, sigortanın varlığı açısından, mudiler yönünden bir sonuç doğurmamaktadır²⁴³. Yani, bir mevduatın ilgili kredi

²⁴¹ Battal, s. 255.

²⁴² Reisoğlu, C. 1, s. 1340.

²⁴³ Yücel, s. 479.

kuruluşunca sigorta ettirilmemiş veya priminin ödenmemiş olması, o mevduatın sigorta kapsamı dışında kalmasına yol açan bir durum değildir. Söz konusu zorunluluk, tasarruf mevduatının veya katılım fonunun sigortalanması bakımından değil, TMSF'ye bildirim bakımından hüküm ve sonuç doğurmaktadır. Dolayısıyla, ilgili kredi kuruluşunun tasarruf mevduatını veya gerçek kişilere ait katılım fonunu TMSF'ye bildirmemesi veya primini yatırmaması, mevduat sahibinin kanundan kaynaklanan mevduat güvencesinden yararlanmasının önüne geçmeyecektir²⁴⁴. Nitekim Danıştay 13. Dairesinin bir kararında²⁴⁵ bu hususa ilişkin olarak; sigorta korumasının başlamasının, hesabın açılışı ile olduğu, dolayısıyla sigorta primi ödenmesine bağlanmadığı hüküm altına alınmıştır.

Ancak, mevduatın veya katılım fonunun TMSF'ye bildirilmemesi suretiyle sigorta ettirilmemesinin veya sigorta priminin yatırılmamış olmasının önüne geçmek amacıyla söz konusu işlemler, kanun koyucu tarafından kredi kuruluşlarına bir yükümlülük olarak yüklenmiştir. Bu yükümlülüğün bir gereği olarak, Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik uyarınca, kredi kuruluşlarının TMSF'ye bildirimde bulunmaları gerekmektedir.

Zira, mezkur Yönetmelik'in 8 inci maddesi uyarınca, Türkiye'de faaliyet gösteren bir kredi kuruluşunun yurt içi şubeleri vasıtasıyla gerçek kişiler adına açılan ve çek keşide edilmesi dışında ticari işlemlere konu olmayan Türk Lirası, döviz ve kıymetli maden cinsinden tasarruf mevduatı hesapları ile katılma hesaplarının toplam tutarları ile sigortaya tabi tutarlarının ayrı ayrı tutarları her ay sonu itibarıyla takip eden ayın 25 inci gününe kadar, ilgili kredi kuruluşunca TMSF'ye bildirilmesi gerekmekte

²⁴⁴ Alıcı, C. 2, s. 1204.

²⁴⁵ Danıştay 13. D. E.2005/6591, K.2006/1512, T.27.3.2006: "...Tasarruf mevduatı sigortasından, tarafların iradelerinin söz konusu olmadığı, Kanun uyarınca kendiliğinden doğan bir hukuki ilişki mevcuttur, buna göre, tasarruf mevduatı sigorta işleminde, tarafların karşılıklı iradelerine dayanan hukuksal bir ilişki, bir sigorta sözleşmesi söz konusu değildir. Bankalar Kanunu m. 15/6, c. 2 cümledeki bu koruma, 2000/682 sayılı Kararda ve Yönetmelikte sigorta olarak nitelendirilmektedir. Tasarruf mevduatı sigortası, "tasarrufların korunması" amacıyla ihdas edilen bir devlet tasarrufudur; bir tazminat müessesesi değil, aksine bir garanti müessesesidir. Aynı zamanda bankacılık sektöründe güven ve istikrarı sağlamak amacıyla kurulmuştur. **Bu koruma, Kanundan dolayı, tasarruf mevduatı hesabının açılmasıyla başlar. Bu korumanın başlaması, sigorta priminin ödenmesi koşuluna bağlı değildir.** 4969 sayılı Kanunun Geçici 2. madde/2, fıkra, 4389 EK 1. maddeye göre banka tarafından beyan edilmeyen tasarruf mevduatı için primi banka öder. Prim ödenmesi, tasarruf mevduatı mevduat sigortasının sebebi değil, sonucudur..." (www.kazanci.com, Erişim tarihi 03.01.2021).

ve süresi içerisinde sigorta primlerinin TMSF'ye ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla söz konusu prim yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde, TMSF'nin ilgili kredi kuruluşuna karşı alacaklı sıfatını kazanması söz konusu olmaktadır²⁴⁶.

Diğer taraftan, sigortaya tabi mevduat veya katılım fonuna ilişkin sigorta priminin yatırılmaması veya eksik yatırılması halinde, hem bankanın hem de bankanın yönetici ve hakim ortakları bakımından özel sorumluluk hali düzenleme altına alınmıştır.

Bu kapsamda, öncelikle banka tüzel kişiliği yönünden, Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları İle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelik'in 9 uncu maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, kredi kuruluşlarınca süresinde yatırılmayan tasarruf mevduatı ve katılım fonu sigorta primleri ile ilave prim yükümlülüğü doğduğunun tespiti halindeki söz konusu prim farkları, TMSF tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre hesaplanacak gecikme faizi ile birlikte tahsil edilecek olup, söz konusu zamanında ödenmemiş veya eksik ödenmiş primlerin muhatabı banka tüzel kişiliği olmaktadır.

Diğer taraftan, kanun koyucu sigortaya tabi mevduat ve katılım fonu bakımından 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 135 inci maddesinde banka yönetici ve ortakları bakımından özel bir sorumluluk halini düzenlemiştir. Zira mezkur madde uyarınca, kredi kuruluşunca yetkili mercilere beyan edilen sigortaya tâbi mevduat ve katılım fonu tutarı ile Fon tarafından tespit edilen mevduat ve katılım fonu tutarı arasında bir fark bulunması hâlinde, TMSF tarafından söz konusu farkın tahsili amacıyla bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcılarına, imzaları bankayı ilzam eden memurlarına ve şube müdürleri ile yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya

²⁴⁶ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 213.

birlikte elinde bulunduran ortaklarına²⁴⁷, bu kişilerin eşlerine ve çocuklarına ait hak ve alacaklara ulaşılması ve doğrudan tahsil imkanı getirilmiştir.

Söz konusu hükmün kapsamı dikkate alındığında, söz konusu sigorta primine etki edecek beyan farklılığının, ciddi sonuçlara yol açtığı açıktır. Zira, mezkur madde uyarınca, söz konusu kişilere ait, bankalar ve banka dışı malî kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki, 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 dâhil her türlü taşınır ve taşınmaz,

-kıymetli evrak

-yurt içi veya yurt dışı hazine bonosu,

-devlet tahvili, hisse senedi, yatırım fonları katılım belgeleri gibi diğer menkul değerler,

-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 alacaklar

üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına, belirtilen tüm mal, kıymetli evrak, nakit ve diğer değerlerin zaptına ve/veya resmî sicillerdeki kayıtları üzerinde ihtiyatî tedbir konulmasına, bunların bir tevdi mahalline 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 senetleri hakkında söz konusu tedbirlerin

²⁴⁷ Her ne kadar madde metninde, “...yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran **ortaklarına**...” ifadesine yer verilmiş ise de, söz konusu ifadenin bankanın hakim ortaklarını ifade ettiği yönünde bkz. Reisoğlu, C.2, s. 2108.

alınmasına TMSF'nin talebi üzerine ilgili bankanın merkezinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hakimince karar verilebileceği gibi, söz konusu farkın TMSF tarafından 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanu uyarınca takip ve tahsili de mümkündür.

Görüleceği üzere, söz konusu hükmün çerçevesi ve alınabilecek tedbirlerin kapsamı, aralarında hakim ortakların kendisi, eşi ve çocuklarının da bulunduğu birçok kişi bakımından ağır sonuçlar doğurmaktadır.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, söz konusu hüküm 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ile ilk defa düzenleme altına alınan bir hüküm değildir. Zira, özel sorumluluk hükmü mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun ilk halinde bulunmamakla birlikte, ilk düzenleme 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na 4969 sayılı Kanun²⁴⁸ ile getirilen Geçici 2. Madde ile getirilmiş, söz konusu hüküm 5020 sayılı Kanunla değiştirilerek Ek 1 inci maddesinin ikinci fıkrasında ihdas edilmiştir. Söz konusu maddenin yürürlüğe girdiği tarih, 12.08.2003 tarihi olup, Türkiye İmar Bankası A.Ş.'nin faaliyet izninin kaldırılmasından 1 ay sonra mezkur maddenin ihdas edildiği anlaşılmaktadır²⁴⁹. Doktrinde bu noktaya ilişkin olarak, söz konusu hükmün getiriliş sebebinin, T. İmar Bankası A.Ş.'nin yükümlülüklerini ağır şekilde ihmal etmesi olduğu ifade edilmektedir²⁵⁰.

Diğer taraftan, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 135 inci maddesinin uygulama alanı bulması için sigorta primine etki edecek beyan farklılığı bulunan kredi kuruluşunun faaliyet izninin kaldırılmış ya da temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devredilmesine karar verilmiş mi olmasının gerektiği yoksa bankanın faaliyeti sırasında da söz konusu hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağı noktasında bir açıklık söz konusu

²⁴⁸ 12.08.2003 tarihli ve 25197 sayılı R.G.

²⁴⁹ T. İmar Bankası A.Ş.'nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 03.07.2003 tarihli ve 1085 sayılı Kararına istinaden kaldırılmış olup, söz konusu karar 04.07.2003 tarihli ve 25158 sayılı R.G.'de yayımlanmıştır.

²⁵⁰ Battal s. 393; “bir bankanın yükümlülük ihlali nedeniyle” Alıcı, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.1, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 1836; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 213.

değildir. Konuya ilişkin bir görüşe göre²⁵¹; söz konusu maddenin uygulama alanı bulması için kredi kuruluşun faaliyet izninin kaldırılması ya da TMSF'ye devrine karar verilmiş olmasının gerekmediği ifade edilmekte ise de; bir diğer görüşe göre ise²⁵², kredi kuruluşunun prim eksikliği nedeniyle alacağını tahsil imkanını kullanabileceği ve bu nedenle de söz konusu hükme istinaden elde ettiği yetkileri ise ancak kredi kuruluşunun faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devrini müteakiben kullanacağı ifade edilmektedir.

Bu kapsamda, söz konusu hükümde, hükmün uygulama alanı bulması için bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi gerektiğine yönelik bir hükmün bulunmadığı ve söz konusu hükümle ihdas edilen tedbirleri isteme noktasında TMSF'ye talep hakkı tanıdığı dikkate alındığında, mezkur hüküm faaliyette bulunan bankalar bakımından da uygulama alanı bulabileceği değerlendirilmektedir.

C. Kısıtlayıcı Önlemler Kapsamına Alınan Bankalara Uygulanacak Tedbirlerin Hakim Ortaklara Sirayeti

1. Kısıtlayıcı Önlemler Kapsamına Alınan Bankalara Uygulanacak Tedbirler

a. Genel Olarak Banka Hakkında Önlem Alınmasını Gerektiren Haller

5411 sayılı Bankacılık Kanunu çerçevesinde, banka anonim ortaklığında hâkim ortak konumunda olmanın bankanın faaliyeti sırasındaki diğer sonucu da, bankanın faaliyeti sırasında içinde bulunduğu zor durum nedeniyle, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından bankanın önlem alınmasını gerektiren haller kapsamına alınması durumunda karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, hâkim ortak olmaya bağlanan sonuca değinmeden önce, bir bankanın önlem alınmasını gerektiren haller kapsamına alınmasına değinmekte yarar bulunmaktadır.

²⁵¹ Battal, s. 391.

²⁵² Göktürk, s. 213.

Zira bankalar ekonomik sistem içerisinde faaliyet gösteren en önemli finansal kuruluşlar olup, ülkemizde de bankaların aktif büyüklüğü 2020 yılı sonu itibarıyla 6.106 milyar TL düzeyindedir. Söz konusu büyüklük incelendiğinde finansal sektörün toplam aktifleri incelendiğinde; Türk bankacılık sektörü %87.5 lik payı ile en büyük paya sahip sektör olma niteliğini haizdir²⁵³. Dolayısıyla, ülke ekonomisi bakımından büyük önemi haiz bankalar açısından, finansal sistemin güvenilirliğinin artması ve finansal piyasaların güven ve istikrar içerisinde etkin ve doğru bir şekilde çalışması ile tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması bakımından, bankaların denetimi, gözetimi ve faaliyeti, kendilerine özgü düzenlemeler çerçevesinde sağlanmaktadır.

Bu nedenle, bankaların denetlenmesi ve mali bünyelerinde oluşan aksaklıkların, hızlı aksiyonlarla giderilmesi; sorunların daha ciddi düzeylere ulaşmadan önlenmesi bakımından büyük önem arz etmektedir. Bunun da gerçekleştirilmesi, bankaların sevk ve idaresi sırasında görülen olumsuzlukların tespiti halinde, zamanında doğru ve yeterli tedbirlerin alınması ile kırılganları arttıracı aşırı tedbirlerden kaçınılması ile mümkün olacaktır.

Kamu gücünün devreye girmesi suretiyle, sektörü düzenlemek ve denetlemekle yetkili ve görevli kurum olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından, yasal düzenlemeler çerçevesinde kendisine verilen yetkilerin kullanılması suretiyle uygulanacak bu tedbirler, bankanın sevk ve idaresi açısından kuşkusuz önemli sonuçlar doğuracak olmakla birlikte, istenilen en önemli sonuç olan bankanın sağlıklı bir şekilde faaliyetlerine devam etmesi bakımından, banka yönetiminin ve banka ortaklarının da tedbirlere uygun davranması büyük önem arz etmektedir²⁵⁴.

Mali bünyesi bozulan veya mevzuata aykırı karar ve işlemleri bulunan bankalar hakkında uygulanması öngörülen önlemleri ve bunların hangi durumlarda uygulanacağını belirleyen 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 67 ila 70 inci maddelerinin bir bütün halinde değerlendirilmesi zorunludur. Bu itibarla konunun

²⁵³ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu 2020 Yılı Yıllık Faaliyet Raporu (çevrimiçi erişim için: <https://www.bddk.org.tr/KurumHakkinda/EkGetir/5?ekId=35>).

²⁵⁴ Alıcı, C.2, s. 1238.

daha iyi anlaşılabilmesi amacıyla, öncelikle kamu otoritesinin bankalar hakkında önlem almasına ilişkin sistemin temel hatlarına değinilmesi uygun olacaktır.

Bankacılık sistemini düzenleyen mülga mevzuatta yer aldığı gibi, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu da mali bünyeleri veya faaliyetleri bakımından bozulma yaşayan, kanuna aykırı eylem ve işlemler tesis eden bankalar açısından engelleyici birtakım tedbirler düzenlemiş olup, söz konusu kanunda etkisi yönünden kategorilere ayrılan tedbir grupları mevcuttur. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun uygulanacak tedbirler yönünden ayrışmasındaki amaç, uygulanacak tedbirlerin öncelikle bankaların sorunlu hale gelmesini önlemek, faaliyeti sırasında bir sorununun mevcut olması halinde ise bu sorunlu noktaların düzeltilmesini sağlanmak ve son olarak da bankanın faaliyete devamının tasarruf sahiplerinin haklarına hanel getirecek durumda olması durumunda ise bankanın faaliyet izninin kaldırılması ile TMSF'ye devrini gerçekleştirmektir²⁵⁵. Bu nedenle kanunda düzenlenen tedbir, kanunun sistematığı içerisinde ele alındığında; bankada meydana gelen bozulma ve hukuka aykırı eylem ve işlemlerin boyutuna göre, daha hafiften ağıra giden bir önlem türü bakımından ayrılmıştır.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu 67'nci maddesinde bir banka hakkında önlem alınması gereken hallerin neler olduğu tadadi olarak sayılmış; önlem alınması gereken hallerin varlığında ise, olağan önlem olarak şartları sağlamak kaydıyla düzeltici, iyileştirici, kısıtlayıcı önlemlerin uygulama alanı bulması ile olağanüstü önlem olarak bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devrine karar verilebileceği düzenlenmiştir²⁵⁶.

Bu çerçevede, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 67'nci maddesi uyarınca, bir banka hakkında konsolide²⁵⁷ ya da konsolide olmayan bazda yapılan denetimler sonucunda, bankanın;

²⁵⁵ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 67 nci maddesinin gerekçesi.

²⁵⁶ Tekinalp, Ü. , Banka Hukukunun Esasları, s. 251.

²⁵⁷ *Ana ortaklık bankalar ile bunların yurtiçi ve yurt dışı bağlı ortaklıkları, birlikte kontrol edilen ortaklıkları, şube ve temsilcilikleri konsolide denetime tabidir. Konsolide denetim, ana ortaklık banka ile konsolide denetime tabi kuruluşların bir bütün olarak finansal güçlüğüne ve banka veya konsolide denetime tabi kuruluşlar bünyesinde taşınan ve ana ortaklık bankayı etkileyebilecek tüm risklerin*

-aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesi bulunması veya likidite düzenlemelerine uygunsuzluk,

-gelir ve gider dengesinin bozulması nedeniyle faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek düzeyde karlılığın bulunmaması,

-özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması veya yetersiz hale gelecek olması,

-aktif kalitesinin malî bünyeyi zarar verecek şekilde bozulması,

-5411 sayılı Bankacılık Kanununa ve ilgili düzenlemelere veya Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamalarının bulunması,

- iç sistemlerini (iç denetim, iç kontrol ve risk yönetimi) kurmaması veya bu sistemlerin etkin ve yeterli bir şekilde işletilememesi veya sistemin denetimini engelleyici durumların söz konusu olması,

- yönetiminin basiretsizliği nedeniyle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması,

-bankalarca önlem planında öngörülen tedbirleri derhal almaması, alınan tedbirlere rağmen sorunların giderilememesi veya tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağının belirlenmesi

hallerinden herhangi birinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından gerçekleştirilen denetimler sonucunda tespit edilmesi durumunda, düzeltici, iyileştirici veya kısıtlayıcı önlemlerin derhal alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Görüleceği üzere, önlem alınmasını gerektiren halleri likidite, karlılık, özkaynak, aktif kalitesi, yönetim riski üzerinden beş ana grup risk üzerinden²⁵⁸ esas

değerlendirilmesi amacıyla gerçekleştirilen geniş kapsamlı denetim yaklaşımıdır. Bkz. Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun konsolide denetime ve denetim sonuçları ile denetime esas bilgi ve belgelerin paylaşımı ve kullanımına ilişkin esas ve usullerin belirlenmesine ilişkin 28.02.2008 tarihli ve 2493 sayılı Kararı (04.03.2008 tarihli ve 26806 sayılı R.G.).

²⁵⁸ Göktürk, Banka Yönetimi ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 174.

alan kanun koyucu, bu risklere ilişkin oranların olumsuz bir tablo ortaya koyması (söz konusu risklerin gerçekleşme ihtimalinin artması) halinde banka hakkında önlem alınması gerekeceğini kabul etmiştir²⁵⁹. Söz konusu maddede aynı zamanda temel prensipler ortaya konulmuş; herhangi bir halin varlığı yeterli kabul edilmiş, tedbir uygulanması noktasında herhangi bir takdir hakkı tanınmamış ve tedbirlerin derhal alınması emredilmiştir.

b. Alınacak Önlemler

(1). Düzeltici Önlemler

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 67'nci maddesinde sayılan şartlardan herhangi birinin gerçekleşmesi halinde bir banka hakkında alınabilecek önlemler kanunda; düzeltici önlemler (m. 68), iyileştirici önlemler (m. 69) ve kısıtlayıcı önlemler (m. 70) olarak sayılmıştır. Bu önlemlerden hangilerinin uygulanacağı ilgili bankanın durumuna göre belirlenecek olup, kanun koyucu bu önlemlere ilişkin olarak bir sıralamaya uyma zorunluluğu getirmemiş, aksine yetkili otoritenin bir önceki maddede yer alan tedbirlerin alınmasının bankanın durumunu düzeltmeyeceğini belirlemesi halinde doğrudan doğruya bir sonraki maddede yer alan tedbirlere başvurabileceğini açıkça ifade etmiştir.

Bu kapsamda, kanun koyucunun belirlediği önlem gruplarından ilki, düzeltici önlemler olup, Kurum tarafından, ilgili bankanın yönetim kurulundan bir süre ve plan dahilinde istenecek *hafif*²⁶⁰ önlemleri düzenlemektedir.

Düzeltici önlemler, önlem alınmasını gerektiren haller bakımından iki grup olarak düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, likidite, kârlılık, özkaynak ve aktif kalitesi risklerinden birinin veya birkaçının 67 nci maddede belirtilen şekilde arttığının tespiti halinde bankanın özkaynağının artırılması veya kâr dağıtımının geçici bir süreyle durdurularak ihtiyatlara aktarılması; karşılıkların artırılması; hissedarlara kredi

²⁵⁹ Alıcı, C. 2, s. 1242.

²⁶⁰ Madde gerekçesinde “...Madde ile amaçlanan, bankanın malî bünyesinin sağlamlığı bozulmadan 70 ve 71 inci maddelerdeki tedbirlere göre daha “hafif” nitelikte olan düzeltici tedbirlerin alınmasıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.

verilmesinin durdurulması; aktiflerin elden çıkarılması suretiyle likidite temin edilmesi; yeni yatırımların sınırlandırılması veya durdurulması; ücret ve diğer ödemelerin sınırlandırılması; uzun vadeli yatırımların durdurulması önlemlerinden bir veya birkaçının uygulanmasını içeren tedbirler grubudur. Görüleceği üzere, söz konusu grup, bankanın mali bünyenin güçlendirilmesine odaklanmış, mali yapıyı düzeltmeye yönelik tedbirleri düzenlemiştir.

Diğer taraftan, ikinci grupta ise; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 67'nci maddesinin yönetim riskine ilişkin önlem alınmasını gerektiren hallerin tespiti halinde söz konusu aykırılıkların giderilmesi, kredi politikasının gözden geçirilerek riskli işlemlerin durdurulması, maruz kalınan vade, kur veya faiz riskinin azaltılması için gerekli önlemlerden bir veya birkaçının alınmasını istenebileceği belirtilmiştir.

(2). İyileştirici Önlemler

Bankanın yapısındaki sorunların çözümü amacıyla uygulanan önlemlerin ilgili banka tarafından alınmaması, alınmasına rağmen önlemlerin etkili olmaması veya tedbir alınması halinde dahi sonuç alınamayacağının tespiti halinde artık 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 69'uncu maddesinde düzenlenen iyileştirici önlemlerin uygulama alanı bulması söz konusu olabilecektir. Söz konusu önlemler, düzeltici önlemlerin aksine, bankanın mali bünyesindeki bozulmasının daha ağır olması nedeniyle bankaya karşı daha sert ve müdahaleci bir yaklaşım sergilenmesi sonucunu doğurmaktadır²⁶¹.

Gerekli şartların gerçekleştiğinin belirlenmesi halinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, uygun göreceği iyileştirici önlemlerin alınmasını ve ivedilikle uygulanmasını banka yönetim kurulundan ister (m. 69). Düzeltici önlemlerin alınması Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından (başkanlık teşkilatı bünyesindeki hizmet birimlerince) istenecek olmasına karşın, iyileştirici önlemlerin alınmasını isteme yetkisi Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulundadır.

²⁶¹ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 252; Battal s. 266; Alıcı C. 2, s. 1256.

Dolayısıyla, düzeltici önlemlerin aksine, söz konusu tedbirlerin ağırlığı gereği kararın Kurul tarafından alınması öngörülmüştür²⁶².

İyileştirici önlemler de, düzeltici önlemler gibi iki grup altında ayrılmış olup, ilk grupta finansal yapının düzeltilmesine ilişkin önlemler olarak malî bünyenin düzeltilmesi, sermaye yeterliliği veya likidite düzeylerinin yükseltilmesi, uygun bir süre vererek uzun vadeli veya duran varlıkların elden çıkarılması, işletme ve yönetim giderlerinin azaltılması veya banka çalışanlarına her ne ad altında olursa olsun düzenli olarak ödenenler dışındaki ödemelerin durdurulması, belirli kişi, kurum, risk grubu veya sektörlere nakdî ve gayrinakdî kredi kullandırımının sınırlandırılması veya yasaklanması tedbirleri oluştururken; ikinci grupta ise yönetime ve risklerin azaltımına ilişkin olarak, aykırılıkların giderilmesi, karar, işlem ve uygulamalarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bulunması hâlinde genel kurulun en kısa sürede olağanüstü toplantıya çağrılarak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının veya tamamının değiştirilmesi veya üye sayısının artırılması veya karar, işlem ve uygulamalarda sorumlulukları bulunan banka çalışanlarının görevden alınması veya maruz kalınan risklerin azaltılması için kısa, orta ve uzun vadeli olacak şekilde Kurulca uygun görülecek bir program oluşturulması ve yönetim kurulu üyeleri ile nitelikli paya sahip ortaklarından, bu programın yazılı olarak taahhüt edilmesi ve belirlediği dönemler itibarıyla uygulama sonuçlarının gönderilmesi düzenlenmiştir.

Kanunun 69 uncu maddesi uyarınca alınması istenecek önlemlerin seçimi hususunda Kurula takdir yetkisi verilmiş olup, Kurul maddede yazılı önlemlerden bir veya birkaçının alınmasını isteyebileceği gibi, bunların dışında uygun göreceği başka önlemlerin alınmasını da talep edebilecektir. Nitekim bu husus, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 69'uncu maddesinde “... *de dahil olmak üzere uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını... ister.*” şeklinde ifadesini bulmuştur. Dolayısıyla uygulanacak tedbirler sınırlı sınırlı sayıda değildir.

²⁶² Battal, s. 266.

(3). Kısıtlayıcı Önlemler

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen olağan tedbirlerin en ağır hallerini içeren tedbir türü, Kanunun 70 inci maddesinde düzenlenen kısıtlayıcı önlemlerdir. Düzeltici veya iyileştirici tedbirlerin aksine, madde metninde doğrudan 67 nci maddede belirtilen önlem alınmasını gerektirir hallere yollama yapılmaksızın, “alınması istenen düzeltici veya iyileştirici önlemlerin banka tarafından alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu önlemlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağının belirlenmesi hâlinde” Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından, ilgili bankadan, uygun görülecek kısıtlayıcı önlemlerin alınmasının isteneceği hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu önlemler kapsamında; kanun koyucu, düzeltici ve iyileştirici önlemlerin aksine, kısıtlayıcı önlemlerin alınmasını gerektiren sebepler arasında ikili bir ayırım yapmamıştır. Buna göre, gerekli şartların gerçekleşmesi halinde;

- bankanın faaliyetlerini, faaliyet türleri itibarıyla tüm teşkilatını veya gerekli görülecek yurt içi veya yurt dışı şubelerini veya muhabirlerle ilişkilerini kapsayacak şekilde kısıtlaması veya geçici olarak durdurulması,
- kaynakların toplanması ve kullandırımına dair faiz oranı ve vade kısıtlamaları da dâhil olmak üzere, her türlü sınırlama ve kısıtlama getirmesi,
- yönetim kurulu da dâhil olmak üzere genel müdür, genel müdür yardımcıları, ilgili birim ve şube yöneticilerinin bir kısmını veya tamamını görevden alması, görevden alınan kişilerin yerine atanacak veya seçilecek kişiler için Kurum'dan onay alınması,
- sigortaya tâbi mevduat veya katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlaması,
- bankanın zararına yol açtığı tespit edilen faaliyetlerin sınırlandırılması veya durdurulması, düşük verimli veya verimsiz varlıklarının elden çıkarılması,

- istekli bankalarla banka birleşmesinin gerçekleştirilmesi,
- özkaynakların artırılmasını sağlamak amacıyla uygun görülecek yeni hissedarlar bulunması,
- doğan zararın özkaynaktan indirilmesi

tedbirler kapsamında sayılmıştır.

Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunca, ilgili bankadan Kanunda belirtilen önlemlerden bir veya birkaçının alınması istenebileceği gibi, uygun görülecek başkaca önlemlerin alınması da istenebilir. Nitekim bu husus maddede “... veya uygun göreceği diğer tedbirlerin alınmasını ve uygulanmasını ister.” şeklinde ifade edilmek suretiyle ortaya konulmuştur.

Görüleceği üzere, tedbirlerin kapsamı incelendiğinde, bankanın hareket kabiliyetini kısıtlayan, bankanın faaliyetine yön veren, bir diğer deyişle bankanın karar alma yetkisini elinden alan²⁶³, bankanın sevk ve idaresine doğrudan müdahale teşkil eden önlemlerin alınmasının istenebilmesi mümkündür. Ancak bu noktada gözardı edilmemelidir ki, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun denetlemeler sonucunda alınacak tedbirlere ilişkin 14 üncü maddesinde, Bankanın yönetim kurulu üyelerinin tamamını veya bir kısmını görevden almak gibi, Kurula doğrudan Banka’ya kendisinden müdahale imkanı getirilmiş iken, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nda ise, Kurulun söz konusu tedbirlerin alınmasını Bankadan isteyeceği hüküm altına alınmış olup, gerekli tedbirler Banka tarafından alınacaktır²⁶⁴.

Bir bankanın 70 inci madde kapsamına alınması, banka açısından ciddi sonuçlara yol açabilecek bir durumdur. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 71’inci maddesi uyarınca söz konusu tedbirlerin verilecek süre içerisinde ve her halukarda 12 ay içerisinde yerine getirilmesi gerekmekte olup, aksi takdirde bankanın

²⁶³ Tekinalp, Ü. , Banka Hukukunun Esasları, s. 253.

²⁶⁴ Doğan, İlker, Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YL. Tezi, Ankara 2009, s. 107.

faaliyet izninin kaldırılması ile TMSF'ye devrine yol açılması sonucu ile karşı karşıya kalınacaktır.

2. Alınacak Önlemlerin Hakim Ortaklar Bakımından Değerlendirilmesi

Bir banka hakkında önlem alınmasını gerektiren durumların varlığı halinde, bankanın faaliyeti sırasında birtakım ciddi sorunlarla karşılaştığı ve bunun bankanın faaliyeti için gidişatı durdurma noktasında gerekli tüm tedbirlerin alınması gerektiği kuşkusuzdur. Önceki bölümde ayrıntılarıyla yer verildiği üzere, söz konusu tedbirlerin gerçekleştirilmesi, gerek Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu gerekse de Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından banka yönetim kurulundan veya Bankadan talep edilecektir.

Oysaki, tedbirlerin bir kısmına bakıldığında, alınması gereken önlemleri gerçekleştirecek olan organ, bankanın sevk ve idaresinden sorumlu organ olan yönetim kurulu olmasına rağmen, tedbirin yerine getirmesini sağlamak zorunda olan, kimi zaman bankanın genel kurulu olabilmekteyken, kimi zaman ise doğrudan bankanın ortakları olabilmektedir. Örneğin, Kanunun 70'inci maddesi kapsamında olan önlemlerden birisi yönetim kurulu üyesinin görevden alınması/atanması ise de, söz konusu önlemin asıl muhatabı genel kurul olacak; yine sigortaya tâbi mevduat veya katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlamasında teminatı sağlayacak olan asıl muhatap hakim ortak olacak, Kanunun 69 uncu maddesi kapsamında alınacak yönetim riskini bertaraf etmeye yönelik plana yazılı taahhüt vermesi istenen nitelikli paya sahip ortaklar olacaktır. Dolayısıyla, her ne kadar tedbirin alınması sorumluluğu yönetim kurulunda ise de, tedbirin yerine getirilmesi yönetim kurulundan kaynaklanmayabilecektir. Bu açıdan, tedbirlerin etkilediği alan geniş olup, böyle geniş bir etki alanına karşın tedbirlerin yerine getirilmemesi ise bankanın faaliyet izninin kaldırılması ile bankanın TMSF'ye devrine yol açacaktır²⁶⁵.

²⁶⁵ Alıcı, C. 2, s. 1258.

Bilindiği üzere, tedbirler kapsamına alınan bankaların temel sorunlarının başında mali bünye sorunları geldiğinden; likiditenin sağlanması açısından, nakdi sermaye artırımını likit kaynak temin etmenin en temel yollarından birisini oluşturduğu, banka ortaklarının işin doğası gereği kaynak temini amacıyla başvuruda bulunulacak ilk mercii olduğu dikkate alındığında, Banka ortaklarının katlanacakları maliyetler işin doğal sonucudur.

Nitekim 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun benimsediği sistematik içerisinde 68 ila 70 inci maddesindeki tedbirlerin yapısı, bankanın nitelikli paya sahip veya hakim ortaklarının da sorunların çözülmesi noktasında sorumluluk üstlenmesi yönündedir. Nitekim Kanunun 70 inci maddesine bakıldığında, bankanın kredi ihtiyacının karşılanması için gerektiğinde hakim ortakların hisse veya diğer mal varlıklarının teminat olarak kullanılması dâhi söz konusu olabilmektedir.

Bu çerçevede, söz konusu tedbirlerden birisi de iş bu tez çalışması kapsamında bulunan hakim ortaklarla ilgili olarak tesis edilmesi istenen ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 70 inci maddesi kapsamındaki tedbirdir. Zira söz konusu madde uyarınca, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından Bankadan, *“sigortaya tâbi mevduat veya katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlaması tedbirinin alınması”* istenebilecektir. Dolayısıyla bu tedbir ile karşı karşıya kalınması, bankanın hakim ortağı olmaya bağlanan bir sonuçtur.

Söz konusu düzenleme 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun yeniliklerindendir. Zira, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nda hakim ortaklara ilişkin böyle bir düzenleme söz konusu olmayıp, mezkur Kanunun 14 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca *“bir bankanın özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz kaldığının ya da bu durumun gerçekleşmek üzere olduğunun tespit edildiği takdirde; bankadan, onaylayacağı bir plan dahilinde, sermaye artırımını veya sermaye benzeri kaynak temin edilmesi suretiyle bu durumun düzeltilmesi”* istenebilecek iken, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’yla yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlamasının istenebileceği düzenlenmiştir.

Bu kapsamda, söz konusu hüküm uyarınca, bankaya temin edilecek uzun vadeli kredilerin teminatını hakim ortaklar şahsen kendi malvarlıklarından sağlayacaklardır. Dolayısıyla, banka hakim ortağı konumuna gelen bir ortağın, bankanın mali bünyesinde meydana gelen sorunların çözümünde de doğrudan kendisinin sorumluluk üstlenmek durumunda kalacağının, gerekiyorsa bankanın kurtarılması için öncelikle kendisinin aksiyon almasının gerektiğinin bilincinde olması gerekmektedir.

Bu yönüyle, bu maddenin de, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun genel çerçevesini teşkil ettiği tepki yasası olması özelliğinin bir yansıması olarak tesis edildiği, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu zamanında yaşanan bankacılık krizlerindeki hakim ortakların rolü ve bankaların fona devrine yol açan faktörlerin bir sonucu olarak, hakim ortakların öncelikli mali bünye sorunlarına kendi malvarlıklarını da kullanarak çözüm bulmaya çalışmalarının istediği düşünülmektedir.

Öte yandan, her ne kadar bu tedbir de, yerine getirilmesi bakımından, banka yönetimini muhatap almakta ise de, bu tedbirin yerine getirilmesi aynı zamanda hakim ortakların da iradesine bağlıdır. Bu nedenle, banka yönetiminin bu tedbir karşısında gerekli aksiyonu alması halinde, hakim ortakların teminat sunması nedeniyle kredi alınamayacak dahi olsa, yönetim kurulunun sorumluluğundan bahsedilmesi söz konusu olmayacaktır²⁶⁶. Ancak, her ne kadar yönetim kurulu bakımından bir sorumluluk doğurmayacak ise de, bu durumun “tedbirin yerine getirilmediği” sonucu değiştirmeyeceği dikkate alındığında, yerine getirilmemiş bir tedbirin de bankanın faaliyet izninin kaldırılması ile bankanın TMSF'ye devrine sebep olabileceği de açıktır²⁶⁷. Dolayısıyla, hakim ortaklar kendileri bakımından sorumluluk doğmaması adına kendi malvarlıklarından teminat gösterme yoluna gideceklerdir²⁶⁸.

²⁶⁶ Reisoğlu, C. 1, s. 1340; Alıcı, C. 2, s. 1264.

²⁶⁷ Alıcı, C. 2, s. 1264.

²⁶⁸ Taşdelen, C. 1, s. 826.

D. Banka Kaynaklarının Hakim Ortaklarca İstismarı Halinde Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması veya TMSF'ye Devri

1. Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması veya TMSF'ye Devri'nin Hukuki Niteliği

a. Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması

Faaliyetlerine devam eden bir bankanın, faaliyetlerinde meydana gelen bozulmalar kimi zaman düzeltilebilir, dönemsel, karşılanabilir birtakım durumlardan kaynaklanabilecek ise de, kimi zaman meydana gelen bozulma, alınabilecek tüm önlemlere rağmen düzeltilemez ve banka, faaliyetine son vermesini gerektirir bir sonuçla karşı karşıya kalabilir. Dolayısıyla bir bankanın, karşı karşıya kalabileceği en ağır tedbir, olağanüstü önlem²⁶⁹, faaliyet izni kaldırılması veya temettü hariç ortaklık hakları ile yönetimi ve denetiminin TMSF'ye devredilmesidir.

Bu kapsamda, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun yedi üyesinden en az beşinin alacağı bir kararla, bir bankanın faaliyet izninin kaldırılması; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devrini düzenleyen 71 inci maddesindeki şartların taşınması durumunda, mevduat ve katılım fonu kabul edememesi ile diğer bankacılık faaliyetlerini icra edememesi anlamına gelmekte olup, dolayısıyla bankanın tüm bankacılık faaliyetlerinden engellenmesi, bir diğer deyişle bankanın sistem dışına çıkarılması söz konusu olmaktadır²⁷⁰.

Bankanın faaliyet izninin kaldırılması sonucunda Bankanın yönetim ve denetiminin *TMSF'ye intikali*, temettü dışındaki ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin *TMSF'ye devri* halinden farklılık arz etmektedir. Zira, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasıyla bankanın artık sevk ve idaresinin mümkün olmadığı, mali yapısının TMSF tarafından düzeltilmesi ihtimalinin ortadan kalktığı ortaya konulmuş

²⁶⁹ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 254.

²⁷⁰ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 255; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 171.

olup, faaliyet izninin kaldırılmasından sonraki aşama 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarına tasfiye işlemlerine başlanılmak üzere, bankanın yönetim ve denetimi TMSF'ye intikal eder. Bu halde TMSF yalnızca bankadaki sigortaya tabi mevduatı ve katılım fonunu ödeyerek, bankanın iflasını isteyecektir²⁷¹.

b. Bankanın TMSF'ye devri

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesi uyarınca uygulanabilecek bir diğer olağanüstü tedbir ise, bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin, ortakların sermayesinden zararın indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı ve birleştirilmesi amacıyla TMSF'ye devredilmesi halidir. Bu olağanüstü tedbirin uygulanmasında, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasının aksine bozulan mali durumunun mevcut kurumsal yapısı içerisinde düzelemeyecek durumda olmaması gerekmekte, bir diğer deyişle tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla bankanın mali durumunun TMSF yönetim ve denetimi altında düzelme ihtimalinin var olması gerekmektedir²⁷².

Bir bankanın TMSF'ye devri, bankanın faaliyet izninin kaldırılmasında olduğu gibi, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun *yedi* üyesinden en az *beşinin* devir yönündeki oyu ile alınacak kararla mümkün bulunmaktadır.

Diğer taraftan, bu tedbirde bankanın faaliyet izni kaldırılmamakla birlikte, banka faaliyetine devam etmekte²⁷³, yalnızca bu durum TMSF tarafından bankanın mali bünyelerinin güçlendirilmesi²⁷⁴, yeniden yapılandırmanın gerçekleştirilmesi, bankanın devri, birleştirilmesi veya satışı ile ilgili sürecin devamına yöneliktir. Zira,

²⁷¹ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 271; Reisoğlu, C. 2, s. 1478-1479; Alıcı, C. 2, s. 1275; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 171.

²⁷² Alıcı, C. 2, s. 1268.

²⁷³ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 172.

²⁷⁴ TMSF tarafından gerçekleştirilecek olan "bankanın mali bünyesinin güçlendirilmesi" faaliyetlerinin, TMSF'nin yalnızca bankayı kısmen, tamamen devri, satışı veya birleştirmesi amacıyla gerçekleştirildiği yönünde bkz. Alıcı, C. 2, s. 1268.

71 inci madde uyarınca bankanın TMSF'ye devri, bankanın kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla gerçekleştirilmektedir²⁷⁵.

Ancak, bankanın TMSF'ye devri sonrasındaki süreç, gerçekleştirilecek iş ve işlemlerin ivedilikle tamamlanması amacıyla uzun bir zaman dilimine yayılmamış olup, 5411 sayılı Kanunun 107 nci maddesi uyarınca; söz konusu bankaların mali bünye güçlendirme çalışmaları, yeniden yapılandırma faaliyetleri, devir, satış veya birleşme işlemlerine ilişkin süreç devir tarihinden itibaren 9 ay içerisinde tamamlanmak zorunda olup, bu süre TMSF Fon Kurulu tarafından 3 ayı aşmamak üzere uzatılabilir. Bu sürede devir, satış veya birleşme tamamlanamazsa bankanın faaliyet izni Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından kaldırılacaktır.

Öte yandan, bankanın faaliyet izninin kaldırılması halinde TMSF'ye intikali ile, bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin TMSF'ye devredilmesi hali birbirinden farklı durumları ifade etmektedir. Zira, faaliyet izninin kaldırılması halinde TMSF tasfiye işlemlerine geçmekte ise de, “fona devir” halinde banka faaliyeti sürdürmekte, yönetim ve denetim değişikliği sonrasında bankanın hak ve yükümlülükleri varlığını korumaktadır²⁷⁶. Bir diğer deyişle, bankanın kısmen ya da tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi ile mali bünyesinin güçlendirilmesi imkan dâhilinde ise, faaliyet izninin kaldırılması yerine TMSF'ye devrine karar verilecektir²⁷⁷.

2. Faaliyet İzninin Kaldırılması veya TMSF'ye Devir Nedenleri

a. 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 70 inci Maddesi Çerçevesinde İstenilen Tedbirlerin Süresinde Alınmaması veya Alınsa Dahi Sonuç Alınamayacak Olması

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesi uyarınca, bir bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devrinin şartları nedensel olarak ortaya

²⁷⁵ Alıcı, C. 2, s. 1268.

²⁷⁶ Reisoğlu, C. 2, s. 1819.

²⁷⁷ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 255.

konulmuş, hangi nedenlerin gerçekleşmesi halinde banka hakkında 71 inci madde çerçevesinde işlem tesis edileceği ifade edilmiştir. Söz konusu nedenlerin, iş bu çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılarıyla ifade edileceği üzere, gerek 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 71 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi hükümlerine göre faaliyet izni kaldırılan veya Fona devredilen bankaların kaynaklarının hakim ortaklarca istismarı halinde doğan zararın tazmini yükümlülüğüne, gerekse banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 71 inci maddesinin uygulanmasına sebebiyle banka ortaklarının şahsi sorumluluğuna yol açması nedeniyle, bankaların faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF’de devrine yol açan nedenlere değinilmesi gerekmektedir.

Bankanın 71 inci madde kapsamına alınmasını gerektiren hallerin başında; hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen *kısıtlayıcı tedbirlerin* Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nca verilen süre içerisinde veya her hâlükârda 12 ay içerisinde alınmaması, söz konusu tedbirlerin kısmen ya da tamamen alınmasına rağmen bankanın mali bünyesinde herhangi bir güçlendirme meydana gelmemesi veya tedbirler alınsa dahi bankanın güçlenmesine imkan kalmamış olduğunun tespit edilmesi halinde, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından bankanın faaliyet izni kaldırılması veya temettü hariç ortaklık hakları ile yönetimi ve denetiminin TMSF’ye devredilmesi söz konusu olacaktır.

Bu açıdan, bir bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF’ye devredilmesine yol açan sebeplerin başında, bankanın mali bünyesinin her türlü tedbire rağmen düzeltilemeyecek hale gelmesi gelmektedir. Zira, tedbirlerin işlevsiz kaldığı veya kalacağının anlaşılması durumunda, sorunlu bir bankanın faaliyeti yerine, bankanın faaliyetinin engellenmesi bankacılık sistemi açısından daha yararlı olabilecektir²⁷⁸.

²⁷⁸ Nitekim, madde gerekçesinde bu husus; “...*Mali bünye zafiyeti bulunan banka hakkında alınan düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı tedbirlere rağmen en sonunda en etkin çözümün bankanın tasfiyesi olduğuna karar verilebilir. Bu tür bir seçim, bankanın değeriyle ilgili ciddi kaygıların olması ve bankanın yaşamasının vergi mükelleflerinin yükünü önemli ölçüde artırmasının söz konusu olması durumunda gündeme gelir. Gerekli olduğu durumlarda bankaların tasfiyesi suretiyle mali sistemden çıkarılmaları uluslararası en iyi uygulamaların da bir parçasıdır...*” şeklinde ifade edilmiştir.

b. Faaliyete Devamın Tehlike Arz Etmesi

Bankanın faaliyet iznin kaldırılmasının veya TMSF'ye devredilmesinin bir diğer nedeni, bankanın faaliyetlerine devam etmesinin mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ile mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike yaratması halinin varlığıdır.

Söz konusu sebep, bankanın doğrudan mali bünyesinin bozulması ile alakalı bulunmamakta olup, bankanın faaliyeti sırasında gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle, mevduat ve katılım fonu sahiplerinin mevduat veya katılım fonlarını kısmen ya da tamamen alamamaları²⁷⁹ veya mali sistemde oluşan güvensizlik ortamı, kamuoyu nezdinde oluşan şüphelerin sistemin geneline sirayet etme ihtimalinin bulunmasıdır²⁸⁰. Bu bakımdan, banka hakkında Kanunun 71 inci maddesi hükümlerinin uygulanabilmesi için bu şartın varlığını (tehlikelilik halinin tespiti) yeterli gören kanun koyucu, ayrıca bankanın mali bünyesinin bozulmuş olmasına gerek duymamış olup, bankanın mali bünyesine ilişkin olan nedenlerle birlikte çoğu nedenin bir araya gelmesi de, Kanunun 71 inci maddesinin 1 inci fıkrasının (b) bendi kapsamında bir tehlike haline vücut verebilecektir. Bu bakımdan, söz konusu madde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'na geniş hareket alanı yaratmaktadır²⁸¹.

Öte yandan, 5411 sayılı Bankacılık Kanununda, bir bankanın faaliyetlerinin hangi hallerde mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz edeceği açıklanmamış olup, bu hususun her somut olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekecektir. Örneğin bir bankanın bilgi işlem sisteminin banka yönetiminin bilgisi dâhilinde hileli olduğunun tespiti halinde²⁸² veya bankanın kurumsal yönetim ve ortaklık yapısının şeffaf ve açık olmaması, bankanın banka dışı müdahalelere açık olması gibi sebeplerin varlığı halinde, söz konusu tehlikenin mevcut olduğu kabul edilmelidir.

²⁷⁹ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 256; Taşdelen, C. 1, s. 835-836.

²⁸⁰ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 180; Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 256; Taşdelen, C. 1, s. 836.

²⁸¹ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 180.

²⁸² Alıcı, C. 2, s. 1270.

Nitekim, yakın tarihte Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 29.05.2015 tarihli ve 6318 sayılı Kararı ile²⁸³ Müflis Asya Katılım Bankası A.Ş.'nin²⁸⁴ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu kapsamında yapılan denetlemeler neticesinde, temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla, kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 71 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi hükmü gereğince TMSF'ye devredilmesine karar verilmiş olup, söz konusu karara karşı yapılan bireysel başvuru neticesinde Anayasa Mahkemesince verilen kararda²⁸⁵, bankanın TMSF'ye devir gerekçesine ilişkin olarak; *"...Bankanın bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı çok sayıda uygulama ve faaliyetinin bulunduğu, bu faaliyetlerin katılım fonu sahiplerinin hak ve menfaatlerine halel getirecek nitelikte olduğu, Bankanın açık ve şeffaf olmayan ortaklık yapısı ve organizasyon şemasından dolayı mali sistemin güven ve istikrarı açısından tehlike arz ettiği, Bankaya BDDK tarafından gönderilen 28/8/2014 tarihli, Kanun'un 70'inci maddesinde çeşitli tedbirler almasını isteyen talimat yazısında yer alan üç talimata aykırı uygulamalar yapıldığı anlaşıldığından Asya Katılım Bankası A.Ş. hakkında Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ifade edilen "Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması" durumunun oluştuğu ve Bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin -zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla- kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devredilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varıldığı ifade edilmiştir..."* ifadelerine yer verilmiş olup, ortaklık yapısı, organizasyon yapısı, bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı işlemlerin de mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz edebileceği ifade edilmiştir.

²⁸³ 30.05.2015 tarihli ve 29371 sayılı R.G.

²⁸⁴ İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin 16.11.2017 tarihli ve E:2017/41 sayılı kararı ile bankanın iflasına karar verilmiştir (<https://www.tmsf.org.tr/tr/Tmsf/Cozumleme/banka.faaliyetkaldirilan> Erişim tarihi:14.01.2021).

²⁸⁵ Anayasa Mahkemesinin 17.07.2019 tarihli ve Başvuru No. 2017/26291 Kenan IŞIK Kararı (10.09.2019 tarihli ve 30884 sayılı R.G.).

c. Yüklümlülüklerin Vadesinde Yerine Getirilememesi

Banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesinin uygulanmasının bir diğer nedeni ise, bankanın yüklümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi halidir. Söz konusu bentte ifade edilen yüklümlülük, bankanın gerçekleştirmesi gereken işlemleri ifade etmemekte olup, söz konusu yüklümlülük bankanın temel çalışma prensibi olarak, topladığı mevduat ve katılım fonlarının iadesi ile birlikte kredilerden kaynaklanan sorumlulukların yerine getirilmesini ifade etmektedir²⁸⁶. Bu açıdan, yüklümlülüklerin yerine getirilmesi, bankanın kaynağı ile yakından ilişkili olup, kaynakları yüklümlülüklerini karşılayamayan banka tarafından yüklümlülüğünün yerine getirilmemesi, bankanın ödeme güçlüğü içine düştüğü anlamına gelecektir²⁸⁷.

Bir işletmenin vadesi gelen yüklümlülüklerini karşılayacak seviyede kaynağının bulunmaması, bir başka ifade ile, bir gelir ve sermayesinin vadesi gelen yüklümlülükleri karşılayamaması, likidite riski olarak tanımlanmaktadır²⁸⁸. Dolayısıyla bu durumda, yüklümlülüklerin vadesinde yerine getirilememesi, örneğin vadesi gelen mevduatların veya katılım fonlarının sahiplerine ödenememesi, likidite riskinin gerçekleşmesinden kaynaklı olarak gerçekleşmektedir.²⁸⁹

Bu noktada ifade etmekte gerekir ki, bankanın faaliyetini devam ettirdiği sırada kısa süreli temerrütler yaşaması, yüklümlülüklerini ertelemesi yüklümlülüklerini vadesinde yerine getirmemesi anlamına gelmeyecek olup, bu durumun TMSF'ye devir sebebi teşkil etmesi mümkün değildir²⁹⁰.

²⁸⁶ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 256.

²⁸⁷ Taşdelen, C. 1, s. 837.

²⁸⁸ Gülhan, Ozan, Bankacılıkta Likidite Riski ve Likidite Düzenlemeleri Türk Bankacılık Sektörü Üzerine Uygulamalar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018, s. 5.

²⁸⁹ Alıcı, C. 2, s. 1271.

²⁹⁰ Tekinalp, Ü., Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003, s. 18; Reisoğlu, C. 2, s. 1467.

d. Yüklölölüklerin Toplam Değerinin Varlıkların Toplam Değerini Aşması

Bankanın yüklölölüklerinin toplam değerinin, bankanın varlıklarının toplam değerini aşması hali, bir bankanın faaliyet izninin iptali veya TMSF'ye devri nedenleri arasında düzenlenmiştir.

Bu kapsamda, toplam yüklölölüklerin toplam varlıkların değerini aşması hali, yüklölölüklerin vadesinde yerine getirilememesinden farklılık arz etmektedir. Zira bu durum, vadenin gelmesi veya zaman aralığı ile değerlendirilen bir durum olmayıp, genel olarak varlıkların yüklölölükler karşısındaki ağırlığının karşılaştırılması sonucu ortaya çıkan durumdur²⁹¹.

Öte yandan, toplam yüklölölüklerin toplam varlıkları aşması halinin nasıl değerlendirilmesi gerektiğı tartışmalı olup, bir görüşe göre²⁹²; bu durumun bankanın özkaynakları²⁹³ ile sermaye yeterliliğı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğı, bankanın üstlendiğı riskleri stabil tutabilmesi için yeterli özkaynağı sahip olması gerektiğı, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 45 inci maddesi çerçevesinde maruz kalınan riskler nedeniyle oluşabilecek zararlara karşı yeterli özkaynak bulundurulması hususunun sermaye yeterliliğini ifade ettiğı, bu nedenle özkaynakların toplam yüklölölüğün altına düşmesi halinde bankanın mali yapısının bozulduğunun anlaşılacağı, bu durumun bankanın yüklölölüklerinin toplam değerinin, bankanın varlıklarının toplam değerini aşması hali olarak değerlendirileceğı ifade edilmekte; diğer bir görüşe²⁹⁴ göre ise, yüklölölüklerin toplam yüklölölüklerin toplam varlıkları aşması halinin; şirket aktiflerinin borçlarını karşılayamaması yani şirketin iflas halinde bulunması ile eşdeğer olduğı, acziyet halinin sermaye yeterliliğı vb. ölçütlere tespit edilemeyeceğini, borçların aktiflerden fazla olmasının bu şartı sağlayacağını,

²⁹¹ Doğrusöz, s. 193.

²⁹² Alıcı, C. 2, s. 1272; Taşdelen, C. 1, s. 839; Doğrusöz, s. 193; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğı, s. 183.

²⁹³ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 44'üncü maddesi uyarınca özkaynak; ana sermaye ve katkı sermaye toplamı ile bu toplamdan sermayeden indirilecek değerlerin düşülmesi sonucu bulunacak tutarı ifade etmektedir. Ayrıntı için bkz. Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelik.

²⁹⁴ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 257.

dolayısıyla bu durumun bankanın yükümlülüklerinin toplam değerinin, bankanın varlıklarının toplam değerini aşması hali olarak değerlendirileceği ifade edilmektedir.

Bu çerçevede belirtmek gerekir ki, 5411 sayılı Bankacılık Kanununda bankanın yükümlülüklerinin toplam değerinin, bankanın varlıklarının toplam değerini aşması hali, faaliyet izninin iptali veya TMSF'ye devri sebebi olarak görülmüş ve bu durumda her iki karardan birinin alınması noktasında Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'na takdir hakkı bırakılmıştır. Hal böyle iken, bu sebebin, ortaklığın aktiflerinin pasiflerinden az olması olarak değerlendirilmesi suretiyle 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde derhal bildirim yükümlülüğü ile birlikte şirketin iflası sebebi olarak değerlendirilmesi mümkün değildir²⁹⁵.

e. Hâkim Ortakların veya Yöneticilerin Bankanın Emin Şekilde Çalışmasını Tehlikeye Düşürecek Şekilde Banka Kaynaklarını Suistimali

(1). Genel Olarak

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bir bankanın faaliyet izninin kaldırılması ile TMSF'ye devrine yol açan bir diğer neden, bankanın hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde, banka kaynaklarının *doğrudan, dolaylı veya dolanlı olarak* lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırılması yoluyla bankanın zararına sebebiyle vermesi halinin varlığıdır.

Bankanın faaliyetlerini gerçekleştirmeye yönelik karar alma, alınan kararları uygulama, gerektiğinde faaliyetlerin kontrol gereksinimini sağlayarak, bankanın faaliyetlerine sağlıklı bir şekilde devam etmesini temin eden banka yönetim kurulu, denetim komitesi ile kredi komitesi başkan ve üyeleri ve genel müdür genel müdür yardımcısı ve imza yetkisini haiz diğer yöneticiler ile bankanın kontrolünü elinde bulunduran ve kontrol güçlerini bankanın yönetimi üzerinde kullanarak alınacak

²⁹⁵ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 182; Doğrusöz, s. 193.

kararları şekillendirebilecek olan hâkim ortakların, banka için gerekli olan her türlü aksiyonun alması ve bankanın faaliyetine emin bir şekilde devam etmesi beklenmektedir.

Ancak, söz konusu banka yönetici ve ortaklarının bankanın emin bir şekilde çalışmasını temin ettikleri yaklaşımı her zaman geçerlilik bulmamış ve özellikle TMSF'ye devredilen bankaların incelenmesinden, bankaların yaşadıkları finansal krizlerin yanında, yönetsel ve ortaklık yapısı ile ilgili çeşitli sorunların mali bünyeye sirayet etmesi ile birlikte, bankaların faaliyet izinlerinin kaldırılması ile TMSF'ye devrine yol açan ciddi mali bünye sorunları ile karşı karşıya kaldıkları görülmüştür²⁹⁶.

Zira, 2001 krizi öncesi dönemde, bir kısım bankaların doğrudan ya da dolaylı kontrolü altında buldukları grup veya şirketlerin faaliyetlerini fonlama amacıyla kaynak aktarmaları ve söz konusu kaynakların geri ödemesinde meydana gelen sorunlar bankaların mali bünyelerinin bozulmasına neden olmuştur²⁹⁷.

Bu açıdan, banka yönetici ve hâkim ortaklarının, bankanın söz konusu hâkimiyetlerini lehlerine kullanmaları, banka tüzel kişiliğinin yok sayılması suretiyle bankanın kendi şahsi malvarlıkları gibi değerlendirmeleri²⁹⁸, bir başka ifade ile banka kaynaklarını istismar etmeleri halinde bu durum, bankaların mali bünyelerine etki edecek risklerin artmasına ve bankaların sorunlu hale gelmesine yol açtığından²⁹⁹, bankacılık sektörünü düzenleyen kanunlarda bu sorunların önüne geçmek amacıyla çeşitli düzenlemeler getirilmesi ihtiyacı hissedilmiştir³⁰⁰.

Söz konusu düzenlemelerde de, yaşanan olumsuzlukların bir karşılığı olarak, hem mali bünye sorunlarından kaynaklı TMSF'ye devir sebepleri ile hem de banka kaynaklarının istismarı nedeniyle TMSF'ye devir sebepleri olmak üzere başlıca iki sebep üzerinde durulmuştur³⁰¹. Nitekim, günümüz itibarıyla bakılacak olursa TMSF'ye devredilen bankaların hakim ortaklarının doğrudan veya dolaylı olarak

²⁹⁶ Bumin /Ateş, s. 49.

²⁹⁷ Bumin /Ateş, s. 49.

²⁹⁸ Küçükgüngör, s. 141.

²⁹⁹ Bumin /Ateş, s. 70.

³⁰⁰ Yalçın, s. 292.

³⁰¹ TMSF Çözümleme Deneyimi, Raf Temizliği Serisi, TMSF, Kasım 2011, s. 245.

edinmiş oldukları banka kaynaklarından doğan alacakların tahsili süreci halen devam etmekte olup, 30.09.2020 tarihi itibarıyla TMSF'ye devredilen 20 bankanın hakim ortaklarından elde edilen tahsilatın miktarı, yaklaşık 8 milyar USD'dir³⁰². Bu durum da göstermektedir ki, kanun koyucu tarafından banka kaynaklarının suistimaline ayrıca ve önemle sonuç bağlanması, suistimallerin telafi edilmesinin dahi uzun yıllar alması nedeniyle önemlidir.

Bu kapsamda kanun koyucu, banka kaynaklarının kişisel çıkarlar altında kullanılmasını³⁰³, bankanın faaliyetlerine devamı noktasında bir sorun olarak görmüş ve maddede belirtilen şartların varlığı halinde, söz konusu eylemlere bankanın faaliyetine devamının durdurulması ve bankanın sistem dışına çıkarılmasına yönelik bir sonuç bağlamıştır. Zira, Anayasa'nın 167 nci maddesi uyarınca devlet, ekonomik hayatın düzenlenmesi, piyasaların sağlıklı şekilde işlemesi ve gelişmesi noktasında yükümlü kılınmış olup, söz konusu yükümlülüğün bir gereği olarak, faaliyetlerine

³⁰² Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 3 Aylık Faaliyet Raporu (Temmuz-Eylül 2020), s. 19 (<https://www.tmsf.org.tr/tr/Rapor/UcAylıkRapor> Erişim T.:14.01.2021).

<i>Banka Adı</i>	<i>Hakim Ortak Grubu</i>	<i>30.09.2020 Tarihi İtibarıyla Net Tahsilat Tutarı (milyon USD)</i>
Sitebank	Sürmeli Grubu	12,30
Yaşarbank	Yaşar Grubu	270,69
Kentbank	Süzer Grubu	188,16
Demirbank	Cıngılı Grubu	103,43
Sümerbank	Garipoğlu Grubu	383,10
Pamukbank	Çukurova Grubu	2.246,53
İnterbank	Çukurova Grubu	170,02
İnterbank	Çağlar Grubu	684,01
Bank Kapital	Ceylan Grubu	71,80
EGS Bank	EGS Grubu	118,51
TYT Bank	Lapis Grubu	3,53
Yurtbank	Balkaner Grubu	333,16
Etibank	Medya Grubu	951,57
Esbank	Zeytinoğlu Grubu	427,66
Bayındırbank	Bayındır Grubu	81,71
Toprakbank	Toprak Grubu	395,44
Bank Ekspres	Korkmaz Yiğit Grubu	85,51
İktisat Bankası	Erol Aksoy Grubu	242,95
İmar Bankası	Uzan Grubu	1.017,45
Egebank	Demirel Grubu	183,23
Türkbank	TTB Munzam Vakfı	16,74
TOPLAM		7.987,50

Tablo-1: Banka Hakim Ortaklarından Sağlanan Net Tahsilatlar

³⁰³ Kuntalp, Erden, "Bankanın Temettü Hariç Ortaklık Hakları ile Yönetim ve Denetiminin ve Hisselerinin Fon'a İntikali Önlemleri ve Bu Önlemlerin Hukuki Değerlendirmesi", Yıldızhan YAYLA'ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No:4, İstanbul 2003, s.387-428, s.406.

devamlılığı noktasında düzeltilemeyecek sorunlarla karşılaşılacak bankaların, etkilerini tüm ekonomi üzerinde gösterecek olması nedeniyle yaptırımla karşı karşıya kalmaları söz konusu olmakta ve kamu yararı gereği haklarında işlem tesis edilmektedir³⁰⁴.

Bu kapsamda, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14 üncü maddesi ile kanun koyucu; bir bankanın yönetim ve denetimini tek başına ya da birlikte, doğrudan ya da dolaylı olarak, elinde bulunduran ortakların, banka kaynaklarını bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde lehlerine kullandıklarının veya bankayı bu şekilde zarara uğrattıklarının tespit edilmesi halinde, bu durumu bankanın TMSF'ye devredilmesi sebebi olarak düzenlemiş; meri 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesinde ise, hakim ortaklar ile birlikte yöneticilerin, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan, dolaylı veya dolanlı olarak banka kaynaklarını kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bu yolla bankanın zarara uğratılması hali bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devri sebebi olarak düzenlenmiştir.

(2). Banka Kaynaklarının Suistimalinin Şartları

(a). Banka Kaynaklarının Doğrudan, Dolaylı veya Dolanlı Kullanımı

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde düzenlenen bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devrine ilişkin nedenin gerçekleşmesi için ilk şart, banka hâkim ortağı tarafından banka kaynaklarının kullanımıdır.

Her ne kadar 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda "banka kaynağı" kavramının neyi ifade ettiği açıklanmış değil ise de, doktrinde banka kaynağının, bankanın bilançosunda yer alan veya almayan bütün malvarlığı ile imkânları kapsadığı, dolayısıyla banka için önemli bir değeri haiz varlık veya olanak olarak ifade edilmektedir³⁰⁵.

³⁰⁴ Kuntalp, s. 399.

³⁰⁵ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 257; Doğrusöz, s. 195.

Ancak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun farklı maddelerinde banka kaynağının neleri kapsadığı ve dolayısıyla kaynak kullanımı olarak değerlendirilebilecek işlemlerin neler olduğu yönünde bir açıklık bulunmamaktadır. Nitekim, kimi maddede “kredi sağlanması” bir kaynak kullanımı olarak ifade edilmekte iken³⁰⁶, kimi maddede “kredi kullanımı” ifadesi ile “kaynak kullanımı” ifadesi ayrı ayrı kullanılmıştır³⁰⁷. Her ne kadar, kavramların birbirinden ayrı kullanımı söz konusu ise de, banka kaynağının en önemli kullanım noktası hiç kuşkusuz banka tarafından sağlanan kredilerdir³⁰⁸. Ancak, elbette kaynak kullanımı sadece kredilerle sınırlandırılmamış, maddede geniş bir kullanım yaratılarak banka kaynağının kullanımı ifade edilmiştir³⁰⁹. Örneğin, bankanın borçluyu banka ilke ve teamülleri çerçevesinde ibra etmemesi gerekirken, ibra etmesinde de, yahut değerinin altında bir bedel karşılığında bankanın alacağını temlik etmesi de bankanın kaynaklarının kullanımı söz konusu olacaktır³¹⁰.

Bu açıdan, bu madde kapsamında gerçekleştirilen kaynak kullanımları, hakim ortaklar bakımından haksız fiilin özel bir görünüş şekli olarak³¹¹ kabul edilmekte olup, kanun koyucu gerçekleştirilen bu haksız fiile özel sonuçlar bağlamıştır. Dolayısıyla, hakim ortakların gerçekleştirdiği işlemlerin, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devrine yönelik sebep teşkil edebilmesi için kusurlarının bulunması gerekmektedir³¹².

Diğer bir açıdan, bu madde kapsamında tedbir uygulanabilmesini teminen banka kaynaklarının hakim ortak veya yöneticinin lehine kullanılmış veya kullandırılmış olması doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Banka hakim ortaklarına veya yöneticilerine banka kaynaklarının kullandırılmasına yönelik işlemlerde yer alması veya lehine kullanımının sağlanmasında doğrudan kullanım söz konusu iken; banka hakim ortak ve yöneticilerinin herhangi bir dahli bulunmamakla birlikte, kendi menfaatlerine ancak başkalarının hesabına işlem gerçekleştirilmesi

³⁰⁶ Bkz. 5411 s.k. m.108.

³⁰⁷ Bkz. 5411 s.k. m.134.

³⁰⁸ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 184.

³⁰⁹ Reisoğlu, C. 2, s. 1471.

³¹⁰ Reisoğlu, C. 2, s. 1472.

³¹¹ Tekinalp, Ü., Fondaki Bankanın Hukuku, s. 33; Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 264; Doğrusöz, s. 195.

³¹² Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 264.

durumunda, bir diğ er deyişle     nc  bir kişiye kullanım tesis edilerek, kaynağın hakim ortak veya yöneticiye yönlendirilmesi halinde dolaylı kaynak kullanımı söz konusu olacaktır³¹³.

Ancak bu noktada ifade etmek gerekir ki, bankanın kaynakların doğrudan kullanımı icrai işlem gerektirdiğinden, hakim ortağın doğrudan banka kaynağını lehine kullanması, ortağın fiilen yönetimde bulunması gibi durumlar imkan dahilinde olabilecek olmakla birlikte³¹⁴; genelde doğrudan kullanım yöneticiler bakımından, dolaylı kullanım ise hakim ortaklar tarafından yöneticiler aracılığıyla saėlanmaktadır³¹⁵.

Diğ er taraftan, çalışma konumuz çerçevesinde hakim ortaklar bakımından bir hususa değinmekte yarar bulunmaktadır. şöyle ki; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 50'nci maddesi uyarınca, kural olarak, bankanın yönetim kurulu üyelerine, genel müdürüne, genel müdür yardımcılara ve kredi a maya yetkili mensuplarına, bunların eş ve vel yet altındaki çocuklarına; tek başlarına ya da birlikte sermayesinin yüzde yirmi beş veya fazlasına sahip oldukları ortaklıklara her ne şekil ve surette olursa olsun nakdî ve gayri nakdî kredi verilemez iken; banka hakim ortaklarına kredi verilmemesi yönünde bir yasak bulunmamakta olup, bankalarca gerçek veya tüzel kişi ile risk grubu lehine kullanılacak kredilerin sınırlarını düzenleyen 54 üncü maddesi uyarınca; bankalar tarafından hâkim ortak veya nitelikli pay sahibi olup önem arz etmeksizin banka sermayesinin yüzde bir veya daha fazlasını temsil eden paylara sahip olan ve pay defterine kayıtlı olan tüm ortakların kredilerinin toplamı özkaynakların %50'sini aşamayacaktır. Dolayısıyla hakim ortaklar bakımından kredi yasağı söz konusu olmadığından, bankalarca hakim ortağa kredi kullanılması hukuka aykırılığa yol açan bir durum değildir. Hukuka aykırılığa yol açan hal, yani hakim ortakların kaynak suistimaline yol açacak kullanımlar; sınırların açılması, kaynak kullanımının banka ilke ve teamüllerine aykırı olacak şekilde diğ er müşterilere nazaran daha düşük

³¹³ Turanboy, s. 2121; Tekinalp,  ., Banka Hukukunun Esasları, s. 263; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 184; Doğrusöz, s. 197; Doğan, s. 417.

³¹⁴ Doğrusöz, s. 196.

³¹⁵ Reisog lu, C. 2, s. 1472.

maliyetlerde tesis edilmesi, vb. şekillerde hukuka aykırılık yaratacak şekilde yapılan kaynak kullanımlarıdır.

Doğrudan kaynak kullanımına örnek olarak; kısa vadeli kredilerin herhangi bir tahsilat gerçekleştirilmeksizin vadelerinin ötelenmesi, faizlerin silinmesi, kullandırılan kredinin vadesinde ödenmemesi durumunda gecikme faizi işletilmemesi, teminatsız kredi temini, hakim ortağın kredi kartları borçlarının banka kaynaklarından karşılanması, fiktif olarak yaratılan kâr üzerinden temettü dağıtımı³¹⁶, mevduatın kayıt dışı bırakılması sayılabilecektir³¹⁷.

Öte yandan, banka kaynaklarının suistimali için gerekli koşullardan birisi de, banka kaynaklarının banka hakim ortakları veya yöneticileri tarafından, dolanlı olarak kullanılması veya kullandırılması halidir. Dolanlı kullanım kavramı, kanun koyucu tarafından doğrudan veya dolaylı kaynak kullanımından ayrı olarak düzenleme altına alınmıştır.

Dolanlı kaynak kullanımı kavramının, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda doğrudan karşılığı bulunmamakla birlikte³¹⁸, kanun koyucu tarafından örneklendirme suretiyle açıklanmıştır³¹⁹. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun “*Banka kaynaklarının istismarı*” başlıklı 108 nci maddesi uyarınca; bankanın hâkim ortaklarının ve yöneticilerinin yönetim kurulu, kredi komiteleri, yöneticiler, şubeler ve diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle,

-banka kaynaklarını ve varlıklarını rehnetmesi,

-banka kaynaklarını teminat göstermesi,

³¹⁶ Söz konusu husus, bankanın kaynağının doğrudan istismarının yöntemlerinden birisi olarak ifade edilmekle birlikte, aynı zamanda finansal tablo ve raporların gerçeğe aykırı olarak hazırlanması ve sunulması neticesinde fiktif olarak yaratılan kârın dağıtılması söz konusu olduğundan, bu durum 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 553 üncü maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu doğuracaktır (Üçışık, H. Güzin/ Çelik, Aydın, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı, İstanbul, 2018, s. 531). Diğer taraftan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 156 ncı maddesi uyarınca cezai sorumluluk da gündeme gelecektir.

³¹⁷ TMSF Çözümleme Deneyimi, Raf Temizliği Serisi, TMSF, Kasım 2011, s. 250-251.

³¹⁸ Dolan sözcüğünün; “gizleyerek, aniden ortaya çıkmasını engelleyici bir düzen içerisinde iş görme” olarak anlaşılacağı yönünde bkz. Taşdelen, C.1, s. 839.

³¹⁹ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 262.

- kredibilitesi olmadığı açık olan kişilere kredi verilmesi,
- karşılığında kredi sağlamak amacıyla kredi kullandırılması (back-to-back³²⁰),
- yurt içi ve yurt dışı banka ve malî kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırılması veya bu hesapların teminat gösterilmesi³²¹
- 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 varlıklar, “*dolanlı kaynak*” olarak kabul edilmiştir. Bu açıdan, banka kaynaklarının kendi şahsına veya bir başkasının lehine maddi menfaat sağlamak amacıyla kullanılması, dolanlı kaynak kullanımı olarak nitelendirilecektir³²².

Diğer taraftan, anılan maddede dolanlı kaynak kullanımı işlemlerinin açıklanmasına değil; sayılan birtakım işlemlerin, dolanlı kaynak kullanımı kabul edilen işlemler oldukları ifade edilerek, benzer şekillerde gerçekleştirilecek işlemlerin de bu kapsamda yer alabileceği vurgulanmış olup, açıdan sayılan işlemler “dolanlı işlemler” bakımından sınırlayıcı olarak gösterilmemiştir³²³.

(b). Bankanın Emin Bir Şekilde Çalışmasının Tehlikeye Düşürülmesi

5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun muhtelif hükümlerinde bankanın emin bir şekilde çalışması ifadesi kullanılmakta ise de, söz konusu ifadenin ne anlama geldiği

³²⁰ Kuntalp, s. 409; Normal şartlar altında kredi alma imkanı bulunmayan bankanın hakim ortağı veya gruplarının, bir diğer bankadan kredi alarak, karşı bankanın hakim ortağı veya gruplarına kendi bankaları üzerinden kredi tahsis edilmesi işlemidir. Dolayısıyla, bu suretle, bankalar kendi yasal sınırlar çerçevesinde kredi veremeyecekleri durumda karşılıklı fonlama yöntemine başvurup, mevzuatı dolanma yoluna gitmektedirler (TMSF Çözümleme Deneyimi, Raf Temizliği Serisi, TMSF, Kasım 2011, s. 258).

³²¹ Turanboy, s. 2122; Bu yöntemde, kendi hakim ortakları veya grubuna kredi kullandıramayan banka, yurt içi veya yurt dışı bir bankada hesap açtırmakta ve hakim ortağının ilgili yurtiçi veya yurt dışı bankadan kullanılan kredinin teminatı olarak söz konusu mevduat bakiyesini göstermektedir. Nitekim Örneğin TMSF’ye devredilen bankalardan olan Çukurova Grubunun hakim ortak olduğu PAMUKBANK’ta; hakim ortak Çukurova Grubunun iki şirketine, Bahreyn’de bir banka tarafından, söz konusu üzerinden Pamukbank tarafından açılan hesabın depo edilmesi suretiyle kaynak aktarımı olduğu tespit edilmiştir (Pamukbank, Raf Temizliği Serisi, TMSF, Ekim 2009, s. 40).

³²² Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 184.

³²³ Doğrusöz, s. 197; Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 263.

tanımlanmış değildir³²⁴. Bu kapsamda, emin bir şekilde çalışma ifadesi esas itibarıyla bankanın güvenilir olmasıyla ilişkili olup, bunun yanında emniyet, likidite ve verimliliğin de söz konusu olması gerekmektedir³²⁵. Bu prensiplerin varlığı halinde, bankanın emin bir şekilde faaliyetine devam ettiği kabul edilecektir.

Diğer taraftan, bankanın emin bir şekilde çalışması; kaynaklarının istismar edildiği gerekçesiyle faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devri için, söz konusu istismarın önemli bir düzeyde bulunması gerekmektedir. Zira istismarın küçük çaplı, bankanın faaliyetlerini ve bankacılık sisteminin güven ve istikrarını zedeleyici boyutta olmaması, etkisinin sınırlı kalması hallerinin varlığı durumunda, salt bankanın kaynaklarının istismar edildiği gerekçesiyle bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devri söz konusu olamayacaktır. Dolayısıyla, kanun koyucu tarafından söz konusu tedbirlerden birisinin uygulanabilmesi için fiillerin bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek boyutta olması gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürme şartı, kanun koyucu tarafından kanunun çeşitli hükümlerinde kullanılmış olmakla birlikte³²⁶, hangi halin varlığı altında bankanın emin bir şekilde çalışmasının tehlikeye düşeceği ifade edilmemiştir³²⁷. Doktrinde, bankanın emin bir şekilde çalışmasının tehlikeye düşmesi; bankanın faaliyetlerini sürdürmesini engelleyecek şekilde likidite, aktif kalitesi, özkaynak vb.³²⁸ mali bünyeyi doğrudan etkileyecek risklerinin gerçekleşmesi ve bu sebeple bankanın göstergelerinin bankanın faaliyetine devamına engel oluşturacak şekilde bozulması³²⁹; diğer bir ifade ile bozulan göstergelerin bankanın emniyetli şekilde faaliyetlerine devamını, güvenilirliğini, rantabilitesini tehdit etmesi olarak ifade edilmektedir³³⁰.

³²⁴ Alıcı, C. 2, s.1273.

³²⁵ Kuntalp, s. 412.

³²⁶ Bkz İmza yetkisinin geçici kaldırılmasında m. 26; önlem alınmasını gerektiren haller kapsamında m. 67; Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun görev ve yetkileri kapsamında m. 93 vb.

³²⁷ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 186.

³²⁸ Alıcı, C. 2, s. 1273.

³²⁹ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 263; Doğrusöz, s. 199.

³³⁰ Kuntalp, s. 412.

Bu açıdan, banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinin gerçekleştiğinden bahisle faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devir tedbirinin uygulanması için bankanın kaynak istismarının, bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürdüğünün tespit edilmesi gerekecek olup, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından, bankanın içinde bulunduğu koşullar değerlendirilerek karar verilecek ve kararın verilebileşi için bankanın emin bir şekilde çalışmasının tehlikeye düştüğünün tespiti aranacaktır.

(c). Bankanın Zarara Uğratılması

Bankanın kaynaklarının hakim ortak veya yöneticileri tarafından istismara uğraması nedeniyle, bankanın faaliyetlerinin sona erdirimi yaptırımı ile karşı karşıya kalmasının son şartı da bankanın söz konusu eylemler nedeniyle zarara uğramış olması halinin varlığıdır. Zira, söz konusu şartın gerçekleşmesi için bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek boyutta bir zarar söz konusu olmalıdır³³¹. Aksi takdirde söz konusu durum tedbirin uygulanması noktasında bir sebep teşkil etmeyecektir³³².

Diğer taraftan, meydana gelen zarar ile kaynak istismarı arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Zira, kaynakları istismar edilen bir bankada, aynı zamanda bilançoda zarar oluşmuşsa, ancak söz konusu zarar bankanın başka risklerinin gerçekleşmesinden kaynaklanan bir durum ise, bu durumda bu sebebe dayanılarak banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesi çerçevesinde tedbir uygulanamayacaktır.

(3). Banka Kaynaklarının Suistimalinin Sonuçları

Bankanın hâkim ortaklarının bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde, banka kaynaklarının doğrudan, dolaylı veya dolanlı olarak lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırılması yoluyla bankanın zararına

³³¹ Tekinalp, Ü., Fondaki Bankanın Hukuku, s. 38.

³³² Reisoğlu, C. 2, s. 1473.

sebebiyle vermesi halinde, söz konusu durum artık bankanın TMSF'ye devri veya faaliyet izninin kaldırılması sonucuna yol açacak ve banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi hükmü uygulanacaktır.

Bu durumda, ayrıntılarına iş bu çalışmamızın “a. Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması veya TMSF'ye Devri'nin Hukuku Niteliği” başlıklı bölümünde yer verildiği üzere, bankanın faaliyet izninin kaldırılması halinde, bankanın artık faaliyetine devamı mümkün olmadığından, neticeten sigortaya tabi mevduat ödenirken, TMSF tarafından bankanın iflasının istenilmesi sonucu ortaya çıkacak iken; bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin TMSF'ye devredilmesi halinde ise, mali bünyenin güçlendirilmesi ile yeniden yapılandırma çalışmalarının yürütülmesi, bankanın devri, birleştirilmesi veya satışı ile ilgili sürecin devam ettirilmesi veya Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'ndan bankanın doğrudan faaliyet izninin kaldırılmasının istenilmesi sonuçları ortaya çıkabilecektir.

Öte yandan, banka kaynaklarının suistimali nedeniyle, banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesinin (e) bendinin uygulanması halinde, ilerleyen bölümlerle ayrıntısına yer verilecek olmakla beraber, banka hakim ortakları iade ve tazmin yükümlülüğü ile şahsi sorumlulukla karşı karşıya kalabilecektir.

III. FAALİYET İZNİNİN KALDIRILMASI VEYA TMSF'YE DEVRİ SONRASI ORTAYA ÇIKAN SONUÇLAR

A. Banka Kaynaklarının İstismarı Halinde Zararın Giderilmesi Yükümlülüğü

1. Genel Olarak

Banka anonim ortaklığında, hakim ortak olmanın bankanın faaliyeti sırasında ortaya çıkan birtakım sonuçları olduğu gibi, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesinden sonra da birtakım sonuçları bulunmaktadır. Zira, bankanın hakim ortağı sıfatına sahip olmak, bankanın doğrudan ya da dolaylı olarak

tek başına ya da birlikte bankanın yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğu atayabilme veya görevden alabilme gücünün elde bulundurması şeklinde ifade edildiğinden; bu gücün kullanılmasının banka üzerinde yarattığı etkilerin ve hakimiyetin kötüye kullanılmasının banka için yarattığı olumsuz sonuçların ortadan kaldırılması, bankanın faaliyetinin sona ermesinden sonraya da sirayet edebilmektedir.

Zira, yönetsel gücünün elde tutulması suretiyle bankanın zarara uğratılarak şahsi zenginlik temin edilmesine yol açan karar ve işlemlerin tesis edilmesi, ortakların kişisel menfaatlerini üstün tutmak suretiyle bankaya zarar vermeleri, bir başka deyişle bankanın suistimale uğraması, kanun koyucu tarafından bankanın faaliyetinin sona ermesinden sonra da özel sorumluluk hali olarak düzenlenmiştir³³³. Dolayısıyla, hakim ortakların bankayı istismar etmeleri, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devir sebebi olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, aynı zamanda ortaklar bakımından da özel bir sorumluluk hali anlamına gelecektir.

Bu kapsamda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 108 inci maddesi uyarınca; bankanın kaynaklarının, hakim ortaklarının veya yöneticileri tarafından bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan dolaylı veya dolanlı olarak lehlerine kullanılması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması suretiyle zarara uğratılması nedeniyle, mezkur Kanunun 71 nci maddenin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi halinde, söz konusu bankanın hakim ortaklarına ve yöneticilerine, şahsi sorumluluğa ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, kullandıkları kaynakları ve bankayı uğrattıkları zararı TMSF tarafından verilecek süre içerisinde iade ve tazmin etme yükümlülüğü getirilmiştir.

Bu açıdan, söz konusu özel sorumluluk hali, bir bankanın 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 71 inci maddesi uyarınca, faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi hallerinden sadece birine özgü olarak getirilmiş olup, bankanın maddede sayılan sebeplerden diğerleri nedeniyle faaliyet izninin kaldırılması veya

³³³ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 209.

TMSF'ye devri halinde söz konusu sorumluluk hali bankanın hakim ortakları bakımından uygulama alanı bulamayacaktır.

2. Yüklülüğün Kapsamı

Banka kaynaklarının istismarı halinde, banka hakim ortakları bakımından getirilmiş bu yükümlülük; bankanın uğradığı zarar bakımından “tazmin”, banka kaynaklarının kullanımı bakımından ise “iade” şeklinde düzenlenmiştir³³⁴. Bu durumda, bankanın kaynaklarının hakim ortak tarafından kullanılması söz konusu ise; söz konusu kaynakların, meydana gelen zararın ağırlığı dikkate alınmaksızın, iadesi gerekmektedir.

Bu açıdan iade yükümlülüğü bakımından; ortaya çıkan zararın ağırlığı dikkate alınmaksızın, hakim ortak tarafından banka kaynaklarının suistimali söz konusu ise, bu durum da kullanımı nedeniyle suistimaline yol açılan banka kaynağının ortak tarafından bankaya iadesi gerekmektedir³³⁵.

Diğer taraftan, ortaya çıkan zararın tazmini yükümlülüğü bakımından ise, kullanılan kaynak nedeniyle bankanın uğradığı ve hatta katlanmak zorunda kaldığı zararın da giderilmesi gerekecektir. Örneğin, bankanın varlığının, hakim ortağın başka bankadan alacağı krediye ilişkin olarak teminat gösterilmesi banka kaynağının kullanımı iken, söz konusu kredinin geri ödenmemesi nedeniyle teminat gösterilen ve para çevrilmek zorunda kalınan banka varlığının, değerinden daha düşük bir meblağa satılmış olması durumunda bankanın zarara uğraması söz konusu olacaktır. Bu açıdan kanun koyucu, hem kaynakların iadesini, hem de uğranılan zararının tazminini özel olarak sorumluluk çerçevesine dahil etmiştir.

Ancak belirtmek gerekir ki, kanun koyucu söz konusu madde ile, ilerleyen bölümlerde değinilecek olan “şahsi sorumluluğa” ilişkin hükümleri saklı tutmak suretiyle, istismar konusu kaynakların iade edilmesi veya bankanın bu suretle uğradığı zararın giderilmesinden bağımsız olarak, banka hakim ortaklarının şahsi sorumluluk

³³⁴ Alıcı, C. 2, s. 1664; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 209.

³³⁵ Reisoğlu, C. 2, s. 1896.

hükümleriyle karşı karşıya kalabileceğini hüküm altına almıştır³³⁶. Bu nedenle, iade ve tazmin yükümlülüğü ile şartların varlığı halinde şahsi sorumluluğa ilişkin hükümler birbirlerinin alternatifi hükümler değildir³³⁷.

Diğer taraftan, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 108 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, banka kaynaklarının istismarı olarak değerlendirilebilecek kaynaklar ve bankanın karşılaştığı zarar çerçevesinde iade ve tazmine yol açacak işlemler ve bunlara konu tutarlar, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu³³⁸ tarafından bankada gerçekleştirilecek inceleme sonucunda ulaşılabilecek tespitlerin de dikkate alınması suretiyle TMSF tarafından belirlenecektir³³⁹.

Bu çerçevede, TMSF tarafından çıkarılan *Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip ve Tahsiline İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik*'in 13 üncü maddesinde, kullanılan kaynakların ve maruz kalınan zararlardan kaynaklanan alacakların tespitine ilişkin hususlar düzenlenmiştir. Yönetmeliğin söz konusu maddesi uyarınca;

- hakim ortak grubuna³⁴⁰ kullandırılan nakdi veya gayri nakdi krediler,

- hakim ortak grubuna, doğrudan veya dolaylı kaynak aktarmak amacıyla, işlemin gerçekleştirildiği tarihteki şartlarda gerçek değerinin üzerinde bir bedelle iştirak edinilmesi veya gerçek değerinin altında iştirakin elden çıkarılması nedeniyle oluşan banka zararı,

³³⁶ Reisoğlu, C. 2, s. 1896; Alıcı, C. 2, s. 1663.

³³⁷ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 281.

³³⁸ Maddede Kurum ifadesinin, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu'nun aksine TMSF'ye yollama yaptığı yönünde, Bkz. Reisoğlu, C. 2, s. 1901.

³³⁹ Söz konusu maddede, TMSF tarafından yapılacak belirlemeye ilişkin herhangi bir ölçüte yer verilmemesi eleştirilmektedir. Bkz. Alıcı, C. 2, s. 1664; Reisoğlu, C. 2, s. 1901.

³⁴⁰ Hakim ortak grubunun kapsamı;

- Hakim ortakların kendileri,
- Hakim ortakların ayrı ayrı veya birlikte, doğrudan veya dolaylı tek başına veya birlikte kontrolü elinde bulundurdıkları ortaklıklar,
- Hakim ortakların veya kontrolü elinde bulundurdıkları ortaklıkların kontrol ettiği ortaklıklar,
- Aile, sermaye ve yönetim bağı nedeniyle mali güçleri bunlara bağlı kişi ve ortaklıklar şeklindedir.

- söz konusu iştirakler için ayrılan karşılıkların söz konusu banka zararını aşan kısmı,

- banka hakim ortaklarının, yönetim kurulu, kredi komitesi, yönetici, şube, diğer yetkililer veya başkaca suretle; banka kaynaklarını rehnetmesi, teminat göstermesi, kredibilitesi olmayanlara kredi verilmesi, back to back kredi kullandırması, yurt içi ve yurt dışı banka ve malî kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırılması veya bu hesapların teminat gösterilmesi veya başkaca şekilde kendileri lehine veya üçüncü kişiler lehine menfaat temini suretiyle kullanılan banka kaynağı nedeniyle oluşan banka zararı,

- hakim ortak grubuna, banka kaynaklarının yurt içi ve yurt dışı kuruluşa depo edilmek suretiyle kullandırılan banka kaynakları veya oluşan banka zararı,

- karşılığında hakim ortak grubuna kredi temin etmek amacıyla kullandırılan nakdi ve gayrinakdi krediler,

- hakim ortak grubuna kaynak aktarmak amacıyla üçüncü kişilere kullandırılan veya kullandırılmış gibi gösterilen nakdi v gayrinakdi krediler,

- hakim ortak grubuna kaynak aktarılması için gruba dahil kişi ve ortaklıklarla ya da üçüncü kişilerle yapılan sözleşme, future, options, forward, swap, gibi işlemlerden kaynaklanan banka zararı,

- gerçeğe aykırı düzenlenen bilanço ile oluşan fiktif karlar üzerinden dağıtılan temettü ve/veya bedelsiz hisse verilmesi suretiyle aktarılan kaynaklardan doğan banka zararı,

- hakim ortak grubuna kaynak aktarmak amacıyla değerinin üzerinde varlık satın alımı veya banka varlığının düşük değerle satılması nedeniyle oluşan banka zararı,

- hakim ortak grubuna dahil kişi ve ortaklıklara piyasa koşullarının altında kullandırılan krediler nedeniyle oluşan banka zararı,

- hakim ortak grubuna dahil kişi ve ortaklıkların, banka gideri olmayan kişisel harcamalarının banka hesaplarından karşılanması nedeniyle oluşan banka zararı,

- mevzuata aykırı işlemler veya kanuni yükümlölüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle oluşan ödemelerden kaynaklı banka zararı,

- hakim ortak grubuna dahil kişi ve ortaklıklardan kaynaklı ve maddede tanımlanmayan banka kaynaklarının istismarına yönelik işlemlerden kaynaklanan alacaklar,

banka hakim ortaklarının 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 108 nci maddesi kapsamında iade ve tazmin yükümlölüğü altında bulundukları alacaklar olarak düzenlenmiştir.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, yükümlölüğün yerine getirilmemesi halinde iade ve tazmin tutarlarının TMSF alacağı olması dikkate alındığında, alacaklının alacağını kendisinin belirlemesi yöntemi, alacağın varlığı bakımından adi karine teşkil edecektir³⁴¹.

Öte yandan, iade ve tazmin yükümlölüğü bakımından, maddede sorumluluk miktarına ilişkin bir düzenleme söz konusu değildir. Bu nedenle, sorumluluğunun ortakların sadece kendileri lehine oluşan zararlar bakımından mı, yoksa zararın tamamı bakımından tek başlarına veyahut hisseleri oranında mı sorumlu olacaklarına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmediğinden, zarar verenlerin zarardan hisseleri oranında değil tamamen³⁴² ve müteselsilen sorumlu olacakları³⁴³ sorumlu olacakları kabul edilmektedir.

Nitekim, Danıştay 13. Dairesi tarafından konuya ilişkin olarak verilen bir kararda³⁴⁴; bankanın zararı nedeniyle hakim ortakların tazmin yükümlölüğü

³⁴¹ Reisoğlu, C. 2, s. 1901.

³⁴² Alıcı, C.2, s.1668; Reisoğlu, C. 2, s. 1900.

³⁴³ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 210.

³⁴⁴ Danıştay 10. D. E. 2003/3612, K. 2003/4488, T. 19.11.2003: "...Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun 30.11.2001 tarih ve 538 sayılı kararıyla; mali bünyesindeki olumsuzlukların giderilmesini teminen alınması istenen tedbirleri almayan, **kaynaklarını Bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde hissedarlarının oluşturduğu sermaye grubuna aktaran**, ... A.Ş.nin temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin 4389 sayılı Kanunun 14. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarına dayanılarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredildiği... **Dava konusu işlemlerle davacıdan istenilen tutar, herhangi bir şirketin veya kişinin bankaya olan kredi borcu nedeniyle, bankanın Fon tarafından devralınmasından sonra o borcun Fon tarafından takibi suretiyle istenilen bir alacak (borç) olmayıp... hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bir bankanın**

bakımından hisse oranlarıyla bir ilgi kurulmadığı dikkate alındığında, oluşan zararın tamamının sebebiyet veren ilgililerden tamamen tahsil edileceği gerekçesiyle; hisse oranlarına bakılmaksızın hakim ortaklar adına müşterek ve müteselsilen eşit şekilde düzenlenen tebliğnamenin hakkaniyete uygun olmadığı gerekçesiyle iptali yönündeki ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına hükmedilmiştir.

Diğer taraftan, iade ve tazmin talebine konu alacakların hesaplanmasında, banka kaynaklarının suistimaline konu işlemin gerçekleştirdiği tarihten itibaren banka kayıtlarına göre anapara, faiz, komisyon ve sair giderler de dikkate alınacaktır³⁴⁵.

3. Yükümlülüğe Aykırılığın Sonuçları

Banka kaynaklarının istismarı halinde, banka hakim ortaklarının iade ve tazmin yükümlülüğünü yerine getirmemelerinin sonuçları, iki durum açısından farklılık arz etmektedir. Zira, iade ve tazmin yükümlülüğüne aykırılık; 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 108 inci maddesi uyarınca, banka kaynaklarının istismarı nedeniyle *“bankanın faaliyet izninin iptal edilmesi”* halinde farklı sonuçlar doğururken, banka kaynaklarının istismarı nedeniyle bankanın TMSF'ye devri halinde farklı sonuçlar doğurmaktadır.

Bu kapsamda, banka kaynaklarının istismarı nedeniyle bankanın faaliyet izni kaldırılmış ise; hakim ortakların, istismara konu banka kaynaklarını TMSF tarafından kendilerine verilen süre içerisinde iade etmemeleri yahut oluşan banka zararını tazmin

yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına ve birlikte elinde bulunduran ortaklarının, banka kaynaklarını maddede belirtilen şekillerde kullanmak suretiyle veya başkaca dolanlı işlemlerle edindikleri veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğmuş bir alacaktır... ortakların sorumluluğu konusunda ortakların hisse oranlarıyla ilgi kurulmadan Fon alacağına 6183 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağını öngörülmüş olması karşısında, söz konusu Fon alacağının bankanın yönetimini elinde bulunduran tüm ortaklardan istenebileceği sonucuna varılmaktadır. Başka bir anlatımla, Fona intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortakların veya yöneticilerin sorumluluğunu hisse oranıyla sınırlı kabul etmek Yasa koyucunun bu şekilde oluşan zararın tamamının buna sebebiyet veren ilgililerden tamamen tahsilini sağlama amacına aykırı düşecektir...ortakların kullandıkları kredi miktarına ve bankadaki hisse oranlarına bakılmaksızın hakim ortaklar adına müşterek ve müteselsilen eşit miktarda tebliğname düzenlenmesinde hakkaniyete uyarlık bulunmadığı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline karar verilmesinde hukuki isabet görülmemiştir...” (www.kazanci.com, Erişim tarihi 17.01.2021).

³⁴⁵ Alıcı, C.2, s. 1668.

etmemeleri halinde, bu söz konusu tutarlar TMSF'ye gelir kaydedilecek ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre TMSF tarafından takip edilecektir. Dolayısıyla, kanun koyucu 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun ile 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümleri arasında bir seçim yapmış ve alacağın, hacizde sağladığı kolaylık yanında diğer avantajlarına istinaden³⁴⁶ 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu uyarınca tahsil edileceğini düzenlenmiştir. Bu şartın varlığı halinde, 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklara uygulanan oranda gecikme zammı uygulanarak tahsil edilir.

Öte yandan, şayet banka hakkında faaliyet izninin kaldırılması yerine TMSF'ye devir yönünde karar verilmiş ise; bu durumda TMSF tarafından verilen süre içerisinde, istismara konu banka kaynaklarının iade edilmemesi, bankanın uğradığı zararın tazmin edilmemesi, TMSF tarafından uygun görülecek şekilde teminatlandırılmaması veya ortaklara ait hisselerin TMSF tarafından verilecek süre içerisinde üçüncü kişilere devredilmemesi halinde, ortaklara ait hisseler başka herhangi bir işleme gerek kalmaksızın TMSF'ye devredilecektir. Dolayısıyla bu halde, faaliyet izninin kaldırılması ihtimalinde olduğu gibi, yükümlülere 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanamayacaktır³⁴⁷.

TMSF'ye devredilen söz konu hisselerin, TMSF tarafından üçüncü kişilere satışı halinde, söz konusu satış bedeli hakim ortakların borcuna mahsup edilir. Şayet, hakim ortaklar tarafından, suistimale konu banka kaynağının iadesi veya tazminin gerçekleştirilmesi ile teminatlandırılmanın yapılması halinde dahi, bankanın bilançodaki zararı özkaynaklarını geçiyorsa, bu durumda TMSF bankanın faaliyet izninin kaldırılmasını talep edebilecektir.

B. Mal Beyanında Bulunma Yükümlülüğü

Faaliyet izni kaldırılan veya temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi TMSF'ye devredilen bankalarda hakim ortak niteliğini haiz olan ortaklar

³⁴⁶ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 300.

³⁴⁷ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 282.

bakımından, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda hüküm altına alınan bir diğer sonuç ise, hakim ortaklara getirilen mal beyanında bulunma yükümlülüğüdür.

Zira, mezkur Kanunun 109 uncu maddesi uyarınca; hakim ortaklardan, bunların eşlerinden, üçüncü dereceye kadar kan ve ikinci dereceye kadar kayın kısımlarından, evlatlıklarından ve kendilerini evlat edinenlerden; kendilerine ait taşınmaz, iştirak, haczedilebilir taşınır, hak ve alacaklar ile menkul kıymetler, her türlü kazanç ve gelirler, yaşayış tarzına göre geçim kaynaklarını ve beyandan önceki iki yıl içinde gerçekleştirdikleri ivazlı veya ivazsız elde ettikleri yahut devrettikleri taşınmaz, haczedilebilir taşınır, hak ve alacaklar ile menkul kıymetler bakımından, TMSF tarafından istenilmesi halinde 7 gün içerisinde mal beyanında bulunulması zorunludur.

TMSF tarafından hakim ortaklardan istenen bu mal beyanları, TMSF tarafından hakim ortak olmaya bağlanan diğer sonuçlar bakımından, özellikle iade ve tazmin yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi hali gibi mali sonuçlar açısından önem arz edecektir. Zira, söz konusu beyanlar, TMSF tarafından hakim ortaklara yönelik gerçekleştirilecek takip ve davalarda kullanılabilecektir³⁴⁸.

Diğer taraftan, bu zorunluluğun hükümleri ve sonuçları bakımından 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin uygulama alanı bulacağı hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, İcra ve İflas Kanunu'nun mal beyanı sunulmasına ilişkin 74 ila 77 nci maddeleri ile 338 inci maddesi uygulama alanı bulacaktır³⁴⁹.

İcra ve İflas Kanunun 76 ncı maddesi uyarınca; *mal beyanında bulunmayan* hakim ortaklar ve diğer yükümlüler, TMSF'nin talebi üzerine, icra mahkemesince 1 defaya mahsus olmak ve 3 ayı geçmemek üzere verilecek zorlama hapsi ile karşı karşıya kalacaklardır. Bununla birlikte, ortaklar tarafından mal beyanında bulunulmuş olmakla birlikte, beyanın gerçeğe aykırı verilmesi halinde İcra ve İflas Kanunu'nun 338 inci maddesi uygulama alanı bulacak ve gerçeğe aykırı mal beyanı nedeniyle

³⁴⁸ Alıcı, C. 2, s. 1676.

³⁴⁹ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 284; Alıcı, C.2, s. 1676; Reisoğlu, C. 2, s. 1909.

TMSF'nin şikayeti üzerine hakim ortak hakkında, icra mahkemesine üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır.

Bu açıdan, banka anonim ortaklığından hakim ortak konumunda bulunan ortakların, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devrine karar verilmesi halinde, mali yönden yükümlülüklerinin ortaya çıkmasının yanında, TMSF tarafından istenildiği halde mal bildiriminde bulunmamaları halinde, bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle cezai yaptırımla da karşı karşıya kalabileceklerdir.

C. Şahsi Sorumluluk

1. Genel Olarak

Bilindiği üzere, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 329 uncu maddesi uyarınca anonim ortaklıklarda ortaklar, “sınırlı sorumluluk” ilkesi çerçevesinde yalnızca şirkete taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile yalnızca şirkete karşı sorumlu olmakta, bir diğer deyişle taahhüt ettikleri sermaye payları dışında şirketin borçlarından dolayı sorumlu olmamaktadır³⁵⁰. Dolayısıyla, anonim şirketin kendisi tüzel kişiliği haiz olduğundan, malvarlığının doğrudan sahibi de tüzel kişiliğin kendisi olup, hak ve borçlara da doğrudan tüzel kişiliğin kendisi ehil olmaktadır³⁵¹. Bu açıdan, malvarlığı da sermaye paylarına sahip olan ortakların malvarlığından ayrı şekildedir. Ancak, söz konusu ilkenin bir istisnası olarak, banka anonim ortaklıklarında, hakim ortakların sorumluluğu bazı hallerin varlığı halinde sınırlı olmaktan çıkmakta, ve kendi malvarlıklarına sirayet etmektedir.

Banka hakim ortakları bakımından, hakim ortak olmalarına bağlanan sonuçlardan bir diğeri, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda düzenlenen “şahsi sorumluluk” halidir. Zira, mezkur Kanununun 110 uncu maddesi uyarınca, banka yönetici ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleri nedeniyle bankanın faaliyet izninin kaldırılmasına veya TMSF'ye devredilmesine sebep olunmuş ve aynı zamanda söz konusu karar ve işlemler nedeniyle hakim ortaklara menfaat sağlanması söz

³⁵⁰ Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), s. 286; Doğrusöz s. 63.

³⁵¹ Poroy/Tekinalp (Çamoğlu), s. 89.

konusu ise, söz konusu hakim ortaklar bakımından da şahsi sorumluluklarına gidilerek şahsen iflaslarına karar verilebilecektir³⁵².

Dolayısıyla, banka anonim ortaklıklarında hakim ortağın tabi olduğu şahsi sorumluluk ilkesi, anonim ortaklıklar bakımından hakim olan sınırlı sorumluluk ilkesinin bir istinasını oluşturmakta, böylelikle şartların varlığı halinde hakim ortaklar şahsi malvarlıkları ile sorumlu olarak iflas etme ihtimali ile karşı karşıya kalmaktadır³⁵³.

Diğer taraftan Bankacılık Kanunu kapsamında hakim yöneticilerin ve hakim ortakların şahsi sorumlulukları, doğrudan iflas kapsamında hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla, hakim ortaklar bakımından İcra ve İflas Kanunu'nun doğrudan iflas hükümleri uygulama alanı bulacaktır³⁵⁴.

2. Hukuki Niteliği

Hakim ortaklar bakımından, doktrinde bir görüşe göre getirilen şahsi sorumluluğun temelinde kanuna aykırı karar ve işlemlerle hakim ortağa menfaat temin edildiğinden bahisle söz konusu durumun haksız fiil teşkil ettiğinden bahisle haksız fiilden kaynaklanan bir sorumluluk olduğu ve hakim ortakların genel kurulu hakimiyet altında tutmaları nedeniyle istediklerini elde edebildikleri, bu sebeple hükmün organların sorumluluğu bakımından değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁵⁵.

Bununla birlikte, bir diğer görüşe göre ise; hakim ortaklar tarafından gerçekleştirilmesi gereken işlem ya da kararın bulunmasının gerekmediği, salt menfaat teminin yeterli olduğu, bu nedenle sorumluluğun dürüstlük kuralının ihlaliinden

³⁵² Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 165.

³⁵³ Yazar aynı zamanda, söz konusu düzenlemeyi, caydırıcı bir etkisi olmadığı gibi ve oluşan zararı da gidermeye matuf olmadığından eleştirmektedir. Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 284.

³⁵⁴ Reisoğlu, C. 2, s. 1928.

³⁵⁵ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 288; Tekinalp, Ü., Fondaki Bankanın Hukuku, s. 33; aynı şekilde “olgu organ” niteliği nedeniyle, hakim ortakların yönetim kurulu üyeleri ile birlikte haksız fiilden teşvik eden sıfatı ile sorumlu olacaklar yönünde bkz. Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 9.

kaynaklandığı ifade edilmektedir³⁵⁶. Bu açıdan, hakim ortaklar tarafından, hukuka aykırı olacak şekilde banka kaynaklarının kendilerine menfaat sağlamak amacıyla kullanılması durumunda, banka tüzel kişiliğinin aracı kılınarak hukuka aykırı işlemler gerçekleştirmek için kullanılması nedeniyle, hakim ortaklar hakkında getirilen bu sorumluluğun, “tüzel kişilik perdesinin kaldırılması” teorisinin³⁵⁷ bir yansıması olduğu ifade edilmektedir³⁵⁸. Zira bu durumda, işlemlerden hukuken sorumlu olan banka anonim ortaklığının yerine arka planda yer alan ve işlemde asıl menfaati sağlayan hakim ortaklara ulaşılmaktadır. Nitekim, faaliyet izni kaldırılan ve TMSF’ye devredilen bankalarda görüldüğü üzere, hakim ortaklar tarafından sorumluluk hükümlerinin bertaraf edilmesine yönelik olarak, bankanın da içerisinde bulunduğu ortaklık ilişkilerinde zincirleme şekilde ortaklıklar oluşturulması suretiyle, kontrol gücünün kimde bulunduğu tespit edilmesi ve karmaşık yapılar içerisinde gerçek sorumlunun ortaya çıkması zorlaştırılmıştır³⁵⁹.

Dolayısıyla, zincirleme şekilde kurulan sarmal ortaklık yapıları içerisinde, hakim gerçek kişilere ulaşılmasına yönelik olduğundan, 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 110 uncu maddesindeki düzenleme, kanuni tüzel kişilik perdesinin aralanması haline örnek gösterilebilecektir³⁶⁰.

³⁵⁶ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 167; Aynı şekilde, *banka anonim ortaklığı ile hakim ortak arasında ortaklık sözleşmesinden kaynaklanan bir hukuki ilişki bulunduğu, dürüstlük kuralından kaynaklanan yan yükümlülük olarak sadakat yükümlülüğünün bulunduğu* yönünde bkz. Doğrusöz, s. 64-65.

³⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, Gülören/Tekinalp, Ünal, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Reha POROY’a Armağan, İstanbul 1995, s. 387 vd.

³⁵⁸ Ulusoy, Ali, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Şubat 2008, s.394; Seven, Vural/Göksoy, Can, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması- Bir Kararın Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, Sayı 6, 2006, s. 2455-2470, s. 2460; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 167.

³⁵⁹ Yalçın, s. 313.

³⁶⁰ Cengiz, s. 406.

3. Şartları

a. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na Aykırı Karar ve İşlemlerin Varlığı

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 110 uncu maddesi uyarınca, banka yönetici ve hakim ortaklarının şahsi sorumluluk çerçevesinde doğrudan iflaslarının istenebilmesinin ilk koşulu, *kanuna aykırı karar ve işlemlerin alınmış olması* olarak hüküm altına alınmış olup, ancak kanuna aykırı alınan karar veya işlemlerin neleri kapsadığı yönünde madde çerçevesinde bir açıklık bulunmamaktadır.

Bu konuda, madde metninde yer alan ifadenin hangi normatif düzenlemeleri kapsadığı yönünde doktrinde farklı görüşler ortaya konulmuştur. Bu kapsamda bir görüşe göre³⁶¹, maddede ifade edilen kanuna aykırı karar ve işlemlerin, başta bankacılık kanunu olmak üzere, bankaların tabi olduğu diğer kanunlar, bunların uygulamasına ilişkin yönetmelik, tebliğ ve diğer ikincil düzenlemelere aykırılıkları kapsayacağı ifade edilmekte ise de, bir diğer görüşe göre³⁶²; burada kastedilen kanunun Bankacılık Kanunu olacağı, diğer kanunlar bakımından genişletici bir değerlendirme yapılamayacağı ifade edilmektedir.

Kanaatimizce de, maddenin yorumlanması bakımından hiç kuşkusuz 5411 sayılı Bankacılık Kanunu esas alınacak olmakla birlikte, hükmün uygulama alanını amacı dışında genişletmemek kaydıyla Bankacılık Kanunu hükümlerinin uygulanması

³⁶¹ Alıcı, C. 2, s. 1689; Reisoğlu, C. 2, s. 1922; Önder, Fahrettin/Mutlucan Sayın, Sibel, “Şahsi Olarak İflası İstenebilen Banka Yöneticileri, Denetçileri ve Hakim Ortakları”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ'a Armağan, MÜHFHAD Dergisi Özel Sayısı, Y. 2016 C. 22 S. 3, s. 2181-2211, s. 2192; Doğrusöz, s. 105; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 100. *Göktürk*, maddedeki ifadenin yazılışı bakımından “kanun” sözcüğünün tercih edildiği, oysaki kanun koyucunun ilgili hükümlerde 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nu kastettiği yerlerde “Kanun” ifadesini kullandığı, bu nedenle yazım bakımından ele alınış şeklinin Bankacılık Kanunu yanında diğer kanunları da kapsayacağını ifade etmektedir.

³⁶² Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 284. *Tekinalp*'in görüşü, diğer görüşlere Bankacılık Kanunu bakımından paralellik arz etmekte ise de, maddede kastedilen kanunun Bankacılık Kanunu olduğunu ve ilaveten Ticaret Kanunu'nun da bu madde kapsamında değerlendirileceğini ifade etmekle birlikte, maddede yer alan kanun ifadesinin tüm kanunları kapsayacağı yönünde yapılacak bir nitelendirmenin, sorumluluğun varlığı bakımından illiyet bağının değerlendirmesini imkansız hale getireceğini ifade etmektedir. Öte yandan, *Çamoğlu* söz konusu düzenlemenin istisnai bir takip yolu olduğundan bahisle, neticesinin iflasa yol açacak olması nedeniyle hükmün dar yorumlanması gerektiğini, bu nedenle bankacılık kanunu uyarınca çıkarılan düzenlemelerin ve alınan kararların bu kavram içerisinde yer almayacağını ifade etmektedir (Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 426).

amacıyla çıkarılan ikincil düzenlemeler ile bankaların tabi oldukları hükümler yönünden diğer kanunların da bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekecektir.

Diğer taraftan, kanuna aykırılık halinin tespiti bakımından, işlemin yapıldığı veya kararın alındığı tarihteki yürürlükte bulunan hükümlerin dikkate alınması gerekecektir³⁶³. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda³⁶⁴; uygulanacak yasanın geçmiş olaylara uygulanacağı yönünde bir hüküm bulunmaması haline, sonraki yasanın uygulama alanı bulamayacağına ve boşluk doğacağına karar vermiştir.

Öte yandan, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nda banka hakkında alınacaklar önlemler bakımından kanuna ve kanuna istinaden alınan kararlara ve düzenlemelere aykırılık halinin yanında, bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı nitelikteki işlemlerin varlığı halinde tedbir alınması gerektiğini hüküm altına almışken, yürürlükte bulunan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda bu hususta bankacılık ilke ve teamüllerine aykırılık haline şahsı sorumluluk bakımından sonuç bağlanmadığı görülmektedir. Bu nedenle, kanuna aykırılık halinin geniş yorumlanmasına yol açacak şekilde bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı olarak alınacak kararların, şahsi sorumluluk sebebi teşkil etmeyeceği ifade edilmekle birlikte³⁶⁵, katıldığım görüşe göre³⁶⁶; banka hakim ortaklarını etkileyen işlem ve kararlar bankacılık ilke ve teamüllerine aykırılık teşkil etmekte ise, bu durumun da sorumluluğun kapsamında yer alması gerekecektir.

Zira, kanun koyucu 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun muhtelif maddelerinde ilke ve teamüllere uygunluğu hüküm altına almış olup, banka tarafından

³⁶³ Doğrusöz, s. 105; Alıcı, , C. 2, s. 1689; Reisoğlu, C. 2, s. 1922.

³⁶⁴ Yargıtay HGK. E. 1999/19-664, K. 1999/846, T. 20.10.1999: "...Her ne kadar karar tarihinden sonra, 18.6.1999 gün ve 4389 sayılı Bankalar Yasası, 23 Haziran 1999 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve anılan Yasa'nın 17. maddesi ile ...kanuna aykırı karar ve işlemleriyle bankanın iflasına neden olduklarının tespiti halinde şahsi sorumlulukları düzenlenmiş ise de; anılan yasanın geçmiş olaylara uygulanacağı konusunda bir düzenleme bulunmadığından yasal boşluğun devam ettiğinin kabulü gerekir..." (www.kazanci.com Erişim tarihi 04.02.2021).

³⁶⁵ Reisoğlu, C. 2, s. 1922; Doğrusöz, s. 107.

³⁶⁶ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 102.

gerçekleştirilen faaliyetlerin bankacılık ilke ve teamüllerine uygun olması gerektiği yönünde ifadelere yer vermiştir³⁶⁷.

Nitekim, kredi limitleri dolduğu halde kendi firmalarına kredi kullandıran PAMUKBANK hakim hissedarlarının yargılandığı davada, iş bu tez çalışması kapsamında banka kaynaklarının suistimali çerçevesinde açıkladığımız banka kaynaklarının dolanlı kullanımı yolları bakımından, söz konu yolların bankacılık ilke ve teamüllerine aykırılık teşkil ettiği ortaya konulmuş olup³⁶⁸, ilke ve teamüllere aykırılık teşkil eden uygulamaların da banka kaynağının suistimali yolu olarak değerlendirildiği dikkate alındığında, ilke ve teamüllere aykırılık hali de sorumluluğun kapsamında yer alabilecektir.

b. Banka Hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 71’inci Maddesinin Uygulanmasına Sebebiyet Verme

Şahsi sorumluluğun meydana gelebilmesi için, salt olarak kanuna aykırılık teşkil edecek şekilde banka tarafından gerçekleştirilen işlemlerin veya alınan kararların varlığı yeterli değildir. Zira, kanun koyucu şahsi sorumluluğun oluşabilmesi için aynı zamanda söz konusu kanuna aykırı işlem ve kararların, bankanın faaliyet izinin kaldırılması veya TMSF’ye devrine yol açmış olmasını şart olarak aramıştır³⁶⁹. Bu açıdan, kanuna aykırı karar veya işlemler ile bankanın faaliyet izinin kaldırılması veya TMSF’ye devri arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir³⁷⁰.

³⁶⁷ Bkz. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m. 30, m. 134, m. 160.

³⁶⁸ Yargıtay CGK. E. 2011/7-210, K. 2011/218, T. 1.11.2011: “... Kredi alan firmaların mali yapısının bozulduğu, banka çıkarlarını düşünen ve düşünmesi gereken yetkililer tarafından tespit edildiğinde yapılması gereken iş yasal yollardan kredilerin tahsili cihetine gidilmesidir. **Yasal hükümler ve bankacılık teamülleri gereğince, kredilerin tahsil edilmesi için uğraşılmamış ve teminatlara da başvurulmayarak temdit yöntemi izlenmişse** zimmet kastıyla hareket edilmiş demektir. Buna göre, mali yapısı bozulan firma kredileri ödeyemeyecek durumda olmasına karşın temdit işlemi yapılmışsa zimmet suçu oluşacaktır... Pamukbank yönetim kurulu ve aynı zamanda kredi tahsis kurulu başkan ve üyeleri olan sanıkların bankacılık usul ve teamüllerine aykırı olarak, **baştan itibaren geri dönmeyeceğini bile bile grup firmalarına kredi kullandırma suretiyle banka kaynaklarının aktarılmasına sebep oldukları olayda**, bankanın aldatılmasından, dolayısıyla yapılan işlem ve eylemlerin hileli davranışlar niteliğinde olduğundan söz edilmeyeceği gibi, zimmet ve miktarının Hazine Müsteşarlığı müfettişlerinin olağan denetimi ile, bilirkişilerin banka içi kayıtlar üzerinde yaptıkları inceleme ve araştırma sonucunda, kesin bir biçimde ortaya çıkarılmış olması karşısında, **suçun basit zimmet olarak kabulü gerektiği** sonucuna ulaşılmıştır...” (www.kazanci.com Erişim tarihi 04.02.2021).

³⁶⁹ Ulusoy, s. 396.

³⁷⁰ Doğrusöz, s. 172.

Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun şahsi sorumluluğa ilişkin 17 nci maddesinde, meri 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'ndan farklı olarak, kanuna aykırı işlemler veya kararlar nedeniyle bankanın iflasına neden olunmasını aramakta iken, kanun koyucu bu hususu yeni kanunda değiştirmiş ve şahsi sorumluluğu bankanın iflas etmesi şartı yerine, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesine sebep olma şartına bağlamıştır. Zira, düşük bir ihtimal de olsa, bankanın iflasına karar verilmemesi halinde bankanın genel kurul kararı aranmaksızın TMSF tarafından atanacak tasfiye memurları aracılığıyla iradi tasfiyeye girmesi mümkündür. Bu açıdan, kanun koyucunun bu farklı yöndeki düzenlemesi, bankanın iflasına karar verilmemesi halinden kaynaklanmaktadır³⁷¹.

Diğer taraftan, şahsi sorumluluk maddesinin düzenlenişi itibariyle, alınan karar ve gerçekleştirilen işlemlerin kanuna aykırı olmasının yanında, bunun banka hakkında 71 inci maddenin uygulanmasına sebebiyle vermesi gerektiği hüküm altına alınırken, 71 inci maddenin uygulanmasına yol açan sebepler anlamında bir ayırım yapılmadığı görülmektedir. Bu nedenle kanuna aykırı işlemler ve alınan kararlar nedeniyle;

-banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin süresinde alınmaması, alınmasına rağmen sonuç doğurmaması veya tedbirler alınsa dahi etkili olmayacağının tespit edilmesi

-bankanın faaliyetlerine devam etmesinin mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ile mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike yaratması,

-bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi,

-bankanın yükümlülüklerinin toplam değerinin, bankanın varlıklarının toplam değerini aşması,

-bankanın hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde, banka kaynaklarının doğrudan, dolaylı veya dolanlı olarak lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırılması yoluyla bankanın zararına sebebiyle vermesi

³⁷¹ Alıcı, C. 2, s. 1689.

hallerinden herhangi birinin varlığından bahisle Banka hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunun 71 inci maddesinin uygulanmasına yol açılması durumunda, şahsi sorumluluğa ilişkin şart oluşmuş olacaktır.

c. Karar ve İşlemler Dolayısıyla Menfaat Temin Etmiş Olma

Şahsi sorumluluğa ilişkin hükümde, hem banka yönetici ve denetçilerine hem de hakim ortaklara ilişkin sorumluluk esasları düzenlenmiş iken; hakim ortaklar bakımından diğerlerinden ayrı olarak, şahsi iflasın talep edilebilmesi için kanuna aykırı işlem ve kararların, hakim ortak veya ortaklara menfaat temin etmek amacıyla alınmış olması gerekmektedir³⁷².

Bu kapsamda menfaat, “kanuna aykırı olacak şekilde, banka kaynaklarının ortaklar lehine kullanılması veya kullandırılması suretiyle söz konusu kişilere veya gerçekleşmesini istedikleri kişilere sağlanan yarar” olarak ifade edilmekte³⁷³ olup, kanuna aykırı olacak şekilde sağlanan yararın menfaat olarak değerlendirileceği, bundan hareketle kanuni çerçevede gerçekleştirilen işlemler ve kararlar ile sağlanan faydanın bu anlamda menfaat olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmiştir.

Bu bakımdan, kanun koyucu, hakim ortaklar açısından şahsi sorumluluğa gidilebilmesi için, kanuna aykırı olarak alınan kararların ve gerçekleştirilen işlemlerin ortaklara menfaat sağlanması amacıyla gerçekleştirilmiş olması şartını arayarak, sorumluluk bakımından özel bir kastın varlığını aramıştır³⁷⁴. Dolayısıyla, banka yönetici ve denetçilerinin aksine, sadece kanuna aykırı karar ve işlemin varlığı hakim ortakların sorumluluğu bakımından yeterli olmayıp, şayet ortaklar tarafından bu işlem ve kararlar nedeniyle herhangi bir menfaatin temin edilmesi söz konusu değil ise, bu durumda sorumluluktan bahsedilemeyecektir³⁷⁵.

Diğer taraftan değinmek gerekir ki, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 3 üncü maddesi uyarınca hakim ortak sıfatının kazanılması bakımından kontrol gücünün tesisi

³⁷² Ulusoy, s. 397.

³⁷³ Tekinalp, Ü., Fondaki Bankanın Hukuku, s. 81.

³⁷⁴ Doğrusöz, s. 172; Reisoğlu, C. 2, s. 1928.

³⁷⁵ Tekinalp, Ü., Banka Hukukunun Esasları, s. 295.

tek başına olabileceği gibi, birden fazla kişinin birlikteliği yoluyla da kontrol tesis edilebileceğinden, şahsi sorumluluğun uygulanması bakımından birlikte kontrol söz konusu ise, birlikte kontrolü sağlayan ortakların tamamı hakim ortak olarak nitelendirilecektir³⁷⁶.

Menfaatin temin edilmesi bakımından, sadece banka yöneticileri tarafından gerçekleştirilen kanuna aykırı işlem ve kararların, salt ortağa menfaat yaratmış olduğu sonucundan yararlanılmamalıdır. Zira, burada hakim ortağın menfaat elde etmesi yönünde özel kastın varlığının aranması, ortağın elde edilecek menfaatin temininde iştirakin gerekliliğini göstermektedir. Bu nedenle hakim ortağın, banka yöneticilerinin kanuna aykırı olarak alacakları kararlar ve gerçekleştirecekleri işlemler bakımından yönlendirmesinin veya baskısının bulunması halinde, bir diğer ifade ile kanuna aykırı işlemler veya karar bakımından hakim ortağın da iştirakinin bulunması halinde hakim ortak menfaat temin etme amacıyla hareket etmiş olacaktır³⁷⁷. Dolayısıyla, hakim ortağın menfaatine olan bir karar veya işlem bakımından, hakim ortağın sürece ilişkin herhangi bir iştiraki yoksa, bu durumda hakim ortağın kusurundan söz edilemeyeceğinden, şahsi sorumluluğuna gidilmesi yolunun da mümkün olmadığı ifade edilmektedir³⁷⁸.

Ancak bu noktada belirtmek gerekir ki, söz konusu menfaat elde etme kastı ile hareket etme durumunun tespiti bakımından, yönlendirmenin veya baskının tespit edilmesi kolay değildir. Zira, özel kastın varlığı ve ispatı, hakim ortak ile yöneticiler arasında ilişkinin değerlendirmesi bakımından sübjektif bir nitelikte olduğundan tespiti de zordur³⁷⁹. Bu nedenle kanaatimizce de, kanuna aykırı karar alınması veya işlem gerçekleştirilmesi nedeniyle hakim ortağın menfaat elde etmesi söz konusu ise, bu durumda hakim ortağın kusurlu bulunduğu karinesel olarak kabul edilmelidir³⁸⁰. Bu durumda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 110 uncu maddesi uyarınca, hakim

³⁷⁶ Ulusoy, s. 397.

³⁷⁷ Reisoğlu, C. 2, s. 1929; Doğrusöz, s. 243.

³⁷⁸ Doğrusöz, s. 245. Aksi yönde bkz. Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 167, Yazar; hakim ortağa menfaat temin eden ve kanuna aykırı işlem veya kararların bulunması durumunda şahsi sorumluluk için gerekli şartın oluşacağını, bu durumun hakim ortağın yöneticiler ile işbirliği içerisinde bulunsun ya da bulunmasın karine olarak hakim ortağın işbirliği içerisinde bulunduğunu göstereceğini ifade etmektedir.

³⁷⁹ Doğrusöz, s. 244.

³⁸⁰ Reisoğlu, C. 2, s. 1930; Alıcı, C. 2, s. 1694; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 168; Doğrusöz, s. 244.

ortakların böyle bir kastın bulunmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilmeleri söz konusu olacaktır.

Öte yandan, hakim ortakların sorumlu olacakları miktarın çerçevesini de temin ettikleri menfaat miktarı çizecek olup, bu şahsi sorumluluk hali sınırsız bir sorumluluğa yol açmayacaktır³⁸¹. Zira, şahsi sorumluluk, bankanın zarara uğratılmasından kaynaklanan bir sorumluluk hali olup, şahsen sorumlu olacak hakim ortaklar, menfaat temin eden olmakla birlikte, haksız olarak temin ettikleri menfaat miktarı kadar hukuken sorumlu olacaktır³⁸².

d. TMSF Fon Kurulu’nun Kararının Varlığı ve TMSF Tarafından Dava Açılması (İflas Talebi)

İflas, Arapça bir sözcük olmakla birlikte kelime anlamı olarak; parayı pulu bitirmek anlamına gelmektedir³⁸³. İcra hukuku sistemi içerisinde alacaklı ya da alacaklılar, borçludan alacaklarını borçlunun malvarlığı üzerinde birtakım usuller izlenmesi ile tahsil etme amacıyla hareket eder ve borçlunun malvarlığı içerisinde bulunan şeylerin bir veya birkaçı cebri icranın konusunu oluşturur. Bununla birlikte iflas hukuku sisteminde ise, iflasa tabi bir borçlunun karşısında alacaklılarının tamamı bulunmakta ve dolayısıyla borçlunun bütün malvarlıksal değerleri iflas takibinin konusunu oluşturmakta olup, tüm alacaklılar borçlunun malvarlığından tatmin edilmektedir. Bu nedenle, diğer alacaklıları borçluya karşı takip başlatmış olsun ya da olmasın, bir alacaklısı tarafından borçlusuna yöneltilen iflas isteminde borçlunun haczi caiz malvarlığının tamamı tüm alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis edilmektedir³⁸⁴.

İcra ve İflas Kanunu uyarınca, iflasa tabi bir kişi hakkında iflas kararının alınabilmesi için, önce bir iflas takibinin gerçekleştirilmesi yolu tercih edilebileceği ve bunun sonucunda iflas davası yoluyla borçlunun iflasına karar verilebileceği gibi, şartlarının oluşması halinde doğrudan doğruya iflas davasının açılması suretiyle de

³⁸¹ Ulusoy, s. 395.

³⁸² Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 102.

³⁸³ Kuru, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, Eylül 2016, s. 491.

³⁸⁴ Kuru, s. 489.

borçlunun iflasına karar verilmesi mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla, hangi yol tercih edilmiş olursa olsun, borçluyu borcunu ödemeye mahkum ettirmek ile birlikte bütün malvarlığının alacaklılar arasında paylaştırılması amacıyla alacaklı tarafından açılan iflas davası sonucunda verilecek iflas kararı ile borçlu müflis sıfatını kazanacak ve kendisi hakkında iflasın sonuçları uygulanmaya başlayacaktır³⁸⁵.

Bu kapsamda, İcra ve İflas Kanunu uyarınca iflas yolu; genel (adi) iflas yolu, kambiyo senetlerine mahsus iflas yolu, doğrudan doğruya iflas yolu olmak üzere üç türdür. Söz konusu türlerin ilk ikisi bakımından alacaklının öncelikle iflas takibi başlatması gerekirken, doğrudan doğruya iflas yolunda alacaklı veya borçlu önceden takip başlatmasına gerek olmaksızın, İcra ve İflas Kanunu'nun 177'nci maddesinde sayılan şartların varlığı halinde borçlunun işlem merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde iflas davasını açabilir.

Ancak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 110 uncu maddesi uyarınca, şahsi sorumluluk bakımından, bu üç iflas türü içerisinde, doğrudan doğruya iflas yoluna başvurulacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, hakim ortakların bankadan elde ettikleri menfaat ile üzerinden doğrudan şahsen iflaslarına karar verilebilecektir.

Diğer taraftan, banka hakim ortakları ile yönetici ve denetçilerin doğrudan iflas yoluyla şahsi sorumluluğuna gidilebilmesi için TMSF Fon Kurulu tarafından karar alınması gerekmekte olup, bu yetki münhasıran TMSF'ye aittir³⁸⁶. Fon Kurulu, söz konusu ilgililer hakkında şahsi sorumluluğa gidilip gidilmeyeceği yönünde karar alacaktır³⁸⁷.

Söz konusu karar bakımından, kanun koyucu özel bir toplantı ve karar yeter sayısı öngörmemiş olup, karar en az 5 üyenin toplantıya katılması ve en az 4 üyenin aynı yöndeki oyuyla alınacaktır. TMSF Fon Kurulu tarafından, hakim ortak veya

³⁸⁵ Kırtıloğlu, Serhat, İflas Davası, Ankara 2009, s. 75.

³⁸⁶ Doğrusöz, s. 172.

³⁸⁷ Reisoglu, C. 2, s. 1930; Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 195.

ortaklar hakkında şahsi iflas davası açılması yönünde karar alınmış ise, TMSF tarafından asliye ticaret mahkemesinde şahsi iflas davası açılacaktır.

4. Sonuçları

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 110'uncu maddesinde yapılan yollamaya istinaden, 106'ncı ve 109'uncu madde hükümleri şahsi iflası istenenler hakkında da uygulama alanı bulacaktır. Bu kapsamda, mezkur Kanunun 106'ncı maddesi uyarınca, iflas davasında uygulanacak hükümler bakımından 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun basit yargılama usulü hükümleri uygulanacak ve mahkemece en geç 6 ay içerisinde TMSF'nin iflas talebi hakkında karar verilecektir.

Mahkeme tarafından, kanuna aykırı karar ve işlemler ile hakim ortaklara menfaat temin edildiğinin tespit edilememesi halinde iflas davasının reddine karar verilecek, sorumluluğun doğduğu tespit edilir ise davalı hakim ortak yahut ortakların iflasına karar verilecektir³⁸⁸.

Diğer taraftan, banka hakim ortağının şahsi iflasına karar verilmesi halinde, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 106 ncı maddesi uyarınca TMSF, şahsi iflasın yürütülmesi ile sınırlı olmak üzere, İcra ve İflas Kanununun 166'ncı, 218'inci, 219'uncu, 223'üncü, 234'üncü, 236'ncı, 249'uncu, 251'inci ve 254'üncü maddeleri hariç olmak üzere, iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresinin yerine geçerek tasfiyeyi gerçekleştirecektir³⁸⁹.

D. Haklarında İhtiyati Tedbire ve İhtiyati Hacze Karar Verilebilmesi

Faaliyet izni kaldırılan veya TMSF'ye devredilen bankada hakim ortak olmanın bir diğer sonucu da, tüm malvarlığı üzerine ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir konulmasıdır. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 109 uncu maddesi uyarınca

³⁸⁸ Göktürk, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 202.

³⁸⁹ Söz konusu hükme istinaden, tasfiyenin yürütülmesi noktasında bazı yetkilerin TMSF'de, bazı yetkilerin ise iflas dairesine bırakılması söz konusu olduğu, bunun TMSF'nin tasfiyedeki yükünü hafifleteceği yönünde bkz. Pekcanitez, Hakan/ Erdönmez, Güray, "Bankacılık Kanunu'nun İcra ve İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", TBB Bankacılar Dergisi, S. 55, Aralık 2005, s. 25-44, s. 30.

TMSF'ye, faaliyet izni kaldırılan veya kendisine devredilen bankaların mevduat ve katılım fonu sahipleri ile diğer alacaklılarının haklarının korunmasına yönelik olarak yükümlülük getirilmiş olup³⁹⁰, hakların korunması adına TMSF'nin her türlü tedbiri alması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda TMSF'nin talebi üzerine, faaliyet izni kaldırılan veya kendisine devredilen bankanın hâkim ortaklarının mal, hak ve alacaklarına mahkeme tarafından teminat şartı aranmaksızın ihtiyatî tedbir veya ihtiyatî haciz konulabilir.

İcra ve İflas Kanunu'nun 257'nci maddesi uyarınca; kural olarak ihtiyati haciz talebi için, alacağın rehinle temin edilmemesi ve vadesi gelmiş bir alacak olması gerekmektedir. Bununla birlikte, borçlunun belirli yerleşim yeri yoksa, taahhütlerinden kurtulma amacıyla ile mallarını gizlemeye, kaçırmaya çalışıyorsa, kendisi kaçmaya hazırlanıyor veya kaçmış veya bu amaçla alacaklının hakkını ihlal eden hileli işlemlerde bulunursa, bu durumda vadesi gelmemiş borçtan dolayı ihtiyati haciz istenebilmektedir.

Bu kapsamda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 109'uncu maddesi çerçevesinde TMSF tarafından talep edilecek ihtiyati haciz bakımından, İcra ve İflas Kanunu'nun 257 nci maddesinde yer alan şartların aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, İcra ve İflas Kanunu'nda yer alan şartlar mevcut bulunmasa dahi TMSF'nin ihtiyati haciz talebinde bulunabileceği ifade edilir iken³⁹¹; bir diğer görüşe göre ise, İcra ve İflas Kanunu'nun ilgili hükmünün ihtiyati haczin temel düzenlemesi olduğu ve bu kuralların bağlayıcı olacağı, bu nedenle ihtiyati haciz talep edilebilmesi için söz konusu şartların bulunması gerektiği ifade edilmektedir³⁹². Kanaatimizce de, maddenin lafzının hakime ihtiyati haciz kararı verme yönünde takdir hakkı tanıdığı dikkate alındığında, ihtiyati haciz talebi bakımından bir değerlendirmenin yapılması gerekeceğinden İcra ve İflas Kanunu'nun 257 nci maddesi hükmü çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

³⁹⁰ Maddenin sadece yetki içermediği, aynı zamanda yükümlülük de yüklediği yönünde bkz. Reisoğlu, C. 2, s. 1910.

³⁹¹ Alıcı, C. 2, s. 1694; Göktürk, Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, s. 195.

³⁹² Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 423; Reisoğlu, C. 2, s. 1913.

E. Yurt Dışı Çıkış Yasağı Getirilmesi

Bankacılık Kanunu'nun 109 uncu maddesinin üçüncü fıkrasına göre, banka hakim ortaklarının yurtdışına çıkışlarının da yasaklanabileceği hüküm altına alınmıştır. Söz konusu hüküm uyarınca, hakime hakim ortakların yurt dışına çıkışının yasaklanması noktasında takdir yetkisi tanınmış ise de, bunun değerlendirmesine ve takdir hakkının kullanımına yönelik kriter getirilmemiştir. Ancak, bu yasağın konulabilmesi için, alacakların menfaatinin korunması bakımından, yasağın zorunluluk arz etmesi gerektiği ifade edilmektedir³⁹³.

Söz konusu yurtdışı çıkış yasağına ilişkin düzenleme, yasağın bir ceza hukuku kurumu olmasından kaynaklı olarak, seyahat özgürlüğünün kısıtlanmasına yol açması nedeniyle ceza yargıcı tarafından konulabileceği; bu sınırlamanın ise ancak Anayasa'nın 23 üncü maddesi çerçevesinde suç soruşturması veya kovuşturması sebebiyle getirilebileceğinden bahisle eleştirilmektedir³⁹⁴.

F. Kurucu Ortak veya Yönetici Olma Yasağı

Faaliyet izni kaldırılan veya temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi TMSF'ye devredilen bankalarda hakim ortak olmanın bir diğer sonucu da, bazı ortaklıklarda kurucu ortak veya yönetici olmanın engellenmiş olmasıdır. Zira kanun koyucu, hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 71 inci maddesi uyarınca işlem tesis edilen bir bankada hakim ortak konumunda bulunanların, bazı şirketlerin kurucusu olmasını veya yöneticisi konumunda bulunmalarını sakınca görmüş ve bu doğrultuda çeşitli yasaklayıcı hüküm getirmiştir.

Bu düzenlemelerin başında, hiç kuşkusuz 5411 sayılı Bankacılık Kanunu gelmektedir. Zira, kanunda bankaların kurucu ortakları bakımından özel şartlar öngörülmüş ve bir anlamda zorunluluktan kaynaklanan ağırlaştırılmış bir durum yaratılarak, herkesin banka kurucu ortağı olmasının önüne geçilmek istenilmiştir. Nitekim, kanunun 8 inci maddesi uyarınca, banka kurucu ortağı olabilmek için,

³⁹³ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 423.

³⁹⁴ Çamoğlu (Poroy/Tekinalp), s. 424.

faaliyet izni kaldırılan ya da temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi TMSF'ye devredilen bankalarda veya 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce TMSF'ye devredilen bankalarda nitelikli paya sahip olmamak veya kontrolü elinde bulundurmamak gerekmekte olup, hakkında Kanunun 71 inci maddesi tesis edilmiş bir bankanın hakim ortağı olmak yeniden banka kurucusu olmaya engel teşkil edecektir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki, maddenin yazılış şekli bazı sorunları da beraberinde getirmektedir. Kanundaki diğer maddelerin aksine, kanun koyucu tarafından bu maddenin kaleme alınış şeklinde “hakim ortak” kavramı değil “kontrol” kavramı ele alınmıştır. Ancak, kanundaki kavramsal birlik açısından söz konusu ifadenin yerine hakim ortak ifadesinin kullanılması yerinde olurdu. Zira, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3 üncü maddesi uyarınca hakim ortak, bir ortaklığı doğrudan ya da dolaylı olarak, tek başına veya birlikte kontrol eden gerçek veya tüzel kişiyi ifade ettiğinden, aslında hakim ortak kavramının kullanılmamasının kavramsal birliğe özen gösterilmemesinden kaynaklandığı ifade edilmektedir³⁹⁵.

Öte yandan, Kanunun 8 inci maddesinde, kurucu ortak olamayacak hakim ortağın niteliği açıklanırken, Kanunun 71 inci maddesi uygulanan bankalarda veya bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Fona devredilmiş olan bankalarda nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması veya ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi TMSF'ye devredilen veya faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşlarında, Fona intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması ifadesi kullanılmış ise de, söz konusu ifadenin kullanılması isabetli değildir. Zira, hakkında faaliyet izni kaldırılan veya TMSF'ye devredilen bir bankanın, bu tarihten önce herhangi bir zamanda hakim ortağı olan ve daha sonra banka faaliyetine devam ettiği sırada ortaklığını devreden bir hakim ortağın, daha sonra banka hakkında Kanunun 71 inci maddesinin uygulandığı gerekçesiyle bir başka bankada kurucu ortak olmasının engellenmesi isabetli olmayacak olup, bu hükmün banka hakkında 71 inci madde hükümlerinin uygulandığı

³⁹⁵ Alıcı, C. 1, s. 187.

tarihte hakim ortak olunmasının kurucu ortak olmaya engel teşkil edeceği yönünde değerlendirilmesi gerekmektedir³⁹⁶.

Diğer taraftan, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda banka ortakları bakımından getirilen kurucu ortak olamama yasağının yanında, Kanunun 23 üncü maddesi uyarınca yönetim kurulu üyelerinin de, daha önce hakkında 71 inci madde hükmü uygulanan bir bankada hakim ortak konumunda bulunmamaları gerektiği hüküm altına alınmış olup, bu açıdan söz konusu hakim ortak, banka yönetim kurulu üyesi olamayacaktır³⁹⁷.

Bununla birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu dışında bazı kanunlarda, hakkında faaliyet izni kaldırılan veya TMSF'ye devredilen bir bankanın hakim ortağı olan kişilerin; 6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun uyarınca ödeme ve elektronik para kuruluşlarında yüzde on ve üzerinde paya sahip ve kontrolü elinde bulunduran ortak konumunda olması; 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca ipotek finansmanı kuruluşlarında kurucu ve yüzde on ve üzerinde paya sahip ortak konumunda olması; 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu uyarınca Türkiye'de kurulu finansal kiralama şirketleri, faktoring şirketleri ve finansman şirketlerinin kurucu ortağı olması; 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu uyarınca kartlı sistem kurma, kart çıkarma, üye işyerleri ile anlaşma yapma ve bilgi alışverişi faaliyetinde bulunmak isteyen kuruluşların kurucu ortağı olması; Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik uyarınca varlık yönetim şirketlerinde kurucu ortak olması engellenmiştir.

Dolayısıyla, emsalen belirttiğim üzere, sadece Bankacılık Kanunu'nda değil, başkaca mevzuatta da söz konusu hakim ortaklar bakımından, birtakım şirketin kurucu ortağı olmaları mümkün olmayacak olup, söz konusu durum da bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devri sonrasında söz konusu bankanın hakim ortağı olmaya bağlanan sonuçlardan biri olarak hakim ortakların karşısına çıkacaktır.

³⁹⁶ Reisoğlu, C. 1, s. 438; Alıcı, C. 1, s. 189.

³⁹⁷ Doğrusöz, s. 266.

SONUÇ

Ülkelerin ekonomik yapısının bir parçası olan finansal sistemin ekonomik büyüklük ölçeğinde en önemli aktörü konumunda olan bankalar, halktan para toplama yetkisine sahip olarak imtiyaz elde etmiş kuruluşlar olduklarından, gerek yapıları gerekse gerçekleştirdikleri faaliyetler ülkelerin yasama organları tarafından gerekli yasal düzenlemeler çerçevesinde özel olarak düzenlenmekte ve kamu yararı ve düzeni bakımından sevk ve idarelerinin sağlıklı işleyişi temin edilmeye çalışılmaktadır.

Zira, bankaların karşı karşıya kaldıkları risklerin bir sonucu olarak, ortaya bir zarar çıkması halinde, söz konusu zararın bankanın zararı olmasının yanında sistemik bir riskin de gerçekleşmesi sonucuna yol açabilmesi imkan dahilinde olduğundan, ülke ekonomisinin içinden çıkılmaz sorunlar ile karşı karşıya kalmaması ve bankaların tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması için, özellikle halktan toplanan paraların kredi sistemine entegre edilmek suretiyle doğru şekilde kullanılması önem arz etmektedir.

Özellikle, 1990'lı yılların sonu ve 2000'li yılların başında süre zarfında ülkemizde yaşanan bankacılık sektörü krizleri incelendiğinde; bankaların yaşadıkları çeşitli mali bünye sorunlarının yarattığı ve aşılamayan ekonomik sonuçların yanında, bankaların hakim ortakları vasıtasıyla da birtakım sorunlar ile karşı karşıya kaldıkları görülmüştür. Özellikle, özel sektörün yarattığı sermayedarların birçoğunun banka hissedarı olmaları yönündeki eğilim, sektörde ağırlıklı olarak finans alanı dışındaki çoğunlukla medya, turizm, tekstil vb. alanlarda faaliyet gösteren birçok grubun banka ortağı olmasına yol açmıştır.

Bu durum, söz konusu hakim konumdaki hissedarların, bir anlamda sahibi oldukları bankaların kaynaklarını kendi şirketlerinin finansal kaynağı olarak görmelerine yol açmış, dolayısıyla tasarruf sahiplerinden elde edilen kaynakların, kredi verilmesi suretiyle etkin bir şekilde kullanılması yerine, kendi şirketlerinin fonlanmasına yönelik birer kaynak olarak kullanılmasına ve geri dönmeyen kaynaklar ise bankaların mali bünye sorunları ile karşı karşıya kalmasına ve neticeten bankaların faaliyet izinlerinin kaldırılması ile TMSF'ye devrine sebebiyet vermiştir. Dolayısıyla,

yaşanılan bu suistimler nedeniyle hem ülke ekonomisi maddi zarar ile karşı karşıya kalmış, hem de bu durum tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin zedelenmesine ve toplum nezdinde oluşan güven duygusunun sarsılmasına yol açmıştır.

Bankacılık sektörünün yaşadığı krizler, bankaların yapısal sorunları ve kazanılan deneyimler, bankaların daha güvenilir bir yapı içerisinde sevk ve idaresinin gerekliliğini ortaya koymuştur. Bu kapsamda, bankalar bakımından gerekli yasal sınırlandırmalar, yaptırımlar, yasaklar getirilerek, denetim ve gözetimi daha etkin kılacak yasal değişiklikler yapılmış; suistimallerin önüne geçmek amacıyla banka ortakları ile bankaların sevk ve idaresinde rol alan kişilerin belirli nitelikleri haiz olmasını ve bunu şeffaf ve açık bir ortaklık yapısı içerisinde görebilmeyi sağlayacak hükümler getirmiştir

Bu çerçevede, iş bu çalışmamızın da konusunu oluşturan banka anonim ortaklığında hakimiyetin, kanunda geçen ifadesi ile kontrolün, varlığına yasa koyucu tarafından özel önem atfedilmesi de bu nedenle gerekli ve yerindedir. Zira, özellikle ortaklık yapıları üzerinden yaşanan banka kaynaklarının suistimalinin önüne geçilmesi amacıyla, bankanın kontrol gücünün sağlanması, el değiştirmesi, kullanımına ilişkin yasal sınırlamalar getirilmesi yoluyla bankacılık sektörünün izin ve denetim otoritesi olan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu tarafından kontrol gücünün izlenmesi ve etkin bir denetim gerçekleştirilebilmesi, kontrol gücünün kötüye kullanılması halinde gerçek sorumlulara ulaşılabilmesi ve önemlidir.

Özellikle kredi sınırları, sigortaya tabi mevduat ve katılım fonu priminin hesaplanması, banka hakkında alınmasına karar verilen önlemler vb. birtakım hususlar doğrudan bankanın ortaklık yapısı, bankanın ortakları ve hatta bankaya hakim olanlar ile ilişkilendirildiğinden, söz konusu hükümlerin uygulanabilmesi için bankanın ortaklık yapısının belirli ve ortaklarının tespit edilebilir olması gerektiğini göstermekte olup, bu doğrultuda, belirli payların edinim ve devirlerinin Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun iznine tabi kılınması, banka hisselerinin nama yazılı olması, dolaylı pay sahipliğinin tespiti gibi hükümler, bankaların ortaklık yapılarının tespitine verilen önemin bir sonucudur.

Yürürlükte bulunan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda hakimiyet, kontrol kavramı ile tanımlanmış ve bankayı kontrol etme hali, yönetim kurulunun karara esas çoğunluğunun atanabilmesi veya görevden alınabilmesi gücünün elde bulunup bulunmaması üzerinden belirlenmiştir. Bu şekilde yapılan tanımlama ile, bir kısım olasılıklar sayılmakta, bir kısım olasılıklar bakımından ise “herhangi bir suretle” gücün elde bulundurulma ihtimali gözardı edilmemiştir. Zira, salt sermaye çoğunluğu, bankanın kontrolünün elde bulundurulduğu anlamına gelmeyebilecektir. Bu durumda, sermaye çoğunluğuna sahip olmaktan ziyade, yönetim kurulu üzerindeki etki gücünün bilinmesi istenilmektedir. Böylelikle, kontrolün hem hukuken hem de fiilen elde bulundurulması gözardı edilmeyerek, bankanın sevk ve idaresinde etkili olan gücün kimde olduğunun ortaya konulması sağlanmaktadır. Bu açıdan, hem sermayenin çoğunluğuna sahip olmak bir karine olarak kabul edilerek bu suretle, hem de oyda imtiyaz, yönetimde imtiyaz vb şekillerde imtiyazlı hisselerin elde bulundurulması veya başkaca herhangi bir suretle kontrol gücünün doğumuna yol açacak şekilde hareket edilmesi tespiti yapılmasına imkan verecektir.

Banka üzerinde kontrolün sağlanması, doğrudan pay sahipliği yoluyla olabileceği gibi, doğrudan pay sahibi olmamakla birlikte dolaylı suretle de olabilmektedir. Zira, bankacılık krizlerinde yaşanan deneyimlerden de görüldüğü üzere, bankaların dolaylı şekilde paravan olarak kullanılan kişi ve şirketler üzerinden kontrolünün sağlandığı, böylelikle şirket üzerinde hukuken hiçbir bağı olmayan kişi veya grupların, aslında arka planda bankanın kontrolünü elinde bulundurduğu, bu gücün kullanmak suretiyle banka kaynaklarını çeşitli yöntemlerle suistimale uğrattıkları görülmüştür. Bu nedenle, gerçek kontrol sahibi ya da sahiplerinin tespiti amacıyla, hem doğrudan hem de dolaylı olarak kontrolün elde bulundurulmasının tespit edilmesi yerindedir. Ancak elbette belirtmek gerekir ki, doğrudan kontrolün tespiti daha kolay iken, dolaylı kontrolün tespiti özellikle başkaca suretle kontrol gücü oluşturulduğunun ortaya konulabilmesi bakımından kolay olmayacak olup, ispat zorluğu ile karşılaşılması imkan dahilindedir.

Diğer taraftan, bankanın kontrolünün doğrudan veya dolaylı olarak sağlanması, bir gerçek veya tüzel kişi tarafından gerçekleştirilebileceği gibi, birden fazla kişinin birlikte hareket etmesi suretiyle de gerçekleştirilebilir. Dolayısıyla, kontrol sahibi olan

hakim ortağın tespit edilmesi bakımından, salt bir gerçek veya tüzel kişiye odaklanılmaması, aynı zamanda birliktelik kurulması yoluyla da kontrolün sağlanması mümkün olabileceğinden kanun koyucu bu olasılığı da atlamamış ve bu ihtimali de kontrol ve hakim ortak ilişkisi içerisinde değerlendireceği ortaya konulmuştur.

Dolayısıyla, hem ortaklık yapıları ile ortaklar için getirilen düzenlemelerin kapsamının belirlenmesi hem de kaynakların suistimali ile karşı karşıya kalınması ihtimaline karşılık, suistimale konu olabilecek yapılanmalar ve etkin bir denetimin gerçekleştirilebilmesi için, kontrol gücünün kimde olduğunun tespitinin geniş bir çerçeveye alınması yerindedir.

Banka anonim ortaklığının kontrol gücünün kimin elinde bulunduğunun tespiti, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda hakimiyete bağlanan sonuçlar açısından önemlidir. Zira, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol gücünü elinde bulunduran gerçek ya da tüzel kişiler, hakim ortak olmalarının önemli sonuçları ile karşı karşıya kalacaklarından, kontrolün tespiti, kontrole bağlanan sonuçların kimlere sirayet edeceği açısından da büyük önem arz etmektedir.

5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda gerek bankanın faaliyetine halihazırda devam ettiği süre zarfında, gerekse bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devri halinde, hakim ortak olmaya bağlanan birtakım sonuçlar karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, bankanın faaliyeti sırasında; hakim ortakların bankada sahip oldukları mevduat veya katılım fonu sigorta kapsamı dışında kalmakta, şayet sigortaya tabi mevduat veya katılım fonu tutarı eksik beyan edilmişse sorumluluk doğmakta, kısıtlayıcı önlemler kapsamına alınan bankalarda, hakkında uzun vadeli kredi sağlanması yönünde karar verilmesi halinde söz konusu kredinin teminatının hakim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanması veya şayet bankada hakim ortak istismarı var ise, bunun bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devri gibi çeşitli sonuçları olmaktadır.

Ancak, önemle belirtmek gerekir ki, hakim ortak olmaya bağlanan sonuçlar hiç kuşkusuz bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devri sonrasında, özellikle kontrol gücünün kötüye kullanılması durumuyla karşı karşıya kalındığında

özel önem arz etmektedir. Yoksa, bankanın halihazırda sağlıklı bir şekilde sevk ve idare edilmesi ve iş ve işlemlerin mevzuata uygun yerine getirilmesi halinde, herhangi bir olumsuzluk çıkması beklenmez. Bu durum da aslında hakim ortak olmaya bağlanan sonuçların, bankanın ortaklık yapısı problemleri ile karşı karşıya kalmasını engellemeye yönelik olduğunu göstermektedir.

Zira, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devri halinde, hakim ortaklar ağır ekonomik sonuçlar ile karşı karşıya kalmaktadır. Özellikle kaynak istismarının mevcut olması halinde zararın giderilmesi, mal beyanı yükümlülüğü, şahsi sorumluluk, ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir vb. olmak üzere, bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF'ye devredilmesi durumunda banka hakim ortaklarının karşılaştıkları birçok ağır ekonomik sonuç söz konusu olacaktır

Dolayısıyla, bankanın kontrolünü elinde bulunduranların, söz konusu kontrolü kötüye kullanmaları, bir diğer deyişle bankayı suistimal etmeleri ve bu durumunun bir sonucu olarak bankanın artık faaliyetlerine devam edememe sonucuyla karşı karşıya kalması halinde, gücü elinde bulunduranların gücün kullanımından kaynaklanan sorumluluğa da katlanmaları gerekecektir.

Bununla birlikte, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda, şahsi sorumluluğa ilişkin özel bir sorumluluk hali düzenlenmiştir. Zira, anonim şirketlerde hak ve fiil ehliyeti tüzel kişiliğin kendisinde bulunmakta, bu nedenle de borçlarından dolayı kendi malvarlığı ile sorumlu bulunmakta olup, bununla beraber ortakların sorumluluğu ise şirkete sermaye olarak koymayı taahhüt ettikleri miktar kadar sınırlıdır. Ancak sorumluluğun bu çerçevede sınırlı tutulması, bankaların hakim ortakları nedeniyle suistimale uğramaları karşısında yetersiz kalmış, tüzel kişilik perdelerinin arkalarına sığınılması suretiyle banka zarara uğrarken, kontrolü elinde bulunduran ortaklar sorumluluktan kaçmaya çalışmışlardır. Bu nedenle, banka hakim ortaklarının aynı zamanda şahsi sorumlulukla karşı karşıya kalmalarına ilişkin düzenleme getirilmiştir. Bu kapsamda, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 110 uncu maddesi düzenlemesi ile, Kanunun 71 inci maddesinin uygulanmasına karar verilen banka anonim ortaklıklarında, hakim ortaklara menfaat temini söz konusu ise, hakim ortakların şahsi

sorumluluklarına gidilmesine ve temin ettikleri menfaat kadar şahsen sorumlu olmaları ile hatta şahsi iflas ile karşı karşıya kalmalarına imkan sağlanmıştır.

Servet birikimlerini, güven temeline dayanan bir ilişki nedeniyle bankaya getiren tasarruf sahiplerinin, olumsuz sonuçlarla karşıya kalması ve bir başka ifade ile başkalarının yönlendirdiği eylem ve işlemler nedeniyle fedakarlık göstermeleri beklenmemeli, şartların varlığı halinde bankanın faaliyetinin sonlanmasına sonucuna yol açan işlemlerin asli sorumlularının, dolayısıyla bankanın kontrolünü elinde bulunduranların bankaya karşı sorumlu tutulmaları gerekmektedir.



KAYNAKÇA

AKBULAK, Yavuz, Yeni Bir Kurum: Şirketler Topluluğu, İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Mali Çözüm Dergisi, S.106, Temmuz-Ağustos 2011, s.261-272.

AKDAĞ GÜNEY, Necla, "Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.18 Y.2014, s.115-136.

AKIN, İrfan, Şirketler Topluluğu Sorumluluk Hukuku, Ankara 2014.

AKIN, Yusuf Murat/ **YILMAZ** Abdüssamet, "6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Getirilen Yenilikler Kapsamında Anonim Ortaklık Payının İntifa Hakkına Konu Olması", Legal Hukuk Dergisi, C. 17, S. 201, Y. 2019.

AKYOL, Serhat, "Türkiye’de Mevduat Sigorta Sisteminin Genel Analizi", Ekonomi Maliye İşletme Dergisi, C.1. S.1, 2018, s.1-11.

ALICI, Yaşar, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Bası, İstanbul 2017.

ALTAY, Sıtkı Anlam, Hukuki Açıdan Banka Anonim Ortaklığı, İstanbul 2019.

ATA, Özlem, "Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı Kurulmasının ve İntifa Hakkı Sahibinin Genel Kurul Toplantısına Katılmasının TTK m. 432/2 Hükmüyle Birlikte Değerlendirilmesi", Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Legal Yayıncılık, C. 9, S. 36, Y.2020.

AYTUĞAR, Bilge "Oy Hakkında İmtiyazlı Pay Grubunun Yönetim Kurulunda Temsil Edilme Hakkı", Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 23, 2019, s.93-125.

AYZİT Müge, "Dünyada ve Türkiye’de Mevduat Sigorta Sistemi Uygulamaları, "Uzmanlık Yeterlik Tezi", Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Bankacılık ve Finansal Kuruluşlar Genel Müdürlüğü, Ankara Mayıs 2014 (<http://www3.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/mugeayzit.pdf> Erişim Tarihi: 24.08.2021).

BAKKAL, Muharrem/ **AKSÜT** Uğur, Türk Bankacılık Sisteminde Elektronik Bankacılık Uygulamaları, Ekim 2011.

BARLAS, Nami, Adi Ortaklık Temeline Dayalı Sözleşme İlişkileri, Yenilenmiş 3. Bası, İstanbul 2012.

BATTAL, Ahmet, Bankacılık Kanunu Şerhi, Ankara, 2006.

BERZEK, Ayşe Nur, “Anonim Ortaklıkta Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Oy Hakkı ve Oy Hakkına Bağlı Diğer Haklar”, AÜEHFD, C. 6 S. 1-4 Y. 2002.

BESEN, Murat, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, Mart 2018.

BİLGEÇ Hakan, Anonim Şirketlerde Oy Hakkında İmtiyaz, Ankara 2017.

BİRGİLİ, Fatih/ **DEMİRKAPILI**, Ertan Şirketler Hukuku, Bursa 2012.

BOZKURT, Tamer, “Bankacılık Kanunu’nun 62. Maddesinin Hukukî Niteliği, Uygulama Alanı ve Mülkiyet ve Miras Hakkı Yönünden Anayasa’ya Aykırılığı Sorunu”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Dergisi, Y.2017 C.3 S.1, s.23-46.

BUMİN, Mete/ **ATEŞ**, Ferhun, Sorunlu Bankaların Çözümlemesi Türkiye Deneyimi, Ankara 2008.

CAN, Mertol, Türk Özel Sigorta Hukuku, Genişletilmiş ve Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, Ankara 2007.

CENGİZ, Dilek, “Banka İşletmesi Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Kuramının Uygulanmasına ve Bu Kuramın 5411 sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesindeki Normatif Görünümlerine İlişkin Tespitler ve Değerlendirmeler”, MÜHFHAD, C. 23, S.1, Mayıs 2017, s. 371-440.

ÇEKER, Mustafa, Anonim Ortaklıkta Oy Hakkı ve Kullanılması, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2000.

DİNÇ, Yusuf, Katılım Fonunun Hukuki Niteliği Üzerie; Fıkhi Sorunlar, Finansal Araştırmalar ve Çalışmalar Dergisi, C.8 S.15, Temmuz 2016, s.337-357.

DAMMANN, Jens, “The Controlling Shareholder’s General Duty Of Care: A Dogma That Should Be Abandoned”, Illinois Law Review, 2015, S.2, s.479-506.

DOĞAN, İlker, “Banka Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YL. Tezi, Ankara 2009.

DOĞAN, İsmail Ünal, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Şirketler Topluluğu Hükümleri ve 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun Kapsamında “Kontrol” Kavramı ve Hukuki Sonuçları”, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YL. Tezi, Mayıs 2014.

DOĞAN, Mehmet, “5411 Sayılı Bankacılık Kanunu Çerçevesinde Hakim Ortak Kavramı ve Bu Kavrama Bağlanan Sonuçlar”, Ersin ÇAMOĞLU’na Armağan, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013, s.403-457.

DOĞRUSÖZ, Hanife, Banka Yöneticilerinin ve Hakim Ortaklarının Şahsi Sorumluluğu, İstanbul 2010.

DURAMAZ, Selim, “Mevduat Sigortası Artışının Toplam Mevduata Etkisi: Türk Bankacılık Sistemi Örneği”, Uluslararası Ekonomik Araştırmalar Dergisi, Eylül 2017, C. 3 S. 3, s. 355-367.

ERYİĞİT, Harun, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul, Eylül 2010.

GÖKTÜRK, Kürşat, Banka Yönetici ve Ortaklarının Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2013.

GÖKTÜRK, Kürşat, Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları, Ankara 2015.

GÖNENÇ, Fulya İlçin, “Roma Hukukundan Günümüze Hukuki Faraziyeler”, EÜHFD, C. XII, S. 1–2, 2008, s. 137-155.

GÜÇLÜ, Murat,/ **YALVAÇ**, Murat, “Banka Hisse Senetleri Üzerinde İntifa Hakkı Tesisine İlişkin Bir Değerlendirme”, TBB Bankacılık Dergisi, Y. 2012 S. 82, s. 45-52.

GÜLHAN, Ozan, Bankacılıkta Likidite Riski ve Likidite Düzenlemeleri Türk Bankacılık Sektörü Üzerine Uygulamalar, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2018.

GÜNEŞ, Nizamülmülk, “Mevduat Sigortacılığı ve Türkiye Örneği”, Vergi Raporu, Haziran 2015, S.189(6), s.45-64.

GÜREL, Murat, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk, Yayınlanmamış YL. Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara 2009.

HELVACI Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001.

İMREGÜN, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, Gözden geçirilmiş 3. Bası, İstanbul, 1974.

İSLAMOĞLU, Mehmet/ **ŞANLI**, Devran, “Mevduat Sigorta Sistemi ve Bankacılık Sektöründe Rekabet Üzerine Etkileri”, Cumhuriyet Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, C.14 S.2, 2013, s.271-290.

KARAMUSTAFA, Cemal, “Mevduat Sigortası ve Piyasa Disiplini İlişkisi Çerçevesinde Türkiye Uygulamasının Değerlendirilmesi”, TMSF Çatı Dergisi, S.36, Mart 2014, s.5-11.

KARAYALÇIN, Yaşar, Üst Kuruluşlar Hukuku, BATİDER, C.16 S.1, Haziran 1991.

KARTAL, Fikret, “Dünyada Mevduat Sigortacılığı ve Türkiye Uygulaması”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Aralık 2012, C. 13 S. 2, s-107-13.

KAYA, M. İsmail, “Pay Sahiplerinin Anonim Şirket Genel Kurulunda Temsil Edilmesi”, BATİDER, C.30 S.4, Aralık 2014, s.45-95.

KENDİGELEN, Abuzer, Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı, İstanbul 1994.

KIRCA, İsmail/**ŞEHİRALİ ÇELİK**, Feyzan/**MANAVGAT** Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C.1, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 2013.

KIRTILOĞLU, Serhat, İflas Davası, Ankara 2009.

KONURALP, Haluk, “ Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği”, Ankara Barosu Dergisi, Y.1980 S.1, s.14-23.

KUNTALP, Erden, “Bankanın Temettü Hariç Ortaklık Hakları ile Yönetim ve Denetiminin ve Hisselerinin Fon’a İntikali Önlemleri ve Bu Önlemlerin Hukuki Değerlendirmesi”, Yıldızhan YAYLA’ya Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları Armağan Serisi No:4, İstanbul 2003, s. 387-428.

KURU, Baki, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku, İstanbul, Eylül 2016.

KÜÇÜKGÜNGÖR, M. Aslı, “Banka Hukukunda Hakim Ortak Kavramı ve Hakim Ortakların Hukuki Durumu”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 26, Sayı: 3, Eylül 2010, Sayfa: 129-159.

MOROĞLU, Erdoğan, Oy Sözleşmeleri, Gözden Geçirilmiş ve Güncellenmiş 5. Bası, İstanbul 2015.

NANELİ, Ömer, “Türk Hukukunda Mevduat Hesabı Üzerine Çek Keşide Edilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Y.6 S.12, Aralık 2018, s. 537-562.

NİLSSON OKUTAN, Gül; Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009.

NİLSSON OKUTAN, Gül; Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, İstanbul Mayıs 2004.

OĞUZMAN, Kemal/ **SELİÇİ**, Özer/ **OKTAY ÖZDEMİR**, Saibe, Eşya Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2020.

OKAN, Neval, “İngiliz Ortaklıklar Hukukunun Kaynakları, Ortaklıkların Sınıflandırılması ve Tüzel Kişiliği Bulunmayan Ortaklıklar”, Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, Y. 2009, C. 4, S. 2.

ÖNAL, Ali, Türk Hukukunda Yabancı Bankaların Durumu İle Bankaların Kuruluş, Faaliyet ve Sona Ermesi, Ankara 2015.

ÖNDER, Fahrettin, “Banka Hukukunda Tasarruf Mevduatı Sözleşmesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y.2003 C.8 S.1, s.91-102.

ÖNDER, Fahrettin/**MUTLUCAN SAYIN**, Sibel, “Şahsi Olarak İflası İstenebilen Banka Yöneticileri, Denetçileri ve Hakim Ortakları”, Prof. Dr. Cevdet YAVUZ’a Armağan, MÜHFHAD Özel Sayısı, Y.2016 C. 22 S.3, s. 2181-2211.

ÖZCANLI, Fatma Beril, Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması, İstanbul 2021.

ÖZKURT, Ayşegül, Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması, 2. Bası, İstanbul 2018.

PASLI, Ali, Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu, İUHFM C.66 S.2, s.345-357.

PEKCANITEZ, Hakan/ **ERDÖNMEZ**, Güray, “Bankacılık Kanunu’nun İcra ve İflas Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, TBB Bankacılar Dergisi, S.55, Aralık 2005, s.25-44.

POROY, Reha/ **TEKİNALP**, Ünal/ **ÇAMOĞLU**, Ersin, Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul 2014.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, Ankara 2014.

PULAŞLI, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Ankara 2017.

PULAŞLI, Hasan, Anonim Şirketlerde Esas Sözleşme ile Oy Hakkının Sınırlandırılması, Buna İlişkin Yöntemler ve Oyun Dondugu Haller, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, C.33 S.3, Eylül 2017, S.15-38.

REİSOĞLU, Seza, Bankacılık Kanunu Şerhi, C.1-2, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara 2015.

SEVEN, Vural/ **GÖKSOY**, Can, “Ticaret Şirketlerinde Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması- Bir Kararın Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C.80, Sayı 6, 2006, s.2455-2470.

SÖNMEZ, Yusuf Ziyaeddin, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kontrolü Kavramı-Yönetim Kontrolünde Değişiklik Olması ve Buna Bağlanan Sonuçlar”, Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi, C.4 S.2, s.263-325.

SULU, Muhammed, Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul, Nisan 2019.

ŞENER, Oruç Hami, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku, Gözden geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2015.

ŞİT, Başak, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Karşısında Banka Anonim Şirketi”, BATİDER, C.28, S.4, Aralık 2012, ss 175-205.

TAKAN, Mehmet/ **BOYACIOĞLU ACAR**, Melek, Bankacılık Teori Uygulama ve Yöntem, 4. Bası, Ankara 2011.

TAN, Turgut, “Anayasal Ekonomik Düzen”, Anayasa Yargısı Dergisi, C.7 , Y. 1990, s. 159-178.

TAŞDELEN, Selim Servet, Bankacılık Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2015.

TEKİNALP, Gülören/ **TEKİNALP**, Ünal, “Perdeyi Kaldırma Teorisi”, Reha POROY’a Armağan, İstanbul 1995.

TEKİNALP, Ünal, Banka Hukukunun Esasları, Yeniden Yazılmış 2. Bası, İstanbul 2009.

TEKİNALP, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003.

TEKİNALP, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, Değişiklikler ve İkincil Düzenlemelerle Güncelleştirilmiş 4. Bası, İstanbul 2015.

TEOMAN, Ömer, Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, İstanbul 1983.

TOY, Soner, “Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Türkiye Ekonomisi ve Türk Bankacılık Sektörü Üzerindeki Etkileri”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış YL. Tezi, İstanbul 2010.

TUNA, Kadir, “Bankalarda Yönetim Sorunlarının Çözümünde Kurumsal Yönetimin Rolü”, TMSF Çatı Dergisi, Y.2 S.16., s.39-42.

TURANBOY, Asuman, “Bankacılık Kanunu’nda Düzenlenen Hakim Ortak Kavramı”, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN’a Armağan, C.2, Ankara 2010, s. 2115-2122.

UYGUN, İbrahim Doğuhan, Şirketler Topluluğu Hukukunda Paysahipliği Haklarına Dayalı Hakimiyet, İstanbul 2015.

ULUSOY, Ali, “Şirketler ve Bankacılık Hukukunda Kapsama Alma ve Sorumlu Kılma Amacıyla Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Şubat 2008, s. 351-405.

UYSAL, Esra, Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar, İstanbul 2016.

ÜÇİŞİK, H. Güzin/ **ÇELİK**, Aydın, Anonim Ortaklıkta Finansal Tablolar Yedek Akçeler ve Kar Dağıtımı, İstanbul 2018.

YALÇIN, Taner, “Bankacılık Hukukunda Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu-Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması, Şubat 2008, s. 277-315.

YATAĞAN ÖZKAN, Çiğdem, Anonim Şirketlerde Altın Paylar, 2016 Ekim.

YEŞİLTEPE, Salih Önder, Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Çıkarma ve Satma Hakları, Güncellenmiş 2. Baskı, Nisan 2015.

YETİZ, Filiz, “Bankacılığın Doğuşu ve Türk Bankacılık Sistemi”, Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, C.9, S.2, Y. 2016, s.107-117.

YÜCEL, Yonca Fatma, “Tasarruf Sahiplerinin Hak ve Menfaatlerinin Korunmasına Dair Mevzuat”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 22 S. 78, Mart 2010, s. 464-487.

YÜKSEL, Sait/ **YÜKSEL**, Aslı/ **YÜKSEL** Ülkü, Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, Genişletilmiş 10. Bası, İstanbul 2004.

Harvard Law Review, “Controller Confusion: Realignment Controlling Stockholders And Controlled Boards”, S.133-5, Mart 2020, s.1708 (https://harvardlawreview.org/wp-content/uploads/2020/03/1706-1727_Online.pdf, Erişim Tarihi:26.11.2020).

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.bddk.org.tr

www.tmsf.org.tr

www.iadi.org

www.bis.org

www.jstor.org.

<https://harvardlawreview.org>.

www.illinoislawreview.org

www.lexpera.com.tr

www.dergipark.org.tr

www.kazanci.com.tr

www.tbb.org.tr

www.sozluk.gov.tr