

**BANKACILIKTA HUKUKİ SORUMLULUĞUN
RİSK KAVRAMIYLA İLİŞKİLENDİRİLMESİ**

Altan Fahri GÜLERCİ

(Doktora Tezi)

Eskişehir, 2012

**BANKACILIKTA HUKUKİ SORUMLULUĞUN
RİSK KAVRAMIYLA İLİŞKİLENDİRİLMESİ**

Altan Fahri GÜLERCİ

DOKTORA TEZİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Danışman: Prof. Dr. Ahmet BATTAL

Eskişehir

Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Mart, 2012

JÜRİ VE ENSTİTÜ ONAYI

Altan Fahri GÜLERCİ'nin "Bankacılıkta Hukuki Sorumluluğun Risk Kavramıyla İlişkilendirilmesi" başlıklı tezi 21 Mart 2012 tarihinde, aşağıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, **Özel Hukuk** Anabilim Dalında Doktora tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Üye (Tez Danışmanı) : Prof.Dr.Ahmet BATTAL
Üye : Prof.Dr.Hasan Nüvit GEREK
Üye : Doç.Dr.Ayşe Tülin YÜRÜK
Üye : Doç.Dr.Mustafa İsmail KAYA
Üye : Doç.Dr.İbrahim ARSLAN

İmza




Prof.Dr.B.Zafer ERDOĞAN
Anadolu Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

Doktora Tez Özü
BANKACILIKTA HUKUKİ SORUMLULUĞUN RİSK KAVRAMIYLA
İLİŞKİLENDİRİLMESİ
Altan Fahri GÜLERCİ
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mart 2012
Danışman: Prof. Dr. Ahmet BATTAL

Bu tez çalışmasının iki temel amacı bulunmaktadır. Birincisi, bankacılığın temel kavramı olan risk ve bu risklerin yönetilmesi konusunda hukuki bir bakış açısı ortaya koymak ve bankaların mali yapılarının, bankacılık risklerine karşı ne şekilde korunabileceği sorusuna cevap aramaktır. Bugüne kadar finans bilimcilerinin ilgi alanına giren risk kavramı, böylelikle ilk defa bir hukuk incelemesine konu olmaktadır. Çalışmanın birinci amacı çerçevesinde ayrıca, hukuki altyapısının bulunmadığı iddia edilen risk yönetimi kavramına teorik ve eleştirel bir bakış açısıyla yaklaşılarak, kavrama hukukilik niteliği kazandırılmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda özellikle sosyologların çalışmalarından ve bankacılık riskleri ile ilgili ulusal ve uluslar arası düzenlemelerden yoğun bir şekilde yararlanılmıştır. Bankaların mali yapılarının, bankacılık risklerine karşı korunması konusu ise, genel kabul görmüş bankacılık ilkelerinden yola çıkılarak açıklanmıştır.

Bu tez çalışmasının ikinci ve asli amacı ise, bankacılık risklerinin kötü yönetilmesinden kaynaklanan zararlar nedeniyle doğacak sorumluluk durumlarını, özellikle de kusur unsuru yönünden incelemektir. Bu kapsamda öncelikle yöneticilerin özen borcunun kapsamı ve özen ölçüsünün ne olduğu incelenecek, daha sonra işletme riski ihtiva eden kararlardan dolayı yöneticilerin sorumlu olup olmayacakları ele alınacaktır. Bu inceleme yapılırken ABD hukukunda doğarak gelişen business judgment rule kavramının, banka yöneticileri için uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna çözümler aranacaktır.

Anahtar Kelimeler: Bankacılıkta Risk, Risk Yönetimi, Özen Yükümlülüğü, Banka Yöneticilerinin Sorumluluğu, Business Judgment Rule

Abstract

**ASSOCIATING THE NOTION OF RISK WITH THE CIVIL LIABILITY
IN BANKING**

Altan Fahri GÜLERCİ

Department of Private Law

Anadolu University, Graduate School of Social Sciences, March 2012

Adviser: Prof. Dr. Ahmet BATTAL

This study has two main target. First of all is putting forward a legalistic approach towards the concept of risk as the essential notion of banking risk and the management of these risks as well as seeking of the respond for the question of how can be react against the banking risks by the financial structure of the banks. Up to now the notion risk which covers the involvement of financial scientists, thus will the topic of juridical monograph as the first time within the existing literature. At the same time, within the extend of first target of study, it will be attempted to contribute the legal peculiarity to the notion of risk by developing a critical and a therotical approach, towards the notion of risk management which has been claimed that risk management has not a kind of legal base and framework. In this context, especially the works sociologists and the national and international regulations pertaining with the banking risks become inspring in this study. The financial structure of the banks and their protection against the banking risks tried to be explained by using the generally accepted banking principles.

The second and intrinsic aim of thesis study is the analysis of liabilities which may be emerged as a result of mis administration of banking risks especially derived in respect of fault and negligence. In this framework, firstly the content of the duty of care by directors' and the nature of the standard of care, later it will be analyzed whether the directors' are responsible from the resolutions which includes the commercial risks. Within the content of this study some solutions will be presented for the possibility of implementing for the business judgment rule which flourished and developed within the USA jurisdiction by the bank directors.

Key words: Banking Risk, Risk Management, Duty Of Care, Standard Of Care, Directors' Liability, Business Judgment Rule

Özgeçmiş

Altan Fahri GÜLERCİ

Özel Hukuk Anabilim Dalı

Eğitim

Yüksek Lisans	2005	Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk)
Lisans	2002	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Lise	1997	Isparta Gürkan Lisesi

İş/İstihdam

2002-2004	Ankara Barosu, Avukatlık Stajı ve Serbest Avukatlık
2004-2006	Dumlupınar Üniversitesi, Araştırma Görevlisi
2006-2009	T. Vakıflar Bankası T. A. O. Müfettiş Yardımcısı
2009- halen	Dumlupınar Üniversitesi, Araştırma Görevlisi

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri/ yılı: 17.11.1976/İzmit Cinsiyet: Erkek Yabancı Dili: İngilizce

İçindekiler

Jüri ve Enstitü Onayı.....	V
Öz.....	iii
Abstract	iv
Özgeçmiş.....	v
Tablolar Listesi.....	xii
Kısaltmalar Listesi	xiii
Giriş.....	1

Birinci Bölüm

Bankacılıkta Risk Kavramı

1.Risk Kavramı	5
1.1.Tanımı Ve Ortaya Çıkışı.....	5
1.2.Risk Ve Tehlike Kavramları.....	8
1.3.Borçlar Hukuku Açısından Risk Kavramı.....	13
1.3.1.Genel olarak.....	13
1.3.2.Satım sözleşmesi bakımından.....	15
1.3.3.Garanti sözleşmesi bakımından	17
1.4. Sigorta Hukuku Açısından Risk Kavramı	19
2. Bankacılıkta Risk Kavramı.....	22
2.1. Tanımı Ve Özellikleri.....	22
2.2. Bankacılık Mevzuatındaki Yeri.....	25
2.3. Bankaları Risk Yönünden Farklı Kılan Nedenler	27
2.4. İktisat Biliminin Bankacılık Risklerine Bakışı.....	31
2.4.1. Asimetrik bilgi, ahlaki riziko ve kredi tayinlaması kavramları.....	31
2.4.2. Hukukçuların konuya yaklaşımı.....	33
2.5. Risklerin Sınıflandırılması.....	38
2.5.1. Finans bilimi tarafından yapılan sınıflandırmalar.....	38
2.5.2. Sistemik risk- sistemik olmayan risk	40

2.5.3. Genel riskler- özel riskler	41
2.5.4. Kredinin geri dönmemesi riski.....	42
2.5.5. Tehacüm riski (Bank runs)	44
2.5.6. Sistemik risk.....	49
2.5.7. Karar riskleri.....	52
3. Risk Yönetimi Kavramı	53
4. Bankacılıkta Risk Yönetimi	57
4.1. Bankacılıkta Risk Yönetiminin Teorik Temelleri.....	57
4.2. Kavrama Yöneltilen Eleştiriler.....	60
4.3. Bankacılıkta Risk Yönetiminin Amaçları	63
4.4. Bankacılıkta Risk Yönetim Süreçleri	66
4.4.1. Doktrindeki görüşler	66
4.4.2. Mevzuattaki düzenleme.....	67
4.4.2.1. Risk yönetim politikalarının oluşturulması ve uygulanması	67
4.4.2.2. Risk limitlerinin belirlenmesi.....	69
4.4.2.3. Risk yönetim faaliyetleri	70
5. Basel Standartları Açısından Bankacılıkta Risk Kavramı	73
5.1. Basel Standartlarının Ortaya Çıkış Nedeni: Risklere Karşı Dayanıklı Sermaye Yapısı.....	73
5.2. Basel I Düzenlemeleri.....	75
5.3. Basel II Düzenlemeleri	77
5.3.1. Birinci yapısal blok (Sermaye yeterlilik oranının hesaplanması)	78
5.3.1.1. Kredi riski.....	78
5.3.1.2. Operasyonel risk.....	80
5.3.1.3. Piyasa riski.....	82
5.3.2. İkinci yapısal blok (Denetim otoritesinin incelemesi).....	83
5.3.3. Üçüncü yapısal blok (Piyasa disiplini ve kamunun aydınlatılması).....	85

İkinci Bölüm

Bankaların Mali Yapılarının Bankacılık Risklerine Karşı Korunması

1. Bankaların Mali Yapısı.....	87

1.1. Bankaların Finansal Tabloları	87
1.1.1. 6762 Sayılı TTK hükümleri.....	88
1.1.2. SerPK hükümleri.....	90
1.1.3. 6102 Sayılı TTK hükümleri.....	92
1.1.4. BanK hükümleri	95
1.2. Ödenmiş Sermaye Kavramı.....	96
1.3. Yedek Akçe Kavramı.....	97
1.4. Özkaynak Kavramı.....	100
2. Bankaların Mali Yapılarını Koruyucu Düzenlemeler	101
2.1. BDDK'nın Yetkileri	101
2.2. Bankalar Risklerini Karşılatabilecek Oranda Sermaye Bulundurmalıdır	104
2.3. Bankalar Risklerini Karşılatabilecek Oranda Likidite Sahibi Olmalıdır	106
2.4. Bankalar Riskin Dağıtılması İlkesine Uygun Davranmalıdır	110
2.5. Bankalar Gerçekleşmiş veya Gerçekleşmesi Muhtemel Zararlarına Karşılık Ayırmalıdır	113
2.5.1. TTK'da düzenlenen karşılıklar.....	114
2.5.2. TCMB tarafından yayınlanan Zorunlu Karşılıklar Hakkında Tebliğ açısından karşılık kavramı.....	118
2.5.3. Karşılıklar yönetmeliği açısından karşılık kavramı.....	120
2.6. Bankalar Teminatlı İşlem İlkesine Uygun Davranmalıdır	122
2.6.1. Teminatlı işlem kavramı.....	122
2.6.2. Bankacılık mevzuatı bakımından teminat kavramı	124
2.6.3. Basel standartları bakımından teminat kavramı	125
2.6.4. Teminat türleri bakımından bankaların maruz kalabilecekleri riskler	127
2.6.4.1. Şahsi teminat alınan hallerde.....	127
2.6.4.2. Aynî teminat alınan hallerde.....	128
2.6.4.2.1. Taşınır rehni bakımından.....	128
2.6.4.2.2. Taşınmaz ipoteği bakımından	132
2.7. Bankalar Kredi İşlemlerinde İstihbaratın Sürekliliği İlkesine Uygun Davranmalıdır	134

2.7.1. Bankacılıkta istihbarat kavramı	134
2.7.2. İstihbaratın araştırma aşaması	136
2.7.2.1. Objektif istihbarat.....	136
2.7.2.2. Subjektif istihbarat	138
2.7.2.3. Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi.....	139
2.7.3. İstihbaratın değerlendirme ve karar verme aşaması	142
2.8. Bankalar Etkin İşleyen Bir İç Sisteme Sahip Olmalıdır.....	144
2.8.1. Risk yönetim birimi	145
2.8.2. İç denetim birimi	145
2.8.3. İç kontrol birimi	149
3. Bankaların Mali Yapısının Bozulması.....	150
3.1. Önlem Alınmasını Gerektiren Haller	151
3.2. Alınacak Önlemler	153
3.2.1. Düzeltici önlemler	154
3.2.2. İyileştirici önlemler.....	155
3.2.3. Kısıtlayıcı önlemler.....	157
3.3. Mali Yapının Bozulmasının Sonuçları	159

Üçüncü Bölüm

Özen Yükümlülükleri Bağlamında Bankacılık Risklerinin Kötü Yönetilmesinden Kaynaklanan Sorumluluk

1.Sorumluluğun Tesbitinde Kullanılan Kıstaslar	164
1.1. Kusur Kavramı	164
1.2. Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Kusur Kavramı.....	165
1.3. Kusurun Objektifleştirilmesi Kıstası.....	167
1.3.1. Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü.....	167
1.3.2. Özenin ölçüsü.....	169
1.3.3. Alanında uzman olmayan yönetim kurulu üyelerinin durumu	172
1.4. Tedbirli Yönetici Kıstası	177
1.4.1. Objektif özen kıstasının yetersiz olduğu düşüncesi.....	177
1.4.2. Tedbirli yönetici ve basiretli iş adamı.....	178

2. İşletme Riski İhtiva Eden Kararlarda Özen Yükümlülüğünün İhlali ve Business Judgment Rule	181
2.1. Tedbirli Yönetici Ölçüsü ve İşletme Riski İhtiva Eden Kararlar.....	181
2.2. Business Judgment Rule Kavramı.....	182
2.2.1. Tanımı ve genel özellikleri.....	182
2.2.2. Hukuki niteliği	185
2.2.3. Teorik temelleri	188
2.2.3.1. İşletme riski ihtiva eden kararların korkusuzca alınabilmesine imkân sağladığı görüşü.....	188
2.2.3.2. Hâkimlerin ticari konularda bilgisinin sınırlı olduğu görüşü.....	191
2.2.3.3. Pay sahiplerinin yönetime müdahale etmelerinin önüne geçtiği görüşü	192
2.2.3.4. Yönetici olmayı ve girişimciliği teşvik ettiği görüşü.....	193
2.2.4. Karşılaştırmalı hukuktaki durum.....	193
2.2.4.1. Amerikan hukukunda	193
2.2.4.2. Alman hukukunda.....	195
2.2.4.3. Avustralya hukukunda.....	196
2.2.4.4. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının sonucu	197
2.2.5. Business Judgment Rule'un uygulanabilmesi için aranan şartlar.....	199
2.2.5.1. Ticari konularda alınmış bir karar bulunmalıdır.....	200
2.2.5.2. Yöneticilerde alınan kararın şirketin en iyi menfaatleriyle örtüştüğüne dair makul bir inanç bulunmalıdır	201
2.2.5.3. Karar bağımsızlık ve tarafsızlık (objektiflik) ilkelerine göre alınmış Olmalıdır	202
2.2.5.4. Karar gereken özen gösterilerek ve iyiniyetle alınmış olmalıdır	203
3. Bankacılık Risklerinin Kötü Yönetilmesinde Kusurluluk Durumları	207
3.1. Kusurlu Davranışın Nedeni Olarak Bankacılıkta Risk Kavramı	207
3.2. Bankacılık Risklerinden Kaynaklanan Zararın Ana Nedenleri: Kötü Yönetim ve Kötü Niyetli Yönetim	209
3.3. Banka Yöneticilerinden Beklenen Özenin Ölçüsü	212
3.4. Kurumsal Yönetim İlkelerinde Yer Alan Davranış Standartları.....	216
3.5. Bankacılık Risklerinin Yönetilmesinden Doğan Sorumluluk	

Tartışmasının Business Judgment Rule İle Aşılması.....	220
3.5.1. BJR banka yöneticilerine uygulanabilir mi?	220
3.5.2. İstihbaratın sürekliliği ilkesine aykırılıktan kaynaklanan risklerde	221
3.5.3. Kredi kararlarından kaynaklanan risklerde.....	223
3.5.4. Ek kredi kullandırma kararlarından kaynaklanan risklerde.....	226
3.5.5. Yeni açılan işletmelere kullandırılan kredilerden kaynaklanan risklerde	228
3.5.6. Riskin dağıtılması ve teminatlı işlem ilkelerine aykırılıktan kaynaklanan risklerde	228
3.6. Yönetimin Devri Halinde Ortaya Çıkan Sorunlar.....	230
3.6.1. 6762 Sayılı TTK bakımından yönetimin devri	230
3.6.2. 6102 Sayılı TTK bakımından yönetimin devri	232
3.6.3. Bankacılık risklerinin üst gözetimi	236
3.6.3.1. Üst gözetim kavramı	236
3.6.3.2. Banka yönetim kurulunun üst gözetiminin kapsamı: kontrol altında tutma	237
3.6.3.3. Yönetim kurulunun risk yönetimine ilişkin yetki ve sorumlulukları	244
3.6.4. Denetim komitesinin durumu.....	247
3.6.5. Risk komitesinin durumu	255
3.6.6. Amerikan mahkemelerinin konuya yaklaşımı.....	257
3.7. Ağır İhmal ve Kastın Belirlenmesi	264
Sonuç.....	272
Kaynakça.....	277

Tablolar Listesi

Tablo 1.	Standart Yaklaşımında Kredilerin Değerlendirilmesi.....	80
Tablo 2.	Yedek Akçeler Ve TTK Anlamında Karşılıkların Mukayesesi.....	118
Tablo 3.	Geleneksel İç Denetim Ve Risk Odaklı İç Denetimin Karşılaştırılması.....	148
Tablo 4.	Mali Yapısı Bozulan Bankalar Hakkında Önlem Alınmasını Gerektiren Nedenler Ve Alınacak Önlemler.....	162

Kısaltmalar Listesi

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ALI	American Law İnstitute
ALP	The Arm's Length Principle
Alb. L. Rev.	Albany Law Review
AÜHF	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AÜİBD	Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BanK	Bankacılık Kanunu
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BIS	Bank for International Settlements
BİSHY	Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik
BK	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
Bkz.	Bakınız
BJR	Business Judgment Rule
Bus. L. J.	Business Law Journal
BSYÖDY	Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik
Catholic U. L. Rev.	Catholic University Law Review
CGK	Ceza Genel Kurulu
Del	Delaware
Del. J. Corp. L.	The Delaware Journal of Corporate Law
DEUHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DEU SBED	Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi

dp.	Dipnot
DPÜ	Dumlupınar Üniversitesi
E.	Esas
EGO	Ankara Elektrik Havagazı ve Otobüs İşletme Müessesesi
ESRC	Economic and Social Research Council- Centre for Analysis of Risk and Regulation
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FDICIA	Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act
Geo. Wash. L. Rev.	George Washington Law Review
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
Hofstra L. Rev.	Hofstra Law Review
IFRS	International Financial Reporting Standards
İMKB	İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	Karar
KarşY.	Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İlişkin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KYY	Kurumsal Yönetim Yönetmeliği
No	Numara
MBCA	Model Business Corporation Act
md.	Madde
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
Ohio St. L. J.	Ohio State Law Journal
POK	Paylı Ortaklıklar Kanunu

RG	Resmi Gazete
RMD	Riske maruz değer
S. Cal. L. Rev.	Southern California Law Review
SDÜ İİBF	Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Fakültesi
SerPK	Sermaye Piyasası Kanunu
S. K.	Sayıli Kanun
SPK	Sermaye Piyasası Kurumu
Stan. J. L. Bus. & Fin.	Stanford Journal of Law, Business and Finance
STB	Sanayi ve Ticaret Bakanlığı
SÜSBED	Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
TBB	Türkiye Bankalar Birliği
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCMB	Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
TDK	Türk Dil Kurumu
TMK	Türk Medeni Kanunu
TMS	Türkiye Muhasebe Standartları
TMSK	Türkiye Muhasebe Standartları Kuruluşu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
TÜSİAD	Türkiye Sanayici ve İş Adamları Derneği
UKOME	Ulaşım Koordinasyon Merkezi
USA	United States of America
Vand. L. Rev.	Vanderbilt Law Review
v.	Versus
YK	Yönetim Kurulu

Giriş

Bu tez çalışmasında, bankacılıkta risk ve risk yönetimi kavramları ile banka yöneticilerinin, bankacılık risklerinin kötü yönetilmesinden kaynaklanan zararlardan sorumlulukları bilhassa kusur unsuru yönünden incelenecektir.

Risk ve risk yönetimi kavramları, bugüne kadar finans biliminin ilgi alanında yer almış ve finans bilimi ile uğraşan bilim adamları tarafından derinlemesine incelemelere konu edilmiştir. Bu kavramlar 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte banka hukukunun da ilgi alanına dâhil olmuş ve nihayet 6102 sayılı TTK ile birlikte genel olarak hukukta da güncel birer kavram olma niteliğine bürünmüşlerdir.

Risk kavramı, bankacılığın merkez kavramı olmasına rağmen, Türk hukukunda konuyla ilgili hiçbir monografik çalışma bulunmamaktadır. Bu durumun temel bazı nedenleri vardır.

İlk olarak, risk kavramı üzerine yapılacak bir çalışma, bir hukukçu tezi de olsa, finans bilimi kaynaklarından yoğun olarak yararlanılmasını gerektirmektedir. Kural olarak sayısallaştırılamayan bilgiyi bilgi olarak kabul etmeyen finans biliminin kaynaklarını inceleyip değerlendirmek ve bu kaynaklardan, hukukçuların işine yarayacak *kullanılabilir bilgiyi* ortaya çıkarmak büyük güçlükler arz etmektedir. Zira finans bilimi kaynakları çeşitli ekonometrik modeller vasıtasıyla riskin hesaplanması üzerinde yoğunlaşmaktadır. Aynı durum bankacılık mevzuatı açısından da geçerlidir. BDDK tarafından çıkartılan yönetmeliklerin ortak özelliği risklerin hesaplanma yöntemlerine odaklanması ve oldukça teknik bilgiler içermesidir.

İkinci olarak ülkemizde bankacılık mevzuatının sürekli olarak değişmesi, bu konuda hazırlanacak çalışmaların kısa sürede güncelliğini yitirmesine neden olmaktadır. Banka hukuku alanında yapılan tüm çalışmalar için geçerli olan bu sıkıntı; özellikle de konusu bankacılık riskleri olan bir çalışma için, had safhadadır. Zira risk kavramı ile ilgili düzenlemelerin pek çoğu yönetmelik ve tebliğ gibi metinlerde yer almakta; bunlar da kısa süreler içerisinde önemli değişikliklere konu olmaktadır.

Bu sebeplerle, alanında bir ilk olan bu çalışmada, bankacılık mevzuatı ve finans bilimi kaynakları kapsamlı bir şekilde araştırılmış ve göz önünde tutulmuş olmakla birlikte; ilkelerden yola çıkarak sonuca ulaşmak amaçlanmıştır.

Hemen belirtelim ki, bu çalışmanın asıl inceleme konusu, bankacılıkta risk ve risk yönetimi kavramlarından ziyade, bankacılık risklerinin yönetilmesinden kaynaklanan hukuki sorumluluktur. Ülkemizde banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu üzerine yazılmış pek çok eser bulunmaktadır. Keza anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu hakkında yapılan çalışmalarda da konuya kapsamlı olarak değinilmiştir. Bu tez çalışmasını diğerlerinden farklı kılan husus ise, sorumluluğun risklerle bağlantı kurularak açıklanmasıdır. Zira yeni bir kavram gibi algılsa da, risklerin yönetilmesi zorunluluğu, tarihteki ilk bankaların kurulması ile aynı zamana tekabül etmektedir. Bu anlamda risk yönetimi, bankacılıkla aynı yaşta olup, bankanın borçları ile alacakları arasında daimi bir dengenin tesis edilmesi anlamına gelir.

Bankacılıkta dengenin bozulması durumunda meydana gelecek zarar; sıradan bir işletmenin kendi borç ve alacakları arasındaki dengenin bozulması durumunda meydana gelecek zarardan, oldukça farklı sonuçlara neden olacaktır. Gerçekten de bir bankanın dengesinin bozulması halinde, doğacak zarardan, banka ile birlikte; pay sahipleri, mevduat sahipleri ve hatta tüm toplumun etkilenmesi mümkündür. İşte bankacılıkta risk ile kastedilen de, bankanın alacaklarını tahsil edememesi değil; alacaklarını ve borçlarını yönetememesi nedeniyle mali dengesinin tehlikelere açık hale gelmesidir. Böyle bir durumun teorik olarak iki nedeni bulunabilir. Dengenin bozulması ya alınan yanlış ve hatalı kararların bir sonucudur; ya da denge, banka kaynaklarının kötüye kullanılması suretiyle bilerek ve isteyerek bozulmuştur. Doğal olarak bu iki nedenin sorumluluk bakımından sonuçları birbirinden farklıdır.

Risklerin ne zaman kötü yönetildiğini tespit edip, kötü yönetimin hangi oranda mazur görülebileceğini takdir edebilmek kusur kavramı kapsamında bir araştırmayı zorunlu kılmaktadır. Bu çalışma risk, kusur ve özen kavramlarına odaklanarak; banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu kapsamında yapılan tartışmalara ayrı bir ivme kazandırmayı hedeflemektedir.

Bu tez çalışması, bu giriş kısmı haricinde üç bölümden ve bir de sonuç kısmından oluşmaktadır.

Birinci bölümde ilk olarak risk kavramının nasıl ortaya çıktığı ve neyi ifade ettiği sorularının cevapları aranacak; tehlike kavramı ile olan farklılıkları üzerinde durulacaktır. Risk kavramının özellikle borçlar hukuku ve sigorta hukuku bakımından ayrı bir öneme sahip olması nedeniyle bu hukuk dallarının risk kavramına bakış açısının da

açıklanması gerekmektedir. Risk kavramı ve diğer hukuk dalları ile olan bağlantısı hakkında yapılan bu açıklamalardan sonra bankacılıkta risk kavramı üzerinde durulacaktır.

Bu anlamda 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun omurgasını teşkil eden bir kavram olması nedeniyle kanuni yapıda kavramın ne şekilde düzenlendiğinin tespit edilmesinin ardından kısaca bankaları, diğer anonim şirketlerden farklı kılan nedenler açıklanacak ve risklerin sınıflandırılması yapılacaktır. Hemen belirtelim ki bu sınıflandırmada alt düzenlemelerde yer alan faiz riski, enflasyon riski gibi oldukça spesifik olan risk türleri ele alınmayacak; bankacılık riskleri, geniş bir bakış açısıyla, deyim yerindeyse tek bir ağaca odaklanarak değil ormana bakılarak yeniden sınıflandırılacaktır. Bu sınıflandırmaları yaparken yegâne amacımızın, çalışmamızın son bölümünün teorik ve felsefi altyapısının tesis edilmesi olduğunu özellikle belirtmemiz gerekir. Yine bu bölümde risk yönetimi kavramı tüm ayrıntılarıyla ele alınacak, yer yer felsefi görüşlerden de yararlanmak suretiyle; kavrama teorik bir boyut kazandırılmaya çalışılacaktır. Bunu yaparken bankacılık risklerinin yönetimi, en basit işletme olan "bakkal işletmesinin" kendi risklerini yönetmesinden yola çıkarak açıklanacak ve bankaların maruz kaldığı yüzlerce risk ile nasıl mücadele edebileceği hususları hakkında, bir hukuki bakış açısı sunulacaktır. Birinci bölümde son olarak, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun ve buna dayanılarak çıkarılan pek çok yönetmeliğin mehzazı niteliğinde olan, doktrinde Basel II olarak adlandırılan, uluslararası standartlar hakkında kısaca bilgi verilecektir.

Tezimizin birinci bölümünde bankacılığın bir "risk yönetim sanatı" olduğu sonucuna ulaştıktan sonra; ikinci bölümde bankaların maruz kaldıkları risklere karşı, mali yapılarının ne şekilde korunabileceği hususları üzerinde durulacaktır. Bu kapsamda öncelikle bankaların finansal tabloları ve mali yapısı hakkında açıklamalarda bulunulacaktır. Daha sonra genel kabul görmüş bankacılık ilkelerinden yola çıkarak; mali yapının korunmasına yönelik, riskin gerçekleşmesini önleyici düzenlemeler tüm ayrıntılarıyla ele alınacaktır. Bu kapsamda bankaların sermaye yeterliliği, karşılıklar düzeni, teminatlı işlem ve istihbaratın sürekliliği ilkeleri, riskin dağıtılması ilkesi ve bankaların kriz durumlarında olası likidite sıkıntılarının önüne geçmeye yönelik düzenlemeler ayrıntılı olarak incelenecektir.

İkinci bölümde ayrıca bankaların mali yapılarının ne şekilde bozulabileceği ve mali yapısı bozulan bankalar hakkında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda ne gibi düzenlemeler öngörüldüğü ele alınacaktır. Şu hususu önemle belirtelim ki, bankaların mali

yapılarının düzeltilmeyecek bir hal alması ve zararın kaçınılmaz olması durumunda; riskin gerçekleşmesini önleyici tedbirlerin yetersizliği ortaya çıkmış olmaktadır. İşte bu durumdaki bir banka hakkında artık yapılması gereken, zararın sınırlandırılması ve en aza indirilmesi olmalıdır. Zira bir bankanın zararının büyümesi, diğer işletmelerden farklı olarak bu zararın, tüm bankalara sirayet etmesine neden olabilecektir.

Tezimizin birinci bölümünde olduğu gibi, ikinci bölümde yer alan pek çok husus da, son bölümdeki açıklamalarımızın daha anlaşılır olmasını sağlama amacına yöneliktir.

Tezimizin son bölümünde ise bankacılıkta karar risklerinden kaynaklanan sorumluluk durumları, ayrıntılı olarak irdelenecektir. Bu incelemede, bankacılık risklerinden kaynaklanan zararın risklerin kötü yönetilmesi ya da banka kaynaklarının kötüye kullanılmasından kaynaklandığı hususları göz önünde tutulmuştur. Bu ayırımımız kusur teorisi bağlamında yapılan detaylı açıklamalarla gerekçelendirilmiş, teorik bir zemin üzerine inşa edilmeye çalışılmıştır. Ayırımın temelinde çok karmaşık birkaç sorun yatmaktadır: Birincisi banka yöneticilerinin, ticari risk ihtiva eden kararlarından dolayı sorumlu olup olmayacaklarıdır. İkinci sorun ise, banka yöneticilerinin ağır kusurlu olduklarının ne şekilde tespit edileceğidir. Yine özellikle yönetim yetkisinin alt birimlere devri halinde, yönetim kurulunun üst gözetim yetki ve görevinin kapsamının ne şekilde belirleneceği bir diğer önemli sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Görüldüğü gibi sorun çok boyutlu ve çözülmesi oldukça zor meseleleri bünyesinde barındırmaktadır. Biz, tezimizde bu önemli sorunlara kesin bir çözüm getirdiğimiz iddiasında değiliz. Bu son bölümdeki en temel amacımızın, konuyla ilgili tartışmalara farklı bir bakış açısıyla yeni bir ivme kazandırmaya çalışmaktan ibaret olduğunu özellikle belirtmek gereği duyuyoruz.

Çalışmamız, her üç bölümde yer alan konularla ilgili belli başlı değerlendirmeleri içeren sonuç kısmıyla sona erecektir.

Birinci Bölüm

Bankacılıkta Risk Kavramı

1.Risk Kavramı

1.1.Tanımı Ve Ortaya Çıkışı

Risk, gelecekte ne surette gerçekleşeceği öngörülemeyen bir vakıanın, menfi olarak neticelenme ihtimaline yönelik bir tehlikedir. Bir başka ifadeyle risk, belirsiz (müphem) vakıaların sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu tanımdan riskin esas unsurlarından birinin, belirsizlik olduğunu görmekteyiz. Ancak tek başına belirsizlik, risk kavramını açıklamaktan uzaktır. Belirsizlik, bünyesinde bir *ihtimali* barındırmaktadır. Bu ihtimalin neticesinde, müspet veya menfi bir durumla karşılaşılabilir. Müspet sonuçlar genellikle insanları, risk üzerinde düşünmeye sevk etmez¹. Neticenin menfi olduğu hadiselerde ise, insanlar *risk* kavramını sorgulamaya başlar. Zira menfi netice çoğu kez *zarar* olarak karşımıza çıkar. Şu halde, belirsiz hadisenin menfi şekilde gerçekleşmesi demek, zarara neden olma ihtimalinin bulunması demektir. *Riskin* zarara neden olma ihtimalinin bulunması da bizi, *risk* ile *zarar tehlikesi* arasındaki ilişkinin tahliline zorlamaktadır.

“Risk” kelimesi köken olarak “Riziko” kelimesi ile aynı manaya gelmekte ve başta Türk Dil Kurumu Sözlüğü olmak üzere, sözlüklerde “zarara uğrama tehlikesi” anlamında kullanılmaktadır². “Risk” eski dilde kullanılan “Muhatara” kelimesi ile de yakın

¹ Benzer görüş için bkz. J. Steele (2004). *Risks and legal theory*. Oxford: Hart Publishing, s. 6.

² E. Yılmaz (1996). *Hukuk sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları, s. 695; <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim tarihi: 05.10.2010); M. Erdoğan (2005). *Fıkıh ve hukuk terimleri sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat, s. 482; K. Gözler (2003). *İdare hukuku*, Cilt. II. Bursa: Ekin Yayınları, s. 1076; Ünan ise risk kavramını “gerçekleşmesi ihtimal dâhilinde bulunan bir tehlike” olarak tanımlamıştır.; bkz. S. Ünan (1998). *İsteğe bağlı genel sorumluluk sigortasında riziko*. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 27; İngilizce hukuk sözlüklerinde de benzer tanımlar bulunmaktadır. Mesela Webster Hukuk sözlüğü risk kavramını, “Tehlike, tehdit, kayıp ya da zarar olasılığı” ve “Üreticinin zarar, kayıp ve hasardan dolayı tüketiciye karşı sorumluluğu” olarak; Collins Hukuk Sözlüğü de hemen hemen aynı anlama gelmek üzere, “zarar ya da kaybın gerçekleşme olasılığı” olarak tanımlamıştır; bkz. *Websters’s new world law dictionary* (2006). (Ed: S. E. Wild), USA: Wiley Publishing, s.228; W. J. Stewart ve R. Burgess (2001). *Collins dictionary of law*, Second Edition. USA: Perfect Bound Publishing, s. 341; 13 ciltten oluşan West Amerikan Hukuku Ansiklopedisi ise, “bir nesne, insan ya da vakıanın zarar görmesine veya kaybına yönelik tehdit oluşturan potansiyel tehlike” tanımını kullanmıştır; bkz. *West’s encyclopedia of American law* (2005). (Ed: J. Lehman, S. Phelps). USA: Thomson & Gale Publishing, 8. Cilt, s. 366.

bir anlama sahiptir. Gerçekten de, “Muhatarı” kelimesi, “Riziko, zarara uğrama tehlikesi; tehlike, zarar ve ziyan” anlamına tekabül etmektedir³.

Risk kavramı doktrinde pek çok yazar tarafından da tanımlanmıştır.

Can’a göre “istenmeyen sonuçları yaratan vakıalar” risk olarak adlandırılmalıdır⁴. Ünan, riskin günlük dilde, “gerçekleşmesi olasılığı bulunan bir tehlike” anlamında kullanıldığını; ancak hukuki anlamda, “gerçekleşme olasılığı münhasıran insan iradesine bağlı olmayan olaylar” demek olduğunu savunmuştur⁵. Yazar, olayın vuku bulup bulmayacağı, vuku bulacaksa bunun ne zaman olacağı üzerinde özellikle durmuştur⁶. Kubilay ise, riski hukuki olarak, “ tarafların iradeleri dışında oluşan belirsiz ve gelecekte ortaya çıkabilecek bir olay” şeklinde tanımlamıştır⁷. Kanaatimizce risk kavramını gerçekleşmesi halinde zarara yol açacak muhtemel tehlike olarak tanımlamak mümkündür.

Risk kelimesinin kökeninin nereye dayandığı tam olarak bilinmemektedir. Bu konudaki bilgilerimizi genellikle sosyologların araştırmalarına borçlu olduğumuzu belirtmek gerekir. Örneğin kavramın etimolojisi konusunda kısa bir araştırma, Alman hukukçu ve sosyolog Niklas Luhmann tarafından yapılmıştır. Luhmann’a göre risk kelimesinin ilk olarak gemicilik ve ticaret sahalarında kullanılan bir özel hukuk kavramı olması kuvvetle muhtemeldir⁸. Dolayısıyla yazar, risk kontrolüne yönelik planlamaların ilk örneklerinin deniz sigortacılığında ortaya çıktığı düşüncesindedir. İngiliz sosyolog Giddens da, risk kelimesinin, İngilizceye 17. yüzyılda İspanyollardan aktarıldığını ve “tehlikeye girmek”, “kayalıklara doğru gitmek” anlamında kullanılan bir denizcilik tabiri olduğunu belirtmiştir⁹. Bununla birlikte bazı kaynaklarda; sözleşmelerde bir vakıanın

³ Yılmaz (1996), s.564; Erdoğan (2005), s. 392; Türk Dil Kurumu İktisat Terimleri Sözlüğü’nde ise risk, “İktisadi karar birimlerinin verecekleri kararlar sonucunda ortaya çıkacak getiriye olumsuz etkileyebilecek olayların gerçekleşme olasılığı, diğer bir deyişle olayların gerçekleşme olasılığının bilindiği durum” şeklinde tanımlanmaktadır; bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim tarihi: 05.10.2010)

⁴ M. Can (2009). *Türk özel sigorta hukuku*, Ankara: İmaj Yayınevi, s. 7.

⁵ Ünan (1998), s. 27.

⁶ Ünan (1998), s. 27.

⁷ H. Kubilay (2003). *Uygulamalı özel sigorta hukuku*. İzmir: Barış Yayınları, Fakülteler Kitabevi, s. 47.

⁸ N. Luhmann (2006). *Risk a sociological theory*, (Second Edition in English). New Jersey: Aldine Transaction, s. 9 (Kitabın orijinal künyesi “Soziologie des Rizikos, Berlin 1991” olup, İngilizceye ilk çevirisi 1993 yılında yapılmıştır.). Rammstadt’a göre risk kavramı 15. yüzyılda İtalya’da, açık denizlere seferlere çıkan gemilerin mallarının hava muhalefeti, korsan saldırısı gibi ihtimallerin hesaplanıp sigorta ettirilmesiyle ortaya çıkmıştır. Elbette bu yaklaşım Luhmann’ı destekler niteliktedir; bkz. nakleden A. Çelebi (2001). Risk ve olumsuzluk: sosyal teori- sosyal felsefe ilişkisini anlamaya yönelik iki anahtar kavram, *AÜSBFD*, 56 (1), s. 40.

⁹ A. Giddens (1999). Risk and responsibility. *The Modern Law Review*, 62 (1), s. 3; A. Giddens (2004). *Modernliğin sonuçları*. Çev: Ersin Kuşdil, Ankara: Ayrıntı Yayınları, s. 36, dp. 27; Denney de risk kavramının İngiltere’ye, İspanya ve Portekiz’den geçtiğini ve bilinmeyen sularda gemi kullanmak anlamına geldiğini savunmuştur; bkz. D. Denney (2005). *Risk & Society*. London: Sage Publications, s. 9.

neticesinde, zarara kimin katlanması gerektiğine ilişkin düzenlemeler yapıldığı ve hatta buna ilişkin “ad risicum et fortunam”, “pro securitate et risico”, “ad omnem risicum, periculum et fortunam Dei” gibi kayıtlara yer verildiği de görülmüştür¹⁰. Risk kelimesi 16. yüzyılda matbaa tekniklerinin gelişmesiyle birlikte hukuk alanı dışında da kullanılmaya başlanılmıştır¹¹. Berting ise risk kavramının ilk olarak 1248 tarihinde bir denizcilik nosyonu olarak ortaya çıktığını ileri sürmüştür¹². Yazara göre 23 Ekim 1347 tarihinde Cenova’da bulunan deniz ticaretindeki ilk sigorta belgesinde Santa Clara gemisinin Mayorka seferlerinde karşılaşılabileceği riskler açıkça belirtilmiştir. Keza Berting, risk kavramının İtalyanca *risco* kelimesine dayanmış olabileceği kanaatindedir¹³. Bu kelime de etimolojik olarak Latince kökenlidir. Berting *risco* kelimesinin Latince “kesen” anlamına gelen *resecum* ya da çatışma anlamında kullanılan *rixicare* ve *rixare* kelimelerinden birine dayanmakta olduğu kanaatindedir. Yine Berting bazı etimologların risk kavramını Arapça *rızık* kelimesine dayandırdıklarından söz etmektedir. Bu yaklaşıma göre *rızık* kelimesi, Arapçadan İspanyolcaya “takdir ve ihtimal” manalarıyla geçmiştir.

Her ne kadar Luhmann, içeriğinde risk kavramını barındıran Latince maximlerden bahsetmiş ise de, riskin, *kavram olarak* Roma döneminde var olup olmadığı hakkında kesin bir bilgi bulunmamaktadır. Zira kapsamlı Latince sözlüklerden biri olan Oxford Latin Dictionary’de, bugünkü risk kelimesine yapı bakımından en yakın olarak yer alan “riscus” kelimesinin karşılığı “sandık, kasa, ana yol” olarak tanımlanmıştır¹⁴. Keza Latince “rixa” kelimesi de “şiddetli ve gürültülü kavga” anlamına gelmektedir¹⁵.

Risk kavramı İngilizceye, Fransızcadaki “risque” ya da İtalyancadaki “risco” kelimelerinden geçmiştir; bkz. J.O. Zinn (2008). *Social theories of risk and uncertainty- An introduction*. USA: Blackwell Publishing, s. 8.

¹⁰ Luhmann (2006), s. 10.

¹¹ Söz gelimi 1598 yılında Venedik’te yayınlanan Della Secretezza adlı yayının 19.sayfasında Scipio Ammirato, “her kim bir söylenti yayarsa bu bilgiyi nereden elde ettiğinin kendisine sorulması riskini (rischio) de taşır.”; 1589 yılında Della Ragion Di Stato adlı yayının 30.sayfasında Giovanni Botero’nun, “Chi non *risica* non guadagna” ve nihayet 15 Eylül 1545 tarihinde Luca Contile tarafından Claudio Tolomei’ye gönderilen mektupta, “vivere in *risico* di mettersi in mano di gente forestiere e forse barbare” ifadelerine yer verilmiştir; bkz. (nakleden) Luhmann (2006). s. 10; Grimm/Grimm tarafından hazırlanan 1854 tarihli Almanca sözlükte, “risiko” kelimesinin 18.yüzyıl Almancasının günlük dilde sıkça kullanılan kelimelerinden biri olduğu belirtilmiştir; bkz. (nakleden) Zinn, s. 9.

¹² J. Berting (2011). *Avrupa (Miras-Meydan Okuma-Vaat)*. Çev. Hüsamettin İnaç. Bursa: MKM Yayıncılık, s. 178.

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Berting (2011), s. 179.

¹⁴ *Oxford Latin Dictionary* (1968). Oxford: Clarendon Press, s. 1656. Keza bir başka önemli ve kapsamlı Latince sözlükte de aynı açıklamalar bulunmaktadır; Bkz. *Freund’s Latin Dictionary* (1958). Oxford: Clarendon Press 1958, s. 1596. Bu sözlüklerde yapı olarak riske yakın görülebilecek “risus” kelimesine de yer verilmiş, anlamı ise “gülmek, gülme hali” olarak açıklanmıştır; bkz. *Freund’s Latin Dictionary* (1958), s. 1596; *Oxford Latin Dictionary* (1968), s. 1656.

¹⁵ *Oxford Latin Dictionary* (1968), s. 1657.

Bu bilgilere göre en mantıklı tahmin, Latince'deki *riscus*, *resecum*, *rixicare*, *rixa* ya da *rixare* kelimelerinden birinin 14. yüzyılda anlam dönüşümü göstererek zamanla bugünkü anlamına kavuşmuş olabileceğidir. Ayrıca Roma Hukuku döneminde risk kavramını karşılayan *periculum* kelimesinin mevcudiyeti de, risk kavramının Roma'da mevcut olmadığını düşündürmektedir. Gerçekten de, Adolf Berger tarafından hazırlanan *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*'da, *periculum* kelimesinin “risk, tehlike” anlamına geldiği belirtilmiştir¹⁶. Burada risk ve tehlike ile kastedilen husus, satım sözleşmesinde kaza sonucu, şeyin telef olmasından sorumluluğa ilişkin *hasar* kavramından başka bir şey değildir. Keza “*periculum est emptoris*”, “*periculum rei venditae*” gibi kavramlar da, riskin (hasarın) alıcıya ait olduğunu ifade etmektedir¹⁷. Nitekim Luhmann da, kelime haznemizdeki mevcut kelimelerin yetersizliğinin yeni bir kelimeyi, “risk, riziko” kelimesini ortaya çıkardığını, en azından böyle bir varsayımın yanlış olmayacağını açıkça ifade etmiştir¹⁸. Yazar ayrıca, risk kavramının modernite öncesi dönemde var olmadığını belirterek, ortaçağ ile modernite arasında bir zamanda doğmuş olduğunu savunmuştur¹⁹. Sonuç olarak risk kavramının ilk olarak ne zaman ve nerede ortaya çıktığının meçhul olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

1.2.Risk Ve Tehlike Kavramları

Yukarıda risk kavramının tanımını yaparken, sözlüklerde riskin zarara uğrama tehlikesi olarak tanımlandığından bahsetmiştik. Acaba risk ve tehlike kavramları, gerçekten sözlüklerde belirtildiği gibi bir anlama mı sahiptir? Bir başka ifadeyle risk, zarara uğrama tehlikesi midir? Yoksa risk kavramı başka bir anlama mı gelmektedir? Sözlüklerdeki tanımları lâfzen yorumladığımızda riskin, tehlike türlerinden biri olduğu; dolayısıyla tehlikenin, riski de içine alan, ancak ondan daha geniş bir kavram şeklinde değerlendirilmesi gerektiği akla gelebilir. Belirtelim ki, risk-tehlike kavramları arasın-

¹⁶ A. Berger (1953). *Encyclopedic dictionary of Roman law*. Philadelphia: The American Philosophical Society, s. 627; Oxford Latin Dictionary (1968), s. 1342. Ayrıca bkz. P. Tuğlacı (2002). *Ekonomi ve hukuk terimleri sözlüğü*. İstanbul: Remzi Kitabevi, s. 601; T. Akıntürk (1966). *Satım akdinde hasarın intikali*. Ankara: AÜHF Yayınları, s. 15. “Periculum” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. R. Zimmermann (1996). *The law of obligations- Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford University Press: Oxford, s. 281-292.

¹⁷ Berger (1953), s. 627; B. Erdoğan (2004). *Hukukta Latince teknik terimler sözlüğü*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 97.

¹⁸ Luhmann (2006), s. 10.

¹⁹ Luhmann (2006), s. 9.

daki ilişki, iki ünlü sosyolog, Luhmann ve Giddens tarafından derinlemesine incelenmiştir.

Bu kavramların farklı anlama geldiklerini savunan Alman yazar Luhmann'a göre, risk ve tehlike arasındaki ayrım gelecekte bir kaybın ya da zararın gerçekleşeceğine ilişkin bir ön varsayıma dayanır²⁰. Muhtemel zarar ya da kayıp, karar verilirken göz önünde bulundurulmakta; bir başka ifadeyle zarar, verilen kararın bir sonucu olarak ortaya çıkmakta ise, ortada *karar riski* (risiko der entscheidung; risk of decision) var demektir²¹. Buna karşılık muhtemel zarar ya da kayıp, harici etkenlerden (extern; externally) kaynaklanıyor ise *tehlike* kavramının sınırlarına girmiş oluruz²². Karar riskinin söz konusu olduğu hallerde, zararın gerçekleşme ihtimali ile ilgili alternatiflerin, açık olarak ayırt edilebilir olması gerekir²³. Zira karar verme (decision making) olgusu, sadece risk durumunun olduğu hallerde belirli bir role sahiptir²⁴. Bu durumda bir kişi tarafından alınan risk, diğer kişiler için tehlike teşkil edecektir²⁵. Örneğin hızlı ya da alkolü araç kullanan bir şoför için ortada, riskli bir karar bulunmakta iken; onun hareketi diğer insanlar için bir tehlike teşkil etmektedir²⁶. Ayrıca Luhmann'a göre, "eylemden kaçınmak demek, hiçbir riske girmemek demektir"²⁷. Bir başka ifadeyle kişinin hareketsiz kaldığı hallerde, ortada bir kayıp ihtimali olmayacaktır. Risk ve tehlike kavramlarının ayrılması Luhmann'ın sosyolojide kurduğu sistem teorisinin yapı taşlarından birini teşkil etmektedir. Luhmann, bu ayrımı ile sadece üzerinde karar verilen olguların sonuçlarının risk teşkil edebileceğini; üçüncü kişilerin ya da doğa olaylarının sonucunda gerçekleşen vakıaların ise ancak tehlike olabileceğini savunmuştur.

Giddens da risk ve tehlike kavramlarının birbirine bitişik olmalarına rağmen, farklı anlamlara geldiğini savunmuştur²⁸. Yazara göre tehlike, risk tarafından öngörülen bir olgudur. Bu durumda tehlike, riske atılan hususun gerçekleştirmesinin düşünüldüğü sonuçlara yönelik bir tehdit vazifesini görmektedir. Bir başka ifadeyle riskli bir hareket-

²⁰ Luhmann (2006), s. 21.

²¹ Luhmann (2006), s. 22; bkz. ayrıca Zinn (2008), s. 88.

²² Luhmann (2006), s. 22; bkz. ayrıca Zinn (2008), s. 88.

²³ Luhmann (2006), s. 23.

²⁴ Luhmann (2006), s. 23.

²⁵ Bkz. nakleden Zinn (2008), s. 88.

²⁶ Bkz. nakleden Zinn (2008), s. 88.

²⁷ Giddens (2004), s. 38.

²⁸ Giddens, (1999), s. 3; Giddens, Modernlik, s.40.

te bulunan kişinin, bunun muhtemel tehditlerini göz önünde bulundurması, normal bir durumdur²⁹.

Giddens *risk* kavramını *güven* kelimesi bağlamında da ele almıştır. Yazar, risk ve güvenin çoğu zaman bir arada bulunduğunu savunmuştur. Yazara göre güvenin en başta gelen şartı, bir husus hakkındaki bilgi eksikliğidir. Zira bir şeyi tüm yönleriyle biliyor olmak demek, güven kurumuna ihtiyacın olmaması demektir. Giddens risk kavramının insanların modernlik dönemi öncesinde kullandığı *fortuna* (kader, kısmet, baht) sözcüğünün yerini aldığı görüşündedir³⁰. Bize göre, *fortuna* kelimesi günümüzde de yaygın olarak kullanılmaktadır. Örneğin günlük dilde, “bayram dönüşü trafik çok yoğun olur, dikkat et” dendiğinde; hemen hemen pek çok insan, “nasip, kaderimizde varsa kaçış yok” şeklinde cevap vermektedir. Kanaatimizce bu cevap, riskten kaynaklanan zarara uğrama tehlikesinin göze alındığı şeklinde yorumlanmalıdır.

Giddens’a göre, bazen kişiler sonuçlarını hiç bilmeden çeşitli hareketlere girişebilir ya da sonuçlarını bilse bile, içerisinde farkında olunamayacak riskleri barındıran durumlarda bulunabilirler. Dolayısıyla riskin öngörüldüğü hallerde dahi; tehlike, farkında olunamayan bir görünüme kavuşabilecektir (nükleer savaş ya da nükleer sızıntı tehlikesi gibi)³¹. Giddens, borsa yatırımları, tehlikeli spor faaliyetleri gibi hallerde güvenin, *kabul edilebilir (hesaplanmış) riskin* gerçekleştirilmesi muhtemel tehlikelerini sınırlandırmak amacıyla, riski çevrelediğini savunmuştur. Bir başka deyişle bu gibi durumlarda (yerçekimine karşı hareket ettiğini bilmesine rağmen uçağa binen kişi gibi) kabul edilebilir risk iradesinin devamı, güven kavramı sayesinde mümkün olmaktadır³².

Risk ve tehlike kavramlarının karşılaştırmasını yapan bir başka yazar ise Gözler’dir. Gözler, Fransızcadaki “risque” kelimesinin Türkçe karşılığının “az çok öngörülebilir nitelikte gerçekleşmesi muhtemel tehlike”; tehlike kelimesinin ise, “büyük zarar ya da yok olmaya yol açabilecek durum” olduğunu ve tehlikenin “vuku bulduğu” hal-

²⁹ Giddens (2004), s. 40. Yazar bu durumu şu cümlelerle ifade etmektedir: “Riskin öngördüğü şey tehlikedir (ama mutlaka tehlikenin farkında olmak değil). Bir şeyleri riske atan kişi tehlikeyi davet eder; buradaki tehlike, gerçekleşmesi istenilen sonuçlara karşı bir tehdit olarak anlaşılır. Bir “hesaplanmış risk”i göze alan kişi, belirli bir eylem biçiminin getireceği tehdit ya da tehditlerin farkındadır.”; bkz. Giddens (2004), s. 40.

³⁰ Giddens (2004), s. 39 vd.

³¹ Giddens bunu “gizli risk” olarak tanımlamaktadır; bkz. Giddens (2004), s. 40.

³² Giddens (2004), s. 41.

lerde artık bir riskin mevcut olamayacağını savunmuştur³³. Yazar ayrıca idare hukukçularının çoğu kez kullandığı “tehlike sorumluluğu” nitelendirmesinin de “risk sorumluluğu olarak anlaşılması gerektiği düşüncesindedir³⁴. Zira tehlike (danger), risk sorumluluğunu gerektiren bazı “şey, yöntem veya durumlardır”³⁵.

Risk ve tehlike kavramlarını sigorta hukuku bakımından ele alan Kaner’in görüşlerini de belirtmemiz gerekir³⁶. Yazar risk ve tehlike kavramlarının birbirinden farklı kavramlar olduğunu; sigorta konusu olayın vuku bulma olasılığının tehlike; olayın biza-tihi kendisinin ise risk olarak adlandırılması gerektiği kanaatindedir³⁷. Yazar doktrinde risk ve tehlike arasında ayırım yapılmadığını belirtmiştir. Yazara göre risk, “gerçekleşme ihtimalinden dolayı tehlikeyi meydana getiren olay” iken; tehlike ise, “az çok devamlı bir durum” anlamına gelmektedir³⁸. Kaner’e göre risk istisnai olarak devamlı nitelik arz etse de, kural olarak ani bir olaydır.

Yine meseleyi sigorta hukuku açısından değerlendiren Bozer ise, tehlike kavramını riziko olarak nitelendirmekle birlikte, “tehlike (riziko)” ile “sinistre” arasında ayırım yapmıştır³⁹. Yazara göre tehlike, sigortalının, vakıanın meydana gelme ihtimali karşısında kendisini teminata alabilmesini ifade eder iken; sinistre, tehlikeli sonucun meydana gelmiş halidir⁴⁰. Görüldüğü üzere yazar aslında tehlike ile risk arasında bir ayırım yapmamış; tehlikeyi riziko olarak tanımlayarak, bu iki kavramı “sinistre” kavramı ile karşılaştırmıştır.

Karayalçın da risk ve tehlike kavramlarını birbirinden ayırmayıp, değerlendirmelerinde bu iki mefhumu bir bütün olarak ele almıştır⁴¹. Keza Abaç da, 1962 yılında kaleme aldığı “Bankacılıkta Risk” adlı makalesinde risk ya da riziko kelimesinin, Türkçe-

³³ Gözler (2003), s. 1076. Gerçekten de Türk Dil Kurumu Sözlüğü tehlikeyi “büyük zarar veya yok olmaya yol açabilecek durum, muhatara” olarak tanımlamaktadır; bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim tarihi: 14.10.2010)

³⁴ Gözler (2003), s. 1076.

³⁵ Gözler (2003), s. 1076. Nitekim risk sorumluluğuna yol açan sebepler; tehlikeli şeyler, tehlikeli yöntemler ve tehlikeli durumlardan ibarettir; bkz. Gözler (2003), s. 1078 vd.

³⁶ İ. Kaner (1994). Zarar sigortalarında sigorta ettirenin tehlike ile ilgili görevleri. *İÜHF*, LIV, s. 303 vd.

³⁷ Kaner (1994), s. 304.

³⁸ Kaner (1994), s. 305.

³⁹ A. Bozer (1965). *Sigorta hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 101.

⁴⁰ Bozer (1965), s. 101.

⁴¹ Y. Karayalçın (1984). *Risk- sigorta- risk yönetimi, özel sigorta hukukuna giriş*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 1 vd.

de tehlike ya da muhatara anlamında kullanıldığını savunmuştur⁴². İmregün ise, “Her kredi muamelesi, ne kadar garantili olursa olsun, az veya çok nispette bir risk=tehlike taşır” şeklindeki ifadesiyle riskin tehlike ile eş anlamda olduğu kanaatinde⁴³.

Biz, riskin her zaman için bünyesinde tehlike unsurunu barındırdığı ancak tehlikenin her zaman risk olarak değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Ancak riskin gerçekleşmiş haline tehlike adının verilmesi şeklindeki görüşe katılamıyoruz. Dolayısıyla tehlikenin vuku bulması halinde artık ortada bir riskin mevcut olmadığı şeklindeki yaklaşım da kanaatimizce hatalıdır. Evet, kural olarak tehlikenin vuku bulması halinde, bir başka ifadeyle riskin gerçekleşmesi halinde ortada bir tehlike de kalmayacaktır. Zira zarar meydana gelmiş ise, artık tehlikeli durumdan bahsetmenin de bir anlamı olmaz. Ancak risk kavramını, tehlikenin gerçekleşmesiyle sona erdirmek; riskin, artçı sarsıntıları olabileceğini de gözden kaçırmak demektir. Bazen artçı sarsıntılar, en az riskin kendisi kadar zarar verici olabilir. Örneğin deprem riski gerçekleşmiş olsa bile, bu riskten kaynaklanan tehlikelerin devam etmesi mümkündür. Ayrıca bir kişi için riskin menfi yönünün gerçekleşmesi riskin sona erdiği şeklinde yorumlanmamalıdır. Örneğin aldığı hisse senedini, değer kaybettiği için satan A için risk gerçekleşmiş olsa da; o fiyattan hisse senedi alanlar için risk devam etmektedir. Kısacası riskin sona ermesi göreceli bir kavramdır. Binaenaleyh, tehlike kavramını bu şekilde açıklamak, kanaatimizce risk ve tehlikeyi birbirinden ayırtmak yerine daha da yakınlaştırmaktadır.

Ayrıca tehlikeli durumlar, sadece riskli durumlardan ibaret değildir. Tehlike, riski de içine alan, geniş bir kavramdır. Bu konuda Luhmann tarafından verilen, “alkollü araç kullanan bir şoför için risk olan durumun, diğer insanlar için bir tehlike olması” örneği iki kavram arasındaki farklılığı ifade etmektedir. Kısacası risk bir vakıa, tehlike ise bu vakıanın menfi neticelenme ihtimali olarak değerlendirilebilir⁴⁴. Ancak yine de bu iki kavram kanaatimizce birbiriyle iç içe geçmiş durumdadır.

⁴² S. Abaç (1962). Bankacılıkta risk, *Batider*, I (4), s. 543.

⁴³ O. İmregün (1957). *Mevduatı koruma bakımından bankalara devlet müdahalesi*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası, s. 60.

⁴⁴ Bkz. aynı yönde Kaner (1994), s. 304.

1.3.Borçlar Hukuku Açısından Risk Kavramı

1.3.1.Genel olarak

Borçlar Hukuku bakımından risk kavramının neyi ifade ettiğini belirleyebilmemiz için öncelikle bazı kavramları ortaya koymamız gerekecektir. Bilindiği gibi borçlar hukuku medeni hukukun bir alt dalı olup, kişiler arasındaki borç ilişkilerini düzenlemektedir⁴⁵. Borç ilişkisi ise alacaklı ile borçlu arasında, borçlunun alacaklıya bir şeyi verme, bir işi yapma ya da bir iş veya davranışı yapmamayı üstlendiği bir bağı ifade etmektedir⁴⁶.

Kişiler arasında borç ilişkileri temelde hukuki işlemler, haksız fiiller ve sebepsiz zenginleşmeden doğmaktadır. Bunun yanı sıra yerine göre vekâletsiz iş görme de borç ilişkisine kaynak olabilir. Hukuki işlem, hukuki sonuç doğurmaya yönelik irade beyanı demektir⁴⁷. Gerekli irade beyanı sayısına göre hukuki işlemleri tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğuranlar ve çok taraflı irade beyanı ile sonuç doğuranlar olmak üzere ikiye ayırmak mümkündür⁴⁸. Bu ayrıma göre çok taraflı irade beyanı ile sonuç doğuran hukuki işlemlerin klasik örneğini sözleşmeler teşkil etmektedir. Gerçekten de, sözleşme iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanından oluşan hukuki işlem demektir.

Borç ilişkisindeki alacaklılık ve borçluluk sıfatları konumuz açısından oldukça önemlidir. Belirtelim ki, sözleşmeler kendi içerisinde tek tarafa borç yükleyen ve iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır⁴⁹. Bir borç ilişkisinde edimi ifa ile yükümlü olan tek bir tarafın varlığı halinde tek tarafa borç yükleyen sözleşme söz konusudur. Bağışlama taahhüdü ve kefalet sözleşmesini buna örnek verebiliriz. Her iki tarafın da birbirinden hem borçlu ve hem de alacaklı olduğu durumlarda ise ortada iki

⁴⁵ F. Eren (2008). *Borçlar hukuku genel hükümler*, İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 5 vd.; M. K. Oğuzman ve M. T. Öz (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 1 vd.; S.S. Tekinay/ S. Akman/ H. Burcuoğlu/ A. Altop (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 1 vd.; A. B. Schwarz (1948). *Borçlar hukuku dersleri*, Cilt.1, (Çev. B. Davran). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayını, s. 1 vd.

⁴⁶ Eren (2008). s. 24; Oğuzman/ Öz (2006) s. 3 vd.; Schwarz (1948), s. 65 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1993), s. 5 vd.; A. Kılıçoğlu (2007). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1 vd.; A. Von Tuhr (1983). *Borçlar hukukunun umumi kısmı*. Cilt. 1-2. Çeviren: Cevat Edege. Ankara: Olgaç Matbaası, s. 9.

⁴⁷ Eren (2008). s. 111 vd.; Schwarz (1948), s. 152 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1993), s. 38 vd.; A. Kılıçoğlu (2007), s. 28 vd.; von Tuhr (1983), s. 133 vd.

⁴⁸ Eren (2008), s. 152 vd.; Schwarz (1948), s.171; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1993), s. 42 vd.; A. Kılıçoğlu (2007), s. 31 vd.; von Tuhr (1983), s. 134.

⁴⁹ Eren (2008), s. 193 vd.; Oğuzman/ Öz (2006), s. 41; Schwarz (1948), s. 169; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1993), s. 53 vd.

tarafa da borç yükleyen bir sözleşme var demektir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin tipik örneğini satım sözleşmesi teşkil eder.

Sözleşmeye dayanan borç ilişkilerinin risk kavramı ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. Zira edimlerin aynı anda ifa edilmediği her durumda alacaklı taraf için, borçlunun borcunu ifa edip etmeyeceği; ifa edecekse bu ifanın ifa modalitelerine uygun olup olmayacağı bir risk teşkil edecektir. Gerçekten de sözleşme ilişkilerindeki bu tip durumlarda, alacaklı taraf için her zaman bir belirsizlik ve zarara uğrama tehlikesi mevcuttur. Karayalçın, iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, edimlerin vadeye bağlandığı her durumda taraflar arasındaki ilişkinin temelinde güven kavramının yattığını belirtmiştir⁵⁰. Güven kavramının ödünç sözleşmeleri bakımından yeri ise çok daha başkadır. Nitekim kredi kelimesinin “güvenilen kimseye verilen şey” anlamında olması, güven kavramının önemini ortaya koymaktadır⁵¹. Güven kavramıyla da sıkı bir bağı olan bu tip durumlardan kaynaklanan risklere, banka hukukunda kredinin geri dönmemesi riski adı verilmektedir.

Borçlar hukuku doktrininde risk kavramı, Tandoğan’ın verdiği örnek üzerinden açıklanmaktadır⁵². Buna göre orijinal olduğu düşünülerek alınan antika eşyanın, daha sonra sahte çıkma ihtimali, alıcı açısından tehlikedir. Zira eşyanın sahte çıkması halinde zarar ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla sahte çıkma tehlikesine rağmen, o tablonun orijinal olma ihtimali de düşünülerek alıcı tarafından satın alınması ise bir risktir. Bu bakımdan riski, zarara uğrama tehlikesini göze almak olarak tanımlayabiliriz.

Buna göre risk kavramı, zarara neden olabilecek vakıaların gerçekleşmesi ya da malvarlığında artış sağlayacağı düşünülen bir vakıanın gerçekleşmemesi nedeniyle malvarlığının artmaması ihtimali olarak değerlendirilebilir⁵³. Zararın vuku bulacağını mutlak olduğu veya zarara neden olabileceği düşünülen davranışın gerçekleşmesinin objektif olarak imkânsız olduğu hallerde ise, risk unsurundan bahsedilemeyecektir⁵⁴. Belirte-

⁵⁰ Y. Karayalçın (1972). Kredi düzeninin korunması. *Batider*, VI (3), s. 543.

⁵¹ Karayalçın (1972), s. 543.

⁵² H. Tandoğan (1989). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, Cilt. II. İstanbul: Evrim Basım, s. 684; B. Özen (2008). *Kefalet sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 1; A. E. Baççioğlu (2008). Tüketici hukukunda kefalet. *Bankacılar Dergisi*, 67, s. 71.

⁵³ Baççioğlu (2008), s. 71; Özen (2008), s. 1; C. Yavuz (2008). *Borçlar hukuku dersleri, Özel hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 545; Tandoğan bu durumu, “tehlike yahut riziko, ortaya çıkması şüpheli fakat çekinilen ve ekonomik bakımdan zararlı bir olayın gerçekleşmesi veya beklenilen veya ekonomik bakımdan yararlı bir olayın gerçekleşmemesi olasılığı” şeklinde ifade etmektedir; bkz. Tandoğan (1989), s. 684.

⁵⁴ Tandoğan (1989), s. 684; Baççioğlu (2008), s. 72.

lim ki, riskten kaynaklanan zarar, her zaman için bir “malvarlığı zararı” şeklinde karşımıza çıkar⁵⁵.

1.3.2.Satım sözleşmesi bakımından

Risk kavramının, satım sözleşmesinde dolaylı olarak da olsa düzenlendiğini görmekteyiz. BK md. 182’ye göre satım sözleşmesi satıcının bedel mukabilinde, malı alıcıya teslim ve mülkiyeti nakletmekle borçlu olduğu bir sözleşmedir. Hemen belirtelim ki, satım sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir⁵⁶. Zira bu sözleşmede satıcı bedeli talep hususunda alacaklı iken, malın teslimi ve mülkiyeti nakil borcu altındadır. Alıcı ise, bedeli ödemek konusunda borçlu iken, malın teslimi ve mülkiyetin naklini talep konusunda alacaklı konumdadır.

Görüldüğü gibi satım sözleşmesi yapılmakla malın mülkiyeti alıcıya geçmemekte, satıcı sadece malın mülkiyetini devir borcu altına girmektedir. Bu yönüyle satım sözleşmesinin yapılması taahhüt işlemi niteliğindedir. Peki, satım sözleşmesinin konusu parça borcu ise ve taahhüt işleminin yapılması ile tasarruf işleminin yapılması arasında geçen zamanda edimin ifası borçlunun kusuru olmadan imkânsız hale gelirse, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi bundan nasıl etkilenecektir?

818 Sayılı BK’nın 183. maddesi kural olarak satılan malın nef’inin ve hasarının sözleşmenin kurulmasından itibaren alıcıya geçeceğini düzenlemekle, bu dönemde riskin alıcı üzerinde olduğuna hükmetmiştir. Hemen belirtelim ki, 6098 sayılı yeni TBK, 207. maddesindeki düzenleme ile bu konuda çok köklü bir değişikliğe gitmiştir. TBK’nun 207. maddesine göre, “Kanundan, durumun gereğinden veya sözleşmede öngörülen özel koşullardan doğan ayrık hâller dışında, satılanın yarar ve hasarı; taşınır satışlarında zilyetliğin devri, taşınmaz satışlarında ise tescil anına kadar satıcıya aittir. Taşınır satışlarında, alıcının satılanın zilyetliğini devralmada temerrüde düşmesi durumunda zilyetliğin devri gerçekleşmişçesine satılanın yarar ve hasarı alıcıya geçer. Satıcı alıcının isteği üzerine satılanı ifa yerinden başka bir yere gönderirse, yarar ve hasar, satılanın taşıyıcıya teslim edildiği anda alıcıya geçer.”

Sonuç her ne olursa olsun sözleşmenin yapılmasından ifa edilmesine kadar geçen süreçte, hasara katlanmak durumunda olan taraf bakımından bir tehlike söz konusu ola-

⁵⁵ Tandoğan (1989), s. 684; Baçcıoğlu (2008), s. 71.

⁵⁶ F. Aral (2007). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 62; Eren (2008), s. 194; Oğuzman ve Öz (2006), s. 42; Tekinay vd. (1993), s. 53.

caktır. Bu duruma, hasarın intikali ya da hasara katlanma adı verilmektedir⁵⁷. Burada hasar ile kastedilen, sözleşmenin kurulması ile ifa edilmesi arasındaki dönemde edimin ifasının kusursuz olarak imkânsızlaşması halinde, satıcıyı satım bedelini, alıcıyı ise malın teslimini talep hakkından yoksun bırakmaya yönelik bir tehlike durumunun mevcudiyetidir⁵⁸.

Akıntürk'e göre gerek BK da ve gerekse TBK'da kullanılan hasar kavramı, satım sözleşmesinde tasarruf aşamasına kadar geçen süredeki tehlike kavramını tam karşılamamaktadır. Nitekim aynı kavramı karşılamak üzere Fransa'da Code Civil Art.1138'de, "risque" terimi kullanılmaktadır⁵⁹. Aynı kavram İngilizcede ise "passing of risk" olarak adlandırılmıştır. Keza doktrinde kısaca Viyana Satım Sözleşmesi olarak anılan, Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin IV. bölümünün başlığı da "passing of risk" şeklindedir⁶⁰. Ancak yazar yine de hasar kavramının yerine risk gibi yabancı kökenli bir kavramın kullanılmasını doğru bulmamış ve hasar kavramının kullanılması gerektiğini savunmuştur⁶¹. Ayrıca yazara göre risk kavramı banka ve sigorta hukuklarında daha farklı anlamlara geldiğinden bu kavramın kullanılması karışıklığa neden olabilecektir.

Yazarın bu görüşüne katılamıyoruz. Kanaatimizce teknik anlamda risk kavramı, tasarruf aşamasına kadar geçen zamanda ifanın imkânsız hale gelme tehlikesine tekabül etmektedir⁶². Bir başka ifadeyle burada kastedilen risk kavramının bizatihi kendisidir.

⁵⁷ Akıntürk (1966), s. 11.

⁵⁸ Akıntürk (1966), s. 15. Burada satıcı ve alıcının katlanmak zorunda olduğu hasarın farklı olduğunu da belirlemek gerekir. Satım sözleşmesinde bu ayrım edim hasarı ve semen hasarı şeklinde yapılmaktadır; bkz. Akıntürk (1966), s. 27 vd.; Y. M. Atamer (2005). *Uluslararası Satım Sözleşmelerine İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları*. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 259 vd.; Yavuz (2008), s. 28; S. Altay (2008). *Satım sözleşmesinde hasarın geçişi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 23 vd.; Aral (2007), s. 74 vd.

⁵⁹ Fransız Medeni Kanunu'nun İngilizce ve Fransızca metinleri için bkz. www.legifrance.gouv.fr; Fransız Medeni Kanunu'nun 1138. maddesi için bkz. <http://195.83.177.9/code/liste.phtml?lang=uk&c=22&r=445> (Erişim tarihi: 07.09.2011).

⁶⁰ Viyana antlaşması satım hukuklarının uyumlaştırılması konusunda yapılmış uluslararası bir antlaşmadır. Bu antlaşma 11.04.1980 tarihinde ülkelerin imzalarına açılmış ve 01.01.1988 tarihinde de yürürlüğe girmiştir. Türkiye bu antlaşmayı 02.04.2009 tarihli ve 5870 sayılı kanunla uygun bulmuş sözkonusu kanun 14.04.2009 tarihli ve 27200 sayılı RG ile yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Antlaşmanın 4. maddesi, "Bu antlaşma, sadece satım sözleşmesinin kurulmasını ve alıcı ile satıcının böylesi bir sözleşmeden doğan hak ve borçlarını düzenler" demektedir. Bu antlaşma satım sözleşmesinin kurulması, alıcı ve satıcının yükümlülükleri, hasarın intikali, tazminat gibi hususlara ilişkin önemli hükümler içermektedir. Viyana Satım Sözleşmesinde hasarın geçişi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer (2005), s. 259 vd. Viyana Satım Sözleşmesi metni için bkz. aynı yazar, s. 491 vd.

⁶¹ Akıntürk (1966), s. 15.

⁶² Benzer düşünce için bkz. Altay (2008), s. 9; H. Acar (2009). *Uluslararası Satışlarda Hasar Riskinin Geçişi*. İstanbul: Kazancı Yayıncılık, s. 5.

Bu yönüyle satım sözleşmesindeki hasar kavramının sigorta ve banka hukukunda kullanılan risk kavramından farkı bulunmamaktadır⁶³. Hatta bu aşamadaki riskler uluslararası satımlarda sigorta ettirilebilir risklerden sayılmaktadır⁶⁴.

1.3.3. Garanti sözleşmesi bakımından

Risk kavramının özellikle garanti sözleşmeleri bakımından ayrı bir önemi bulunmaktadır. Zira garanti sözleşmelerinin bütün çeşitlerinde bir riskin tekeffül edilmesi söz konusu olmaktadır⁶⁵. Yargıtay 1995 yılında verdiği bir kararında şu açıklamalarda bulunmuştur⁶⁶: “Davalı bankanın; yüklenici firmanın edimlerinden dolayı ortaya çıkacak ekonomik açıdan zararlı eylemlerinin rizikosunu (tehlikesini) davacıya karşı sözleşme ile garanti etmesi halinde, bu sözleşme BK.nun 110. maddesinde sözü edilen "üçüncü kişinin fiilini taahhüt" niteliğinde bir garanti sözleşmesidir. Garanti sözleşmesi, *fer'i nitelikte olmayan* bir sözleşmedir. Garanti veren işin tehlikelerini (riskini) fer'i olmayan bağımsız bir taahhülle kısmen veya tümüyle üzerine almaktadır. BK.nun 110. maddesinde sözü edilen zarar olumlu (müsbet) zarardır ve zararın ortaya çıkması ile muaccel olur.”

Gümüş, garanti sözleşmesini, “garanti verenin garanti alanın karşı karşıya olduğu belirli bir ekonomik rizikoyu, bağımsız olarak sorumlu olacak şekilde üzerine almayı taahhüt ettiği sözleşme” şeklinde tanımlamaktadır⁶⁷.

Garanti sözleşmeleri doktrinde belirli bir işin yapılmasını teşvik etmek adına, ortaya çıkacak riskleri üstlenmek anlamına gelen saf garanti sözleşmesi ve borçlunun borcunu hiç ya da ifa modalitelerine uygun olarak ifa etmemesi riskinin üstlenildiği teminat amaçlı garanti sözleşmesi olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁶⁸. Örneğin bir üniversite kampüsü içerisinde kantin açılması amacıyla, günlük iki bin öğrencinin kantinden alış-veriş yapacağının ya da belirli bir cironun garanti edilmesi bu anlamda saf garanti sözleşmesidir. Yine satın alınan bir hisse senedi için verilen kâr garantisini de bu kapsamda ele alabiliriz. Saf garanti sözleşmesine verebileceğimiz güncel bir örnek, bankaların

⁶³ Aynı görüş bkz. Acar (2009), s. 5. Ancak burada bankacılık risklerinden sadece kredi riskinden bahsettiğimizi de belirtmek gerekir.

⁶⁴ Acar (2009), s. 77 vd.

⁶⁵ S. Reisoğlu (2003). *Banka teminat mektupları ve kontrgarantiler*. Ankara: Cem Web Ofset, s. 37.

⁶⁶ Yargıtay 13. HD'nin 18.04.1995 tarih ve 1995/2878 Esas ve 1995/3954 Karar sayılı kararı; (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası)

⁶⁷ M. A. Gümüş (2010). *Borçlar hukuku özel hükümler*, C. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 648.

⁶⁸ Reisoğlu (2003), s. 35; Gümüş (2010), s. 649.

açtığı anapara korumalı altın hesaplarıdır. Zira bu tür hesaplarda da belirli bir tarihte altın fiyatları ne olursa olsun, anaparanın iade edileceği garanti edilmektedir. Teminat amaçlı garanti sözleşmelerinin tipik örneği ise banka teminat mektupları teşkil etmektedir⁶⁹.

Garanti sözleşmesinin her iki türü için de risk, asli unsur niteliğindedir ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği şüpheli bir olay anlamında gelmektedir. Hemen belirtelim ki buradaki risk, şart olarak nitelendirilemez. Zira belirli bir riskin garanti edilmesi, garanti sözleşmesinin asli unsurudur ve bu unsurun yokluğu, sözleşmenin de yok hükmünde olmasına neden olur⁷⁰. Ayrıca garanti sözleşmesinde garanti verenin borcu, sözleşmenin yapılmasıyla birlikte ortaya çıkmaktadır⁷¹. Sirmen garanti sözleşmesinin bünyesinde yer alan belirsizliğin, “borcun doğumuna değil, kapsamına veya ödeme zamanına ilişkin” bir belirsizlik olduğunu belirtmiştir⁷². Pulaşlı da benzer şekilde, garanti sözleşmeleri ve şart kavramlarının psikolojik temellerinin aynı olmasına rağmen; sonuçlarının birbirinden tamamen farklı olduğunu ifade etmiştir⁷³.

Son olarak belirtelim ki, garanti sözleşmesi kapsamında garanti edilen riskin belirli olması da gerekmektedir⁷⁴.

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Reisoğlu (2003), s. 37 vd.

⁷⁰ Gümüş (2010), s. 649; A. L. Sirmen (1992). *Türk özel hukukunda şart*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 39.

⁷¹ Sirmen (1992), s. 39.

⁷² Sirmen (1992), s. 40.

⁷³ Yazarın şu ifadeleri garanti sözleşmesi ile şart kavramı arasındaki farkı açıkça ortaya koymaktadır: “Bir hukuki işlemin geçerliliği gelecekteki vukuu belirsiz bir olaya bağlanmışsa, ortada şarta bağlı bir işlemin varlığı söz konusu iken, garanti sözleşmesinde ise, bir tarafın diğer taraf lehine, onu bir teşebbüse sevk etmek amacı ile üstlenilen tehlike sınırı içinde sözleşme konusu çıkarın tazmininin taahhüt edilmesi bahis konusudur. Görüldüğü gibi burada tehlikenin üstlenilmesi yükümlülüğü gelecekteki ortaya çıkması şüpheli bir olaya bağlanmış değildir; gerçekleşmesi kuşkulu olan husus tehlikenin kendisi olmayıp, onun konusunu oluşturan ve çekinilen yahut beklenen olaydır”; bkz. H. Pulaşlı (1989). *Şarta bağlı işlemler ve hukuki sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, s. 13.

⁷⁴ Yargıtay 19.HD’nin 7.3.2000 tarih ve 1999/7669 Esas ve 2000/1841 Karar sayılı kararı: “Bir sözleşmenin geçerli olması için, onun taraflara yüklediği hak ve borçların tereddüte yer vermeyecek şekilde açık, başka bir deyimle konusunun gereği ve yeteri kadar belli ve sınırlı olması gerekir. Belirsizliğin garantisi olmaz. Bu itibarla, limit gösterme şartı bulunmamakla birlikte, garanti sözleşmesinde hangi riskin garanti edildiğinin belli olması ya da garanti edilen riskin boyutlarının tereddüt yaratmayacak biçimde belirlenebilir nitelikte bulunması gerekir. Garanti sözleşmesi düzenlendiği anda garanti edilen edimin sınırlarının açıkça belirlenmemiş olması ya da bunu belirlemeye yarayan koşul ve açıklamaların sözleşmede yer almadığı bulunması halinde garanti edenin sorumluluğundan söz edilemez”; (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası)

1.4. Sigorta Hukuku Açısından Risk Kavramı

Risk ya da riziko, sigorta hukukunun temel konularından birisidir. Sigortacılık açısından önemli olan husus, rizikonun gerçekleşmesi halinde, zararlı sonucu kimin üstleneceğidir. Bir başka ifadeyle riskin kimin üzerinde kalacağı, riske kimin katlanacağı meselesi sigorta hukukunun temel meselelerinden birisidir.

Riski taşıyan kimseler tedbir almazlarsa, riskin yani zararlı sonucun gerçekleşmesi halinde bu zarara bizzat katlanırlar. Özellikle sigorta anlayışının gelişmediği, sigorta primi ödemenin külfet, gereksiz masraf ya da işletme maliyeti olarak görüldüğü toplumlarda, kişiler tehlikeleri bizzat taşırlar. Hal böyle olunca, zararlı sonucun gerçekleşmesi halinde, bu durum, kişiler ve hatta işletmeler için bir aciz haline neden olabilir. Sözgelimi, ülkemiz deprem kuşağında yer almasına rağmen, vatandaşlarımızın zorunlu deprem sigortasını bile gereksiz masraf olarak gördüğü aşikârdır. Hatta çoğu kişi, deprem zararlarının devlet tarafından karşılanacağını düşündüğünden, taşınmazlarını deprem riskine karşı sigorta ettirme gereği bile duymaz.

Görüldüğü gibi, sigorta anlayışının gelişmediği toplumlarda, kişilerin yaptığı, genelde riski bizzat üzerinde taşımak ve zararlı sonuca katlanmaktır. Bunun dışında risklerden korunmanın diğer yolu önleyici tedbirler almaktır⁷⁵. Riski taşıyan kişi açısından, riskten korunmanın en etkili yöntemi ise riski, sigortacılığı meslek edinmiş bir kuruluşa aktarmaktır⁷⁶. Sigorta şirketleri, risklerini üstlendikleri kişiler arasında, deyim yerindeyse “tehlike birliği” ya da “risk topluluğu” meydana getiren ve gerçekleşen risklerin zararlı sonuçlarını tehlike birliğinden aldıkları primlerle karşılayan kuruluşlardır⁷⁷. Bu sebeple mümkün olduğunca çok sayıda kişi ile sigorta sözleşmesi yapmak zorundadırlar⁷⁸. Şu durumda sigorta şirketlerinin bu faaliyetini riski dağıtma ve paylaşırma faaliyeti olarak nitelendirmek yanlış olmayacaktır⁷⁹.

Peki, sigorta hukukunda riziko ile kastedilen nedir? Omağ’a göre rizikoyu somut anlamda riziko ve soyut anlamda riziko olmak üzere ikili bir tasnif yaparak açıklamak gerekir. Yazara göre soyut anlamıyla riziko, sigorta sözleşmesinin unsurlarından biri olup, “Sigorta sözleşmesinin taraflarının münhasır iradeleri haricinde kalan, gerçekleş-

⁷⁵ Bu tedbirler için bkz. Karayalçın (1984), s. 8 vd.; Can (2009), s. 12 vd.; Kubilay (2003), s. 51.

⁷⁶ Karayalçın (1984), s. 11.

⁷⁷ Karayalçın (1984), s. 11.

⁷⁸ Karayalçın (1984), s. 11; M. K. Omağ (1985). *Türk sigorta hukukunda rizikonun ağırlaşması sorunu*. İstanbul: Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları, s. 11, dp. 32.

⁷⁹ Karayalçın (1984), s. 11.

mesi veya gerçekleşme tarihi belirsiz olan, zarar veya başkaca uygun olmayan bir hal doğuran istikbale ait bir olay” şeklinde tanımlanabilir⁸⁰. Somut anlamıyla riziko ise, rizikonun vuku bulması demek olup, rizikonun vuku bulması ile meydana gelen somut tehlikeli olayı betimlemektedir⁸¹. Özdemir ise, sigorta hukuku anlamında rizikonun, “müstakbel, meşkûk ve zararlı bir olayın, tarafların iradesine tabi olmamak kaydı ile gerçekleşmesi ihtimali” olduğu görüşündedir⁸².

Risk her şeyden önce ileride vuku bulacak bir vakıadır⁸³. Zarar vuku bulmuşsa risk gerçekleşmiş demektir. Riskin bir diğer önemli unsuru da belirsizliktir⁸⁴. Bir başka ifadeyle risk, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olayı ifade eder. Sigorta hukukunda bu belirsizlik olayın gerçekleşmesi hususunda olabileceği gibi, gerçekleşme zamanına ilişkin bir belirsizlik de olabilir⁸⁵. Sözgelimi deprem sigortasında depremin meydana gelip gelmeyeceği belirsizdir; buna karşılık hayat sigortasında ise kişinin öleceği kesin olsa da, ölüm zamanı bilinmemektedir⁸⁶. Gerçekleşmesi imkânsız olaylar, ahlaka ve adaba aykırı rizikolar, sigortalının kasten meydana getirdiği olaylar (TTK md. 1278) ya da bir malın doğal yıpranma payı yani amortismanı, riziko olarak kabul edilemez⁸⁷.

Sigorta hukuku açısından risk kavramını çok çeşitli şekillerde sınıflandırmak mümkündür. Uluslararası Aktüerler Birliği sigortacılık risklerini, sigorta şirketinin karşılaşılabileceği riskleri göz önünde tutarak teknik risk, kredi riski, piyasa riski, faaliyet riski, likidite riski ve olay riski şeklinde sınıflandırmıştır⁸⁸. Diğer bir sınıflandırmaya göre ise riskler gözlemlenebilen - gözlenemeyen ve kontrol edilebilen - kontrol edilemeyen riskler olarak ikiye ayrılır⁸⁹. Ancak bu sınıflandırmalar hukuki olmaktan uzak

⁸⁰ Omağ (1985), s. 9.

⁸¹ Omağ (1985), s. 10.

⁸² N. Özdemir (1966). *Kredi sigortası*. Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, s. 19.

⁸³ Bozer (1965), s. 101; Kubilay (2003), s. 48; Özdemir (1966), s. 20.

⁸⁴ Bozer (1965), s. 102; Kubilay (2003), s. 48.

⁸⁵ Bozer, (1965), s. 102; Özdemir (1966) s. 19.

⁸⁶ Bozer, (1965), s. 102; Özdemir (1966) s. 19 vd.

⁸⁷ Omağ (1985), s. 10; Bozer (1965), s. 104; Özdemir (1966), s. 20 vd.

⁸⁸ A. G. Bölükbaşı ve B. Pamukçu (2009). *Sigortanın temel prensipleri*. İstanbul: Türkmen Kitabevi, s. 6 vd.

⁸⁹ Kubilay (2003), s. 49. Riskin önceden bilinebildiği riskler gözlemlenebilen, etkisi daha sonra ortaya çıkan ve ne tür bir etki meydana getireceği bilinmeyen riskler ise gözlenemeyen risklerdir. Diğerisi ise sonuçların kontrol edilebilip edilememesine göre yapılmış bir ayrımdır. Belirtelim ki, her iki risk türü de iç içe geçebilir. Mesela sigara alışkanlığı gözlenebilen ve kontrol edilebilen bir risk iken; nükleer savaşlar, maden kazaları ise gözlenebilen ama kontrol edilemeyen risk grubuna sokulabilir. Keza cep

olduğu gibi, birinci sınıflandırma riskleri sigorta şirketlerini esas alarak yapmış; ikincisi ise hangi tür risklerin sigorta hukukunun konusuna girdiği hususunu açıklamamıştır. Bu konudaki hukuki bir sınıflandırmayı Karayalçın yapmıştır. Yazar sigortacılık risklerini iktisadi sonuçları olup olmamasına göre bir ayrıma tabi tutmuştur.

Karayalçın'a göre riskler iktisadi neticesi olan ve iktisadi neticesi olmayan riskler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁹⁰. Yazar kişinin iç dünyasını ilgilendiren risklerin, iktisadi neticesi olmayan risklere verilebilecek güzel bir örnek olduğunu ifade etmiştir. Kişiler bu tip risklerin sonuçlarına katlanmak zorundadır. Bir başka ifadeyle iktisadi neticesi olmayan, para ile ölçülemeyen riskler, risk taşıyıcısının üzerindedir⁹¹. Ancak Karayalçın'a göre hakkında manevi tazminat ödemesine karar verilen kişi için, para ile ölçülebilen bir risk söz konusu olacağından, bunun sigorta ettirilmesi mümkündür⁹².

Yazar, iktisadi neticesi olan riskleri ise spekülative riskler ve tesadüfi riskler şeklinde ikiye ayırarak incelemiştir⁹³.

Spekülative riskler genellikle ticari faaliyetlerde söz konusu olan zarar etme ihtimali ile kumar ve bahis sözleşmelerindeki riskleri ifade eder. Sigorta hukukunun asıl ilgi konusunu tesadüfi riskler (saf riskler) teşkil etmektedir⁹⁴. Bu çeşit risklerde riskli sonucun meydana gelip gelmeyeceği ve hatta meydana gelme zamanı bilinmemektedir. Keza tesadüfi riskler malvarlığına doğrudan etki eden, bir başka deyişle, malvarlığının pasifinin artmasına ya da aktifinin azalmasına neden olan tehlikeleri bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla günümüz işletmelerinde yer alan risk yönetim birimlerinin temel amacı, işletmeleri bu tip risklerin zararlı sonuçlarına karşı korumak olmalıdır⁹⁵.

telefonu kullanımı gözlenebilir olmakla birlikte kontrol edilemeyen risklerdendir; bkz. Kubilay (2003), s. 49. Diğer bir sınıflandırma için bkz. aynı yazar, s. 50.

⁹⁰ Yazarın bu sınıflandırması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın (1984), s. 1 vd. Yazarın sigorta hukukunda riskleri, gerçekleşme nedenlerine ya da kaynağına göre doğadan kaynaklanan, insandan kaynaklanan ve teknolojik gelişmelerden kaynaklanan riskler şeklinde de sınıflandırmaktadır; Ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın (1984), s. 3 vd.; Can (2009), s. 10 vd.

⁹¹ Bu tip risklerin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkan zarar, maddi zarar değildir. Hatta mahkemenin manevi tazminata hükmetmesi bile, hükmedilen manevi tazminatı iktisadi sonuç haline getirmez. Zira manevi tazminat sadece elem ve kederi gidermek amacını taşır; bkz. Can (2009), s. 8.

⁹² Karayalçın (1984), s. 2.

⁹³ Karayalçın (1984), s. 2. Bu çeşit riskler, kişinin para ile ölçülebilen değerlerine yönelik tehlikeleri ifade etmektedir. Nitekim 6762 Sayılı TTK 1263/1'de, "Sigorta bir akitir ki bununla sigortacı bir prim karşılığında diğer bir kimsenin *para ile ölçülebilir bir menfaatini halele uğratan* bir tehlikenin (bir rizikonun) meydana gelmesi halinde tazminat vermeyi... üzerine alır." denilerek bu durum açıkça vurgulanmıştır; bkz. Can (2009), s. 8.

⁹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Karayalçın (1984), s. 2; Can (2009), s. 9.

⁹⁵ Karayalçın (1984), s. 83. Risk, zarara uğrama tehlikesi olduğuna göre, zarara uğrama tehlikesinin neye yönelik olduğunun belirlenmesi gerekir. Bu konudaki ihtimalleri düşündüğümüzde, zararlı sonucun malvarlığı veya şahıs varlığı üzerinde gerçekleşebileceğini görmekteyiz. Malvarlığı üzerinde gerçekleşen

2. Bankacılıkta Risk Kavramı

2.1. Tanımı Ve Özellikleri

Bankacılık riskleri, günümüzde banka hukukunda çözülmesi gereken en temel sorunu teşkil etmektedir⁹⁶. Öyle ki, bankaların zor duruma düşmeleri ile ilgili politikalar, bankaların kurulmasına yönelik kısıtlamalar, bankacılık faaliyetlerine yönelik sınırlamalar, kredi sınırları ve asgari sermaye yeterliliği gibi banka hukukundaki pek çok emredici düzenlemenin temelinde, bankaların haddinden fazla risk almalarının önüne geçmek amacı yatmaktadır⁹⁷.

Bankaların en önemli fonksiyonu günlük ekonomik yaşamın ihtiyaç duyduğu nakit akışını aralıksız bir şekilde sağlamaktır⁹⁸. Bir başka ifadeyle gündelik yaşamda kişilerin, sahip oldukları kaynakları kullanmadan ya da malvarlığı değerlerini elden çıkarmadan, ödemelerini düzenli olarak yerine getirebilmeleri; ihtiyaç duydukları nakdin, bankalar vasıtasıyla sağlanması suretiyle mümkün olmaktadır⁹⁹. Bankaların bu özelliği onların sürekli olarak ekonomik risk altında olmalarına yol açar¹⁰⁰.

Diğer ifadeyle bankaların fonksiyonları bankaların tasarrufları değerlendirme ve ödeme sistemlerindeki aracılık faaliyetlerinin doğal sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

zarar aktiflerin azaltan bir zarar olabileceği gibi, pasifleri çoğaltan bir zarar da olabilir. Keza gelirleri azaltan ya da giderleri artıran tehlikeleri de bu kapsamda ele alabiliriz. Şahıs varlığına yönelik tehlikelerden bazılarının, malvarlığı üzerinde de zarara neden olması mümkündür. Şahıs varlığına yönelik tehlikeleri kişinin maddi varlığına ya da manevi varlığına yönelmesine göre ikiye ayırdığımız takdirde, kişilerin maddi varlığına yönelik tehlikelerin, sonuçta, bir malvarlığı zararına neden olabileceği kuşkusuzdur. Mesela trafik kazası geçiren kişinin, bu kaza nedeniyle uğradığı iş gücü kaybı, yaptığı tedavi giderleri hep birer malvarlığı zararıdır. Ölüm, işsiz kalma gibi durumları da bu kapsamda ele alabiliriz; bkz. Karayalçın (1984), s. 5 vd.; Can (2009), s. 12.

⁹⁶ J. R. Macey (1988-89). The Political Science of Regulating Bank Risk. *Ohio St. L. J.*, 49, s. 1277. Bunun nedeni bankacılık risklerinin pek çok durumda ekonomik düzeni sarsabilecek etkilerinin olabilmesidir; bkz. Y. Coşkun (2008). *Bankalarda öz disiplin süreçlerinin etkinliğinin değerlendirilmesi*. Ankara: SPK Yayınları, s. 12.

⁹⁷ Macey (1988-89), s. 1277. Coşkun, bankaların halktan topladığı mevduata “durgun sermaye” adını vermiş ve bankaların bu sermayenin ekonomide fiilen kullanılmasına aracılık ettiğini dolayısıyla bilanço yapısı itibarıyla diğer ekonomik aktörlerden tamamen farklı bir fonksiyon üstlendiklerini belirtmiştir. Yazara göre bankaların bilanço yapılarındaki bu farklılık ve ekonomideki kaynak dağılımında üstlendikleri rol, bankaları yüksek riskli birer işletme haline getirmektedir. İşte bankalara yönelik yoğun devlet müdahalesinin temelinde de bu risk unsuru yer almaktadır; bkz. Coşkun (2008), s. 3.

⁹⁸ Luhmann (2006), s. 180.

⁹⁹ Luhmann (2006), s. 181.

¹⁰⁰ Luhmann (2006), s. 182.

Bu fonksiyonlardan en önemlisi mevduat sahiplerinin elindeki likitleri, krediler vasıtasıyla likit olmayan yatırımlara kanallandırmaktır. Mevduat sahipleri tasarruflarının yatırıma dönüşmesini arzu ederler. Ancak hangi yatırımcıya ne miktarda tasarruf aktarılacağına, mevduat sahipleri adına, bu işin uzmanı olan bankalar karar vermektedir. Bu durum bankaları riskin de merkez kurumu haline getirmektedir.

Yine bankaların, en küçüğünden en büyüğüne tüm ekonomik aktörler arasındaki transfer işlemlerine aracılık etmesi de bankaların bir diğer önemli fonksiyonu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bankaların piyasadaki ödeme sistemini yönetmesi nedeniyle tasarruflar yatırıma dönüşmekte, maliyetler azalmaktadır. Bu sebeple de bankalar yüksek düzeyde risk taşıyan işletmelerdir¹⁰¹.

O halde bankacılıkta risk yönetimi hem bankanın kendi risklerini yönetmeyi ve hem de tasarruf sahiplerinin risklerini yönetmeyi içeren bir özelliğe sahiptir.

Risk kavramının bankacılık açısından ne denli önemli olduğunu Abaç, “Risk, bankacılık sanatının temel mefhum ve müesseselerinden biridir” şeklinde ifade etmiştir¹⁰². Battal ise bankacılığı “risk alma ve riski yönetme mesleği” olarak nitelendirmiştir¹⁰³. Her iki yazarın da tespitleri çok yerindedir. Zira ticari işletmeler kâr elde etmek amacıyla kurulsalar da; ticari hayatın risklerle dolu olması, zarara uğrama tehlikesini de beraberinde getirmektedir. Bir başka ifadeyle işletmelerin yegâne amacı kâr elde etmek olsa da; bu amaç, bünyesinde her zaman için zarara uğrama tehlikesini de barındırmaktadır¹⁰⁴.

Abaç, bankacılıkta risk kavramını, “müşterilere borç verilen paraların vadelerinde, eğer vade yoksa talep edildiğinde geri alınamama ihtimal ve tehlikesidir” şeklinde tanımlamış ve bankacılık açısından risk kavramı ile kastedilenin kredi kavramının bizatihi kendisi olduğunu savunmuştur¹⁰⁵. Tekinalp’e göre ise dar anlamda bankacılık riski, “bir bankanın kredi vererek veya herhangi bir şekilde sorumluluk üstlenerek aldığı toplam yük ve bundan doğan tehliktir”¹⁰⁶. Ancak yazara göre Bank’ın risk kavramına yaklaşımı sadece krediyi esas alan bu klasik tanımın çok ötesindedir. Zira Bank, risk kavramını sadece verilen kredilerin miktarına göre değil, bilakis oldukça geniş bir perspek-

¹⁰¹ Coşkun (2008), s. 4.

¹⁰² Abaç (1962), s. 543.

¹⁰³ A. Battal (2007). *Bankacılık Kanunu şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları, s. 169.

¹⁰⁴ Abaç (1962), s. 543.

¹⁰⁵ Abaç (1962), s. 543 vd.

¹⁰⁶ Ü. Tekinalp (2009a). Bankacılık Kanunu’nun kredi düzeninin merkez kavramı risk ile bundan doğan sorumluluk üzerine notlar. *Bankacılar Dergisi*, 71, s. 61.

tiften yola çıkarak ele almıştır¹⁰⁷. Nitekim BanK'nun esasını teşkil eden Basel I ve Basel II'de de risk kavramı bu şekilde değerlendirilmiş; sermaye yeterliği, bankaların doğru bir şekilde denetim ve gözetimi ile piyasa düzeni olmak üzere üç temel yapı taşı üzerine oturtulmuştur¹⁰⁸. Keza BankK, risk kavramının zaman içinde gösterdiği anlam değişikliği ile yeni risk türlerinin ortaya çıkmasına paralel olarak, kredi kavramının kapsamını oldukça geniş tutmuştur (BanK md. 48/1)¹⁰⁹.

Kaplan ise, meseleye bankacılık faaliyetleri açısından yaklaşmış ve bankacılık faaliyetlerinin bir kutbunda teminat, kârlılık ve likidite yeterliliği unsurlarının yer aldığını; diğer kutbunda ise risk unsurunun bulunduğunu belirtmiştir¹¹⁰.

Günümüzde risk kavramı ile ilgilenen bilim dallarının başında, finans bilimi gelmektedir. Finans bilimine göre risk hesaplanabilen bir değerdir. Finans bilimi risklerin gerçekleşme olasılığının ekonometrik modellemeler vasıtasıyla önceden belirlenmesi ve buna yönelik tedbirler alınması için çaba sarf eder. Ünlü Alman sosyolog Beck'in biraz da alaycı bir ifadeyle, "riskler matematik satar, matematikle gösteriş yaparlar" ifadesi¹¹¹, kanaatimizce özellikle finans bilimcileri açısından gerçeği fazlasıyla yansıtmaktadır.

Oysa risk kavramını sorumluluk hukuku açısından değerlendirdiğimizde, riskin hesaplanabilir olup olmamasının sorumluların tespiti açısından ayırt edici özelliğinin bulunmadığını görürüz. Riskin hesaplanması, olsa olsa yanlış formül kullanılması ya da yanlış hesap yapılması ya da maruz kalınan riskin göz ardı edilmesi halinde doğacak zarardan kimin sorumlu olacağı belirlenirken hukuki bir anlam ifade edebilir. Zira sorumluluk hukuku için önemli olan husus, riskin gerçekleşmiş ve zararın doğmuş olmasıdır. Geriye, sorumluluğun diğer şartları ve bilhassa kusur şartının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tesbiti kalır. Bu yönüyle risk kavramı kusur kavramı ile de yakından ilgilidir ve riskin hesaplanması kusurun derecesinin ve ağırlığının hesaplanmasında işe yaradığı ölçüde hukuki bir kavram olur.

¹⁰⁷ Tekinalp (2009a), s. 61.

¹⁰⁸ Tekinalp (2009a), s. 62.

¹⁰⁹ Tekinalp (2009a), s. 62.

¹¹⁰ İ. Kaplan (2006). Bankaların gözetimi, denetimi ve hukuki sorumluluk. *Batider*, 23 (3), s. 9.

¹¹¹ Bkz. U. Beck (2005). *Siyasallığın İcadı*. (Çev: Nihat Ülner). İstanbul: İletişim Yayınları, s. 46.

2.2. Bankacılık Mevzuatındaki Yeri

Hemen belirtelim ki, ülkemizde bankacılık alanında risk kavramına doğrudan yer veren ilk kanun, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'dur. 4389 Sayılı Bankalar Kanunu'nun 8. maddesinin 4. fıkrasında, "Bankalar, işlemleri nedeniyle karşılaştıkları risklerin izlenmesi ve kontrolünü sağlamak amacıyla faaliyetlerinin kapsamı ve yapısıyla uyumlu, esas ve usulleri Kurumca çıkarılacak yönetmelikle belirlenecek etkin bir iç denetim sistemi ile risk kontrol ve yönetim sistemi kurmakla yükümlüdürler." hükmüne yer verilmiştir.

Yine 4389 sayılı Kanuna dayanılarak çıkartılan Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetimi Sistemleri Hakkında Yönetmelik'in 2. maddesinde risk kavramı, "Bir işleme ilişkin bir parasal kaybın ortaya çıkması veya bir giderin ya da zararın vuku bulması nedeniyle ekonomik faydanın azalması ihtimali" olarak tanımlanmıştır. Yine aynı yönetmeliğe göre bankacılıkta riskler kontrol edilebilir ve kontrol edilemeyen riskler olmak üzere ikiye ayrılmıştır¹¹². Bu yönetmelik aynı zamanda risk yönetim sistemi, risk yönetim grubu ve risk yönetim elemanlarını da tanımlamış ve bankacılık risklerinin yönetilmesi ile ilgili ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir¹¹³.

5411 Sayılı Bank'na gelince; risk kavramı, Bank anlamında kredi düzeninin omurgasını teşkil etmektedir¹¹⁴. Gerçekten de Bank'nun odak noktasında risk kavramının yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte Bank risk kavramını tanımlamamıştır. Risk kavramının, Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik'te tanımlanmış olduğunu görüyoruz¹¹⁵. Adı geçen yönetmeliğin 3/1-j maddesinde risk, "Bir işleme ya da faaliyete ilişkin bir parasal kaybın ortaya çıkması veya bir giderin ya da zararın oluşması halinde ekonomik faydanın azalması ihtimali" olarak tanımlanmış-

¹¹² Kontrol edilebilir riskler, risk azaltıcı tekniklerin kullanılması veya risk doğuracak işlemlere limitler uygulanması suretiyle bankanın zarara uğrama ihtimalinin azaltılmasının mümkün olduğu risklerdir. Kontrol edilemeyen riskler ise, kontrol edilebilir risklerin, zaman içinde değişebilirliğine bağlı olarak, herhangi bir risk ölçme ve azaltma tekniği kullanmak veya limit uygulamak suretiyle gerçekleşme olasılığı önceden tahmin edilemeyen ve ortaya çıktığı anda gerçekleşen zarar riskini ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle kontrol edilemeyen riskler, risk azaltma teknikleri ile gerçekleşmesinin önüne geçilemeyen risklerdir.

¹¹³ Keza yönetmeliğin 30. maddesinde kredi riski, işlemin sonuçlandırılmaması riski, işlemin sonuçlandırılma öncesi oluşan risk, ülke riski, transfer riski, likidite riski, piyasa riski, faiz oranı riski, operasyonel risk, mevzuata ilişkin yetersiz bilgi riski, itibar riski, düzenlemelere uyulmaması riski gibi riskler tanımlanmıştır. Yine Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelikte de genel piyasa riski, faiz oranı riski, hisse senedi pozisyon riski, kur riski ve spesifik risk kavramlarının tanımı yapılmıştır.

¹¹⁴ Tekinalp, (2009a), s. 61.

¹¹⁵ 01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı RG

tır. Bu tanım eleştiriye açıktır. Zira zarar kavramı zaten mahiyeti gereği bir parasal kaybı ve ekonomik faydanın azalmasını bünyesinde barındırmaktadır. Hemen belirtelim ki, BanK’na dayanılarak çıkartılan yönetmeliklerde bankacılık riskleri kapsamlı bir şekilde sınıflandırılarak tanımlanmıştır¹¹⁶.

BanK’da risk kavramına pek çok yerde atıfta bulunulmuştur. Bu atıflar dikkatlice incelendiğinde BanK’nun bankaların yönetimini, kredi düzenini, mali yapılarını ve denetlenmesini bankacılık risklerini esas alarak şekillendirdiği ortaya çıkmaktadır.

BanK, Basel Standartları’ndan da esinlenerek bankaların idari organizasyon yapılarında risk yönetimi odaklı bir düzenleme getirmeye çalışmıştır. Kanun koyucu bu hususa o kadar önem vermiştir ki, bankaların kuruluş şartları arasında yapısal örgütlenmesini gösteren bir faaliyet programını; iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemi de dâhil olmak üzere ibraz etmesi şart koşulmuştur (BanK md. 7/I-j).

Bankacılık risklerinin gözetiminden sorumlu organları, en tepesinde birinci derecede sorumlu organ olan yönetim kurulunun yer aldığı bir piramide benzetmek mümkündür. Gerçekten, BanK risklerin izlenmesi görevinin yönetim kuruluna ait olduğunu açıkça belirtmiş ve bunun için gerekli birimlerin kurulması ve birimler arasındaki iş bölümünün yapılmasından yönetim kurulunu sorumlu tutmuştur. Nitekim BanK’nun 23. maddesinin üçüncü fıkrasında, “İç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin ilgili mevzuata uygun olarak tesis edilmesi, işlerliğinin, uygunluğunun ve yeterliliğinin sağlanması, finansal raporlama sistemlerinin güvence altına alınması, banka içindeki yetki ve sorumlulukların belirlenmesi yönetim kurulunun sorumluluğundadır.” denilerek bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Yönetim kurulunun bu görevi bizzat yerine getirmesi oldukça zordur. Özellikle son yıllarda bankacılığın gittikçe karmaşık ve kapsamlı hale gelmesi, bankacılıkta dene-

¹¹⁶ Bu yönetmelikler içerisinde Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik ayrıca anılmalıdır (01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı RG). BSYÖDY, emtia riski, faiz oranı riski, genel piyasa riski, hisse senedi pozisyon riski, kur riski, operasyonel risk, piyasa riski, spesifik risk ve takas riski gibi kavramların tanımlarını yapmıştır.

Bunun yanı sıra BDDK’nın yine Basel II düzenlemelerine uyum amacıyla hazırladığı Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik taslağında risk tanımı değişmemiş ancak eski yönetmelikten farklı olarak pek çok yeni risk türünün tanımlarına yer verilmiştir. Yönetmelik taslağında tanımlanan riskler şunlardır: Artık risk, baz riski, dolaylı ülke riski, fonlamaya ilişkin likidite riski, hazine riski, ikame maliyeti riski, itibar riski, kredi riski, likidite riski, makroekonomik risk, opsiyonelite riski, piyasaya ilişkin likidite riski, stratejik risk, transfer riski, ülke riski, verim eğrisi riski, yasal risk, yayılma riski, yeniden fiyatlama riski. Ayrıca risk iştahı, risk kapasitesi, risk toleransı gibi kavramlar da kullanılmıştır; bkz.

http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/turkce/Mevzuat/Duzenleme_Taslaklari/Duzenleme_Taslaklari.aspx (Erişim tarihi: 21.11.2011).

tim kavramına olan bakış açısında önemli değişiklikler yapılmasını zorunlu kılmıştır. Denetim anlayışındaki bu gelişmelere paralel olarak BanK iç kontrol, iç denetim ve risk yönetimi birimleri ve bu birimlerin çalışmalarını kontrol etmek amacıyla da “Denetim Komitesi” kurulması zorunluluğu getirilmiştir (BanK md.24).

BanK, bankaların mali yapılarına ilişkin düzenlemelerde de bankacılık risklerini esas almıştır. BanK’na göre sermaye yeterliliği ile kastedilen husus maruz kalınan riskler nedeniyle oluşabilecek zararlara karşı yeterli özkaynak bulundurulmasıdır (BanK md.45). Bu oran yüzde sekiz oranından az olamaz (BanK md.45).

BanK kredi düzenini de riskleri temel alarak şekillendirmiştir. Bankacılık işlemlerinin temelini kredi faaliyetleri oluşturmaktadır. Verilen her kredi banka için geri dönmeme riskini de bünyesinde barındırır. Bir başka ifadeyle bankacılıkta kredi eşittir risktir. Geri dönmeme riskinin büyüklüğü de kredinin kimlere ve hangi oranlarda verildiği ile doğru orantılıdır. Bu anlamda BanK’nun 49. maddesinde risk grupları ihdas edilmiş ve aralarında bağlantı bulunan bazı gerçek ve tüzel kişilere kullandırılan kredileri tek bir kişiye kredi olarak değerlendirilmiştir.

BanK ister tek bir kişiye ister bir risk grubuna olsun, kullandırılacak kredilere bazı sınırlandırmalar da getirmiştir. Gerçekten de bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullandırılacak kredilerin toplamı özkaynakların yüzde yirmibeşini aşamaz (BanK md.54/I). Bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna özkaynakların yüzde onu veya daha fazlası oranında kullandırılan krediler büyük kredi sayılır ve bunların toplamı özkaynakların sekiz katını aşamaz (BanK 54/IV).

Son olarak BanK’nun bankaların denetimini ile ilgili 66 vd. maddeleri incelendiğinde, kanunun bankaların denetimini, bankacılık risklerinin kötü yönetilmesinin ya da kötüniyetli olarak artırılmasının engellenmesine odaklandığı anlaşılmaktadır.

2.3. Bankaları Risk Yönünden Farklı Kılan Nedenler

Bankaların diğer işletmelere göre önemli yapısal farklılıkları bulunmaktadır. Her şeyden önce, tehlikeli sonucun yani zararın gerçekleşmesi, bankalar açısından, sıradan bir işletme ile mukayese edilemeyecek sonuçlara neden olur¹¹⁷.

Sıradan bir işletmenin zarara uğraması ve çökmesi halinde bu çöküşten etkilenecekler sınırlı sayıda iken; bir bankanın çöküşünden muhtemelen tüm toplum etkilene-

¹¹⁷ Bu konudaki kayda değer açıklamalar için bkz. Abaç (1962), s. 543.

cektir. Bunun nedeni, bankaların, riske atarak zarara uğramasına neden olduğu kaynakların neredeyse tamamının halktan toplanan mevduat olmasıdır. Kısacası bir bankanın gidişatına etki eden zararından sadece banka tüzel kişiliği ve bankanın ortakları değil; aynı zamanda çok geniş bir kitlenin de etkilenmesi doğaldır. Zarar görecektir kitlenin bu denli geniş olması, kanun koyucuları da kayıtsız bırakmamış; gerek riskleri denetleyecek, gerekse risklerin gerçekleşmesinden sonra yayılmasını önleyecek düzenlemeler yapmaya itmiştir¹¹⁸.

Bankaların diğer ticari işletmelerden farklılıkları bununla sınırlı değildir. Bankaların faaliyetlerinin kamu düzeni ile yakın bağlantısı, bankacılığın bir kamu faaliyeti, bankaların da yarı kamu kuruluşu olduğu fikrinin ileri sürülmesine yol açmıştır¹¹⁹. Nitekim bankaların kurulması ve faaliyete geçmesinin, diğer anonim şirketlere göre özel izinlerin alınmasını gerektirmesi, banka yöneticilerinde aranan şartlar, bankaların faaliyet alanlarının sınırlandırılması, hep bankaların bu istisnai ve sıra dışı yapılarının sonuçları olarak karşımıza çıkmaktadır¹²⁰. Keza kanun koyucunun bankaların mali yapılarına özel ilgi göstermesi ve bankalar için sermaye yeterliği, likidite yeterliliği gibi konularda çeşitli standartlar getirmesi de bankaların farklılığının bir başka görünümüdür¹²¹.

Bankaların yukarıda belirttiğimiz farklı özelliklerinden yola çıkan Battal, konu hakkında oldukça önemli tespitlerde bulunmuştur. Bilindiği gibi bankalar, anonim şirket şeklinde kurulan tüzel kişiliğe sahip kuruluşlardır. Bankaların anonim şirket şeklinde örgütlenmesinin nedeni, anonim şirket tipinin banka işletmesi için olabilecek en uygun kurumsal yapıyı öngörmesidir. Bankaların anonim şirket şeklinde kurulmalarının en önemli nedeni sınırlı sorumluluk ilkesi, hisse senetlerinin halka açılma imkânı ve kurumsal yönetim ilkeleri ile birlikte profesyonel bir yönetimin en iyi ancak anonim şirket yapısıyla mümkün olabilmesidir¹²².

¹¹⁸ Coşkun (2008), s. 12; İmregün'ün şu açıklamaları çok manidardır: "Bir tüccar işini iyi idare edemezse, ehil değilse, ileriye göremezse, müdebbir değilse işi kötüye gider, nihayet iflas eder. Kaybolan, kendi sermayesi ve belki kendisine itimat eden pek mahdut sayıda bir alacaklı zümresidir. Hâlbuki bir bankanın idarecileri ehil değilse, kısa görüşlü, cahil kimselerse, banka riskli işlere girer, ihtiyatsızca hareket ederse işler kötüye gider, nihayet banka iflas edebilir. Fakat bu sadece sermayedarları değil, muazzam bir halk topluluğunu da mutazarrır eder. Bu itibarla devlet... mudileri korumak, onların mevduatlarının emniyetini sağlamak zorundadır. Bunun için bankacılığa müdahaleden başka çare yoktur."; bkz. İmregün (1957), s. 2.

¹¹⁹ Bu görüşler için bkz. A. Battal (2001). *Güven kurumu nitelendirmesi ışığında bankaların hukuki sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 46.

¹²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Battal (2001), s. 45 vd.

¹²¹ Battal (2001), s. 58 vd.

¹²² Battal (2007), s. 87.

Ancak bankaları yapısal olarak dikkatlice incelediğimizde bankaların anonim şirketlerden çok büyük oranda farklı noktaları bulunduğu görülecektir¹²³. Bir kere bankalar üzerinde devletin yoğun denetim ve gözetimi söz konusudur. Banka kurmak için özel koşullar öngörülmüştür. Bankalarda hisse senetlerinin devri özel bir prosedüre tabidir. Daha da önemlisi sınırlı sorumluluk ilkesine BanK'nun 110. maddesi ile çok önemli bir istisna getirilmiştir. İşte bütün bu düşüncelerden yola çıkarak Battal, şu açıklamalarda bulunmuştur¹²⁴:

“Böylece banka anonim şirketi TTK'daki anonim şirket tipinden önemli ölçüde uzaklaştırılmış, anonimliği bertaraf edilmiş ve deyim yerindeyse hukuki mutasyon sonucunda yeni bir şirket tipi meydana getirilmiştir. Bu yeni şirket tipinin temel özellikleri; ortakların ve devletin denetimi ve sermayenin profesyonelce yönetilmesini sağlayacak kurumsal yapıya ve sermaye yoğunlaşmasını sağlayacak halka açılma imkânlarına sahip olmasıdır”

Yazarın bu görüşlerine katılmamak mümkün değildir. Gerçekten de, BanK bankaların anonim şirket şeklinde kurulmalarını istemiş ancak bankalar hakkında sevk ettiği hükümlerle bankaları anonim şirketlerden önemli ölçüde farklılaştırmıştır¹²⁵. BanK'nun bankaları farklı kılan hükümlerinden bazıları şunlardır:

-BanK'nun 4. maddesi diğer anonim şirketlerden farklı olarak, bankaların faaliyet konularını bu maddede sayılan hususlarla sınırlamıştır.

-BanK diğer anonim şirketlerden farklı olarak bankaların kuruluşunu ve faaliyete geçmelerini birbirinden ayırmakla kalmamış her ikisini de ayrı ayrı izne tabi tutmutur¹²⁶. Ayrıca bankaların kurulması ve faaliyete geçmesinde aranılan şartlar, diğer

¹²³ Battal (2007), s. 88.

¹²⁴ Battal (2007), s. 88.

¹²⁵ Ayrıca bu konuda Battal'ın bankaların farklılıklarına dair açıklamalarına da bakılmalıdır; bkz. Battal (2001), s. 21 vd.

¹²⁶ Yürürlükteki mevzuata göre banka anonim ortaklığının kurulması için öncelikle STB'den izin alınması gerekir. Bu hükmün dayanağını 6762 sayılı TTK'nın 280. maddesi ile STB'nin 2003/3 sayılı tebliği oluşturmaktadır. Bu iznin alınmasından sonra BanK'nun 6. maddesine göre BDDK'dan kuruluş izni almak gerekmektedir. BDDK bu izni, kurulun en az beş üyesinin olumlu oyu ile verebilecektir.

Ancak bu konuyla ilgili 6102 sayılı TTK'nın, 333. maddesi şöyle bir hüküm içermektedir:

“Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilan edilecek anonim şirketler Sanayi ve Ticaret Bakanlığının izni ile kurulur. Bu şirketlerin esas sözleşme değişiklikleri de aynı Bakanlığın iznine bağlıdır. Bakanlık incelemesi sadece kanunun emredici hükümlerine aykırılık bulunup bulunmadığı yönünden yapılabilir. Bunun dışında hukuki konumu, niteliği ve işletme konusu ne

anonim şirketlere göre çok farklı olup, bu konularda izin verecek makama oldukça geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.

-BanK'nun 8. maddesinde yer alan banka kurucularında aranan şartlar, diğer anonim şirket kurucularına göre oldukça farklıdır. Banka kurucularında aranan şartlar incelendiğinde, bu şartların getirilmesindeki en temel amacın yönetim gücünün kötüye kullanılmasını önleyerek, bankanın daha kurulduğu aşamada aşırı riskli bir yapıya sahip olmasının önüne geçmek olduğu görülecektir.

-BanK bankaların yönetim yapısını diğer anonim şirketlerden oldukça farklı bir şekilde düzenlemiştir. Örneğin diğer anonim şirketlerden farklı olarak denetim komitesi kurulması zorunlu hale getirilmiş (md. 24); yine diğer anonim şirketlerde bulunmayan genel müdürlük adında bir organa yer verilmiştir (md. 25). Ayrıca bankaların iç sistemlerini kurması ve etkin bir şekilde işlemlerini sağlaması öngörülmüştür (md. 29 vd).

-BanK, bankaların tüm faaliyetlerini BDDK'nın yoğun gözetim ve denetimine tabi tutmuştur (md.65).

-Bankaların mali durumunun bozulması durumunda alınacak önlemler; diğer anonim şirketlere nazaran oldukça farklıdır. Mali durumu bozulan bankalar hakkında BanK md. 67 vd. maddeleri uygulanacakken; diğer anonim şirketler hakkında 6762 sayılı TTK md. 324 ve 6102 sayılı TTK md. 376 vd. hükümleri uygulanacaktır.

Görüldüğü gibi bankalar anonim şirket şeklinde kurulsun da; BanK'nun pek çok düzenlemesi karşısında anonim şirketlerden oldukça farklı hükümlere tabi tutulmuşlardır. Bankaların bu kadar farklı hükümlere tabi tutulmasının temelinde, bankacılık riskle-

olursa olsun anonim şirketin kuruluşu ve esas sözleşme değişiklikleri herhangi bir makamın iznine bağlanamaz.”

Bu ifade karşısında 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte bankaların kuruluşunda BDDK izninin alınıp alınmayacağı sorusu gündeme gelebilir. 6102 sayılı TTK md. 333'ün hükümet gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir:

“Anonim şirketlerin kuruluşunda ve esas sözleşme değişikliklerinde... dar istisnâli normatif sistem 6762 sayılı Kanunda aynen korunmuştur. Ayrıca, anonim şirketin kuruluşunun ve esas sözleşme değişikliğinin hiçbir makamın iznine tâbi tutulamayacağı kesin bir tarzda belirtilerek normatif sistemin, hükümdaki istisna dışında mutlak olarak uygulanması vurgulanmıştır. Bu kesin kural SPK ve BDDK başta olmak üzere diğer özerk kurumları da kapsar. Kamu menfaati yönünden, kontrolün gerekli olduğu hallerde ilgili makam, isteklerini STB aracılığı ile gerçekleştirebilir. Böylece Devlet kontrolünde bütünlük sağlanmış, çok başlılık ve öznellik hukukun üstünlüğüne aykırı kabul edilmiş ve ana sistemin istisnalarla yozlaştırılmasına engel olunmuştur. Hükümdeki “hukukî konum ve nitelik” ile anonim şirketin kamusal yönü bulunup bulunmadığı, işletme konusunun kamu hizmeti yönünden özellik taşıyıp taşımadığı, halka açık olup olmadığı veya benzeri özellikleri haiz olup olmadığı kastedilmiştir. Ancak bu hüküm SPK, BDDK ve benzeri kurumların kendi ilke ve kriterlerini Sanayi ve Ticaret Bakanlığına bildirmelerine ve bu Bakanlık ile bu konuda işbirliği yapmalarına engel oluşturmaz.”

rinin gerçekleşmesi halinde meydana gelecek zararın ve bu zarardan etkilenecek kitlenin büyüklüğü yatmaktadır.

2.4. İktisat Biliminin Bankacılık Risklerine Bakışı

2.4.1. Asimetrik bilgi, ahlaki riziko ve kredi tayinlaması kavramları

Bankacılıkta risk kavramı hakkında iktisat doktrininin görüşleri de önem taşımaktadır. Bu kapsamda özellikle 1970’li yıllardan itibaren iktisatçılar arasında yoğun incelemelere konu olan asimetrik bilgi, ters seçim, ahlaki riziko ve kredi tayinlaması kavramları hakkında kısa bir bilgi vermenin yararlı olduğunu düşünmekteyiz. Zira ters seçim ve ahlaki riziko kavramlarının ABD’de yaşanan mortgage krizi başta olmak üzere pek çok finansal krizin başlıca nedenlerinden biri olduğu ileri sürülmektedir¹²⁷. Asimetrik bilgi kavramı ve yol açtığı sorunlar, ilk olarak George Akerlof tarafından ve 1970 yılında yayınladığı “limon piyasaları” isimli makalesiyle ortaya atılmıştır.

Asimetrik bilgi, sözleşme taraflarından birisinin diğerine göre daha az bilgi sahibi olması ya da bir tarafın sahip olduğu bilginin diğer tarafça bilinmemesi anlamına gelmektedir. Bu bilgi eksikliği ise ters seçim, ahlaki riziko ve kredi tayinlaması gibi sorunlara yol açmaktadır.

Bu teoriye göre bankalar hiçbir zaman kredi müşterilerinin borç ödeme kabiliyetlerini ve niyetlerini, kredi talep eden müstakbel müşteriler kadar iyi bilemez. Bu konuda bankaların bir bilgi eksikliği bulunmaktadır. Oysa kredi talep edenler içerisinde dürüst ve borcuna sadık müşteriler olabileceği gibi, tam tersi de söz konusu olabilir. Dolayısıyla bankalar, eksik bilgiden kaynaklanan bir ters seçim riski ile karşı karşıyadır. Eğer bankalar ters seçim riskini göze alırlarsa verdikleri kredilerin geri dönmemesi riskini de üstlenmiş olurlar. Ayrıca kredi talebinde bulunan borçluların geri ödeme niyeti olan dürüst borçlular olduğu düşünülse bile; bunların da aldıkları krediyi, verilme amacı di-

¹²⁷ Bu kavramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A.İ. Karacan (1999). Sunuş. [*Goldstein ve Turner. Yükselen ekonomilerde bankacılık krizleri*] içinde. İstanbul: Dünya Yayınları, s. 64 vd.; M. Erdoğan (2008). Bankacılık sektöründe asimetrik bilgi: sorunlar ve çözüm önerileri. *DPÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 20, s. 1 vd.; A. Şen (2006). Asimetrik bilgi- finansal kriz ilişkisi. *DPÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, 14, s. 1 vd.; D. Alantar (2008). Küresel finansal kriz: nedenleri ve sonuçları üzerine bir değerlendirme. *Maliye Finans Yazıları*, 81, s. 1 vd.; M.M. Fidan, (2011). Kobi kredi piyasasında asimetrik bilgi ve ahlaki tehlike: Laleli örneği, *Maliye Finans Yazıları*, 90, s. 42 vd.; S. Er (2007). Devletin bankacılık sektöründeki düzenleyici ve denetleyici görevi ve Türkiye uygulaması. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, s. 60 vd. ; A. Keleş (2009). Basel kriterlerinin iç kontrol açısından Türk bankacılık sektörüne etkileri ve öneriler. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, s. 14 vd.

şında kullanması da mümkündür. Örneğin büyük bir projenin finansmanı için alınan kredinin, başka bir bankaya olan kredinin kapatılmasında kullanılması gibi¹²⁸. İşte buna da ahlaki riziko adı verilmektedir.

Her iki riske karşı bir tedbir olarak geliştirilmiş bulunan kredi tayinlaması kavramı ise, kredi talep edenlerin yüksek oranlı faize rıza göstermek istemelerine rağmen bankaların kredi kullandırmaması ya da talep edilenden daha az miktarda kullandırması anlamına gelmektedir¹²⁹.

ABD’de yaşanan mortgage krizinin nedenlerinden birinin de, bankaların piyasadaki rekabet ve daha fazla kâr güdüsüyle asimetrik bilgi eksikliğine rağmen kullandıkları konut kredileri olduğu ileri sürülmektedir¹³⁰. Buna göre bankalar, müşterilerin ödeme güçlerini yeteri kadar araştırmadan, sadece beyana dayalı olarak kredi kullandırımında bulunmuş; krediler geri dönmeyince de dominonun taşları birer birer yıkılmaya başlamıştır. Bunun üzerine bankalar kredi arzını azaltmışsa da, bu sefer de ödeme kabiliyeti bulunmayan borçluların çokluğu bankaların ters seçimlerde bulunmalarına neden olmuş ve kriz daha da derinleşmiştir.

Bu açıklamaların ışığı altında ABD mortgage krizinin nedeninin asimetrik bilgi eksikliği değil; olsa olsa bu eksikliğe bankalar tarafından bilerek göz yumulması olduğunu söyleyebiliriz. Öyle ki, krizden önce ABD piyasasındaki likidite bolluğu nedeniyle sırf kâr elde etmek amacıyla, hiçbir geliri olmayanlara dahi konut kredisi kullandırılması bunun açık bir delilidir¹³¹. Nitekim Gürsoy’un şu ifadeleri ABD mortgage krizinin nedenlerini gayet güzel açıklamaktadır¹³²:

“Kriz ABD’deki bankaların kontrolsüz konut kredileri yüzünden başladı. ABD bankaları, ödeme gücü olmayan kişilere verdikleri konut kredilerini paketleyip tahvil haline getirdiler ve bu toksik, yani zehirli kağıtları birbirlerine ve Avrupa bankalarına sattılar... Tahvil haline getirilip satılan konut kredisi paketlerinin teminatı, verilen krediler karşılığında ipotek edilen ev-

¹²⁸ Fidan (2011), s. 45. Alınan kredinin daha riskli yatırımlarda kullanılması da mümkündür; bkz. Keleş (2009), s. 15.

¹²⁹ Fidan (2011), s. 46; Şen (2006), s. 4; Er (2007), s. 66. Bankaların kredi arzını bu şekilde azaltması ise piyasada yeni bir denge oluşmasına sebebiyet verecek ve ülke ekonomisi için faydalı pek çok projenin finansman bulamaması sorununa yol açacaktır; bkz. Keleş (2009), s. 15.

¹³⁰ Bkz. Erdoğan (2008), s. 2 vd.; Alantar (2008), s. 2.

¹³¹ Alantar (2008), s. 2.

¹³² M. Gürsoy (2009). *Ekonomik ve finansal krizler dünü bugünü*. İstanbul: MG Yayınları, s. 191.

lerdi. Ev fiyatları düşünce, gösterilen teminat borcu karşılayamaz hale geldi. Dolayısıyla bu kağıtların ikinci el değeri düştü. ABD krizi bastırmakta geç kalınca, bu kez emtia fiyatları gerilemeye başladı ve bunlar üzerine bina edilen varlıklar ve vadeli işlemlerdeki pozisyonlardan inanılmaz zararlar oluştu. Lehman Brothers'ın batışıyla da piyasa çöktü”

Asimetrik bilgi eksikliği ile ilgili çalışmaları incelediğimizde, iktisatçıların bu sorunun yüksek faiz, ön eleme, teminatlı işlem, kredi tayinlaması, bilgi paylaşımı gibi yollarla giderilebileceği yönünde hemfikir olduklarını görmekteyiz¹³³. Dolayısıyla kredi kullandırılırken teminatlı işlem ilkesine uygun davranıldığı, gerekli istihbaratın yapıldığı ve seçici davranıldığı takdirde asimetrik bilgiden kaynaklanan risklerin en aza indirilebileceğini düşünmekteyiz.

2.4.2. Hukukçuların konuya yaklaşımı

İktisat doktrini tarafından geliştirilen ahlaki riziko kavramı, son zamanlarda hukukçuların da ilgilendiği bir mefhum halini almıştır.

Tanör meseleye yatırımcıların kâr hırsı ve finansal piyasalardaki yöneticilerin yatırımcıların bu hırslarını doyumak adına aşırı riskli faaliyetlerde bulunması bakımından yaklaşmaktadır¹³⁴. Bu yaklaşımda riski meydana getirenler finansal oyuncular; riski üstlenenlerse yatırımcılardır. Yöneticilere getirilen prim sistemiyle, yöneticiler ellerindeki sınırlı nakit miktarıyla yüksek kazançlar elde etmek için birbiriyle rekabet haline girmekte; şirket yüksek oranda kâr elde ederse, yöneticiler de o miktarda prim almaktadır¹³⁵. Aslında yöneticileri buna iten sadece kendilerinin prim hırsı değil; aynı zamanda yatırımcının kâr hırsıdır. Yine bu sistemde her piyasa oyuncusu kendi riskini diğerine yansıttığı için tüm oyuncular daha fazla kazanç elde etmek için adeta birbirlerini zorlamakta; sonuçta riski üstlenen kesim aynı zamanda riskin mağduru da olmaktadır¹³⁶.

Böyle bir sistemin bir yerde tıkanacağı muhakkaktır. Sistemin tıkanması genel ekonomik bunalıma neden olabileceğinden, devletler bu finansal kuruluşlara yoğun li-

¹³³ Bkz. Erdoğan (2008), s. 6 vd. ; Şen (2006), s. 7 vd.

¹³⁴ R. Tanör (2009). Risk yönetimi ve denetiminde sorumluluk paylaşımı ve Caveat Emptor. *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan*, C.II. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 1506 vd.

¹³⁵ Tanör (2009), s. 1506.

¹³⁶ Tanör (2009), s. 1507.

kidite desteği sağlamaktadır¹³⁷. Devlet tarafından gerçekleştirilen bu mali destek çoğu kez işe yaramayınca da iflaslar ardı ardına gelmekte ve sonuçta risk, toplumun üzerinde kalmaktadır. İşin ilginç yanı, bu sistemde hiç kaybetmeyen tarafın, şiddetli kâr güdüsüyle hareket eden yatırımcı kesim olmasıdır.

Tanör bu sorunun çözümü arasında en mantıklı alternatifin, zararın riski meydana getirenlerin üzerinde bırakılması olduğunu ifade etmiştir¹³⁸. Bir başka ifadeyle riski meydana getirenlerin sorumluluğu, riskin meydana gelmesindeki katkıları nispetinde ayrıştırılmalı ve zarar bu kişilerin üzerinde kalmalıdır. Yazar, korunması gerekenin kişiler ve finansal kurumlar değil; piyasa mekanizması olduğu kanaatinde¹³⁹. Yazar görüşlerini şu şekilde ifade etmektedir¹⁴⁰:

“sorumluluğun onu yaratanların üzerinde bırakılarak kurtarma operasyonlarına gidilmemesi ya da bunların asgari düzeyde tutulması kanımca konunun çözüme bağlanması doğrultusunda uyulması ve gelecekteki düzenlemeleri biçimlendirmesi gereken temel ilke olmalıdır. Kişisel sorumluluk sahiplerinin kamusal kaynaklarla korunmaması, tasarruf sahiplerinin ve toplum genelinin korunması anlamına gelecektir....bu nedenle sorunların onları yaratan sorumlular çerçevesi içinde kalacak biçimde çözülmeye çalışılmasının ana düstur olarak değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum”

Kuşkusuz Tanör, bu görüşlerinde haklıdır. Ancak kanaatimizce yazar meseleye ABD’deki piyasa dinamiklerine göre yaklaşmıştır. Ülkemizde sermaye piyasalarında bu ölçüde bir derinlik olmadığı için, yukarıda ifade edilen risklerin pek çoğu ülkemizde kural olarak söz konusu değildir. Kanaatimizce ülkemizdeki en önemli risk, doğrudan kötünietli davranışlarda bulunmak suretiyle banka kaynaklarının suistimal edilmesi riskidir. Bir başka deyişle ülkemizdeki durum daha farklıdır. Ülkemizdeki sorunu Karacan’ın da belirttiği gibi, “bir bankayı soymanın en iyi yolu, bir bankaya sahip olmaktır.” ifadeleri gayet açık bir şekilde özetlemektedir¹⁴¹.

¹³⁷ Tanör (2009), s. 1509.

¹³⁸ Tanör (2009), s. 1529 vd.

¹³⁹ Tanör (2009), s. 1533.

¹⁴⁰ Tanör (2009), s. 1532 vd.

¹⁴¹ Karacan (1999), s. 65.

Türk doktrinde ahlaki riziko konusuna değinen bir başka yazar ise Akgöl'dür. Bankaların kurumsal yönetimi ile ilgili çalışmasında Akgöl, sistemik riskin zararlarının önüne geçmek adına, devletin mevduata tam ya da sınırlı olarak sağladığı garantinin, banka yöneticilerinde rahatlamaya yol açtığını ve bunun da ahlaki rizikoya neden olduğunu ifade etmiştir¹⁴². Buna göre mevduata tanınan devlet garantisi, banka yöneticilerinin, bankaların mali yapılarına oranla aşırı riskli kararlar almalarına neden olmakta; ancak mevduattan toplanan sigorta primleri ise, bankaların aldıkları risklere göre oldukça düşük kalmaktadır¹⁴³. Keza mevduat garantisinden kaynaklanan bu ahlaki riziko, bankanın hâkim ortakları için de geçerlidir. Gerçekten de mevduat garantisinden kaynaklanan ahlaki rizikonun, Türk bankacılık sektöründe doksanlı yıllarda had safhaya ulaştığını görmekteyiz.

Bu konuyla ilgili oldukça farklı bir çözüm önerisi, doktrinde Battal tarafından TMSF'nin yapısı kapsamında getirilmiştir¹⁴⁴. Öncelikle belirtelim ki yazar, TMSF'nin yönetiminin TBB'ye (Türkiye Bankalar Birliği) geçmesi gerektiği kanaatinde¹⁴⁵. Battal'a göre iyi işleyen bir mevduat sigorta sistemi, mevcut sistemdeki gibi kanuna dayalı olmalı ve mevduat sahiplerinin denetimini de içeren etkin bir denetim mekanizmasına sahip olmalıdır. Söz kelimi her mevduat sahibi, internet vasıtasıyla mevduat sigorta primlerinin ödenip ödenmediğini sorgulayabilmelidir¹⁴⁶. Yazara göre TMSF'nin, TBB eliyle yönetilmesinin iki temel amacı bulunmaktadır. Birincisi, kamuoyunda, bankalar iflas etse bile mevduatların garantide olduğu şeklindeki imajın ortadan kaldırılmasıdır¹⁴⁷. Dolayısıyla bu şekilde "bankaya güven=devlete güven" olmaktan çıkacak ve devlet "düzenleyici ve denetleyici" bir yapıya bürünebilecektir¹⁴⁸. İkinci amaç ise,

¹⁴² B. Akgöl (2009). Kurumsal yönetim ilkeleri uyarınca banka yönetim kurulunun yapısı ve işleyişi. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 111 vd.

¹⁴³ Akgöl (2009), s. 112.

¹⁴⁴ A. Battal (2004). Sosyal devletin liberal ekonomideki eli: TMSF Nasıl kuruldu? Nasıl Algılanıyor? Nasıl tasarlanmalı? *Bankacılık Sorunları Sempozyumu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 235 vd.

¹⁴⁵ Battal (2004), s. 239'da "Bankacılık sektörünün riskleri sigorta altına alınacaksa, risk sektör içinde eritilmeli, sektör dışına taşırılmamalı, vergi mükelleflerine bir yük olarak yansıtılmamalıdır. Bunun yolu ise mevduat bankalarının risklerinin Türkiye Bankalar Birliğince sigorta altına alınmasıdır" demektedir. Ayrıca bkz. A. Battal (2009a). Katılım bankacılığında kırmızı çizgiler; Kalkıyor mu? Kalkmalı mı?. *Active Bankacılık ve Finans Dergisi*, 62, s. 23. http://www.ahmetbattal.com/pdf_down/makale/makale42/katilim_bankaciligi.pdf (Erişim tarihi: 01.09.2011).

¹⁴⁶ Battal (2004), s. 236.

¹⁴⁷ Battal (2004), s. 239.

¹⁴⁸ Battal (2004), s. 241.

TMSF'nin kaynaklarının sigorta kapsamındaki ödemeleri yapmaya yetmemesi durumunda, bunun tüm bankaların kendi ortak iç sorunu olarak telakki edilecek olmasıdır.

Görüldüğü gibi iktisat doktrini tarafından işlenen ahlaki riziko kavramı, ülkemizdeki hukukçular tarafından da değişik görüşlerle işlenmektedir. Bu görüşleri topluca incelediğimizde, doktrindeki genel eğilimin, giderek zararın tüm toplumun üzerine yayılmasının önüne geçmeye yönelik çareler üretmek yönünde şekillendiği anlaşılabacaktır.

Gerçekten de günümüzde banka hukukunun çözmesi gereken en önemli mesele zararın kimin üzerinde kalacağı noktasında toplanmaktadır. Hemen belirtelim ki, bu sorun sadece bankacılık kanunlarına ya da ticaret kanunlarına indirgenmenin çok ötesinde, aslında bir hukuk politikası sorunu olarak karşımızda durmaktadır. İster kötü yönetimden, isterse kasıtlı ve ağır kusurlu davranışlardan kaynaklansın, batan bankalar nedeniyle ortaya çıkan zararı çoğu kez tüm toplum üstlenmektedir. Ne kadar ağır sorumluluk rejimleri benimsersek benimseyelim; bankaların batmasından sorumlu olanların malvarlıkları, bankanın zararını gidermeye yetmeyecek; tabiri caizse, zarar her zaman toplumun üzerinde bir kambur gibi duracaktır.

ABD'yi örnek alalım. Bu ülkede 2008 ve devamı yıllarda yaşanan mortgage krizi, beraberinde pek çok bankanın da sonunu getirmiştir. Bu son aynı zamanda, bankaların batamayacak kadar büyük (too big to fail) şirketler olduğu yönündeki görüşlerin de sonu olmuştur. Söz konusu kriz döneminde ABD, pek çok bankanın yönetimini devralmış ve bu bankalar da dâhil pek çok bankaya milyarlarca ABD doları sermaye desteği sağlamıştır. ABD'nin, bankalara sağladığı bu büyük finansmanın kaynağının ABD vatandaşlarının cepleri olduğu ise herkesin malumudur. Ancak bankalara sağlanan bu muazzam finansman, bankaları kurtarmaya yetmediği gibi; Standard & Poors adlı kredi derecelendirme kuruluşunun ABD'nin kredi notunu düşürmesiyle sonuçlanmıştır. S&P'nin 1941 yılında kurulmasından beri sürekli AAA olarak belirlediği ABD'nin kredi notu, 6 Ağustos 2011 tarihinden itibaren AA+ olmuştur.

Bize göre bankaların meselesi, kendi iç meselesi olarak değerlendirilemez. Bir başka ifadeyle zararın tüm topluma yayılmasının önlenmesinin çaresi, kriz dönemlerinde bankalara mali yardımların önlenmesi ya da batan bankaların mevduat sahiplerinin yalnız bırakılması olmamalıdır. Kanaatimizce sorun BanK'nun birinci maddesinde yer alan “finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması” ifadeleri ile

bankaların liberal ekonomik düzenin temel simgesi olan sınırlı sorumluluk rejimi ve anonim şirket şeklinde örgütlenmeleri arasındaki tezattan kaynaklanmaktadır. Anonim şirketlerin temel amacı daha fazla kâr elde etmek ve yatırımcısına daha fazla kazandırmaktır. BanK'nun amacı ise mudileri korumak ve etkin bir kredi sistemi tesis ederek yatırımları teşvik etmektir. Bu iki amaç birbiriyle çelişki halindedir. Bu iki zıt amacı telif etmenin bize göre en mantıklı yolu ise, devletin, bankacılık sektöründe aktif bir oyuncu olarak yer almasının sağlanması ve ayrıca siyasilerin kamu bankaları üzerindeki etkilerini en aza indirecek düzenlemeler yapılmasıdır.

Ancak eğer kanun koyucunun takdiri, zararın toplumun üzerinde kalmasının önüne geçmek yönünde olacaksa; üzerinde ciddi olarak düşünülmesi gereken bir diğer alternatif, her türlü siyasi önyargılardan kurtulup; mevduat bankalarını, katılım bankalarını model alarak yeniden şekillendirmek olmalıdır. Kanaatimizce bu konuda zihinleri, değişik önerilerle karıştırmak yerine, eldeki alternatiflerin geliştirilmesi en mantıklı yoldur. Bu bakımdan, katılım bankalarının çalışma mantığı dikkatlice incelendiğinde, alternatif olmanın ötesinde, krizler için çözüm olarak da görülebileceğinin altını çizmemiz gerekir¹⁴⁹.

Katılım bankalarında mevduat bankalarından farklı olarak özel cari hesap ve katılım hesabı olmak üzere iki tür hesap yer almaktadır. BanK md. 3 uyarınca özel cari hesap, istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilme özelliği taşıyan ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen fonların oluşturduğu hesap anlamına gelmektedir. Aynı maddeye göre katılma hesabı ise katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullandırılmasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesapları karşılamaktadır. Yine kısaca Mevduat ve Katılım Fonu yönetmeliği olarak adlandırdığımız yönetmeliğin¹⁵⁰ 6. maddesinin birinci fıkrasına göre, “özel cari hesaplar ve katılma hesapları karşılığında, hesap sahibine herhangi bir nam altında önceden belirlenmiş bir getiri garantisi verilemeyeceği gibi, katılma hesaplarında, yatırılan anapa-

¹⁴⁹ Karş. Battal (2009a), s. 15. Katılım bankalarının mevduat bankalarıyla ortak ve farklı yönleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A. Battal (1999). *Bankalarla karşılaştırmalı olarak hukuki yönden özel finans kurumları*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 31 vd.

¹⁵⁰ Mevduat ve Katılım Fonunun Kabulüne, Çekilmesine ve Zamanaşımına Uğrayan Mevduat, Katılım Fonu, Emanet ve Alacaklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik; 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı RG.

ranın hesap sahibine aynen geri ödenmesi de garanti edilemez”. Aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre de, katılma hesaplarının işletilmesinden doğan kâr veya zararın, para cinsi bazında her vade grubunun toplam katılma hesapları içindeki ağırlığı oranında hesaplara dağıtılacağı hükme bağlanmıştır.

Katılım bankalarının en önemli özelliği, topladıkları fonlar nedeniyle olağan ticari risklerden sorumluluklarının söz konusu olmamasıdır¹⁵¹. Buna karşılık, bu bankaların zararı, yönetici ve hakim ortakların ağır ihmal ve kasıtlı hareketleri nedeniyle bankanın zarara uğramasından ya da az kâr elde etmesinden kaynaklanıyorsa, artık katılım bankalarının sorumluluğuna gidilebilmelidir¹⁵².

Katılım bankalarının yaygınlaştırılmasının mevduat sahipleri bakımından en önemli sonucu kanaatimizce mevduat sahiplerinin, paralarını yatıracakları bankalar hakkında daha ayrıntılı bir araştırma yapmasını sağlayacak olması ve sermaye yapısı güçlü ve kârlılık oranı yüksek bankaların tercih edilecek olmasıdır. Yine bu sayede, bankaya parasını yatıran mudi, artık devlete güvenmek yerine bankaya güven duymaya başlayacaktır. Hesap sahiplerinin, zarara bizzat katlanmayı önceden kabul etmesi nedeniyle, bankanın zarara uğraması durumunda artık çok büyük oranda zararın toplumun üzerinde kalmasının da önüne geçilmiş olacaktır.

2.5. Risklerin Sınıflandırılması

2.5.1. Finans bilimi tarafından yapılan sınıflandırmalar

Finans bilimcileri riskleri ve bankacılık risklerini çok çeşitli şekillerde sınıflandırmışlardır. Hatta bankacılık riskleriyle ilgilenen her finans bilimcinin ayrı risk sınıflandırması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten BanK’na dayanılarak çıkarılan çeşitli yönetmeliklerde bile pek çok risk sınıflandırmasının yanı sıra sayısı onu aşan risk tanımı yapılmıştır.

Bu ayrımlardan birisi de Van Greuning ve Bratanovic tarafından yapılan dördümlü ayrımdır¹⁵³. Yazarlara göre bankacılık riskleri finansal riskler, operasyonel riskler, iş-

¹⁵¹ Battal (1999), s. 139

¹⁵² Battal (2009), s. 139

¹⁵³ Van Greuning ve Bratanovic’in bankacılık riskleri sınıflandırması için bkz. H. Van Greuning ve S. B. Bratanovic (2003). *Analyzing and managing banking risk, a framework for assessing corporate governance and financial risk*. Washington: The World Bank Publishing, Second Edition, s. 4.; Ayrıca bkz. H. Çatalca vd. (2008). *Ticari bankalarda piyasa riski yönetimi*. Ankara: Siyasal Kitabevi, s. 11; A.

letme riskleri ve olay riskleri olmak üzere dörde ayrılmaktadır. Buna göre finansal risklerin bilanço yapısı, gelir tablosu yapısı, sermaye yeterliliği, kredi riski, likidite riski, piyasa riski, faiz oranı riski, kur riski; operasyonel risklerin iç ve dış sahtekârlık, istihdam uygulamaları, müşteriler, ürün ve hizmetler, fiziki varlık hasarları, iş aksamaları, teknolojik riskler ve süreç riskleri; işletme risklerinin makro ekonomik politikalar, finansal ve yasal düzenlemeler, itibar riski, ülke riski ve olay risklerinin de politik risk, sirayet riski, bankacılık krizleri gibi alt görünümüleri bulunmaktadır.

TÜSİAD tarafından hazırlanan Kurumsal Risk Yönetimi adlı çalışmada ise genel olarak riskler finansal riskler, operasyonel riskler, stratejik riskler ve dış çevre riskleri olarak dörde ayrılmış; her bir risk sınıflandırması kendi içinde pek çok alt ayrımlara tabi tutulmuştur¹⁵⁴.

Bunun yanı sıra bir de içsel riskler-dışsal riskler ayrımı yapılmıştır¹⁵⁵. Buna göre muhasebe ve iç kontrol sistemlerinin güvenilir olmamasından kaynaklanan riskler içsel; rekabet, teknolojik gelişmeler, yeni ürünlerin piyasaya sürülmesi, ekonomik krizlerden kaynaklanan riskler ise dışsal risklere örnek verilebilir.

Kaval bankacılık riskleri ile ilgili çok çeşitli sınıflandırmalar yapmıştır¹⁵⁶. Kaval'a göre riskler kaynağına göre kârlılığa yönelik riskler ve likiditeye yönelik riskler olarak ikiye ayrılabilir. Ancak yazara göre risk yönetimi açısından önemli olan sınıflandırma genel işletme riskleri- bilanço yapısı riskleri ayrımıdır. Genel işletme riskleri, sadece bankalara özgü olmayan riskleri ifade etmektedir. Bu tip riskler maliyetlerin yüksekliği, teknolojik yeniliklerden az yararlanılması, pazarlama stratejisindeki eksiklikler nedeniyle piyasa pazar payının düşük olması gibi riskleri ifade eder. Bu tip riskleri bilançoya bakarak tespit edemeyiz. Yazara göre gerçek anlamda risk yönetimini karşılayan bilan-

Altıntaş (2006). *Bankacılıkta risk yönetimi ve sermaye yeterliliği*. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 5 vd.; J. Bessis (2002). *Risk management in banking*. West Sussex England: John Wiley & Sons Ltd. Publishing, s. 11 vd.; Finansal Riskler- faaliyet riskleri ayrımı için bkz. Ş. Aydeniz (2008). *İşletmelerde gelecek (futures) ve opsiyon sözleşmeleri ile risk yönetimi*, İstanbul: Arıkan Basım Yayım, s. 7 vd. Mali riskler, insan faktörüne bağlı riskler, teknoloji riski ve pazar riski ayrımı için bkz. F. Sayım ve S. Er (2009). Risk kavramı ve bankacılıkta risk. *TMSF Çatı Dergisi*, 22, s. 9 vd. Stratejik risk, itibar riski, bilgi sistemleri riskleri ve insan riskleri şeklinde yapılan sınıflandırma için bkz. P. Griffiths (2005). *Risk-based auditing*. England: Gower Publishing, s. 20 vd.; Yeniden fiyatlandırma riski, getiri eğrisi riski, temel risk, opsiyon riski için bkz. E. K. Bolgün ve M.B. Akçay (2009). *Risk yönetimi*. İstanbul: Scala Yayıncılık, s. 205 vd.

¹⁵⁴ Türkiye Sanayici ve İş Adamları Derneği [TÜSİAD] (2008). *Kurumsal Risk Yönetimi*. İstanbul: TÜSİAD Yayınları, s. 19 vd.

¹⁵⁵ Bkz. Coşkun (2008), s. 33 vd.

¹⁵⁶ Yazarın kârlılığa yönelik riskler- likiditeye yönelik riskler ayrımı ve genel işletme riskleri- bilanço yapısı riskleri ayrımı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Kaval (2000). *Bankalarda risk yönetimi*. Ankara: Yaklaşım Yayınları, s. 25 vd.

ço yapısı riskleri ise, esas olarak aktif-pasif yönetimindeki noksanlıklardan kaynaklanmaktadır. Bu riskler de kendi içerisinde kredibilite ve pazar fiyatı riski olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Faiz riski, hisse senetlerinden doğan riskler, kambiyo riski gibi riskler birincisinin; kredilerin dönmeme riski, takas riski ve karşı taraf riski ise ikincisinin alt dallarını teşkil etmektedir.

Finans biliminde riskleri finansal riskler, pazar riski, teknoloji riski ve insan riski olarak sınıflandıranlar da vardır¹⁵⁷. Kur riski, faiz riski, likidite riski gibi riskleri finansal risklere; yatırımın boşa çıkması ve pazarın kaybı pazar riskine; üretilen malların gelişen teknolojiler nedeniyle elde kalması teknoloji riskine ve çalışanların işletmeyi zarara uğratmasını ise insan riskine örnek vermek mümkündür.

2.5.2. Sistematik risk- sistematik olmayan risk

Finans bilimcileri arasında risk kavramı ile ilgili olarak üzerinde uzlaşıya varılmış en temel ayrım, risklerin sistematik risk ve sistematik olmayan risk şeklinde ikiye ayrılmasıdır¹⁵⁸. Bu ayrıma göre sistematik risk, gerçekleşmesi halinde tüm ekonomik kurumları etkileme olasılığı bulunan ve geniş çaplı bir zarara neden olan piyasa riski, faiz oranlarına ilişkin risk, siyasi risk ve enflasyon riski gibi riskleri ifade etmektedir¹⁵⁹.

Faiz oranlarına ilişkin risk esas itibarıyla bankaların pasifinde yer alan kalemler ile aktifinde yer alan kalemler arasındaki vade uyumsuzluğundan kaynaklanmaktadır¹⁶⁰. Bankaların pasifinde yer alan en önemli kalemlerin başında mevduat; aktifindeki kalemlerin başında ise dağıtılan kredi yer alır. Bu ikisinin vadeleri arasında çoğu zaman uyumsuzluk bulunmaktadır. Zira mevduat, genellikle kısa ve orta vadeli iken; krediler orta ve uzun vadeli. Bir bankanın, 1 yıl vadeli olarak açılan mevduat hesabını, kredi

¹⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Sayım (2006). *Bankalarda kredi karşılıkları sistemi ve vergisel incelemesi*. İstanbul: TBB Yayınları, s. 10 vd.

¹⁵⁸ Kaval (2000), s. 29; Aydeniz (2008), s. 5 vd; P. E. Mandacı (2003). Türk bankacılık sektörünün taşıdığı riskler ve finansal krizi aşmada kullanılan risk ölçüm teknikleri. *DEÜ SBED*, 5 (1), s. 70; E. Ayan (2007). *Bankacılık risklerinin yönetiminde Basel-II uzlaşısı*. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 8; Çatalca vd. (2008), s. 9; C. Kayahan (2010). *Risk felsefesi*. Bursa: Ekin Yayınları, s. 14 vd.; M. Bolak (2004). *Risk ve yönetimi*. İstanbul: Birsan Yayınevi, s. 5 vd.

¹⁵⁹ Ayan (2007), s. 8; “Piyasanın kendi iç dinamikleri sonucunda ortaya çıkan riskler sistematik risk; dış faktörler sonucu ortaya çıkan ve tek tek kurumlarla ilgili ve bağlantılı olanlarına sistematik olmayan risk denmektedir.”; bkz. Çatalca vd. (2008), s. 9. Belirtelim ki sistematik risk piyasanın tamamını etkileyen ve önlenemeyen bir risktir. Dolayısıyla sistematik riskin sadece etkilerinin azaltılması mümkün olabilir; bkz. aynı yazarlar, s. 9 vd.

¹⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. H. Ertürk (2010). Bankacılık sektörünün karşılaştığı riskler ve risk yönetimi, *Denetim Dergisi*, 4, s. 63 vd.; Sayım ve Er (2009), s. 12 vd.

müşterisine konut kredisi olarak kullandırması halinde vadeler arasındaki bu uyumsuzluk bariz bir şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Satın alma gücü riski adı da verilen enflasyon riski, fiyatlardaki artış dolayısıyla, paranın satın alma gücünde meydana gelecek azalışları ifade eden enflasyonun, işletmeler için ayrı bir risk kalemi olarak değerlendirilmesidir¹⁶¹. Siyasi risk ise, politik alandaki belirsizliklerin, işletmenin mali yapısı üzerindeki muhtemel etkilerini ifade etmektedir.

Kaval'a göre, sistematik risk nedeniyle meydana gelen zarardan işletmeyi sorumlu tutmak kural olarak mümkün değildir¹⁶². Zira yazar sistematik riskin işletmelerin elinde olmayan nedenlerle gerçekleştiğini ve nedenlerinin de çok çeşitli ve karmaşık olduğunu düşünmektedir. Örneğin yazara göre, alım gücünün azalması, tasarrufların azalması, kârlılığın azalması, faiz oranlarının yükselmesi, maliyetlerin artması ve siyasi beklentiler bu karmaşık nedenlerden sadece bir kaçıdır.

Sistematik olmayan risk ise zararın münhasıran tek bir işletme üzerinde doğduğu ve çeşitli önlemler alınarak kontrol altına alınabildiği risktir¹⁶³. Ayrıca bu tip risklerin pek çoğu bilançoya bakarak da anlaşılabilir¹⁶⁴. Nitekim Coşkun sistematik riski, "firma bilançosundaki varlık değerlerinin makro ekonomik değişkenlere bağlı olarak değişme ihtimali" şeklinde; sistematik olmayan riski ise, "riskin firma bilançosundan ve söz konusu bilanço üzerinde etkili olan faktörlerden kaynaklanan kısmı" şeklinde tanımlamıştır¹⁶⁵. Aslında sistematik risk-sistematik olmayan risk ayrımının çekirdeğini oluşturan alt riskler, sadece bankalar için değil; tüm işletmeler geçerli olabilecek niteliktedir.

2.5.3. Genel riskler- özel riskler

Sistematik risk- sistematik olmayan risk ayrımı haricinde finans doktrininde bazı yazarlar tarafından genel riskler ve özel riskler ayrımı da yapılmıştır¹⁶⁶.

¹⁶¹ Bkz. Bolak (2004), s. 6.

¹⁶² Bkz. Kaval (2000), s. 29 vd.

¹⁶³ Kaval (2000), s.30; Ayan (2007), s. 8. Sistematik olmayan riskin portföy çeşitlendirilmesi yoluyla ortadan kaldırılabileceği hakkında bkz. Çatalca vd. (2008), s. 9. Sözgelimi riski dağıtarak ya da türev ürünler yoluyla transfer ederek sistematik olmayan risklerden korunmak mümkündür; bkz. Mandacı (2003), s. 69. vd.; Bolak, sistematik olmayan riskleri finansal risk, faaliyet riski, yönetim riski, iş ve endüstri riski şeklinde sınıflandırmıştır. Yazara göre, bu risklerin firma bazında ayrı ayrı öngörülmesi gerekir ve portföy çeşitlendirilmesi yoluyla risk azaltılabilir; bkz. Bolak (2004), s. 7.

¹⁶⁴ Mandacı (2003), s. 69.

¹⁶⁵ Bkz. Coşkun (2008), s. 34.

¹⁶⁶ Abaç (1962), s. 545; Sayım (2006), s. 17; İ. Meriç (1980). *Türk ticaret banka işletmelerinde işletme riski ve ekonomik kârlılık*. Ankara: Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları, s. 100.

Genel riskler, bankanın belli bazı işlemlerine yönelik olabileceği gibi, likidite ve ya sermaye yeterlilik durumuna ve hatta piyasa şartlarına ilişkin de olabilir¹⁶⁷. Buna karşılık Kaval, genel riskleri sistematik risk olarak adlandırmıştır¹⁶⁸. Yazara göre genel ya da sistematik riskler bütün işletmeleri etkileme gücü bulunan olağanüstü ekonomik olaylardan kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla bu tip risklerin işletmeler üzerinde gerçekleştirdiği zararlı sonuçlar, bu işletmelerin yanlış yönetiminden ya da işletme politikasından kaynaklanmamaktadır. Kaval, bu tip risklerin *pazar riski* ya da *yok edilemeyen risk* olarak da adlandırılabilirdiğini belirtmiştir. Ünay ise genel riskleri kredi riskleri bağlamında açıklamış ve her bir kredi türü (iskonto, cari hesap, tüketici vs.) itibarıyla kredi işlemlerinin bünyesinde yer alan risk olarak adlandırmıştır¹⁶⁹. Görüldüğü gibi genel risklerden ne anlaşılması gerektiği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır.

Özel riskler ise kredi müşterilerinin, kredi borçları nedeniyle olan ve diğer müşterilerin risklerinden bağımsız riskleri ifade eder¹⁷⁰. Bu riskler kendi içerisinde, belirli bir sektörde faaliyet gösterenlere kullandırılan kredileri ifade etmek üzere mesleki risk; belirli bir müşterinin risklerini açıklamak üzere de ferdi risk şeklinde ikili bir ayrımla ele alınmıştır¹⁷¹.

Kaval'a göre ise özel risklere *firma riski* adı da verilebilir¹⁷². Bu tip riskler işletme bazında söz konusu olan ve önüne geçilmesi mümkün olan risklerdir. Her iki risk türü de yerine göre olağanüstü risk niteliğine bürünerek bankaların iflasına neden olabilir¹⁷³. Nitekim özel riskler kategorisinde yer alsa bile bankaların bazen tek bir müşterisine kullandırdığı kredinin geri dönmemesinin ağır sonuçları olabileceğini öngören kanun koyucular, bunu önlemek üzere, kredi limitleri ihdas etmişlerdir¹⁷⁴.

2.5.4. Kredinin geri dönmemesi riski

Finans doktrini tarafından yapılan ve yukarıda açıkladığımız sınıflandırmaların dayanaklarını, uluslararası metinlerde de görmek mümkündür. Finans doktrininde riskler ve bankacılık riskleri için onlarca farklı sınıflandırma yapılmış ve genel bir risk sı-

¹⁶⁷ Abaç (1962), s. 545; V. Ünay (1985). 3182 Sayılı Bankalar Kanunu gereğince bankalarca iç ticaretin ve sanayiın finanse edilmesi usulleri. İstanbul: Es Yayınları, s. 71.

¹⁶⁸ Bkz. Kaval (2000), s. 29 vd.; Aynı yönde bkz. Meriç (1980), s. 101.

¹⁶⁹ Ünay (1985), s. 71.

¹⁷⁰ Abaç (1962), s. 545; Meriç (1980), s. 101; Ünay (1985), s. 73.

¹⁷¹ Ünay (1985), s. 73.

¹⁷² Bkz. Kaval (2000), s. 30

¹⁷³ Abaç (1962), s. 546.

¹⁷⁴ Abaç (1962), s. 546.

nıflandırılması ortaya konamamış olsa da; üzerinde hemfikir olunan yegâne düzenleme Basel Bankacılık Gözetim Komitesi tarafından yayınlanan Basel II metnindeki üçlü sınıflandırma olmuştur¹⁷⁵.

Basel II düzenlemesinde bankacılık riskleri kredi riski, piyasa riski ve operasyonel risk olmak üzere üçe ayrılmıştır. Bu üç riski birer ağaca benzetirsek, her bir risk türünün pek çok dalı olabileceğini ve diğer alt risk türlerinin de bu ağaçların dalları olarak değerlendirilmesi gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Gerek finans doktrinde ve gerekse uluslararası metinlerde bankacılık açısından başta gelen riskin, kredilerin geri dönmemesi bir başka ifadeyle kredi borçlularının borçlarını ifa edememesi ve bunun sonucunda da, bankaların mudilerine karşı olan yükümlülüklerini yerine getirememesi riski olduğunu görmekteyiz¹⁷⁶.

Karayalçın kredi riskinin bankaları hem borçlu ve hem de alacaklı duruma getirdiği kanaatinde¹⁷⁷. Yazara göre, bankalar, kredi olarak kullandırılan paranın, halktan toplanan mevduat olması nedeniyle borçlu durumdadırlar. Ancak bankalar, kullandırılan krediler bakımından, kredinin geri dönmeme riskini üzerlerinde taşıdıkları için alacaklı sıfatına da sahiptirler.

Kredi riskinin bünyesinde kredinin geri dönmemesi, değer kaybı ve teminat riski olmak üzere üç farklı risk türü barındırmaktadır¹⁷⁸. Buna göre değer kaybı riski, verilen kredinin enflasyon nedeniyle değer kaybetme olasılığını ifade ederken; teminat riski ise kredi için alınan teminatların değer kaybetme olasılığı anlamına gelmektedir.

Kredinin geri dönmemesi riskini, olağan (normal) riskler ve olağanüstü (anormal) riskler şeklinde ikili bir ayrım ile da inceleyebiliriz¹⁷⁹. Bu ayrım kredi kullanan banka müşterisinin subjektif koşullarını esas alır. Bankacılık ilke ve teamüllerine göre akdedilen her kredi, esasen bünyesinde geri dönmeme riskini de barındırır. Başka bir ifadeyle, kredinin bankacılık mevzuatına uygun olarak kullandırılması, o kredinin ödenmeme riskini taşımadığı anlamına gelmeyecektir. İşte bu tür risklere bankacılıkta olağan riskler adı verilir. Buna karşılık müşteriye ödeme gücünün üzerinde kredi kullandırılması

¹⁷⁵ Bkz. ileride birinci bölüm 5.3.1.

¹⁷⁶ Ayan (2007), s. 10; Tekinalp (2009a), s. 61; D. Cengiz (2007). 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu sisteminde bankaların verebilecekleri kredilerin sınırlandırılması. *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, C. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 1275.

¹⁷⁷ Y. Karayalçın (2004). Bankacılık riskleri ve sigorta hukuku açısından tasarruf mevduatı sigortası. *Bankacılık Sorunları Sempozyumu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 200.

¹⁷⁸ Cengiz (2007), s. 1274.

¹⁷⁹ Abaç tarafından yapılan bu ayrım hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abaç (1962), s. 544 vd.

halinde ise olağanüstü risk söz konusu olacaktır. Olağan sayılan bir riskin, zaman içinde olağanüstü riske dönüşmesi de mümkündür¹⁸⁰.

Kredi riskini, çeşitli denge unsurları ile bir arada incelemek gerekmektedir. Mesele bir bankanın kredi riskini belirlerken sadece ne miktarda kredi kullandığına değil; aynı zamanda kredi müşterilerinin kendi işletmelerini ne kadar riskle yönettiklerine de bakmak gerekecektir¹⁸¹. Dolayısıyla kredi riskinin aslında çift boyutlu bir kavram olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Tekinalp'e göre kredili müşterilerin kendi işletmelerini azami dikkat ve özen ile yönetmeleri, risklerini belirleyerek öngörülü hareket etmeleri, mali tablolarını uluslararası standartlara uygun hazırlamaları halinde, bu işletmeler bankalar için riskli olmaktan çıkacaktır¹⁸². Yazarın görüşüne kısmen katılmaktayız. Zira verilen bir kredide risk, her zaman için mevcuttur. Kredili müşterinin her hususu öngörmesi mümkün değildir. Bu şekilde basiretli bir müşterinin bile kendi alacaklarını alamaması nedeniyle kredi yükümlülüğünü yerine getirememesi mümkündür. Keza kredinin kullandırımı esnasında kendi risklerini gereken dikkat ve özen ile yöneten bir işletmenin, sonradan krize girerek kredibilitesi düşük müşteri haline gelmesi de mümkündür.

2.5.5. Tehacüm riski (Bank runs)

Kredinin geri dönmemesi riskinin bankalar için önemi yadsınamaz. Ancak kanaatimizce bankalar için asıl önem taşıyan risk faktörü, tehacüm riskidir. Tehacüm riskinin en önemli nedeni ise bankaların bilanço yapısından kaynaklanan vade uyumsuzluğu riskidir¹⁸³. Zira bankaların kullandıkları krediler vadelerinde düzenli olarak geri ödense bile; kredilerin vadesi ile toplanan mevduatın vadelerinin uyumsuz olması bankaları likidite krizine sokabilecektir. Bir başka ifadeyle bankaların bilanço yapılarından kaynaklanan vade uyumsuzluğu, likidite krizine düşmelerine yol açmakta; bu da halkın bankalara hücum etmesine neden olmaktadır. Alışkan'ın şu ifadeleri tehacüm riskinin önemini ortaya koyması açısından oldukça önemlidir¹⁸⁴:

¹⁸⁰ Abaç (1962), s. 545.

¹⁸¹ Tekinalp (2009a), s. 61 vd.

¹⁸² Tekinalp (2009a), s. 62.

¹⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Tung (2010). Bonding bankers: Notes toward a governance approach to risk regulation. *Entrepreneurial Business Law Journal*, 4-2, s. 469; M. Alışkan (2004). *Türk banka hukukunda mevduat sigortası*. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 169 vd.; Coşkun (2008), s. 13 vd.

¹⁸⁴ Alışkan (2004), s. 169.

“sektördeki bir bankanın sorun yaşadığı ve likidite sıkıntısına düştüğünün duyulması üzerine önce gelene önce hizmet verme kuralına göre, mevduat sahiplerine geri ödeme yapılacağından, geride kalarak zarara uğrama korkusu, halkın paralarını çekmek amacıyla bankanın kapısına yığılmasına, yani banka tahaccümüne neden olabilecektir”

Bu açıklamalarımızdan da anlaşılacağı üzere, tehacüm riski, bünyesinde vade uyumsuzluğu ve likidite riski olmak üzere iki önemli riski barındırmaktadır.

Mali bünyeleri ne kadar sağlam olursa olsun, bankaların borç ve alacaklarının vadelilerinin uyumsuz olması geçici likidite sıkışıklığına düşmelerine sebebiyet verebilir. Bu geçici durum, normal bir zamanda ödeme kabiliyeti bulunan bir bankanın bile iflasına yol açabilecektir. Ayrıca vade uyumsuzluğu nedeniyle bankaların likidite krizine düşmeleri tüm toplum açısından bir kısır döngüye neden olabilir¹⁸⁵. Şöyle ki, bankanın borçları likit borçlardır. Alacakları ise likit olmayan niteliktedir. Bir başka ifadeyle bankaların mevduat sahiplerine olan borçları ile kendi borçlularından olan alacakları tamamen farklı yapıdadır. Banka mevduat sahiplerinden topladığı kısa vadeli nakit değerleri, müşterilere kredi olarak kullandırmak suretiyle orta ve uzun vadeli yatırımlara kanalize etmiştir. Bankaların birbirinden farklı bu iki yapı arasında sürekli bir denge kurmak zorunluluğu vardır.

Bir an için bu dengenin bozulduğunu düşünelim. Mevduat sahipleri paralarını bankadan talep etmekte, banka ise bu talebi yerine getirememektedir. Böyle bir bankanın yapması gereken, halktan tasarruf olarak toplayıp yatırımcıya kredi olarak kanalize ettiği kaynakları geri çağırmak olacaktır. Bir başka ifadeyle banka, kredili müşterilerinden olan alacaklarını vadesinden önce talep etmek durumunda kalacaktır. Böyle bir durum üçlü bir çöküşe neden olabilir. Zira bankanın mevduat sahiplerine olan yükümlülüklerini yerine getirmemesi hem kendisinin ve hem de mevduat sahiplerinin zarara uğramasına neden olacak; kredili müşterilerden kredilerin geri istenmesi ise yatırımcının zarara uğramasına neden olacaktır. Karayalçın bu kısır döngüyü şu ifadelerle dile getirmiştir¹⁸⁶:

¹⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Alışkan (2004), s. 169 vd.

¹⁸⁶ Karayalçın (2004), s. 200.

“Bankaya kredi veren yani ödeme gücüne güvenen mevduat sahiplerinin veya diğer alacaklıların yasa veya sözleşmeye uygun ödeme taleplerini borçlu bankanın vadesinde karşılayamaması halinde *güven krizi* başlar ve bu kriz süratle bankacılık sektörünü daha sonra toplumu tehdit eden bir ekonomik kriz haline dönüşebilir”

Karayalçın’ın ifadelerinden de anlaşılacağı üzere, bu dengenin sağlanmasında en temel vazifeyi güven kavramı görmektedir. Zira bankacılık sistemi, bütün mevduat sahiplerinin aynı anda mevduatlarını bankadan talep etmeyeceğine dair olan güvene dayanmaktadır¹⁸⁷. Coşkun, bankaların birer güven kuruluşu olduğunu belirttikten sonra bankalara olan güvenin temel olarak, bankaların çok büyük oranda kısa vadeli olan mevduat temelli pasif yapılarının; geri dönmesi zamana yayılmış bulunan, kredi temelli aktif yapıları ile dengesinin sağlanabileceğine olan bir güven olduğunu belirtmiştir¹⁸⁸. Yazara göre, mevduat sahiplerinin talepleri yerine getirildiği müddetçe, sistem düzenli bir şekilde işlerken; bu taleplerin bir an için bile ifa edilmemesi halinde banka hızla krize ve hatta iflasa sürüklenebilecektir. Keleş bu durumun asimetrik bilgi ile olan bağlantısını kurmuş ve bu tip durumlarda bankacılık sektörüne olan güvensizliğin, mevduat sahiplerinin eksik ya da yanlış bilgisine dayandığına dikkat çekmiştir¹⁸⁹. Yazara göre tasarruflarının bankalarca ne şekilde kullanıldığı hususunda mevduat sahiplerinin bilgi sahibi olmamaları, onların bankaları analiz etme güçlerini elinden aldığı için, mudiler asılsız söylentilerden etkilenmekte ve bankalara deyim yerindeyse hücum etmektedirler.

Görüldüğü gibi bankaların için en önemli risk aslında kredinin geri dönmemesi değil, halkın bankalara hücum etmesi tehlikesi anlamına gelen tehacüm riskidir. İşte bu noktada risk yönetiminin önemi ortaya çıkmaktadır. Şu hususu önemle belirtelim ki, bankalar sadece kendi risklerini yöneten işletmeler değildir. Bankalar tasarrufların yatırıma dönüşmesinde baş aktör oldukları için, hem tasarruf sahiplerinin risklerini ve hem de bizzat kendi risklerini yöneten işletmelerdir. Tasarruf sahipleri, tasarruflarının hangi yatırıma aktarılacağı konusunda karar verme yetkisini bankalara tanımakta; bu karardan doğabilecek riskleri de bankaya aktarmaktadır. Bu yönüyle tasarruf sahiplerinin riskleri aynı zamanda bankanın riskleri haline gelmektedir.

¹⁸⁷ Coşkun (2008), s. 13; Tung (2010), s. 469.

¹⁸⁸ Coşkun (2008), s. 5 vd. Benzer görüş için bkz. Keleş (2009), s. 21 vd.

¹⁸⁹ Bkz. Keleş (2009), s. 23.

Mevduat sahiplerinin risklerinin artık bankanın riskleri haline gelmesi nedeniyle, bankaların bu riskleri kendinden beklenen özenle yönetmesi gerekir. Sözgelimi kredi borçlularını çeşitlendirerek riski dağıtması, böylelikle yatırımlardan kaynaklanan riskleri, borçlular arasında paylaşması gerekir¹⁹⁰. Böyle bir durumda tasarruf sahibinin sorumluluğu, bankaya güvenmekten kaynaklanan yanlış tercih riskine dayalı bir sorumluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bankaların mali yapılarının bankalara ve piyasa şartlarına olan güven karşısındaki aşırı hassas konumu, risk yönetiminin de güven kavramıyla olan bağlantısını açıkça ortaya çıkarmaktadır¹⁹¹. Bankacılık sektöründe güven, o kadar hassas bir noktada dengededir ki, en ufak olumsuz bilgi, dengeyi temelden sarsabilecek ve önce bankanın, ardından tüm sektörün ve nihayet ülke ekonomisinin krize girmesine neden olabilecektir. Nitekim bankaların bu hassas yapısı nedeniyle devletin bankacılık sektörünü sürekli gözetim altına almasına yönelik düzenlemeler yapılmış ve “mali bünyenin zayıflama belirtilerinin görülmesi halinde şûyu bulmadan” gerekli her türlü tedbirlerin alınması hususunda BDDK’ya geniş yetkiler verilmiştir¹⁹².

Hemen belirtelim ki, bankaların bu özellikleri onların güvenilir olmalarını da zorunlu hale getirmektedir. Güvenilir olmak, bankaların varlıklarını idame ettirmelerinin en başta gelen koşuludur¹⁹³. Bu anlamda bankacılık sisteminin güvenliğinin, bankalara olan güvene dayandığını söylemek yanlış olmayacaktır. Nitekim tehacüm riskinin önüne geçmek için devlet otoritesi de bankalar hakkında çok özel hükümler sevk etmiştir.

Yargıtay, ekonomik kriz dönemlerinde bankaların likidite sıkışıklığına düşmeleri nedeniyle müşterileri ile yaptığı, aşırı yüksek faiz öngörülen mevduat sözleşmelerine gabin hükümlerini uygulamaktadır¹⁹⁴. Yargıtay’ın bu konudaki kararlarında likidite riskinden de bahsettiğini görmekteyiz.

¹⁹⁰ Coşkun (2008), s. 4 vd.

¹⁹¹ Coşkun (2008), s. 13.

¹⁹² “Devlet özellikle büyük bankaların çökmesine, ciddi psikolojik ve toplumsal sonuçlarından dolayı izin vermemektedir. Bu amaçla kaynak transferinden dahi kaçınmamaktadır... Bu genel nitelikli uygulama liberalist anlayışa ve bu sistemin kurallarına aykırıdır. Bedeli kamuya yansımakta ve halktan çıkmaktadır.”; bkz. Battal (2001), s. 59.

¹⁹³ Bankalara duyulan güvenin tarihi gelişimi için bkz. Battal (2001), s. 21 vd.

¹⁹⁴ Yargıtay 19. HD’nin 14.7.2005 tarih ve 2005/4985 Esas ve 2005/7980 Karar sayılı kararı: “Bankacılık sistemini sarsan mali kriz nedeniyle müzayaka halinde bulunan bankanın mevduat çekilişini karşılayamaz halde bulunması durumundan istifade ile mevduat sahipleri aşırı faiz taleplerini bankaya kabul ettirmişlerdir. Olayda edimler arasında açık nispetsizlik olduğu ve bu durumun bankanın müzayaka halinden faydalanmak suretiyle oluşturulduğu toplanan delillerle anlaşıldığından mahkemece menfi tespit davasının kabulü gerekir.” (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası); Yargıtay 19. HD’nin 20.6.2005 tarih ve 2005/2795 Esas ve 2005/6854 Karar sayılı kararı: “Davalı/karşı davacı banka vekili cevap ve

Örneğin Yargıtay, İktisat Bankası ile ilgili olarak verdiği kararında, “...İktisat Bankası'nın 01.01.2001-14.03.2001 tarihleri arasındaki dönemde birikmiş zararının 1,9 katrilyon TL'ye ulaştığı, bankanın müzayaka halinde bulunduğu, banka devir bilançosu ve bağımsız denetçi raporu ile sabit bulunduğundan *bankanın içinde bulunduğu yüksek likidite ihtiyacı nedeniyle mevduat kaçışını engellemek için yüksek oranda faizler ödediği*, davacının da davalı bankanın düştüğü müzayakadan yarar sağladığı” tespitlerinde bulunulmuştur¹⁹⁵. Görüldüğü gibi Yargıtay’ın doğrudan likidite riskine atıf yaptığı bu kararında; gabin hükümleri uygulanmıştır.

Kanaatimizce bankaların likidite krizine düşmeleri durumunda, bankanın muzayaka halinde bulunduğu gerekçesi ile gabin hükümlerini uygularken somut olayın şartları dikkatlice incelenmeli; likidite krizinin meydana gelmesinde bankanın (ve dolayısıyla banka yöneticilerinin) kusurlu davranışlarının bulunup bulunmadığı bakımından meseleye yaklaşmak gerekmektedir. Bize göre kendi risklerini iyi yönetemeyen bir bankanın gabin hükümlerine dayanması hakkaniyete aykırı sonuçlara neden olabilecektir.

Böyle bir durumda bankacılık sektöründe faaliyette bulunan diğer bankaların durumları da incelenmeli; benzer krize piyasadaki diğer pek çok bankada maruz kalmışsa, ancak o takdirde gabin hükümleri uygulanmalıdır. Buna karşılık ekonomiyi etkileyen mali krize rağmen; pek çok banka risklerini iyi yönetmeyi başaramamış ve likidite krizine düşmesine rağmen iyi yönetimi nedeniyle krizden kurtulmuşsa, onların bu durumu diğer bankalar için de emsal niteliğinde olmalı ve gabin hükümleri uygulanmamalıdır. Ayrıca banka kaynaklarının kötüye kullanılması nedeniyle

karşı dava dilekçesinde, davacı/karşı davalının dava dışı başka şirketler ile birlikte grup oluşturup, grup faizinden yararlanmak suretiyle yüksek faiz geliri elde etmek için, ekonomik kriz nedeniyle müzayaka halinde bulunan banka ile gecelik faiz anlaşması yaptığını, bu sözleşmenin gabin ahlaka ve hukuka aykırı olması nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Bu durumda mahkemece, davacı karşı davalının hesabına tahakkuk ettirilen gecelik faiz oranlarının, öncelikle uyumsuzluk konusu dönemlerde diğer banka ve aracı kurumların uyguladığı repo, ters repo ve gecelik faiz oranları araştırılarak aşırı olup olmadığı, diğer bir anlatımla sözleşmedeki ivazlar arasında açık bir dengesizlik bulunup bulunmadığı, şayet bir nispetsizlik varsa bunun bankanın aşırı oranda gecelik faizlerin uygulandığı dönemde içerisinde bulunduğu koşullara göre müzayaka halinden kaynaklanıp kaynaklanmadığı ve yukarıda açıklanan hususlar da gözetilerek banka kayıtları üzerinde, ekonomist, bankacı ve borçlar hukuku konusunda uzman öğretim üyelerinden oluşacak yeni bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılarak alınacak rapor doğrultusunda ve varılacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir.” (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

¹⁹⁵ Yargıtay 11. HD’nin 5.4.2007 tarih ve 2007/1698 Esas ve 2007/5342 Karar sayılı kararı; (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

muhtemel tehlikelere açık hale getirilmiş bir banka; gabin hükümlerine dayanarak sözleşmeye dayanan yükümlülüklerinden kurtulamamalıdır.

2.5.6. Sistemik risk

Banka hukuku açısından önem taşıyan bir diğer risk de BanK'nun 72. maddesinde düzenlenen sistemik risktir. Sistemik risk, ekonomik kurum ve kuruluşlardan yalnız birinde gerçekleşen zararlı sonucun tüm ekonomik düzene sıçrama tehlikesidir¹⁹⁶. Kanun sistemik riski, finansal sistemin bütününe sirayet edebilecek ölçüde olumsuz bir gelişmenin ortaya çıkması halinde alınacak önlemleri göstermek suretiyle dolaylı yünden tanımlamıştır. Tekinalp ise bu riske salgın riski adını vermiştir¹⁹⁷.

Burada finans biliminin yaptığı sistematik risk-sistematik olmayan risk ayrımının, sistemik risk karşısındaki konumu üzerinde de durmamız gerektiği kanaatindeyiz. Zira örneğin Kayahan, sistematik riskleri piyasa riski, ülke riski, hükümet riski, politik risk, çevresel riskler, yasal riskler ve sistemik risk başlığı altında; sistematik olmayan riskleri ise işletme riskleri, kredi riski, likidite riski, operasyonel risk, muhasabe riski, endüstri riski gibi alt başlıklar halinde sınıflandırmıştır¹⁹⁸.

Esasen birbirine çok yakın gibi görünen sistematik risk ile sistemik risk kavramları birbirinden farklı kavramlardır¹⁹⁹.

Sistematik risk gerçekleşmesi halinde tüm ekonomik kurumları etkileme olasılığı bulunan ve geniş çaplı bir zarara neden olan riskleri ifade ederken; sistemik risk ekonomik kurum ve kuruluşlardan yalnız birinde gerçekleşen zararlı sonucun, tüm ekonomik düzene sıçrama tehlikesi anlamına gelmektedir (BanK md.72). Bu anlamda piyasa riski nedeniyle gerçekleşecek zarar aynı anda tüm toplumu etkileyebilecek düzeyde iken; sistemik riskte, öncelikle sadece bir ekonomik kurumda zarar meydana gelmekte, daha sonra bu zarar diğer ekonomik kurumlara ve giderek tüm ekonomiye sıçramaktadır. Aslında sistemik riske, güncel bir tabirle “domino etkisi” dememiz de mümkündür.

Reisoğlu, halkın bankalara güveninin kalmaması ve mevduatlarını çekmek amacıyla bankalara hücum etmeleri gibi panik ve telaş halleri; ekonomik kriz, savaş ve hü-

¹⁹⁶ Ayan (2007), s. 9.

¹⁹⁷ Ü. Tekinalp (2009). *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 267

¹⁹⁸ Bkz. Kayahan (2010), s. 14 vd.

¹⁹⁹ Benzer görüş için bkz. Bolak (2004), s. 8.

kümetlerin aldığı sert ekonomik önlem paketlerinin, finansal sistemi bütününe etki edebilecek başlıca sistemik risk halleri olduğunu belirtmiştir²⁰⁰.

Alışkan sistemik riski tehacüm riski bağlamında ele almış ve bir bankada ortaya çıkan güvensizliğin, toplum içerisinde tüm bankaların aynı durumda olduğu şeklinde değerlendirmeler yapılmasıyla sonuçlanabileceğinin altını çizmiştir²⁰¹.

“Böylece, iyi bankayı kötü bankadan ayırmakta güçlük çeken mevduat sahipleri, aslında ekonomik bakımdan ödeyebilirliği olan bankalara da hücum ederler ve tahaccüme uğrayan ödeyebilirliğe sahip bu bankalar, kendisine yönelen tahaccümü karşılayabilmek için varlıklarını satmak zorunda kalırlar... Batan geminin malları misali zararına satışlar yapılmak zorunda kalır. Mevduat sahiplerinin zarara uğrama korkusu, tahaccümün yöneldiği bankaların sayısının gittikçe artmasına ve bu şekilde banka iflaslarının yaygınlık kazanmasına neden olur”²⁰²

Bir bankaya güvensizlikle başlayan, halkın tüm bankalara hücum etmesiyle, bankacılık sektörüne sirayet eden kriz; zamanla tüm ekonomik düzeni sarsacak boyutlara ulaşır. Bu durum, bankalara hücum eden mevduat sahiplerinin, “bankalardan kurtardıkları” paralarını, *yastık altında* tutmayı daha güvenli bulmaları ve tasarrufa yönelmelerinin, ülke ekonomisini de darboğaza sürüklemesinden kaynaklanmaktadır²⁰³.

BanK’nun 72. maddesinin başlığı, “Sistemik riske karşı alınacak önlemler” şeklindedir. Bu maddeye göre, finansal sistemin bütününe sirayet edebilecek ölçüde olumsuz bir gelişmenin ortaya çıkması ve bu durumun BDDK’nın koordinasyonunda, TMSF, Hazine Müsteşarlığı ve Merkez Bankasınca müştereken tespiti hâlinde, alınacak olağanüstü tedbirleri belirlemeye Bakanlar Kurulu yetkili olup, ilgili bütün kurum ve kuruluşlar belirlenen bu olağanüstü tedbirleri derhal uygulamakla yetkili ve sorumludur.

Hemen belirtelim ki, sistemik riskin varlığı halinde alınacak önlemlerin başında BanK md.131 uyarınca TMSF’nin ek kaynak sağlaması ve TMSF’ye borçlanma izni verilmesi ve faiz oranlarına sınırlama getirilmesi gelmektedir²⁰⁴. Ancak olağanüstü hal

²⁰⁰ S. Reisoğlu (2007). *Bankacılık Kanunu Şerhi*, C.I. Ankara: Cem Web Ofset, s. 980.

²⁰¹ Alışkan (2004), s. 171.

²⁰² Alışkan (2004), s. 171.

²⁰³ Alışkan (2004), s. 172.

²⁰⁴ Battal (2007), s. 279.

ilanı söz konusu olmadıkça Merkez Bankasının avans vermesi mümkün değildir. Zira TCMB Kanunu'nun 56. maddesinde yer alan, "Banka, Hazine ile kamu kurum ve kuruluşlarına avans veremez ve kredi açamaz, Hazine ile kamu kurum ve kuruluşlarının ihraç ettiği borçlanma araçlarını birincil piyasadan satın alamaz." hükmü buna engeldir. Ayrıca BanK md.131/3'de yer alan "Olağanüstü hallerde, Fon kaynaklarının ihtiyacı karşılamaması durumunda, Fonun talebi üzerine Merkez Bankasınca Fona avans verilebilir" ifadesi de Merkez bankasına bu konuda takdir hakkı tanımaktadır.

BanK'nun 72. maddesinin bu düzenlemesi doktrinde tartışmalara neden olmuştur.

Tekinalp, bu düzenlemenin karanlıklarla dolu olduğu kanaatindedir²⁰⁵. Yazar, bakanlar kurulunun aldığı kararın kimin tarafından icra edileceğinin, bir başka ifadeyle salgını tespit edenlerin, yetkilerinin devam edip etmeyeceğinin belirsiz olduğunu belirtmiştir. Yine yazara göre, "bütün kurum ve kuruluşlar" ibaresi de müphemdir. Zira kurum, kamu hukuku karakterli bir kavram olduğu gibi; kuruluş da, kamu işletmeleri için kullanılan bir terimdir. Dolayısıyla özel kişilerin bu hükme tabi olup olmayacağı anlaşılamamaktadır. Yazara göre, uygulandığı takdirde bu düzenleme, anayasa hukuku sorunlarına gebecektir.

Reisoğlu, ağır ekonomik bunalım durumlarında bakanlar kurulunun olağanüstü hal KHK'sı çıkarması ile 72. maddenin birbirinden farklı hususlar olduğu kanaatindedir²⁰⁶. Yazara göre, 72. maddedeki durumların ortaya çıkması halinde olağanüstü hal ilan edilmesi mümkün olsa da; 72. maddenin münferit olarak uygulanması gerekir. Reisoğlu, "finansal sektör" ibaresinden yola çıkarak, alınan tedbirleri uygulamakla yükümlü başlıca kurum ve kuruluşların bankalar ve mali kuruluşlar olduğunu belirtmiştir. Ancak, 72. maddede kurum ve kuruluşların kimler olduğu belirtilmediği için; sistemik risk kararını alan kurumların, 1982 Anayasası'na göre bağımsız ve özerk kurum olması nedeniyle, alınan kararları icra yetkileri bulunmamaktadır.

Battal'ın bizim de katıldığımız görüşlerine göre ise, tek bir bankanın içine düştüğü likidite krizini aşması için gereken tedbirlerin alınmaması ya da geç alınması durumunda, halk arasında önce bu bankaya olan güvensizlik, hızla diğer bankalara da sirayet edecektir²⁰⁷. Bir başka ifadeyle önce tek bir bankaya güvensizlik şeklinde ortaya çıkan bu durum, "bankacılık sektörüne olan güvensizliğe" ve bu da giderek, "ekonomik sis-

²⁰⁵ Yazarın görüşleri için bkz. Tekinalp (2009), s. 267.

²⁰⁶ Yazarın görüşleri için bkz. Reisoğlu (2007), s. 981.

²⁰⁷ Yazarın görüşleri için bkz. Battal (2007), s. 277 vd.

temin tümüne” ve nihayet devlete olan güvensizliğe dönüşecektir²⁰⁸. Yazara göre bu durumun yepyeni bir kriz ya da zaten içinde bulunulan krizin bir sonucu olması önem taşımaz.

Battal, bu tip durumlarda ortada, olağanüstü hal ilanını gerekli kılabilcek bir ortam olduğu kanaatindedir²⁰⁹. Yazar, sistemik risk tehdidinin varlığı halinde, bu riskin varlığını tespit etmekle yükümlü kurumlar harekete geçmemiş olsa bile bizzat bakanlar kurulunun gerekli tedbirleri alabileceğini savunmaktadır. Yine bu kurumlar sistemik riskin varlığını tespit etse bile, bakanlar kurulunun aksi yönde düşünmesi de mümkündür. Sonuçta Battal’a göre, bu konuda takdir yetkisi bakanlar kurulundadır ve herhalde meselenin öncelikle 72. madde kapsamında çözülmesi gereklidir²¹⁰. Zira olağanüstü hal ilanının ağır sonuçlarının bulunması karşısında en mantıklı hareket tarzı budur. Son olarak yazar, özerk kuruluşların anayasal konumu karşısında, fikirlerini Tekinalp ve Reisoğlu ile aynı doğrultuda ifade etmiştir.

2.5.7. Karar riskleri

Ticari risk ya da işletme riski adı da verilen bu risk türüne göre, ticari hayatta herkes kendi kararının olumsuz sonuçlarına bizzat katlanır²¹¹. Dolayısıyla ticari risklerin sigorta hukukunun konusunu oluşturması da söz konusu olmaz²¹². Ticari hayatta tacirlerin pek çok karar alması gerekebilir. Mesela rekabet ortamı içerisinde faaliyette bulunan bir işletmenin fiyatlarında indirim gitmesi, rekabet koşulları nedeniyle üretilen ürünün kalitesinde değişiklik yapılması hatta işletmenin genel üretim yapısının değiştirilmesi gibi kararların, o işletme için telafi edilemez sonuçları olabilir. İşte ticari hayatta alınan bu tip kararların sonuçlarına işletme katlanmak zorundadır.

Çelebican işletme riskinin bankacılık açısından limit aşımaları yapılması, teminat alınmadan ya da istihbarat yapılmadan kredi kullandırılması veya gerekli araştırmaları yapmadan yatırım yapılması gibi, banka yönetiminin hatalı davranışlarından kaynaklanan zarar olasılıklarını ifade ettiği kanaatindedir²¹³. Meriç ise işletme riskini, “işletme-

²⁰⁸ Battal (2007), s. 277.

²⁰⁹ Battal (2007), s. 278.

²¹⁰ Battal (2007), s. 279.

²¹¹ Karayalçın (1984), s. 2 vd.; Can (2009), s. 10; Kubilay (2003), s. 50.

²¹² Karayalçın (1984), s. 3; Can (2009), s. 10.

²¹³ Yazar ayrıca bankacılık risklerini kredi riskleri, yatırım ve finansman riskleri, kazanç riskleri, likidite riskleri, işletme riskleri, hile riskleri, inanç riskleri ve sair riskleri olmak üzere sekiz kalemde ele almıştır. Burada dikkat çeken inanç riskleri, gayrinakdi kredi işlemlerinden kaynaklanan riskleri ifade etmektedir;

nin uğraşım alanı içinde başarılı olup olmamasındaki belirsizlik” olarak tanımlamıştır²¹⁴. Yazarla göre işletme riskini en çok etkileyen riskler; doğa olaylarından kaynaklanan riskler, konjonktürel dalgalanmalar gibi zamana bağı riskler, teknolojiadaki yenilikler, işletmenin yanlış yere yatırım yapması gibi coğrafi riskler, rekabet riskleri ve politik olaylardan kaynaklanan risklerdir²¹⁵.

Battal’a göre ticari risk bankacılıkta özellikle kredi faaliyetleri açısından çok büyük bir önem taşımaktadır²¹⁶. Yazar ticari riski kusur riski ve kast riski olarak ikiye ayırmaktadır. Kusur riski basiretsiz yönetimden kaynaklanabileceği gibi; ekonomideki olumsuz gelişmelerden de doğabilir. Kast riski ise güvenin kötüye kullanılmasına dayanmaktadır.

Hemen belirtelim ki, çalışmamızın son bölümünde karar riskleri ve bu risklerden doğan sorumluluk tüm yönleriyle ele alınacaktır²¹⁷.

3. Risk Yönetimi Kavramı

Risk yönetimi, kavram olarak 2. Dünya Savaşından sonra tartışılmaya başlanan, nispeten yeni bir kavramdır²¹⁸. Bununla birlikte ilkel anlamda ilk risk yönetiminin Babil döneminde ortaya çıktığı ileri sürülmüştür²¹⁹. Gerçekten de ilk bankacılık faaliyetlerinin Babil’de başladığı düşünüldüğünde, ödünç veren kişilerin, borçlularını titizlikle seçerek kendi risklerini yönetmiş olmaları normal karşılanmalıdır. Yine bu dönemde eşya taşımacılığında güvenliğin sağlanmasına yönelik olarak, malın güvenli ulaşması halinde geri verilmek üzere satıcılardan belli bir para alındığı ve hatta bunun Hammurabi Kanunlarında dahi yer aldığı görülmektedir. Belirtelim ki, bu basit yaklaşım 17. yüzyıllara kadar böyle devam etmiştir. 18. yüzyıl ile 20. yüzyıl arasında ise bankacılık ve sigortacılık gibi çok sınırlı bazı alanlarda günümüzdeki anlamına yakın bir risk yönetiminin benimsenmeye başlandığı görülmektedir²²⁰.

bkz. G. Çelebican (1984). *Bankalarda sermaye yeterliği sorunu*. Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, s. 16 vd.

²¹⁴ Meriç (1980), s. 34.

²¹⁵ Meriç (1980), s. 35.

²¹⁶ Battal (2001), s. 76.

²¹⁷ Bu konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. üçüncü bölüm, 3.1. ve 3.2.

²¹⁸ Karayalçın (1984), s. 81.

²¹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. D. W. Hubbard (2009). *The failure of risk management, why it’s broken and how to fix it*. USA: John Wiley& Sons, Inc. Publishing, s. 22.

²²⁰ Hubbard (2009), s. 22. Hemen belirtelim ki risk yönetimine ilişkin tartışmalar özellikle son 30 yılda ciddi bir artış göstermiştir. Küreselleşmenin de etkisiyle uluslar arası piyasalarda meydana gelen krizlerin bütün ülkeleri etkiler bir hal alması ve yeni risklerin ortaya çıkması risk yönetimi kavramının bilimsel bir

Risk yönetimi ile ilgili sosyolojik bir bakış açısı ortaya koyan Berting, risk yönetiminin insanların risklerle uyum içinde yaşama zorunluluğunun bir sonucu olarak ortaya çıktığı düşüncesindedir²²¹. Yazara göre insanların risklere karşı tepkileri çok çeşitli olabilir. Örneğin insanlığın ilk dönemlerinde bu tepki, riskleri kabullenmek şeklinde ortaya çıkmıştır. Bu dönem insanların, gerçekleşen riskleri ilahi bir ceza olarak görmelerinin doğal bir sonucudur. Zira insanlar, gerçekleşen riskleri açıklayabilecek bilimsel bilgiden yoksundu. Görülüyor ki, bu dönemde insanların yapabileceği tek şey, gerçekleşen riskin zararını en aza indirmeye çalışmaktan ibarettir.

Yazara göre bilimin ilerlemeye başlamasıyla birlikte insanoğlu ikinci aşamaya geçmiştir. Bu aşamada insanlar doğa olaylarının açıklanamayan nedenlerden kaynaklandığını bilmekte ve riskler gerçekleşince, zararlı sonuca hazır bulunmaktadır. Üçüncü aşamada ise insanlar artık önleyici tedbirler almaktadır. Dördüncü aşamada insanoğlu, risklerin sadece dış kaynaklı olmadığını, insanoğlunun bizzat kendisinin de, doğanın düzenini bozmasından dolayı, başlıbaşına bir risk meydana getirebildiğini fark etmiştir. Yazar, ilk üç dönemde de risk yönetiminin zorunlu olduğunu belirtmekle birlikte; modern anlamda risk yönetimi gerekliliğinin dördüncü dönemde zorunluluk kazandığını savunmuştur. Berting risk yönetiminin, “tahmin, tedbir, risklerin önlenmesi ve risklere karşı korunma” olgularının hepsini bir bütün olarak içeren politikalar olması gerektiği görüşündedir²²². Böyle bir risk politikasının ise, riskleri önceden öngörebilmesi gerekir²²³.

Risk yönetiminin mantığında, işletmelerin taşıdıkları risklerin ne olduğunu belirleyerek; bu risklerin hangilerinin işletme üzerinde kalması ve hangilerinin sigorta şirketine devredilmesi gerektiği hususunda değerlendirmelerde bulunmak yatar²²⁴. Ayrıca risk yönetiminin amacı geçmişi açıklamak değil, bilakis işletmenin geleceği ile ilgili düzenleyici faaliyetlerde ve tahminlerde bulunmaktır²²⁵.

Dikkat edilirse risk yönetimi aslında risklerden kaçınmaya yönelik bir tedbirdir. Bu yönüyle riskin yönetilmesi riskin gerçekleşmesine karşılık alınması gereken tedbirleri ifade etmektedir. Bir başka ifadeyle risk ve risklerin yönetilmesi kavramlarının, tedbir

bakış açısıyla ele alınmasını şart kılmıştır; bkz. Ş. Babuşcu (2005). *Basel II düzenlemeleri çerçevesinde bankalarda risk yönetimi*. Ankara: Akademi Consulting & Training, s. 9 vd.

²²¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Berting (2011), s. 181 vd.

²²² Berting (2011), s. 183.

²²³ Berting (2011), s. 183.

²²⁴ Karayalçın (1984), s. 81.

²²⁵ D. Borge (2001). *The book of risk*. New-York: John Wiley& Sons, Inc. Publishing, s. 6.

kavramıyla çok sıkı bir bağlantısı bulunmaktadır²²⁶. Tedbir, önlem ve hazırlık manasına gelir²²⁷. Buna göre risk yönetiminin de mantığında, gerçekleşme ihtimali bulunan risklere karşı alınacak tedbirler yatmaktadır. Kanaatimizce buradaki tedbir, risklerin gerçekleşmesinin önüne geçilmesi ve eğer risk gerçekleşirse zararın en aza indirgenmesi olmak üzere iki yönlü olmak zorundadır. Önlenemeyecek riskler bakımından da, en azından zararın en aza indirilmesine yönelik politikalar belirlenmelidir.

Risk yönetimi kavramı özellikle finans doktrininde pek çok yazar tarafından tanımlanmıştır. Ezcümle Babuşcu, risk yönetimini, “zararların oluşmasını engelleyecek tedbirleri almak, oluşabilecek zararlar için ölçme metodu kullanmak, üst yönetimi bilgilendirme sistemi oluşturmak ve manevra gerektiren durumlarda hızlı karar almayı gerektiren sistemleri kurmak” olarak tanımlamıştır²²⁸. Hubbart’a göre ise risk yönetimi, “İstenmeyen olayların gerçekleşme olasılığını ya da etkisini en aza indirmek, istenmeyen olayları kontrol etmek ve gözlemek amacıyla kaynakların ekonomik ve koordineli kullanılması suretiyle riskleri tanımlamak, değerlendirmek ve öncelik sırasına koymaktır”²²⁹. Mandacı, risk yönetimi kavramını, “herhangi bir birey ya da kurumun sahip olduğu bir riski azaltmak için herhangi bir finansal ürüne sahip olmasıdır” şeklinde bir tanımlama yaparak risk yönetimini riski azaltma tekniği olarak mütalaa etmiştir²³⁰.

İşletmelerde kurulan risk yönetim birimlerinin temel görevi; bu amaçlarla ilgili alternatifleri işletme yönetimine sunmanın yanı sıra, riskin gerçekleşmesi için önleyici tedbirler almak ve riskin gerçekleşmesi halinde de bilhassa sigorta hukukunu ilgilendiren işlemleri yerine getirmektir²³¹. Risk yönetim birimi riskleri belirlemek ve en az mali külfetle önleyici tedbirlerle zararı en aza indirmek durumundadır²³². Zira tehlikelerin gerçekleşmemesi halinde, risk yönetimi nedeniyle alınan tedbirlerin hepsi, işletmeler için mali yükü artıran önlemler olarak telakki edilecektir²³³. İşte bunun önüne geçmek için öncelikle risklerin neler olduğunu gösteren risk envanteri hazırlanmalı; bunların

²²⁶ Berting (2011), s. 184.

²²⁷ Bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim tarihi: 22.10.2010).

²²⁸ Babuşcu (2005), s. 16.

²²⁹ Hubbart (2009), s. 10.

²³⁰ Mandacı (2003), s. 72.

²³¹ Karayalçın (1984), s. 82.

²³² Karayalçın (1984), s. 84. Aydeniz’e göre doğru işleyen bir risk yönetim sisteminde, riskin gerçekleşmesinin önüne geçilebilecek ya da risk gerçekleşse bile zarar en aza indirilecektir. Bu da, işletmenin maliyetleri açısından pozitif bir etki meydana getirecek ve işletmenin değerinde artış oluşacaktır; bkz. Aydeniz (2008), s. 12.

²³³ Karayalçın (1984), s. 84.

içerisinden, işletmenin üzerinde kalacak, sigorta ettirilmeyecek riskler belirlenmeli; sigorta ettirilmeyen riskler için yedek akçe ayırma ya da fon oluşturma alternatiflerinin değerlendirmesi yapılmalı; nihayet sigorta ettirilecek riskler için de en uygun sigorta şirketi seçilerek, işletmenin bünyesine uygun bir sigorta sözleşmesi yapılmalıdır²³⁴.

Görüldüğü gibi risk yönetimi, işletmelerde zarara neden olabilecek risklerin neler olduğunun belirlenip, önleyici tedbirlerin alındığı ve olası zararı en aza indirebilecek yaklaşımların belirlendiği bir süreci ifade etmektedir²³⁵. Dolayısıyla risk yönetimi aynı zamanda bir süreç yönetimidir. Bir başka ifadeyle işletmedeki iş süreçlerinin çok iyi tespit edilip değerlendirilmesini gerektirir. Bunun sağlanması için de öncelikle risk stratejisinin belirlenmesi lazımdır²³⁶.

Finans doktrinde son zamanlarda “kurumsal risk yönetimi” adında yeni bir kavram ortaya çıkmıştır. TÜSİAD’ın aynı adlı yayınında kurumsal risk yönetimi; “şirketi etkileyebilecek potansiyel olayları tanımlamak, riskleri şirketin kurumsal risk alma profiline uygun olarak yönetmek ve şirketin hedeflerine ulaşması ile ilgili makul bir derecede güvence sağlamak amacı ile oluşturulmuş; şirketin yönetim kurulu, üst yönetimi ve tüm diğer çalışanları tarafından etkilenen ve stratejilerin belirlenmesinde kullanılan, kurumun tümünde uygulanan bir süreçtir.” şeklinde tanımlanmıştır²³⁷. Bu anlamıyla klasik olarak nitelendirilen risk yönetimi, risklerin münferiden yönetimini ifade ederken; kurumsal risk yönetimi ise, bütünsel bir risk yönetimi anlayışını ortaya koymaktadır²³⁸.

²³⁴ Karayalçın (1984), s. 84 vd. Risklerin sigorta ettirilmesi esasen riskin aktarılması anlamına gelmektedir. Ancak riskleri sigorta ettirirken fayda maliyet analizi yapmakta fayda vardır. Bir başka deyişle, sigorta ettirilecek riskin gerçekleşmesi halinde meydana getireceği zarar ile, sigorta masraflarının orantılı olması gerekir; bkz. C. Bozkurt (2010). Risk, kurumsal risk yönetimi ve iç denetim. *Denetim Dergisi*, 4, s. 21.

²³⁵ Babuşcu (2005), s. 7. TÜSİAD tarafından yayınlanan “Kurumsal Risk Yönetimi” adlı çalışmada risk yönetiminin bir kurumun faaliyetlerinin kesintisiz devam etmesi, sürprizlerle karşılaşma ihtimalinin azaltılması, riskin gerçekleşmesi halinde kaybın en aza indirilebilmesi açısından vazgeçilmez bir süreç olduğu açıkça vurgulanmıştır; bkz. [TÜSİAD] (2008), s. 17 vd.; Griffiths, (2005), s. 20 vd.

²³⁶ Aydeniz (2008), s. 24.

²³⁷ [TÜSİAD] (2008), s. 25. Bu konuda ayrıca bkz. Bozkurt (2010), s. 19; D. A. Keskin (2010). İşletmelerin sürekliliğini sağlamada kritik öneme sahip risk yönetimi ve risk odaklı denetim yaklaşımı. *Denetim Dergisi*, 4, s. 43 vd. Yazara göre kurumsal risk yönetimi, “sistematik bir yaklaşım benimseyerek, işletmenin hedeflerine ulaşmasını etkileyebilecek potansiyel ve mevcut fırsatları ve tehditleri tanımlamak ve değerlendirmek, bu fırsat ve tehditler karşısında alınacak tutumu belirlemek ve bunları raporlamak için kurumun her yerinde ve kademesinde yapılandırılmış planlı, uyumlu, tutarlı ve sürekli bir süreçtir.”; bkz. aynı yazar, s. 44. Kurumsal risk yönetimi kavramı hakkında doktrinde yapılan tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. A. Tanç (2009). Risk odaklı iç denetim yaklaşımı ve tekstil sektöründe bilgisayar destekli bir uygulama. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi, s. 96 vd.; Bolgün ve Akçay (2009), s. 705 vd.

²³⁸ [TÜSİAD] (2008), s. 33.

Hemen belirtelim ki, TÜSİAD yayınına göre, kurumsal risk yönetimi anlayışında risk yönetim politikalarını belirlemek, önemli bazı riskleri yakından izlemek ve risk yönetim faaliyetlerini izlemekle görevli organın yönetim kurulu olduğu; risk yönetim faaliyetleri nedeniyle birinci derecede sorumluluğun ise CEO ya da genel müdürde olduğu belirtilmiştir²³⁹. Yine kurumsal risk yönetimi anlayışı, şirket bünyesinde bir risk yönetim birimi kurulmasını da zorunluluk olarak görmektedir. TÜSİAD yayınında “kurumsal risk yönetimi” olarak adlandırılan süreçte, risk yönetiminden birinci derecede genel müdürün sorumlu olacağı şeklindeki düşüncenin, özellikle 6102 sayılı yeni TTK ve Bank’deki düzenlemeler karşısında, ülkemiz açısından uygulama kabiliyetinin bulunmadığı kanaatindeyiz. Yine “kurumsal risk yönetimi” olarak adlandırılan kavramın, zaten günümüzdeki modern risk yönetimi anlayışının bizzat kendisi olduğunu, dolayısıyla kavramın başına “kurumsal” ifadesi getirilmesinin gereksiz olduğunu düşünmekteyiz.

4. Bankacılıkta Risk Yönetimi

4.1. Bankacılıkta Risk Yönetiminin Teorik Temelleri

Bankalar için riskleri yönetebilmek çok önemlidir, çünkü bankalar Bessis’in tabiriyle riskleri üstlenen, onları dönüştüren ve ürün ve hizmetlerle ortadan kaldıran birer risk makineleridir²⁴⁰. Bu yönüyle bankacılığı, risk yönetme sanatı olarak tanımlamak da mümkündür²⁴¹. Esasen günlük yaşamda sıradan borç ilişkilerinden tutun, karmaşık ticari ilişkilerin tümünde, bir risk ve doğal olarak da bu riskin yönetilmesi söz konusudur.

Müşterilerinin çoğuna veresiye mal satan küçük bir mahalle bakkalını örnek alalım. Bu bakkalın, doğal olarak pek çok kişiden alacağı bulunmaktadır. Bu alacakların aybaşında ya da ayın on beşinde ödenip ödenmeyeceği, bakkal için belirsizdir. Bakkal bilir ki, müşterilerinden bazıları, kendisine olan borçlarını mutlaka vadesini geçirmeksizin öder. Ufak bir araştırmayla, durumu sıkışık olan müşterilerinin de kim olduğunu öğrenmesi mümkündür. Bu müşteriler, bakkal için riskli müşteriler sayılabilir. Hatta borçlarını mutlaka ödeyeceğini bildiği müşterilerden, o ay tatile giden, ödeme yapmayı unutan da olabilir. Dikkat edersek bakkal açısından en az riskli müşterilerin bile, öde-

²³⁹ [TÜSİAD] (2008), s. 40 vd.

²⁴⁰ Bessis (2002), s. X vd.

²⁴¹ Babuşcu (2005), s. 16.

meme riski bulunmaktadır. Hatta tayini çıkan bir müşteri, bakkala olan borcunu ödeme-yi unutarak, o şehirden ayrılmış; hatta bazıları borçlarını ödemededen kaçmış dahi olabilir. Bu örnekler demeti, aslında gündelik yaşamda bakkallar için sıradan olaylardır.

Ancak bakkalın da, yerine getirmekle yükümlü olduğu borçları bulunduğundan, kendi borçları ile alacakları arasında bir planlama yapması gerekir. Eğer bu planlamayı iyi yapamazsa, kendisi de borçlarını yerine getiremeyecek ve temerrüde düşecektir. So-nuç olarak sıradan bir bakkalın bile, kendisine borçlu olanları iyi tanınması ve alacakları-nın bir kısmını tahsil edememe ihtimalinin bulunduğunu öngörerek buna uygun önlem-ler alması gerekir. Örneğin maaş zamanı geldiğinde müşterilerine toplam borçlarını ha-tırlatmalı; ekonomik sıkıntı içerisinde olan müşterileri ile borç ilişkisi içerisine girmek-ten kaçınmalı, girmeyi düşündüğü takdirde ise bunun kendi malvarlığını ve ödeme kabi-liyetini etkileyeceğini hesaba katmalıdır.

İşte, bankacılık risklerinin yönetilmesi de, aslında, bir bakkalın kendi risklerini yönetmesinden nitelik olarak çok farklı değildir. Nasıl ki, bir bakkalın yaptığı her vere-siye işlem onun için ödenmeme riskini taşıyor ise, bankaların da verdikleri her kredi, (tıpkı bakkalın veresiyeli işlemleri gibi) ödenmeme riskini ihtiva etmektedir. Elbette bankacılık açısından risk sadece kredinin geri ödenmemesi değildir. Bankanın, persone-linin kusurlu işlemleri ya da piyasa koşulları nedeniyle risk taşıdığı doğrudur. Ancak bu riskler esasında küçük bir bakkal için de geçerlidir. Örneğin müşterinin bazı alışverişle-rinin veresiye defterine yanlış yazılması mümkündür. Veresiye defterinin kaybolması ya da defter bilgisayar programı aracılığı ile tutuluyor ise, herhangi bir nedenle veresiye hesaplarının tutulduğu dosyanın bozulması ya da silinmesi de mümkündür. Yine bak-kalların piyasa riskini taşımadığını da söylememiz mümkün değildir. Zira piyasa koşul-ları nedeniyle bakkalların aldıkları ürünlerin fiyatlarında ani değişimler söz konusu ola-bilecektir.

Ancak bankaların, onları birer risk makinesi haline getiren ve onu sıradan bir ma-halle bakkalından ve diğer anonim şirketlerden ayıran iki önemli farklılığı bulunmakta-dır. Birincisi bankaların, sayısı onlarla ifade edilen risklerle kuşatılmış olmalarıdır. İkinci-si ise, bankacılık risklerinin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak zararın boyutlarının ve kimleri etkileyeceğinin tahmin edilememesidir. Bankacılık riskleri, banka ve mevdu-at sahipleri ve hatta toplum için adeta hem bir nimet ve hem de bir külfet niteliğindedir.

Risk yönetimini sıcak riskin yönetilmesi ve olağan ticari risklerin yönetilmesi olarak ikiye ayırabiliriz²⁴². Sıcak risk yönetimi ile kastedilen, riskin gerçekleşmesi, bir başka ifadeyle zararın ortaya çıkması halinde yapılan risk yönetim faaliyetidir²⁴³. Sıcak riskin yönetimi BİSHY'nin 13. maddesinin yedi ve sekizinci fıkralarında düzenlenmiştir²⁴⁴. Olağan risk yönetimi ise, henüz gerçekleşmemiş ama gerçekleşme olasılığı bulunan kredi riski, piyasa riski gibi sınırları tespit edilebilen risklerin yönetimini ifade etmektedir²⁴⁵.

Risk yönetiminde etkinliğin sağlanabilmesi açısından önem taşıyan bir başka konu ise *çift yönlü yönetim tekniği* olarak adlandırılan ve birbirinden farklı gibi görünen, ama birbiriyle sıkı bağlantısı olan çeşitli yönetimlerin dengelenmesi meselesidir²⁴⁶. Çift yönlü yönetim tekniğinin en güzel örneği, risk yönetiminin kârlılık yönetimi ile olan ilişkisidir²⁴⁷. Gerçekten de, risk yönetimi politikası olarak aşırı sınırlayıcı politikalar seçildiğinde kâr azalacak; aşırı kârlı görülerek riskli faaliyetler seçildiğinde ise zarar etme olasılığı artacaktır. Bu durumda yapılması gereken her ikisini dengeli bir şekilde ayarlamaktan ibarettir²⁴⁸. Çift yönlü yönetim tekniğine verebileceğimiz diğer örnek ise banka yönetim kurulu ile banka şube personeli arasındaki ilişkidir²⁴⁹. Gerçekten de bankanın hemen tüm faaliyetleri nedeniyle yönetim kurulu doğrudan sorumlu tutulmuştur. Ancak yönetim kurulunun sorumlu tutulduğu pek çok halde, bankacılık faaliyetlerini bizzat banka şubeleri gerçekleştirmektedir.

Bankalarda risk yönetimine yönelik politikalar temel olarak *önleyici politikalar* ve *koruyucu politikalar* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁵⁰. Hemen belirtelim ki, Kaval aynı ayrımı aktif risk yönetim politikaları ve pasif risk yönetim politikaları şeklinde

²⁴² Ünal Tekinalp (2009), s. 184.

²⁴³ Ünal Tekinalp (2009), s. 184.

²⁴⁴ BİSHY'nin 13. maddesinin yedinci fıkrasında, "Herhangi bir acil veya beklenmedik durumda öncelikli gerçekleştirilecek eylemleri ve alınacak tedbirleri belirlemek üzere is sürekliliği planının bir parçası olarak acil ve beklenmedik durum planı oluşturulur. Karşılaşılan durum bu plan kapsamında çözülemediği takdirde is sürekliliği planının diğer kısımları devreye alınır." hükmüne yer verilmiştir. Aynı yönetmeliğin 8 fıkrasına göre ise, acil ve beklenmedik durum planı kapsamında, ortaya çıkabilecek sorun ya da kriz ile basa çıkmak amacıyla gerekli önlemler alınır, gerektiğinde kullanılmak üzere ana hizmetlerin verildiği ortam ile aynı risklere maruz olmayan bir yönetim ve çalışma ortamı tesis edilir.

²⁴⁵ Tekinalp (2009), s. 184 vd.

²⁴⁶ Kaval (2000), s. 36.

²⁴⁷ Kaval (2000), s. 36.

²⁴⁸ Kaval (2000), s. 36.

²⁴⁹ Bkz. Kaval (2000), s. 37.

²⁵⁰ Babuşcu (2005), s. 17.

yapmıştır²⁵¹. Yazar önleyici politikaları, aktif risk yönetimi; koruyucu politikaları ise pasif risk yönetimi kapsamında ele almıştır. Kredi çeşitliliğinin sağlanması, tüketici kredileri yoluyla riskin tabana yayılması, mevduat-kredi vadelerinin uyumlaştırılması gibi riskin olumsuz sonucunun önüne geçmeye, bir başka ifadeyle zararın gerçekleşmesini engellemeye yönelik politikalar önleyici; riskin ne olursa olsun gerçekleşebileceği hallerde karşılık ayırma, yüksek sermaye yeterlilik oranına sahip olma gibi *riski karşılamaya yönelik politikalar* ise koruyucu politikalar olarak adlandırılır²⁵².

Bankalar çoğu halde piyasa koşulları hakkında müşterilerinden daha çok bilgi sahibi olsa da; bilgi sahibi olma, bankaların riskli işlemlerden tamamen kaçındıkları anlamına değil; sadece riski sınırladıkları anlamına gelir²⁵³. Dolayısıyla bankaların, koruyucu politikalara sahip olması çok önemli bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.

Babuşcu'ya göre bankaların risk yönetimi üç temel ilke üzerine oturtulmalıdır²⁵⁴. Buna göre ilk olarak riski bir bütün olarak algılamak ve tek tek her bir işlemin riskini ele almak yerine bütüncül bir risk yönetimine odaklanmak gerekir. İkinci olarak banka içinde öyle bazı riskler vardır ki, domino etkisi göstererek birbirlerini etkileyebilir ve ciddi zararlara neden olabilir. Dolayısıyla risk yönetiminin amacı bu tip risklerin, bankanın toplam kabul edilebilir risk miktarını geçmemesini sağlamak olmalıdır. Son olarak risk yönetimi, bankanın alabileceği riskin, mali bünyesiyle orantılı olmasını sağlamaya çalışmalıdır. Bir başka deyişle bankalar, kaldırabileceği kadar risk almalıdır.

4.2. Kavrama Yöneltilen Eleştiriler

Risk yönetimine yönelik getirilen eleştirilerden en önemlisi, bu kavramın hukuki olmaktan yoksun bir kavram olduğu ve bir slogan olmaktan öteye gidemediği yönündedir²⁵⁵. Buna gerekçe olarak da risk yönetimine yönelik hukuki düzenlemelerin oldukça sınırlı sayıda olması ileri sürülmektedir.

Meseleye farklı bir boyuttan yaklaşan Hubbart, son küresel finansal krizin hemen ertesinde kaleme aldığı “Risk Yönetiminin Başarısızlığı” adlı kitabında risk yönetiminin temel sorunlarını risk kavramının tanımı ve türleri hakkında bir uzlaşma olmaması, risk

²⁵¹ Bkz. Kaval (2000), s. 33 vd.

²⁵² Babuşcu (2005), s. 18.

²⁵³ Luhmann (2006), s.182.

²⁵⁴ Bkz. Babuşcu (2005), s. 18.

²⁵⁵ Bkz. Tekinalp (2009), s. 184.

konusunda karar vericilerin hatalı kararlar vermesi, karar vericilerin hatalarını en aza indirmek amacıyla kabul edilen skorum sistemi de hatalarının bulunması, nitelikli risk analizlerinin yapılamaması olarak belirtmiştir²⁵⁶. Hubbart, risk yönetiminin başarısızlığını üç ana nedene bağlamıştır²⁵⁷. Yazar, risk yönetiminin bizi kendisinin bünyesinde barındırdığı risklerin gözetilmemiş olmasını, doğru işlediği bilinen bazı yöntemlerin risk yönetiminde kullanılmamasını ve kullanılan bazı metodların doğru işlememesini risk yönetiminin başarısızlığının temel nedenleri olarak göstermiştir. Kuşkusuz tüm bu eleştirilerde haklılık payı vardır.

Bize göre, yaşanan bankacılık krizleri ve özellikle kötü yönetim ya da kötüniyetli yönetim nedeniyle gerçekleşen işletme skandalları bir yönüyle risk yönetiminin başarısızlığını göstermiş olsa da, diğer yönüyle de risk yönetiminin önemini ortaya koymaktadır²⁵⁸. Tanör'ün şu ifadeleri risk yönetiminin önemini ortaya koymaya yetecek niteliktedir²⁵⁹:

“Krizin temelinde yatan; risklerin kötü yönetilmesi ve olanakların kötüye kullanılması idi. Risk, iş yaşamının olmazsa olmaz kavramlarından biridir. Ancak... kötüye kullanılması denetim zafiyeti ile birleşirse... olumsuzluklar yalnız risk taşıyan işlemlere doğrudan taraf olanların değil, aynı zamanda piyasalarla doğrudan ilgisi bulunmayan geniş kesimlerin de zararına yol açar”

Ayrıca risk yönetiminin hukuki bir kavram olmadığı ve hatta hukuki altyapısının bulunmadığı da söylenemez²⁶⁰. Özellikle banka hukuku açısından değerlendirdiğimizde, son zamanlarda BDDK tarafından çıkarılan yönetmelikler yoluyla risk yönetim kavramının hukuki bir düzenlemeye kavuştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. 6102 Sayılı TTK da, bu gelişmelere kayıtsız kalmamış ve anonim şirketlerde (ve kısmen limited şirketlerde) risk yönetimine ayrı bir önem atfetmiştir (bkz. md. 378- 625/1-e)²⁶¹.

²⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hubbart (2009), s. 76.

²⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Hubbart (2009), s. 17.

²⁵⁸ Örnekler için bkz. Babuşcu (2005), s. 30 vd.; Çatalca vd. (2008), s. 56 vd.; Ayan (2007), s. 12 vd.; Bolgün ve Akçay (2009), s. 53 vd.; T. Aksoy (2007), *Basel II ve iç kontrol*. Ankara: Ankara Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası yayını, s. 158 vd.

²⁵⁹ Tanör (2009), s. 1498.

²⁶⁰ Benzer görüş için bkz. Tekinalp (2009), s. 184.

²⁶¹ Bu konuda bkz. üçüncü bölüm 3.6.5.

Ancak mevcut hukuki yapıda, risk kavramıyla ilgili yapılan düzenlemeler risklerin tanımlanması ve hesaplanmasına yoğunlaşmış; risk yönetimi düzenlemeleri ise hesaplanan risklerin yönetim usûllerine odaklanmıştır. Bir başka ifadeyle şu haliyle risk ve risk yönetimi kavramları büyük bir oranda ekonometrik modellemelere indirgenmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla aslında kavramların hukukileşme süreci tamamlanmamıştır. Zira bir kavramın mevzuatta düzenlenmesi başka; hukukilik vasfını kazanması başka hususlardır. Risk ve risk yönetimi ile ilgili mevzuatta yer alan kavramların hemen hemen hiç biri hukuki kavramlar değildir. Bu açıdan risk ve risk yönetimi kavramlarının henüz hukukî emekleme aşamasında olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Belirtelim ki, BDDK tarafından çıkarılan yönetmeliklerde, risk yönetimine ilişkin finans doktrinde ve çeşitli uluslararası kuruluşların tavsiye niteliğindeki kararlarında esas alınan kurallar sistematik bir bütün halinde derlenmiş ve kısmen de olsa hukuki bir nitelik kazanmıştır. Bu bağlamda özellikle yürürlükten kaldırılan Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetim Sistemleri Hakkındaki Yönetmelik ile halen yürürlükte olan Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmeliği²⁶² özellikle anmak gerekir. Hatta mülga yönetmeliğin 36. maddesi ile bankalarda risk yönetimi konusunda halen uygulanma kabiliyeti bulunan temel prensipler getirdiğini de burada ayrıca belirtmeliyiz²⁶³.

Görüldüğü gibi ülkemizde risk yönetimini kısmen hukuki bir altyapıya kavuşturan ilk düzenleme Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetim Sistemleri Hakkındaki mülga yönetmeliktir. Dikkat edilirse, “aktif olarak gözetim altında tutulma”, “yeterli”, “dikkatlice tasarlanmış”, “strateji”, “uygun personel istihdamı”, “bütünleşik veri”, “kapsamlı iç denetim” gibi kavramlar hukuki birer kavram değildir. Benzer ifadeler BDDK’nın hazırladığı diğer yönetmeliklerde de oldukça fazla sayıdadır.

5411 Sayılı Bank’nun yürürlüğe girmesi ile birlikte ülkemizde risk yönetimi, bankacılık açısından hukuki anlamda yeni bir boyut kazanmıştır. Gerçekten de artık

²⁶² 01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı RG

²⁶³ Nitekim mülga yönetmeliğin 36. maddesi risk yönetim sisteminin temel unsurlarını, modern risk yönetimi anlayışı doğrultusunda şöyle belirtmiştir:

“a) Risk yönetimi sürecinin ve buna ilişkin yapılması gereken faaliyetlerin yönetim kurulunca oluşturulması ve aktif olarak gözetim altında tutulması,
b) Yeterli, tutarlı ve dikkatlice tasarlanmış, stratejiler, politikalar, uygulama usulleri ve risk limitleri tesisi,
c) Uygun personel istihdam edilerek, yeterli ve tutarlı risk ölçümü, analizi ve izleme işlevlerinin gerçekleştirilmesi,
d) Güvenilir teknolojiye erişim imkânının ve yönetim bilgi sisteminin bulunması,
e) Doğru ve bütünleşik verilerin olması,
f) Onaylanmış ve kullanılan risk modellerinin varlığı,
g) Kapsamlı bir iç denetim uygulamasının bulunması”

banka hukukunda risk yönetimi kavramı, hukuki dayanağını BanK'nun 31. maddesinde bulmaktadır. Ancak 31. madde, risk yönetimi kavramını ayrıntılarıyla düzenlemiş değildir. Bu madde ayrıntılı düzenleme yapma yetkisini yönetmeliğe bırakmıştır. Bu maddeye dayanılarak çıkarılan yönetmelik ise Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmeliktir.

BDDK'nın risk yönetimine yönelik çalışmaları yukarıda belirttiğimiz yönetmeliklerle sınırlı kalmamıştır. Basel II'ye uyum çalışmaları kapsamında BDDK, Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik adında yeni bir yönetmelik taslağı hazırlamış ve internet sitesi aracılığı ile kamuoyunun görüşlerine sunmuştur. Görüldüğü gibi BDDK yaklaşık on yıllık bir süre içerisinde aynı konu ile ilgili iki yönetmelik ve bir de taslak yönetmelik hazırlamıştır. Kısa süre içerisinde bu kadar sık değişiklik yapılması, kanaatimizce BDDK'nın kararsızlığından değil; risk yönetiminin, bir kavram olarak teorik altyapısının henüz tamamlanmamasından kaynaklanmaktadır.

4.3. Bankacılıkta Risk Yönetiminin Amaçları

Bankalarda risk yönetiminin hangi esaslar üzerine oturtulması gerektiği hususunda TBB tarafından da bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Bu grup Basel düzenlemeleri başta olmak üzere çeşitli kaynaklardan yararlanarak hazırladığı “Risk Yönetimi Prensipleri” adlı raporda, bankacılıkta risk yönetiminde temel prensiplerin neler olması gerektiğini belirlemiştir²⁶⁴. Bu prensipler risk yönetiminin bankanın yönetim yapısı içerisindeki yerinin belirlenmesi; risk yönetiminden kaynaklanan görev, yetki ve sorumluluklar; risklerin ölçülmesi; sermayenin yönetilmesi; risk politikaları ve risk limitleri; risklerin raporlanması; kamuyu aydınlatma, iş sürekliliğidir.

Rapora göre risk yönetim birimi mutlaka icrai nitelikte faaliyet gösteren diğer birimlerden bağımsız olarak çalışmalıdır. Bir başka ifadeyle risk doğurucu işlemlerle ilgili karar organları ile riskli işlemleri izleyen ve raporlayan organlar farklılaştırılmalıdır. Gerçekten de olası suiistimallerin önlenmesi açısından bu husus ayrıca önem taşımaktadır. Dolayısıyla risk yönetim biriminin, bankanın icrai nitelikte faaliyette bulunan diğer

²⁶⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Bankalar Birliği [TBB] Risk Yönetimi Prensipleri Çalışma Grubu, *Bankacılar Dergisi*, Sayı: 57 (2006), s. 15 vd. Risk yönetimi prensiplerini bunun dışında gerekmedikçe riske girilmemesi, riskli kararların makul seviyede olması, fayda maliyet analizi yapılarak faydanın fazla olduğu durumlarda risk üstlenilmesi, risk yönetiminin planlamanın bir unsuru olarak değerlendirilmesi şeklinde dörde ayırarak da incelemek mümkündür; bkz. A. Emhan (2009). Risk yönetim süreci ve risk yönetimde kullanılan teknikler. *AÜİBD*, 23(3), s. 216 vd.

organlarından bağımsız olarak çalışması, risklerin değerlendirilmesi ve gerekli önlemlerin alınması bakımından zorunluluk arz etmektedir.

Banka yönetim kurulunun en temel sorumlu organ olması, risk yönetimi organizasyonunun doğrudan doğruya yönetim kuruluna bağlı olarak çalışmasını gerektirir. Bunun için, yönetim kurulunda icrai nitelikte görevleri bulunmayan bir yönetim kurulu üyesinin risk yönetiminden sorumlu tutulması ve yönetim kuruluna yardımcı olmak üzere **risk yönetimi komitesi** kurulması gerekir²⁶⁵. Ayrıca risk yönetiminden sorumlu üye, denetim komitesinin de üyesi olmalıdır.

Bankalar için asıl önem taşıyan husus, risk yönetim birimleri teşekkül ettirmek değil ve fakat risk yönetiminin etkinliğini sağlayabilmektir. Buna “etkin risk yönetimi” adı verilmektedir ki, etkin risk yönetimi ile kast edilen, risk yönetiminin bankanın stratejik kararlarında, hedeflerinde ve iş süreçlerinde riskli hususların göz önünde tutularak kararların alınmasıdır²⁶⁶. Bu noktada yönetim kurulunun risk yönetimi ile ilgili esas görevi ve sorumluluğu net bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Çünkü yönetim kurulu risk yönetim birimi ile bankanın icracı organları arasında bir köprü vazifesi görmektedir. Yönetim kurulunun köprü vazifesini eksiksiz olarak yerine getirebilmesi için riskli faaliyetlerin neler olduğundan eksiksiz bir şekilde haberdar olması gerekir. Esasen aynı husus tüm banka birimleri için geçerlidir. Kısacası etkili risk yönetimi için bankanın tüm birimlerinin risk yönetim biriminin verilerine dayalı olarak karar vermesi gerekir ki, bunu sağlayabilecek organ da yönetim kurulundan başkası olamaz²⁶⁷.

²⁶⁵ Basel Bankacılık Gözetim Komitesi, 2006 yılı şubat ayında yayınlanan Bankalarda Kurumsal Yönetiminin Geliştirilmesi (Enhancing Corporate Governance for Banking Organization) adlı çalışma raporunda bankalarda denetim komitesinin gerekliliğinden bahsetmiş; yönetim kurulunu bankanın uzun dönem stratejilerinin belirlenmesi, risk politikası ile risk yönetim usullerinin onaylanması hususlarında görevlendirmiş ve bankalarda risk yönetimi komitesinin kurulması gerekliliğinin altını çizmiştir; bkz. Basel Bankacılık Gözetim Komitesi [BIS] (Enhancing Corporate Governance for Banking Organization), (<http://www.bis.org/publ/bcbs122.pdf>). Belirtmek gerekir ki, BİSHY'nin yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılan Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetimi Sistemleri Hakkında Yönetmelik'in 33. maddesinde bankaların yönetim kuruluna doğrudan bağlı ve bağımsız olarak çalışan üst düzey risk komitesi; üst düzey risk komitesine bağlı banka risk komitesi ve münferit risk yönetimi komiteleri oluşturmakla yükümlü olduğu belirtilmişti.

²⁶⁶[TBB] (2006), s. 17. Bankalarda risk yönetim birimi ile yakın ilişki içinde olan birimlerin başında krediler birimi, fon yönetimi birimi ve aktif-pasif yönetimine ilişkin kararları alan birimler gelmektedir; bkz. Altıntaş (2006), s. 10 vd. Aktif-pasif yönetimi ile fon yönetiminin risk yönetimi kapsamında mütalaa edilmesi gerektiği yönünde bkz. Kaval (2000), s. 32.; “Risk yönetimi tüm risklerin yönetimi ile ilgili iken, aktif-pasif yönetimi bu risklerden sadece bilançoya yansıyan risklerle ilgilidir. Fon yönetimi ise, sadece aktiflerden nakit yönetimi ve bankanın kendi hesabına menkul kıymetlerinin yönetimi ile ilgilidir.”; bkz. aynı yazar, s. 32.

²⁶⁷ [TBB] (2006), s. 17.

Babuşcu'ya göre ise risk yönetiminin amacı, piyasaların yaşadığı olağanüstü durumlarda bankanın karşı karşıya kalabileceği zarar büyüklüğünü önceden ölçebilmek ve olağanüstü durumlara hazırlıklı olmaktır²⁶⁸.

Risk yönetiminin amacını kısaca bankanın risklerden korunması olarak belirtmek de mümkündür²⁶⁹. Eken'e göre risk yönetiminin temel amacı, risk-kâr ve risk-sermaye arasındaki bağlantıyı kurmak şeklinde özetlenebilir²⁷⁰. Risk yönetim birimi bunu gerçekleştirmek için riskleri önlemek, azaltmak, üçüncü şahıslara yansıtmak ve çeşitlendirmek durumundadır²⁷¹. Keza, risklerden korunmayı sağlamak için bilanço içi ve bilanço dışı yöntemler de geliştirilmiştir²⁷². Bilanço içi yöntemler bankanın kendi mali bünyesi ile karşılayabileceği yöntemleri ifade etmektedir. Bilanço içi yöntemler arasında en sık tercih edilenler hızlandırma ve geciktirme, karşılaştırma, çok yönlü yayılma, para piyasaları kullanılmak suretiyle risklerden korunmaya çalışmadır. Bilanço dışı yöntemler ise türev piyasalar yoluyla risklerden korunmak anlamında kullanılmaktadır.

²⁶⁸ Babuşcu (2005), s. 16. Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmeliğin 35. maddesinde, bankalardaki risk yönetim sistemlerinin amacı, “bankanın gelecekteki nakit akımlarının ihtiva ettiği risk-getiri yapısını, buna bağlı olarak faaliyetlerin niteliğini ve düzeyini izlemeye, kontrol altında tutmaya ve gerektiğinde değiştirmeye yönelik olarak belirlenen politikalar, uygulama usulleri ve limitler vasıtasıyla, maruz kalınan risklerin tanımlanmasını, ölçülmesini, izlenmesini ve kontrol edilmesini sağlamak” olarak belirtilmiştir.

Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik taslağının 35. maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Yönetmelik taslağının 35. maddesinde, halen yürürlükte olan yönetmelikten farklı olarak, risk yönetiminin amaçları arasında “maruz kalınan risklerin konsolide ve konsolide olmayan bazda tanımlanması, ölçülmesi, raporlanması, izlenmesi, kontrol edilmesi ve risk profilleriyle ilişkili içsel sermaye gereksiniminin belirlenmesi” hususları eklenmiştir. Hemen belirtelim ki, yönetmelik taslağının 35. maddesinin üçüncü fıkrasında önemli bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre risk yönetim sisteminin kapsam-lılık düzeyi bankaların büyüklüğü ve faaliyetlerinin karmaşıklığı ile orantılı olarak oluşturulacaktır. BDDK bu düzeyi yetersiz bulur ise, yapılması gereken işlemlerin boyutuna göre 15 günden az olmamak üzere verilecek süre içerisinde bu yetersizliğin giderilmesi zorunludur.

²⁶⁹ Aydeniz (2008), s. 13. Risk yönetimi günümüzde aktif-pasif yönetiminin yerini almıştır. Bir başka ifadeyle aktif-pasif yönetimi artık risk yönetimi olarak adlandırılmaktadır; bkz. Mandacı, s. 73.

²⁷⁰ Yazara göre, bankaların maruz kaldıkları risklerden elde edebilecekleri kâr miktarına oranlı bir sermaye bulundurmaları gerekmektedir; bkz. M. H. Eken, *Basel II ve Risk Yönetimi*. http://www.finanskulup.org.tr/assets/makale/M_Hasan_Eken_Basel_II_ve_Risk_Yonetimi.pdf (Erişim tarihi: 01.05.2011), s. 18.

²⁷¹ Aydeniz (2008), s. 32.

²⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Aydeniz (2008), s. 13 vd.

4.4. Bankacılıkta Risk Yönetim Süreçleri

4.4.1. Doktrindeki görüşler

Bessis risk yönetim sürecini bir piramide benzetmiştir²⁷³. Yazara göre bu piramitte en kritik fonksiyonu risk modelleri bir başka ifadeyle risk ölçüm yöntemleri oluşturmaktadır. Zira bunlar sadece risklerin görünmelerini sağlamaz, aynı zamanda doğru ölçüm yöntemleri ile risk çeşitlendirilmesi sağlanmaz ise riskler gözden kaçabilir ve bankacılık işlemleri esnasında söz konusu olan bir risk, sermaye yeterliliğinin yanlış hesaplanmasına neden olabilir. Ayrıca yazar, risk yönetimini risklerin tanımlanıp temel ilkelerin saptanması, riske ilişkin kararların alınması ve risklerin izlenmesi olmak üzere üç aşamaya ayırmıştır.

Aydeniz ise, risk yönetim sürecini risk stratejilerinin belirlenmesi, risklerin tanımlanması ve belirlenmesi, değerlendirilmesi, risklerin yönetilmesi ve denetlenmesi ve risklerin raporlanması olmak üzere beş aşamaya ayırarak ele almıştır²⁷⁴.

Kaval da bir bankanın etkin bir risk yönetimine sahip olabilmesi için yapılması gerekenleri beş aşamaya ayırmıştır²⁷⁵. Yazara göre bu aşamalar bankanın yapacağı bankacılık işlemlerini belirlemesi, hangi müşteriyle hangi bankacılık işlemlerinin yapılacağını belirlemesi, risklerin sınırlandırılmasına ilişkin sistemler geliştirilmesi, banka organizasyonu içinde kimin hangi faaliyeti yerine getireceğinin bir başka ifadeyle sorumluların belirlenmesi²⁷⁶ ve nihayet etkin bir raporlama sisteminin geliştirilmesidir.

Eken'e göre bankaların risk yönetim süreci risklerin tespiti, ölçülmesi, yönetilmesi ve kontrol edilip raporlanması olmak üzere dört aşamadan teşekkül etmelidir²⁷⁷.

²⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bessis (2002), s. 55 vd. Babuşcu'ya göre risk yönetim süreci risklerin tanımlanması ve risk politikalarının oluşturulması, risklerin ölçülmesi, analizi ve azaltılması, risklerin izlenmesi, risklerin raporlanması ve risklerin denetimi olmak üzere beş aşamadan oluşan bir süreçtir; bkz. Babuşcu (2005), s. 12 vd. Emhan ise risk yönetim sürecinin beş aşamadan oluştuğunu savunmuştur. Yazara göre bu aşamalar riskin tanımlanması, değerlendirilip ölçülmesi, seçim yapılması, uygulanması ve izlenmesidir; bkz. Emhan (2009), s. 213 vd.

²⁷⁴ Aydeniz (2008), s. 23.

²⁷⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaval (2000), s. 40 vd.

²⁷⁶ Kaval'a göre bankacılıkta bir bankacılık işleminin başından sonuna kadar tek kişide toplanmasının mutlaka önüne geçmek, bir başka deyişle yapılan işi parçalara ayrılarak birden fazla kişiye gördürmek gerekir. Böylelikle hataların ve suistimallerin denetimi mümkün olacaktır; bkz. Kaval (2000), s. 44 vd.

²⁷⁷ Eken, s. 16. Griffiths ise bu sürecin tanımlama, değerlendirme, kontrol etme ve izlemeden müteşkil olduğu kanaatindedir; bkz. Griffiths (2005), s. 22.

TÜSİAD'ın Kurumsal Risk Yönetimi adlı yayınına göre ise kurumsal risk yönetim süreci risklerin tanımlanması, risklerin analiz edilerek ölçülmesi, risklerin öncelik sırasına konması, çözüm olanaklarının belirlenip uygulanması, risk yönetim sürecinin düzenli olarak izlenmesi ve iletişim ve danışma aşamalarından oluşmaktadır²⁷⁸.

4.4.2. Mevzuattaki düzenleme

Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetim Sistemleri Hakkındaki mülga yönetmeliğin 29. maddesinde risk yönetim süreci, banka üst düzey yönetimi ile risk yönetimi grubunun beraberce belirlediği ve yönetim kurulunun onayladığı esaslar çerçevesinde, risklerin tanımlanması, ölçülmesi, risk politikaları ve uygulama usullerinin oluşturulması ve uygulanması, risklerin analizi ve izlenmesi, raporlanması, araştırılması, teyidi ve denetimi safhalarından oluşmakta idi.

BİSHY'nin 35. maddesine göre ise, etkin bir risk yönetimi için öncelikle risk yönetimine ilişkin politikaların ve bunların nasıl uygulanacağını belirlenmesi, risk limitlerinin tespit edilmesi ve buna göre risk yönetim faaliyetlerinin şekillendirilmesi gerekir (BİSHY. md.35/2; BİSHY Taslağı md.35/2).

4.4.2.1. Risk yönetim politikalarının oluşturulması ve uygulanması

Risk yönetim politikalarının belirlenmesinde temel amacın, bankanın kaldırabileceği ve yönetebileceği kadar risk alması olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Zira bankaların kaynaklarını doğru yatırım araçlarına aktarması ve bunu doğru zamanda ve doğru miktarda yapabilmesi için önce alabileceği risk miktarını belirlemesi gerekir²⁷⁹. Kendi faaliyetlerinin hacmini, niteliğini doğru olarak tespit etmeyen bir bankanın etkin bir risk yönetim politikası belirlemesi mümkün değildir.

Bunun için öncelikle risklerin belirlenerek, tanımlarının yapılması gerekir²⁸⁰. Riskin tanımlanması ile işletme için risklere neden olabilecek kaynakların tespit edilmesi ve tehlikelerin listelenmesi anlaşılmalıdır²⁸¹. Hemen belirtelim ki, bankaların faa-

²⁷⁸ [TÜSİAD] (2008), s. 51.

²⁷⁹ Mandacı (2003), s. 73.

²⁸⁰ Babuşcu (2005), s. 12; Tanç (2009), s. 84; Bolgün ve Akçay (2009), s. 224 vd. Ancak risk tanımlamaları yapılırken kişisel görüşlere göre değil objektif olarak risk konularına göre hareket etmek gerekir; bkz. Griffiths (2005), s. 61.

²⁸¹ Emhan (2009), s. 214.

liyet konularına göre, maruz kalabilecekleri riskler farklılık arz edebilecektir²⁸². Bu bakımdan bir bankanın, faaliyet konusuna göre, ilgili piyasanın yapısını ve kendi bilançosunu iyi analiz etmeden, karşı karşıya kaldıkları riskleri doğru bir şekilde tanımlaması mümkün olmadığı gibi; bu şekilde yapılan hatalı tanımlamalara dayanarak risk ölçüm işlemine girişmek de, hem yanlış tedbirler alınmasına ve hem de bankanın zarara uğramasına neden olabilecektir²⁸³.

Kayahan, risklerin tanımlanmasını, teşhis aşaması olarak nitelendirmiştir²⁸⁴. Yaza göre riskin tanımlanması demek, hangi riske ne oranda maruz kalındığını teşhis etmek demektir²⁸⁵. Dolayısıyla yanlış bir tanımlamanın çok önemli sonuçları olacaktır. Bir kere maruz kalınan risklerin yanlış tanımlanması, yanlış hesaplama yöntemleri geliştirilmesi sonucunu doğurabileceği gibi, maruz kalındığı halde bazı risklerin gözden kaçması anlamına da gelecektir.

Yazarın, bizim de katıldığımız görüşleri, sorumluluk hukuku açısından bazı sonuçlara ulaşmamıza yardımcı olmaktadır. Risklerin yanlış tanımlanması ve bu sebeple aslında maruz kalınan risklerin gözden kaçması, bankanın zarara uğrama tehlikesinin artması anlamına gelecektir. Zira banka yanlış istikamete doğru yol almakta; tehlikenin nereden geleceğinin farkında olamamaktadır. Farkında olamadığı için de, asli risklerine karşı savunmasız duruma düşmekte ve tehlikelere açık bir halde beklemektedir. Dolayısıyla risklerin yanlış tanımlanması ve risk ölçüm yöntemlerimizde hataya düşülmesi halinde; ortaya çıkacak zararlar nedeniyle hukuki sorumluluk doğabileceği açıktır²⁸⁶.

TBB Çalışma Grubu tarafından hazırlanan Risk Yönetimi Prensipleri raporunda da, bankaların risk politikalarının içermesi gereken hususlar ayrıntılarıyla belirtilmiştir²⁸⁷. Rapora göre risk politikalarında her şeyden önce bankanın risklilik düzeyinin, risk alanlarının ve risk yönetim stratejisinin yer alması gerekir. Risk politikasında yer alması gereken ikinci husus ise, bankanın risklerinin sınıflandırılarak, her bir riskin bankaya

²⁸² Eken, s. 16.

²⁸³ Eken, s. 17.

²⁸⁴ Bkz. Kayahan (2010), s. 98.

²⁸⁵ Kayahan (2010), s. 98.

²⁸⁶ Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetim Sistemleri Hakkındaki mülga yönetmeliğin 30. maddesine göre riskin tanımlanması, bir bankanın maruz kaldığı risklerin özelliklerinin tarif edildiği ve tüm birimlerin risklerle ilgili bilgi sahibi olmalarının sağlandığı safha anlamına gelmektedir. Keza bankanın önceki dönemlerde riskleri nasıl yönettiği de önemlidir. Dolayısıyla risk yönetim politikaları belirlenirken bankanın geçmiş dönemlerdeki risk yönetim performansı, bankanın daha önce yanlış yönetilen riskler nedeniyle uğradığı zarar miktarı, riski yönetmekle görevli yöneticilerin yetkinlikleri de göz önünde tutulmalıdır (BİSHY md. 36/2- d). Yine türev ürünler ve sigorta gibi riski azaltan hususlar da ele alınmalıdır.

²⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. [TBB] (2006), s. 22 vd.

olacak etkilerinin ayrıntılı olarak belirtilmesidir. Yine risk yönetim birimi, risk yönetimine yönelik politikaların banka genelinde nasıl uygulanacağına ilişkin esaslar, bankanın risk limitleri ve risk yönetim sürecindeki sorumluluklar da risk politikasında yer almalıdır. Görüldüğü gibi yazılı olarak düzenlenip yönetim kurulunun onayıyla yürürlüğe konan banka risk politikasına, bankanın “risk yönetim anayasası” demek yanlış olmayacaktır.

Bankacılıkta risk türlerinin sürekli değişebilen dinamik bir yapıya sahip olması, risk yönetim politikalarının da değişen koşullara uygun olarak belirli aralıklarla yeniden ele alınmasını şart kılmaktadır (BİSHY md.36/3; BİSHY Taslağı md.36/2).

4.4.2.2. Risk limitlerinin belirlenmesi

Risk yönetim politikasının belirlenmesinden sonra yapılması gereken ise risk limitleri tespit etmektir. Risk limitleri iç sistemler sorumlusu, risk yönetim birimi yöneticisi, genel müdür ve diğer yöneticilerin ortak çalışması ile belirlenip yönetim kurulunun onayına sunulur (BİSHY md. 37/1). Risk limitleri, yönetmelik taslağının 37. maddesinde de düzenlenmiştir. Buna göre, bankalar, risk limitlerinin önerilmesi, değerlendirilmesi, onaylanması, banka içerisinde duyurulması, izlenmesi ve denetlenmesi süreçlerine ilişkin uygulama esasları belirleyecek ve bu esaslar yönetim kurulu tarafından onaylanacaktır. Taslak, bankaların üstlendikleri risklerin, risk limitleri dâhilinde olduğu ve banka üst yönetimi tarafından izlendiği konusundaki gözetim sorumluluğunun doğrudan yönetim kuruluna ait olduğunu hükme bağlamaktadır (BİSHY taslağı md. 37/1).

Risk limitlerinin belirlenmesinde temel kıstas, risk yönetim politikasında tespit edilen bankanın alabileceği risk düzeyidir (BİSHY md.37/2-a; BİSHY taslağı md.37/2). Keza bankanın faaliyetleri ve piyasadaki yeri de burada göz önünde bulundurulur (BİSHY md.37/2-a; BİSHY taslağı md.37/2). Risk limitleri çeşitli olasılıklara göre ayrı ayrı belirlenir. Şöyle ki, banka personeli için ayrı, bankanın şube ve bölge müdürlüğü gibi birimleri için ayrı, banka geneli için ayrı ve bankanın dâhil olduğu risk grubu için ayrı hesaplanır (BİSHY md.37/2-b; BİSHY taslağı md.37/2)²⁸⁸. Kısacası risk limitleri-

²⁸⁸ “Risk limitlerinin risk bazlı olarak belirlenmesi esastır. Risk bazlı limitler, parasal büyüklüklere bağlı nominal tutarlar olabileceği gibi, risk ölçüm sonuçlarına dayalı (örneğin ortalama riske maruz değerin yüzdesi, risk ağırlıklı varlıkların yüzdesi, sektörel ya da borçlu bazında sınırlamalar) oransal limitler de olabilir. Bankaya özgü risk limitleri hiçbir durumda yasal sınırlamaların üzerinde belirlenemez”; bkz. [TBB] (2006), s. 23 vd.

nin belirlenmesi, bankanın tüm birimleri ve genel olarak banka için azami risk hadleri-
nin tespit edilmesi işlemidir²⁸⁹.

4.4.2.3. Risk yönetim faaliyetleri

Bankanın risk yönetim faaliyetlerinin risk yönetim politikası ve bu politikaların uygulanma usullerine uygun, risk limitlerinde aşımına sebebiyet verilmeyecek şekilde yürütülmesi gerekir. BİSHY'nin 39. maddesine göre bankaların risk yönetim faaliyetleri risklerin ölçülmesi, izlenmesi, kontrol ve raporlanması olmak üzere dört aşamalı bir süreçten oluşur (ayrıca bkz. BİSHY taslağı md.38).

Etkin bir risk yönetimi için öncelikle risklerin doğru bir şekilde ölçülmesi gerekir. Karşı karşıya bulunulan riskin büyüklüğü, vuku bulma ihtimali ve meydana gelebilecek zararın miktarı hakkındaki belirsizliği ancak doğru bir risk ölçüm metodu ile aşmak mümkündür²⁹⁰. Esasen burada kredi riski gibi sayısal değerlerin ölçülmesi; sayısal olmayan risklerin ise değerlendirilmesi söz konusudur. Risk ölçümü ya da değerlendirilmesi için pek çok istatistikî model bulunmaktadır²⁹¹.

Bu modeller içerisinde hangisinin seçileceği bankanın yapısına göre yönetim kurulu, iç sistemler sorumlusu ya da üst yönetimin değerlendirmesi ile belirlenir.

Bankaların, maruz kaldıkları riskleri ölçerken, ölçtükleri risk türüne karşı olan hassasiyetlerini ve bu riskin oynaklık düzeyini göz önünde tutmaları gerekir²⁹². Belli bir riske karşı hassasiyetin çoğu zaman banka bilançosuna bakılarak tespit edilmesi müm-

²⁸⁹ Kaval (2000), s. 43.

²⁹⁰ Coşkun (2008), s. 32.

²⁹¹ Risk ölçüm ve modelleri için bkz. H. Candan ve A. Özün (2006). *Bankalarda risk yönetimi ve Basel II*. İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, s. 155 vd.; Bessis (2002), s. 77 vd.; Altıntaş (2006), s. 111 vd.; Babuşcu (2005), s. 45 vd.; Ayan (2007), s. 87 vd.; K. C. Şimşek (2007). *Bankacılıkta risk ve risk ölçüm yöntemleri*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 38 vd.; İ. Turşucu (2006). *Bankacılıkta risk yönetimi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 36 vd.; E. Demireli ve B. Taner (2009). *Risk yönetiminde riske maruz değer yöntemleri ve bir uygulama*, *SDÜ İİBF Dergisi*, 14 (3), s. 128 vd.; Mandacı, s. 74 vd.; TBB Operasyonel Risk Çalışma Grubu Raporları için bkz. [TBB] (2006a), *Operasyonel Risk*, *Bankacılar Dergisi*, 58, s. 95 vd.

²⁹² Eken, s. 17. Riskin volatilitesi de denilen oynaklık düzeyi ile kastedilen, bankanın maruz kaldığı belirli bir riskin ölçülmesinde esas alınan değerlerde gerçekleşen artış ve azalışlar arasındaki farklılığın miktarıdır. Bu miktar ne kadar büyükse riskin oynaklığı da o kadar yüksek demektir. Bu hususta Eken şu ifadeleri kullanmıştır: “Faiz oranı riskine olan hassasiyetini ölçen bir banka, ancak yerine göre günlük, haftalık, aylık veya yıllık verileri kullanarak faizlerin volatilitesini de tahmin ettikten sonra - %95 ihtimalle faizler 5 puan artacaktır- şeklinde bir yorumda bulunabilecek ve geleceğe yönelik projeksiyonlarda bulunabilecektir... volatilité piyasa tarafından belirlenmekte ve bankalar onu ancak veri olarak hesaplamalarında kullanabilmektedirler”; bkz. Eken, s. 17.

kündür²⁹³. Ancak riskin oynaklık düzeyinin (volatilite) bilanço'ya bakılarak anlaşılması ise mümkün değildir²⁹⁴. Zira oynaklığı piyasanın bizzat kendisi belirlediğinden, bankaların bunu ancak tahmin etmeleri mümkün olabilecektir.

Luhmann'a göre bankaların iç sistemlerinde kurdukları risk yönetim birimlerinin fonksiyonları yetersizdir²⁹⁵. Zira yazara göre bu birimler, bankaların güven içinde çalışmalarını sağlayamaz, sadece belirsizliğin hüküm sürdüğü bir ortamda kendileri açısından en iyi (optimum) şekilde hareket etmelerini sağlayabilir. Yazarın görüşlerine katılıyoruz. Bu bakımdan kanaatimizce bankaların optimum şekilde hareket edebilmele-ri için, hata yüzdeleri çeşitli metotlarla tespit edilmiş olan, en iyi risk ölçüm modelini belirlemeleri gerekir.

Risk yönetim birimi, risk modellerinin seçilmesi ve günün şartlarına uyarlanması süreçlerinde de temel görevli birimdir. Bu birim, ayrıca risk modellerine dayalı olarak günlük raporlar hazırlamak ve risk limitlerine uyulup uyulmadığını da incelemekle görevlidir. Risk yönetim biriminin en önemli görevi ise risk ölçüm ve risk izleme sonuçları hakkında yönetim kuruluna veya ilgili iç sistemler sorumlusuna ve üst düzey yöneti-me düzenli raporlar vermekle yükümlü olmasıdır (BİSHY md. 40/1-ğ; BİSHY taslağı md.40/1-ğ).

Risklerin ölçülmesinin önemli bazı sonuçları bulunmaktadır. Zira risklerin ölçülmesinden sonra hangi riskin banka için daha büyük önem taşıdığı (en azından sayısal olarak) net bir şekilde ortaya çıkacaktır. Bunun sonucunda da risklerin öncelik sırasına konması gerekir²⁹⁶. Yine risklerin ölçülmesi ve öncelik sırasına konulmasından sonra yapılması gereken husus, bu risklerin gerçekleşmesi halinde meydana gelecek zarara karşı çözümler üretmek olmalıdır. Finans biliminde, iyi bir risk yönetim faaliyeti için çeşitli stratejiler belirlenmiştir. Buna göre risk yönetim faaliyetlerinin riskten kaçınma, riski azaltma, riski dondurma, riski transfer etme ve riski dağıtma olmak üzere beş temel stratejiyi uygulayabilmesi gerekir²⁹⁷.

Etkin risk yönetiminin en önemli unsurlarından birisi de risklerin kontrolü, izlenmesi ve raporlanmasıdır. Raporlarda risklerin mevcut durumu, bankanın sermaye yeter-

²⁹³ Örneğin kur riskinin ölçülmesi esnasında, banka bilançosuna bakılarak açık pozisyonun tespit edilmesi mümkündür. Zira yabancı para alacaklar ile borçlar arasındaki fark, bilançodan anlaşılabilir; bkz. Eken, s. 17.

²⁹⁴ Eken, s. 17.

²⁹⁵ Luhmann (2006), s.184.

²⁹⁶ [TÜSİAD] (2008), s. 57.

²⁹⁷ Kayahan (2010), s. 98 vd.; Aydeniz (2008), s. 32; [TÜSİAD] (2008), s. 60; Keskin (2010), s. 42.

liliğine etkisi, risk-kâr dengesi, risk yoğunlaşmaları, limit aşımaları gibi hususlara yer verilir²⁹⁸. Risklerin raporlanması, esasında risklerin kontrol ve izlenme sürecinin bir sonucudur²⁹⁹. Hazırlanan raporların bankanın gerçek durumunu yansıtabilmesi için, raporlara esas verilerin doğru ve birbiriyle uyumlu olması gerekir³⁰⁰. Raporların, ilgili birimlere banka iç yönetmeliklerinde belirtilen zamanlarda aktarılmış olması gerekir³⁰¹. Örneğin riskin günlük olarak hesaplandığı durumlarda, hazırlanan rapor da günü gününe ilgili birime ulaştırılmış olmalıdır. Ya da yüksek riskli bir krediye ilişkin bir raporun en kısa zamanda ilgili birime iletilmesinde yüksek fayda vardır. Raporlamanın zamanında yapılmasının risklerin izlenmesi ve kontrolü ile olan bütünlük ilişkisi bu noktada açıkça ortaya çıkmaktadır.

Raporların bir diğer fonksiyonu da, riskin gerçekleşme olasılığının çok yüksek olduğu hallerde riskin gerçekleşmesini önleyici tedbirlerin alınması için uyarıcı bir niteliğe bürünmeleridir³⁰². Ayrıca raporların sadece yönetim kurulu ve üst yönetime sunulması yetmez; gerekli tedbirlerin zamanında alınabilmesi için ilgili birimlere de ulaştırılması şarttır³⁰³.

²⁹⁸ [TBB] (2006), s. 24. Raporlama faaliyeti risklerin sürekli olarak değerlendirilmesine olanak tanımakta; bu sayede risklerin en az seviyede tutulmasını ve iyi yönetilmesini sağlamaktadır; bkz. Babuşcu (2005), s. 15.

²⁹⁹ Yürürlükten kaldırılan Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetim Sistemleri Hakkında Yönetmelik risk analizi kavramına yer vermişti. Mülga yönetmeliğin 37. maddesi ikinci fıkrasına göre risk analizi, tüm riskleri ve bu risklerin yönetilebilmesine ilişkin kâr ve maliyet hesaplamalarını kapsar. Risk değerlendirmesi risklerin kontrol edilebilirlik derecesinin belirlenmesini de içerir. Kontrol edilebilir risklerin ne ölçüde azaltılabileceği hususu banka tarafından değerlendirilir. Kontrol edilemeyen risk yaratma ihtimali olan işlemler yapan bankalar, bunların hacmini özkaynaklarının gücünü dikkate alarak belirler ya da bu risklerin etkilediği banka faaliyetlerini azaltır ya da sona erdirir.

³⁰⁰ [TBB] (2006), s. 24.

³⁰¹ [TBB] (2006), s. 25; Babuşcu (2005), s. 15.

³⁰² [TBB] (2006), s. 25. Gerçekten de doğru işleyen bir risk yönetim sisteminde raporlama faaliyeti sayesinde risklerin sürekli olarak izlenmesi sağlanmakta, karşı karşıya kalınan yeni riskler görülebilmekte, risklerin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine yönelik tespitlerde bulunulabilmekte ve risk yönetiminin risk politikalarına uygunluğu denetlenebilmektedir; bkz. Babuşcu (2005), s.15. Raporların yönetim kurulu, birimler ve çalışanlar açısından farklı fonksiyonları bulunmaktadır. Örneğin yönetim kurulu açısından raporların, bankanın maruz kaldığı riskler hakkında bilgi sahibi olma fonksiyonu bulunmaktadır. Bir başka deyişle yönetim kurulu raporlar sayesinde bankanın risk yapısına hakim olmaktadır. Raporların birimler ve çalışanlar açısından ise daha spesifik fonksiyonları bulunmaktadır. Zira bankanın günlük faaliyetlerini icra eden birim ve çalışanları, raporlar sayesinde bankanın karşı karşıya kaldığı risklerin neler olduğunu açıkça görebilmektedir; bkz. Aydeniz (2008), s. 35 vd.

³⁰³ [TBB] (2006), s. 25.

5. Basel Standartları Açısından Bankacılıkta Risk Kavramı

5.1. Basel Standartlarının Ortaya Çıkış Nedeni: Risklere Karşı Dayanıklı Sermaye Yapısı

Bankaların işleyiş mantığı gereği bilanço yapılarının diğer işletmelerden oldukça farklı olması ve bankacılık faaliyetlerinin çok büyük likidite gerektirmesi doğal olarak bu faaliyetler nedeniyle alınan risklerin gerçekleşmesinden doğan zararın da büyük olmasına neden olmaktadır³⁰⁴. Devletlerin, büyük çaplı zararların önüne geçme kaygısıyla mevduat garantisi gibi yollara başvurması da ülkemizde doksanlı yıllarda olduğu gibi pek çok kötüye kullanımı ve iktisatçıların tabiriyle ahlaki rizikoyu beraberinde getirmiştir. Riskin gerçekleşmesi halinde meydana gelecek zararın, büyük oranda sermayeden karşılanacak olması nedeniyle, kötüye kullanımların da önüne geçebilmek için bankaların sermayelerinin üstlendikleri risklerle orantılı olması gerekir³⁰⁵.

Bankaların bünyelerinde pek çok ve karmaşık riskleri barındırması, bu risklerin bir bütün halinde bankaların risk haddini aşmalarına sebep olmakta, bir başka ifadeyle bankalar kaldıracabileceklerinden fazla risk alabilmektedir. İşte sermaye de, bu noktada kendini göstermektedir. Bir bankanın sermayesinin çeşitli fonksiyonları bulunmaktadır³⁰⁶. Örneğin kuruluş ve faaliyete geçme aşamasında sermayenin halka ve özellikle de devlete güven verecek büyüklükte olması gerekir. Sermayenin ikinci fonksiyonu ise finansman fonksiyonudur ki, bu fonksiyon bankaların, diğer işletmelerden farkını açıkça ortaya koymaktadır.

Gerçekten de sıradan bir işletmenin faaliyetlerini gerçekleştirebilecek düzeyde sermayeye sahip olması yeterlidir. Oysa bankaların sermayeleri, gerçekleştirdikleri faaliyetlere nispetle oldukça sınırlıdır. Zira bankacılık faaliyetleri genellikle ve büyük oranda halktan toplanan mevduat ile yapılır. Dolayısıyla bankaların en azından halka güven verebilecek bir sermayeye sahip olmaları gerekir³⁰⁷. Bu bakımdan sermayenin finansman fonksiyonu, bankalar açısından oldukça sınırlı bir işleve sahiptir.

³⁰⁴ Aynı şekilde bkz. Candan/ Özün (2006), s. 5.

³⁰⁵ Keleş (2009), s. 34; Candan/ Özün (2006), s. 6.

³⁰⁶ Kaval (2000), s. 47 vd.; Ş. F. Erilaçın (1972). *Banka işletmeciliği ve banka politikası*. İzmir: Ege Üniversitesi Matbaası, s. 36 vd.; M. Altan (2001). *Fonksiyonlar ve işlemler açısından bankacılık*. İstanbul: Beta Yayın, s. 105; İmregün (1957), s. 27; Çelebican (1984), s. 9 vd.

³⁰⁷ Battal (2001), s. 58.

Sermayenin bir diğer fonksiyonu da alacaklılar açısından teminat niteliğine bürünmesinde kendini göstermektedir. Ancak sermayenin bu fonksiyonuna da bankalar açısından şüpheyle yaklaşmak gerekir. Çünkü bir bankanın iflası halinde alacaklılar çoğu kez alacaklarını banka sermayesinden karşılayamamaktadır.

İşte bu noktada sermayenin bankalar açısından en önemli fonksiyonu olan faaliyetlerin azami sınırını tespit fonksiyonu devreye girmektedir³⁰⁸. Bunun bankalar açısından önemi şudur: Bir banka, sermayesinin kaldırabileceği kadar risk almalıdır. Bir başka deyişle bankanın faaliyetleri nedeniyle maruz kaldığı risk, sermayesiyle orantılı büyüklükte olmalı, kısacası banka haddini bilmelidir. Buna da “sermaye yeterlilik oranı” denmektedir.

Candan/ Özün’e göre, risk yönetimi açısından sermayenin anlamı, “beklenmeyen kayıpların karşılığı” olmasında kendini gösterir³⁰⁹. Yazarlara göre önceden hesaplanabilen zararlar beklenen zararlardır. Risk kavramı belirsizlikle eş anlamlı olduğundan, beklenen zararları risk olarak nitelendirmek mümkün değildir. Ayrıca bankalar beklenen zararlar için karşılık ayırmaktadır. Oysa beklenmeyen zararlar esas itibarıyla sermayeden karşılanırlar. Yazarların önceden hesaplanabilen zararların beklenen zararlar olması ve bunlar için karşılık ayrılması sebebiyle bir risk olmadığına dair görüşlerine katılmıyoruz. Bu görüşün kabul edilmesi bizi, bankaların en önemli risk kalemini oluşturan kredi riskinin, hesaplanabildiği ve karşılık ayrıldığı gerekçesiyle bir risk türü olmadığı sonucuna ulaştıracaktır. Risk, zarara uğrama tehlikesidir. Riskin bünyesinde bir belirsizlik olduğu doğrudur. Ancak buradaki belirsizlik gerçekleşip gerçekleşmeyeceği henüz bilinemeyen vakıalara ilişkin bir belirsizliktir. Bir başka ifadeyle beklenen bir belirsizliktir. Risk henüz gerçekleşmedikçe, tehlike devam etmektedir. Bunlar için karşılık ayrılmış olması da sonucu değiştirmez. Zira ayrılan karşılıklar zararla aynı miktarda değil, oransaldır. Ayrıca sermayenin, kural olarak beklenmeyen zararların güvencesi olması; beklenen zararların güvencesi olmayacağı anlamına gelmemektedir.

Bir başka ifadeyle risk kavramının, zararın beklenen ya da beklenmeyen zarar olması ile ilgisi bulunmamaktadır. 10.000 TL parası ile altın yatırımı yapan bir kişi için, altının değer kaybetme ihtimali beklenen bir durumdur. Ama bunun beklenen bir durum olması, aynı zamanda ortada risk olmadığı anlamına da gelmez. Yine bankanın, müşterisine 100.000 TL kredi vermesi halinde, bu kredi için karşılık ayrılıyor olması da, kre-

³⁰⁸ Kaval (2000), s. 47 vd.

³⁰⁹ Candan/ Özün (2006), s. 6.

dinin risk taşıma vasfını ortadan kaldırmayacaktır. Zararın öngörülebilir olup olmaması, öngörülebilir zararları en aza indirebilmek için gerekli tedbirleri alma yükümlülüğü açısından önem taşımaktadır³¹⁰. Dolayısıyla karşılık ayırmak, riskin gerçekleşmesi halinde doğacak zararı en aza indirmeye yönelik bir tedbir olarak anlaşılmalıdır³¹¹. Zira kredinin geri ödenip ödenmeyeceği hala muallâkta kalmaya devam etmektedir. Zaten risk kavramını sui generis yapan ve açıklanması çok zor bir kavram haline getiren de, onun bu özelliğidir.

5.2. Basel I Düzenlemeleri

Bankaların üstlendikleri risklerin sermaye ile orantılı olmasına sermaye yeterlilik oranı adı verildiğini yukarıda belirtmiştik. Ancak burada önemli olan mesele sermaye yeterlilik oranının ne olması gerektiği ve oranın nasıl hesaplanacağıdır³¹². Zira bu oranın sürdürülebilir bir şekilde tutturulması bankalar ve tüm toplum için hayati önem taşımaktadır. Meselenin önemini 2008 mortgage krizi esnasında ABD bankası Goldman Sachs'ı örnek vererek açıklayabiliriz. Bu bankanın kriz esnasında sermayesi 42 milyar Amerikan Doları iken, riskleri toplamı 1,1 trilyon Amerikan Doları düzeyinde idi³¹³. Bu elinde 1 TL olan bir kişinin 26 TL borcu olması ile eşdeğerde bir duruma karşılık gelmektedir³¹⁴.

Hemen belirtelim ki, sermaye ile risk arasındaki dengenin hangi düzeyde dengede kalması gerektiği sorusunun cevabını Basel düzenlemelerinde bulmaktayız³¹⁵.

Basel düzenlemeleri ile kastedilen, Basel Bankacılık Gözetim Komitesi tarafından hazırlanan ve öneri niteliğindeki kurallar bütünüdür. Bu kuralların ülkeler açısından hukuki bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte Basel düzenlemeleri bankacılık alanında olması gerekeni gösteren standartlar bütününe teşkil etmektedir. Bir başka deyişle her ne kadar düzenlemeler hukuken bağlayıcılık taşımasa da, uluslararası finans

³¹⁰ Benzer görüş için bkz. Çelebican (1984), s. 16.

³¹¹ Aynı yönde Çelebican (1984), s. 16.

³¹² Mesela sermaye yeterlilik oranının %8 olması demek, bankaların üstlendikleri her 100 TL'lik riske karşılık olarak 8 TL sermayelerinin olması demektir. Bir başka deyişle 1 TL sermaye=12,5 TL risktir; bkz. Candan/ Özün (2006), s. 7. Dolayısıyla sermayenin 1 milyar TL olması durumunda üstlenilebilecek riskin 12,5 milyar TL olduğunu düşünürsek; riskin gerçekleşmesi halinde bulundurulacak sermayenin zararı ne düzeyde karşılayabileceğini daha açık olarak görebiliriz.

³¹³ Gürsoy (2009), s. 191

³¹⁴ Gürsoy (2009), s. 191

³¹⁵ Basel Bankacılık Gözetim Komitesi'nin tarihi gelişimi için bkz. Keleş (2009), s. 35 vd.; Candan/ Özün (2006), s. 8 vd.; Ayan (2007), s. 26 vd.; Altıntaş (2006), s. 59 vd.; Çatalca vd. (2008), s. 82 vd.; Babuşçu (2005), s. 187 vd. Basel düzenlemelerinin hukukumuza etkisi için bkz. Tekinalp (2009), s. 109 vd.

piyasalarında söz sahibi olmak isteyen ya da uluslararası mali kurumlardan kredi kullanmak durumunda olan ülkelerin, iç hukuklarını Basel düzenlemelerine uyumlu hale getirmeleri bir nevi zorunluluk arz etmektedir.

Basel Komitesi'nin kurulması 1974 yılının sonlarına dayanmaktadır³¹⁶. İlk toplantısını 1975 yılında yapan Basel Komitesi, daha sonra yılda üç ya da dört kez olmak üzere düzenli olarak toplanmıştır³¹⁷. Basel Komitesi 1988 yılında bankaların sermaye yeterlilikleri konusunda standartları belirlemek üzere bir rapor yayınlamıştır. Asıl adı “Sermaye Ölçümü ve Standartlarının Uluslararası Uyumunu” olan bu rapor bankacılık çevrelerinde Basel I olarak adlandırılmaktadır.

Basel I düzenlemeleri, bankaların sermayelerinin, risklerine göre belirlenmesini amaçladığı için “risk odaklı sermaye yeterliliği düzenlemesi” olarak da zikredilmektedir³¹⁸. Basel I düzenlemesi asgari sermaye yeterlilik oranını %8 olarak belirlemiştir. Basel I, sermayeyi, ana sermaye ve katkı sermaye olarak ikiye ayırmakta, daha sonra da bu ikisinin toplamından, sermayeden indirilecek değerleri çıkarmak suretiyle sermaye tabanını ortaya çıkarmaktadır³¹⁹. Çıkan sermaye tutarının, risk ağırlıklı varlıklara bölünmesiyle de sermaye yeterlilik oranına ulaşılmaktadır. Hemen belirtelim ki, Basel I'in ilk şeklinde bu oran %5 iken, yıllar itibarıyla arttırılmış ve nihayet 1992 yılından sonra da %8 olarak sabitlenmiştir³²⁰.

Basel I, ilk haliyle risk ağırlıklı varlıkların hesaplanmasında sadece kredi riskini esas almaktaydı. Eleştiriler üzerine risk ağırlıklı varlıklar kategorisine sonradan piyasa riski de eklenmiştir. Basel I'e yönelik eleştiriler bununla da sınırlı kalmamıştır. Herşeyden önce Basel I, borçluların kredi riskinin hesaplanmasında, onların subjektif

³¹⁶ O dönemin Federal Almanya'sında yaşanan Bankhaus Herstatt iflasının ardından uluslar arası ödemeler dengesi ve bankacılık piyasalarında yaşanan krizle birlikte, 10 ülkenin merkez bankası başkanlarının katılımıyla Bankacılık Düzenlemeleri ve Denetim Uygulamaları Komitesi adı altında bir komite kurulmuştur. Komitede Belçika, Kanada, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Lüksemburg, Hollanda, İspanya, İsveç, İsviçre, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri sadece merkez bankası başkanları ile değil, bankacılıkla ilgili düzenleyici otoritelerinin yöneticileri ile de temsil edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Basel Bankacılık Denetim Komitesi [BIS] (2001). History of the Basel Committee and its membership, Basel: BIS Yayını, 2001, www.bis.org (Erişim tarihi: 01.09.2011).

³¹⁷ Basel Komitesi ilk raporunu da 1975 yılında yayınlamıştır. Bu raporun amacı uluslar arası düzeyde faaliyetleri bulunan bankaların merkezleri ile şubeleri arasındaki ilişkileri düzenlemektir. Bu rapor 1983 yılında genişletilmiştir; bkz. Ayan (2007), s. 27 vd.

³¹⁸ Ayan (2007), s. 28.

³¹⁹ Ayan (2007), s. 30.

³²⁰ Ayan (2007), s. 31; Altıntaş (2006), s. 62.

koşullarına göre bir değerlendirme yapmamış; bilakis bankaların tüm borçlular için eş oranda sermaye bulundurmalarını öngörmüştür³²¹.

Yine Basel I, uluslararası faaliyetleri olan büyük bankalara uygulanabilecek hükümler içermektedir. Basel I'in en çok eleştirilen yönü ise, kredi kullandırmalarında OECD üyesi olan ülkeleri çok daha avantajlı konuma getirmiş olmasıdır³²². Zira risk ağırlıkları, OECD üyesi ülkenin bir bankasına verilen kredilerde %20 ve yine OECD üyesi bir ülkenin hazine ya da merkez bankalarına kredi verilirken %0 olarak hesaplanırken; özel sektör girişimcisinin kullandığı kredilerde risk ağırlığı %100 olarak öngörülmüştür³²³. Ayrıca Basel I'de operasyonel risk düzenlenmemiş ve üstelik devletin bankalar üzerindeki denetimi hangi esaslara göre yapacağı hususuna da yer verilmemiştir.

İşte tüm bu eleştiriler, yeni bir düzenleme için çalışmalara başlanmasına neden olmuştur. Bu çalışmalar sonucunda Basel Komitesi, 2004 yılında, finans ve bankacılık çevrelerinde kısaca Basel II olarak anılan, asıl adı “Sermaye Ölçümü ve Sermaye Standartlarının Uluslararası Düzeyde Uyumlaştırılması” olan kuralları yayınlamıştır.

5.3. Basel II Düzenlemeleri

Basel II düzenlemeleri ile neyin amaçlandığı Basel Komitesi tarafından, “Basel-II'nin temel amacı, birbirini destekleyen üç yapısal bloğun kullanılması yoluyla gelişmiş risk yönetimini teşvik etmektir. Bankaların birincil sorumluluğu, önemli riskleri gerçeğe yakın bir şekilde ölçmek ve bunları telafi edecek sermaye düzeyini korumak olmasına rağmen Basel-II Çerçevesi, Birinci Yapısal Blok asgari sermaye yükümlülüklerinin, bankalarda yeterli sermaye ve risk yönetimine sahip olunması veya bankacılık sisteminin güven ve sağlamlığının temin edilmesi açısından tek başına yeterli olamayacağını öngörmektedir. Sırasıyla, İkinci Yapısal Blok ve Üçüncü Yapısal Blok kapsa-

³²¹ Ayan (2007), s. 33; Çatalca vd. (2008), s. 85. İ. Arslan (2007). Basel kriterleri ve Türk bankacılık sektörüne etkileri. *SÜSBED*, 18, s. 51.

³²² Ayan (2007), s. 34. Bu uygulamaya “kulüp kuralı” adı verilmiştir; bkz. Altıntaş (2006), s. 70 vd.; Er (2007), s. 197; Basel I ve II'nin karşılaştırması için ayrıca bkz. E. Şanata (2009). Basel II'nin Türk bankacılık sektörünün mali yapısı üzerine etkileri. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi, s. 28. Kulüp kuralının kaldırılmasının sonuçları için bkz. Şanata (2009), s. 132.

³²³ Ayan (2007), s. 34.

mında erken müdahale ve piyasa disiplini haiz güçlü bir risk odaklı denetim, asgari sermaye yükümlülüklerinin tamamlayıcısı olmaktadır” şeklinde açıklanmıştır³²⁴.

Görüldüğü gibi Basel II düzenlemeleri üç temel yapı taşı üzerine oturtulmuştur. Bunlardan birincisi asgari sermaye yükümlülüğünün sağlanması; ikincisi denetim otoriteleri tarafından yapılacak düzenli kontroller ve üçüncüsü de piyasa disiplini ve bankaların kamuyu aydınlatma zorunluluklarıdır³²⁵.

5.3.1. Birinci yapısal blok (Sermaye yeterlilik oranının hesaplanması)

Basel II düzenlemelerinin birinci bölümünde bankaların asgari sermaye yeterlilik oranlarının hesaplanması amacıyla bankacılık riskleri; kredi riski, operasyonel risk ve piyasa riski olmak üzere üçe ayrılmış ve her bir risk için alternatifli hesaplama yöntemleri önerilmiştir³²⁶. Basel II uyarınca banka sermayesinin kredi riski, piyasa riski ve operasyonel risklere bölünmesi suretiyle ortaya çıkacak oranın %8’in altına düşmemesi gerekmektedir.

5.3.1.1. Kredi riski

Kredi riski, bankaların ortaya çıktığı zamanlardan bugüne değin, bankaların en önemli risk kalemini oluşturmaktadır. Hatta çoğu zaman bankacılık riski denilince akla ilk gelen kredi riski olmaktadır. Basel II, kredi riskine göre sermaye yeterliliğinin hesaplanmasında iki ayrı yöntem belirlemiş ve bankalara bunların arasında tercihte bulunma olanağı tanımıştır. Bunlardan ilki standart yaklaşım, diğeri ise içsel derecelendirme metodudur.

Standart yaklaşım, bağımsız kredi derecelendirme kuruluşlarının verdiği derece notlarına dayanır³²⁷. Bu yaklaşımda bankaların alacakları, borçluların niteliklerine göre sınıflandırılmış ve her biri için belirli bir *risk ağırlığı* tespit edilmiştir. Tespit edilen risk

³²⁴ Basel Bankacılık Denetim Komitesi. Uluslar arası Ödemeler Bankası [BIS] (2004). Basel II’nin uygulanması için göz önünde tutulması gereken hususlar. (Çev: BDDK). Ankara: BDDK Yayınları, s. 9.

³²⁵ Basel II düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Altıntaş (2006), s. 75 vd.; Çatalca vd. (2008), s.93 vd.; Eken, s. 1 vd.; Arslan (2007), s. 52 vd.; Z. Bektaş (2006). Türk bankacılık sektöründe risk yönetimi ve Basel II kriterleri. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi, s. 53-83; Şanata (2009), s. 130 vd.

³²⁶ Basel II ile ilgili açıklamalarımız BDDK tarafından yayınlanan Türkçe çeviriden yararlanılarak gerçekleştirilmiştir; bkz. Basel Bankacılık Denetim Komitesi. Uluslararası Ödemeler Bankası [BIS] (2007). Sermaye ölçümü ve sermaye standartlarının uluslar arası düzeyde uyumlaştırılması. (Çev: BDDK). Ankara: BDDK Yayınları.

³²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Candan/ Özün (2006), s. 156 vd.; Ayan (2007), s. 112 vd.; Altıntaş (2006), s. 397 vd.; Babuşçu (2005), s. 266 vd.; Aksoy (2007), s. 34 vd.

ağırlıklarının, bunlar için ayrılan karşılıklar düşüldükten sonra ortaya çıkan net miktar üzerinden uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Basel II'nin 69. maddesinde perakende kredi kavramına yer verilmiştir. Perakende krediler, bireysel krediler ile küçük işletmelere kullandırılan krediler olup, bunlar için %75 risk ağırlığı belirlenmiştir. Basel II'nin 70. maddesine göre bir kredinin perakende kredi olarak değerlendirilmesi için 4 şartın varlığı aranmıştır³²⁸.

Kredi riskinin standart yaklaşımla hesaplanması halinde belirlenecek risk ağırlıklarını tarafımızca oluşturulan aşağıdaki tabloda topluca görmemiz mümkündür.

İçsel derecelendirme metodunda ise bankalar, verdikleri kredilerin risk ağırlıklarını kendileri belirlemektedir. Bir başka ifadeyle bankaların kendi derecelendirmelerini kendilerinin yapmasına imkân tanınmaktadır. İçsel derecelendirme metodunda krediler, standart yaklaşımdan farklı olarak kurumsal krediler, hazine ve merkez bankası kredileri, banka kredileri, perakende krediler ve sermaye yatırımları olmak üzere beş kategoriye ayrılmıştır. Belirtelim ki, bu metod kendi içerisinde temel ve gelişmiş içsel derecelendirme metodu olmak üzere iki şekilde uygulanabilmektedir.

Basel II'nin 244. maddesine göre içsel derecelendirme metodunda, riskler 3 temel açıdan değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bunlardan birincisi risk bileşenleridir. İçsel derecelendirme metodunda temerrüt olasılığı, temerrüt halinde kayıp, temerrüt miktarı ve efektif vade gibi risk bileşenleri tespit edilmiştir. Temel içsel derecelendirme metodunda bankalar yalnızca temerrüt olasılığını hesaplayabilir iken; gelişmiş içsel derecelendirme metodunda tüm hesaplamalar bizzat banka tarafından yapılmaktadır. İkincisi ise risk ağırlık fonksiyonlarıdır ki, risk bileşenleri, sermaye yükümlülüğüne dönüştürülmektedir. Bir başka deyişle hesaplanan risk bileşenleri için ne miktarda sermaye gerektiği belirlenmektedir. Üçüncüsü de, bankanın içsel derecelendirme metodunu kullanabilmesi için, yerine getirmekle yükümlü olduğu asgari şartları ifade etmektedir.

³²⁸ Bu şartlardan birincisi borçluya ilişkin şarttır. Buna göre krediyi kullandıran bankanın maruz kaldığı risk, bir gerçek kişi veya kişilerden veya bir küçük işletmeden olan alacakla ilgili olmalıdır. İkinci şart kredinin türüne ilişkin şart olup, Basel II, buna "ürün kriteri" adını vermektedir. Söz konusu krediler, kredi kartları ve kredili mevduat hesapları da dahil olmak üzere rotatif krediler, vadeli bireysel krediler ve bireysel nitelikli finansal kiralama işlemleri (taksitli krediler, otomobil kredileri ve finansal kiralamalar, öğrenci ve eğitim kredileri, ihtiyaç kredileri), küçük işletmelere kullandırılan krediler ve bu tip krediler lehine verilen taahhütler biçiminde kullandırılmış olmalıdır. İster borsaya kote edilsin, ister edilmesin tahviller ve hisse senetleri gibi menkul kıymetler bu kapsama alınamayacaktır. Üçüncü şart ise portföy çeşitlendirmesine ilişkindir. Buna göre bir kişiye kullandırılan kredi toplamı, toplam perakende kredilerin belirlenmiş bir yüzdesini aşmamalıdır. Bir kredinin perakende kredi sayılması için aranan dördüncü şart ise, kredinin düşük tutarlı olması gerekliliğidir. Basel II uyarınca tek bir borçluya kullandırılacak azami perakende kredi miktarı bir milyon Euro'yu aşmamalıdır.

İçsel derecelendirme metodunda banka kendi derecelendirmesini bizzat yaptığı için, bankanın yapacağı bu derecelendirmenin nasıl olması gerektiği Basel II’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bankalar derecelendirme yaparken çeşitli teknikler kullanabilir.

Tablo 1. Standart Yaklaşımda Kredilerin Değerlendirilmesi

Bankaların Çeşitli Alacakları	Alacakların Risk Ağırlığının Belirlenmesi
Hazine ve Merkez Bankalarına Kullandırılan Krediler	Kredi derecelendirme kuruluşlarının ülkelere verdiği derece notlarına göre risk ağırlığı tespit edilmiştir.
Bankalara Kullandırılan Krediler	İki alternatif sunulmuştur. Birincisinde ülkenin derecelendirme notunun bir kategori üzeri, tüm bankalara uygulanır. İkincisinde ise, her bir bankanın, kendi derecelendirme notuna göre farklı risk ağırlıkları esas alınır.
Merkezi İdare Dışındaki Kamu Kurum ve Kuruluşlarına Kullandırılan Krediler	Kural olarak bankalara kullandırılan kredilere ilişkin hükümler uygulanır.
Menkul Kıymet Şirketlerine Kullandırılan Krediler	Kural olarak bankalara kullandırılan kredilere ilişkin hükümler uygulanır.
Kurumsal Krediler	Cirosu belli bir miktarın üzerinde olan kurumsal firmalara kullandırılan kredilerdir. Firmanın kredi derecelendirmesi notuna göre farklı risk ağırlıkları belirlenmiştir.
Perakende Krediler	Bireysel krediler ve küçük işletmelere kullandırılan krediler olup, bunlar için %75 risk ağırlığı belirlenmiştir.
Konut İpoteği Karşılığı Krediler	En düşük risk ağırlığı bu krediler için belirlenmiştir (%35). Ancak kullandırılan kredinin bireysel nitelikli konut kredisi olması zorunludur.
Ticari Taşınmaz İpoteği Karşılığı Krediler	Basel II, ticari taşınmaz ipoteği karşılığı kullandırılan kredilerde, risk ağırlığını %100 olarak belirlemiş ve bu şekilde ticari taşınmaz ipoteğini kural olarak teminat olarak görmediğini açıkça belirtmiştir.
Tahsili Gecikmiş Alacaklar	Kredinin tahsili 90 günden fazla gecikmiş ise teminatsız kısmından özel karşılıklar düşülmekte ve kalan kısım için risk ağırlıkları tespit edilmektedir
Diğer Aktifler	Diğer tüm aktiflerin risk ağırlığı %100 olarak belirlenmiştir.
Bilanço Dışı İşlemler	Bilanço dışı işlemler, kredi dönüştürme oranı ile hesaplanarak bulunacak tutar üzerinden risk ağırlığına tabi tutulacaktır.

Kaynak: Tablo tarafımızca hazırlanmıştır.

5.3.1.2. Operasyonel risk

Basel II, operasyonel riski yetersiz veya başarısız dâhili süreçler, insanlar ve sistemlerden veya harici olaylardan kaynaklanan kayıp riski olarak tanımlamıştır (Basel II, 644)³²⁹. Hemen belirtelim ki, Basel II’nin operasyonel riske ilişkin bu tanımı hukuki riskleri de kapsamına almaktadır (Basel II, 644). Operasyonel risk finans doktrininde de

³²⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Candan/ Özün (2006), s. 269 vd.; Altıntaş (2006), s. 461 vd.; M. E. Bleier (2004). Operational risk in Basel II, *N. C. Banking Inst.*, 2004/8, s. 101 vd.; M. Power (2003). *The invention of operational risk*. ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation. Discussion Paper No: 16, s. 2 vd.; E. Can (2003). *Operasyonel risk ve yönetimi*. Sermaye Piyasası Kurumu Yeterlik Etüdü. Ankara: Sermaye Piyasası Kurumu Yayını, s. 3 vd.; Aksoy (2007), s. 29 vd.

pek çok yazar tarafından tanımlanmıştır. Örneğin Candan/Özün operasyonel riski, “ör-
gütlenme, iş akışı, teknoloji, insan gücü, mevzuat, yönetim ve faaliyet ortamı çerçeve-
sinde oluşabilecek, bankayı maddi veya itibari kayba uğratabilecek, mutlak kredi ve
mutlak piyasa riski dışında kalan her türlü risk” olarak tanımlamışlardır³³⁰.

Operasyonel riski banka bünyesindeki kayıplar kapsamında ele alan operasyonel ba-
şarısızlık riski ve banka dışında kontrol edilemeyen nedenlerden kaynaklanan operasyonel
stratejik risk olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür³³¹.

Basel II’de operasyonel risk nedeniyle gerekli yasal sermaye yükümlülüklerinin
hesaplanmasında temel gösterge yaklaşımı, standart yaklaşım ve ileri ölçüm yaklaşımla-
rı olmak üzere üç farklı ölçüm yöntemi kabul edilmiştir. Bunun yanı sıra standart yakla-
şım kapsamında, alternatif standart yaklaşım adında ayrı bir hesaplama yöntemi daha
bulunmaktadır. Bir banka, denetim otoritesinin iznini almadan daha gelişmiş bir ölçüm
yönteminden, daha basit bir ölçüm yöntemine geçemez (Basel II, 648).

Temel gösterge yaklaşımında bankalar, operasyonel risk için, pozitif yıllık brüt
gelirin sabit bir yüzdesinin son üç yıl içindeki ortalamasına eşit tutarda sermayeyi
operasyonel risk için bulundurmalarıdır (Basel II, 649). Brüt gelir, net faiz geliri ile net
faiz dışı gelirin toplamına eşittir (Basel II, 650).

Standart Yaklaşımında, bankacılık faaliyetleri, kurumsal finansman, alım-satım ve
satış, perakende bankacılık, ticari bankacılık, tasfiye (takas) ve ödemeler, acentelik
hizmetleri, varlık yönetimi ve perakende aracılık hizmetleri olmak üzere sekiz ayrı faa-
liyet koluna bölünmüştür ve her faaliyet kolu için beta katsayısı tespit edilmiştir (Basel
II, 652). Beta, belirli bir faaliyet kolundaki operasyonel risk kayıp deneyimi ile o faali-
yet kolu için toplam brüt gelir seviyesi arasında sektör çapında mevcut ilişkiyi gösteren
katsayıdır (Basel II, 653).

Her faaliyet kolu için sermaye bulundurma yükümlülüğü, brüt gelirin o faaliyet
koluna tahsis edilen bir beta ile çarpılması suretiyle hesaplanır (Basel II, 653). Hemen
belirtelim ki standart yaklaşımda brüt gelir, bankanın tüm faaliyetleri için değil, her faa-
liyet kolu için ayrıca ölçülmektedir. Toplam sermaye bulundurma yükümlülüğü, faaliyet

³³⁰ Candan/ Özün (2006), s. 271. Yine bir başka tanıma göre operasyonel risk, “belirlenemeyen limit
aşımaları, yetkisiz işlemler, yetersiz belge ve kayıt düzeninin ortaya çıkaramadığı hileler, temel iç kontrol
ve risk yönetim sistemi sorunları, tecrübesiz personel, düzensiz ve yetkisiz erişimlere açık bilgisayar
sistemleri nedeniyle iç kontrol sisteminin meydana getirdiği muhtemel kayıp riskleri” olarak ifade
edilebilir; bkz. Coşkun (2008), s. 42.

³³¹ Coşkun (2008), s. 42.

kollarının her birinde her yıla ilişkin hesaplanan yasal sermaye bulundurma yükümlülüklerinin basit toplamının üç yıllık ortalaması olarak hesaplanır (Basel II, 654). Alternatif standart yaklaşımda ise yasal sermayeyi belirleme yöntemi, perakende bankacılık ve ticari bankacılık hesaplamalarının dikkate alınma yöntemi haricinde standart yaklaşıma benzemektedir. Basel II düzenlemelerine göre bu yöntemde, perakende bankacılık ve ticari bankacılık kollarında, “maruz kalınan risk göstergesi olarak brüt gelirin yerine krediler ve avanslar - bir ‘m’ sabit faktörüyle çarpılmak suretiyle” dikkate alınmaktadır (Basel II, dp. 104).

İleri ölçüm yaklaşımlarında, yasal sermaye yükümlülüğü, bu yaklaşım için öngörülen nicel ve nitel kriterler kullanılarak bankanın kendi içsel operasyonel risk ölçüm sistemiyle tespit edilen risk ölçütüne eşit olacaktır (Basel II, 655). Ayrıca belirtelim ki, ileri ölçüm yaklaşımlarının kullanılması denetim otoritesinin onayına tâbidir³³².

5.3.1.3. Piyasa riski

Piyasa riski, fiyat hareketlenmeleri neticesinde bilanço içi veya bilanço dışı pozisyonlarda meydana gelebilecek kayıp riskidir (Basel II, 683i)³³³. Basel II anlamında piyasa riski ile kastedilen, alım-satım hesaplarında yer alan faiz oranıyla ilişkili araçlar ve hisse senetleri nedeniyle maruz kalınan riskler ile bankanın maruz kaldığı kur riski ve emtia riskidir.

³³²Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik’in 14. maddesine göre, operasyonel riske esas tutar, temel gösterge yöntemi, standart yöntem veya alternatif yöntem ile hesaplanır. Alternatif yöntem ile kastedilen, Basel II’de ifadesini bulan alternatif standart yaklaşımdır. Söz konusu hesaplamada standart yöntem veya alternatif yöntemin kullanılabilmesi için BDDK’dan izin alınması zorunludur. Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik taslağının 23. maddesine göre ise, operasyonel riske esas tutar, temel gösterge yöntemi veya standart yöntem ile hesaplanabilecektir. Standart yöntemin kullanılabilmesi için BDDK’dan izin alınması zorunludur. Alternatif yöntem ise yönetmelik taslağının 26. maddesinde “standart yöntemde alternatif uygulama” başlığı altında düzenlenmiş ve Basel II’ye uyumlu hale getirilmiştir. Her iki düzenlemede de ileri ölçüm yaklaşımlarına yer verilmediğini görmekteyiz. Altıntaş, ileri ölçüm yaklaşımları için gerekli olan kayıp verilerinin toplanmasının oldukça uzun bir zaman sürecini gerektirdiğini belirtmiş ve bu nedenle uygulamada bankaların büyük oranda standart yöntemi benimsediğini ifade etmiştir; bkz. Altıntaş (2006), s. 473.

³³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Candan/ Özün (2006), s. 61 vd.; Altıntaş (2006), s. 241 vd.; Coşkun (2008), s. 45 vd.

Basel II düzenlemelerine göre bankalar piyasa riskinin ölçümünde, birincisi standart yöntem ve ikincisi de riske maruz değer (RMD) yöntemi adı da verilen alternatif yöntem olmak üzere iki yöntemden birini seçebilirler³³⁴.

Bankaların Sermaye Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik'in 6. maddesine göre ise, piyasa riskine esas tutar risk ölçüm modelleri veya standart metot kullanılarak hesaplanabilecektir. Yine yönetmelik taslağında da, aynı esas benimsenmiştir (bkz. md. 9). Esasında risk ölçüm modelleri ile kastedilen, riske maruz değeri hesaplama yöntemleridir. Dolayısıyla yönetmelik bu bakımdan Basel II ile paralellik arz etmektedir.

5.3.2. İkinci yapısal blok (Denetim otoritesinin incelemesi)

Basel II'nin ikinci bölümü denetim otoritelerinin bankaları denetlemesinin yöntemine ayrılmıştır. Denetim otoritesinin bankaları denetlemesinde yapı taşını yine bankacılık riskleri teşkil etmektedir. Bir başka ifadeyle bankaların denetiminde denetim otoritesinin vazifesi, bankacılık risklerini gözetten şeffaf bir denetimle, bankaların risklerini yönetmede onlara kılavuz vazifesi görmek ve hesap verilebilirliği sağlamaktır (Basel II, 719). Denetim otoritesi, bankaların riskleri ile orantılı sermaye yapısına sahip olmalarına yönelik denetim faaliyetlerinin yanında; bankaların risklerini yönetmelerine yönelik önerilerde de bulunmalıdır (Basel II, 720).

Bankanın yönetimi, bankanın riskleri ile uyumlu asgari sermaye yeterliliğinin sağlanmasından sorumlu olduğu gibi; asgari sermaye yeterliliğinin ötesinde bankacılık risklerini karşılayacak düzeyde sermaye yeterliliğinin sağlanmasından da sorumlu tutulmuştur (Basel II, 721). Bir başka ifadeyle, banka yönetimine asgari yükümlülüklerin sağlanmasının ötesinde bir sorumluluk yüklenmiştir.

Bu kapsamda denetim otoritesinin temelde iki vazifesi bulunmaktadır. Birincisi, bankaların risklerini ve risk yapılarını doğru tespit edip etmediklerinin ve buna uygun sermaye yeterliliğinin sağlanıp sağlanmadığına yönelik değerlendirmelerde bulunma yükümlülüğüdür. İkincisi ise, gerekli görülen hallerde riskleri azaltmak ve sermaye yeterliliğini sağlamak amacıyla müdahale etme yükümlülüğüdür (Basel II, 722). Bir bankanın asgari sermaye yeterliliğini sağlamış olması, risklerin önüne geçildiği

³³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. F. Saita (2007). *Value at risk and bank capital management*. USA: Elsevier Inc. Publishing, s. 25 vd.; G. Rodoplu ve E. Ayan (2008). Basel II uzlaşısında piyasa riski yönetimi ve Türkiye açısından faiz riskine ilişkin bir uygulama, *SDÜ İİBFD*, 13 (2), s. 5 vd.

anlamına gelmemektedir. Bu kapsamda iyi bir risk yönetimi ve iç denetim sistemi kurulması ve banka içi limit tahsisi, karşılıkların artırılması gibi bir dizi önlemin alınması zorunludur (Basel II, 723).

Basel II standartlarına göre denetim otoritesinin bankalar üzerindeki denetim yetkisi dört temel prensip üzerine oturmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, bu prensipler, Basel Komitesinin daha önce yayınladığı “Etkin Bankacılık Denetiminin Temel Prensipleri” ile yakından bağlantılı ve bunu tamamlayıcı niteliktedir.

Birinci Prensip: Basel Komitesinin kabul ettiği ilk prensip, bankaların sermaye yeterliliklerini risk yapılarına uyumlu olarak değerlendirmeleri ve sermaye yapılarının korunmasına yönelik planlarının bulunmasıdır. Bankaların maruz kaldıkları risklere uygun, yeterli sermayenin bulundurulmasından doğan esas sorumluluk banka yönetimindedir (Basel II, 726).

İkinci Prensip: İkinci aşamada denetim otoritelerinin gerçek fonksiyonu ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de Komite, ikinci prensiple denetim otoritelerine, bankaların sermaye değerlendirmelerini doğru yapıp yapmadıklarını inceleme ve gerekli gördüğü durumlarda da uygun tedbirleri alma görevi yüklemiştir. Ancak denetim otoritesi bunu yaparken doğaldır ki, kendisi banka yönetimiymiş gibi hareket etmemelidir (Basel II, 746). Denetim otoritesi bu görevini, yerinde inceleme, banka yönetimi ile görüşme, bağımsız denetçi raporlarının izlenmesi gibi yöntemler kullanarak ifa edecek ve tespit ettiği hususları düzenli olarak raporlayacaktır.

Üçüncü Prensip: Üçüncü prensibe gelince; denetim otoriteleri, bankalardan, sağlamakla yükümlü oldukları asgari sermaye yeterliliğinin üzerinde bir sermayeye sahip olmalarını talep edebilmelidirler. Gerçekten de, Basel II kapsamında belirtilen sermaye yeterlilik oranları, bankaların sağlamakla yükümlü oldukları asgari oranları ifade etmektedir. Ancak sadece asgari sermaye yeterliliğini sağlamış bir bankanın piyasadan kredi alabilmesi pek mümkün olmadığı gibi, böyle bir bankanın olası bir kriz döneminde mevcut sermayesini yitirmesi dahi söz konusu olabilecektir. Keza, ekonomik kriz dönemlerinde sermayenin artırılması oldukça maliyetli de olabilir. Bu nedenle denetim otoritesi bankaların asgari sermaye yükümlülüğünü yerine getirmiş olması ile yetinmemeli, bankalardan asgari oranların üzerinde bir sermaye yeterlilik oranı sağlamalarını talep edebilmelidir.

Dördüncü Prensip: Basel II'nin denetim otoritelerinin denetim yöntemine ilişkin olarak belirlediği dördüncü prensip ise, bankaların sermayelerinin asgari standartların altına düşmeleri halinde gerekli müdahaleleri yapabilmeleri ve zor duruma düşen bankadan düzeltici önlemler almasını isteyebilmesidir.

5.3.3. Üçüncü yapısal blok (Piyasa disiplini ve kamunun aydınlatılması)

Üçüncü yapısal bloğun en temel amacı piyasa disiplininin sağlanmasıdır. Basel II de, piyasa disipliniyi sağlayabilmenin başta gelen şartının, piyasa oyuncularının; bankaların sermayeleri, maruz kaldıkları riskler, risk değerlendirme süreçleri ve kısacası bankaların sermaye yeterliliği hakkında önemli bilgilere sahip olmalarına imkan sağlayacak bir dizi kamuyu bilgilendirme yükümlülüğü ihdas etmek olduğunu açıkça belirtmiştir (Basel II, 809). Hemen belirtelim ki, bankalarca kamuya açıklanan bilgilerin, bankaların muhasebe işlemleriyle çelişmemesi gerekmektedir (Basel II, 813).

Basel II, banka yönetimine, bilgilerin ne surette açıklanacağını belirleme hususunda bir takdir yetkisi vermiştir (Basel II, 814). Ancak bankalar, bilgi açıklamalarını genellikle iki yöntemle gerçekleştirebilirler. Bunlardan birincisi bildirim yöntemidir (Basel II, 814). Bu yöntem genellikle sermaye piyasalarına yapılan bilgi açıklamalarında ve muhasebe raporlarında karşımıza çıkmaktadır. Eğer sermaye piyasalarına açıklanan ya da muhasebe raporlarında yer alan bilgiler ile denetim raporlarındaki bilgiler arasında bir çelişki söz konusu olursa, çelişkinin nedeni de ayrıca açıklanmalıdır (Basel II, 814). Bunun haricinde bankalar, kamuyu aydınlatmaya yönelik açıklamalarını internet siteleri aracılığı ile veya başka bir yöntemle de yapabilirler (Basel II, 815).

Basel II, 817. maddesinde önemlilik ilkesine yer vermiştir. Bankaların, kamuya hangi bilgilerin açıklanacağı konusunda önemlilik ilkesine göre karar vermeleri gerekmektedir. Basel II uyarınca, unutulması veya yanlış biçimde ifade edilmesi durumunda ekonomik kararlarını oluşturmak için bu bilgiye güvenen bir kullanıcının değerlendirmelerini veya kararlarını değiştirecek veya önemli ölçüde etkileyecek olan bir bilgi, önemli bilgidir (Basel II, 817).

Basel II uyarınca kamuyu aydınlatmaya yönelik bilgi açıklamaları kural olarak 6 aylık dönemler halinde yapılmalıdır (Basel II, 818). Ancak risk yönetimine ilişkin amaçlar, politikalar, raporlamalar ve tanımların yılda bir yapılması mümkündür (Basel II, 818). Yine büyük bankaların her türlü kamuyu aydınlatma açıklamalarını üç ayda bir

yapması gerekmektedir (Basel II, 818). Bankanın müşterileriyle ilgili ya da kendi ürün ve sistemleriyle ilgili gizli bilgileri açıklama yükümlülüğü ise bulunmamaktadır (Basel II, 819).

İkinci Bölüm

Bankaların Mali Yapılarının Bankacılık Risklerine Karşı Korunması

1. Bankaların Mali Yapısı

Mali yapı kavramı malvarlığı kavramından farklı olup doktrinde Kayar tarafından, “bir gerçek ya da tüzel kişiye ait malvarlığının para, mal, alacak ve diğer ekonomik değeri olan haklardan oluşan aktif tarafıyla, borç ve yükümlülüklerden oluşan pasif tarafının belirli bir tarih itibarıyla karşılıklı durumu” şeklinde tanımlanmıştır³³⁵.

Bankaların mali yapıları ile ilgili düzenlemeler BanK’nun 43 ila 59. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu maddelerin BanK’nun genel sistematigi içerisindeki konumu da bunu açıkça ortaya koymaktadır. Gerçekten de, söz konusu hükümler BanK’nun “Koruyucu Hükümler” başlıklı dördüncü kısmını teşkil etmektedir. Kanunun dördüncü kısmı üç bölümden teşekkül etmektedir. “Özkaynaklar ve Standart Oranlar” başlıklı birinci bölümde genel olarak bankanın sermaye yapısını ilgilendiren konular düzenlenmiştir. 48 ila 53. maddelerden oluşan ikinci bölümün başlığı “Krediler ve Risk Grubu” şeklindedir. “Sınırlamalar” başlıklı üçüncü bölümde ise bankanın mali yapısının korunmasını sağlamak amacıyla verebilecekleri kredilere, ortak olabilecekleri kişi ve kurumlara ve sahip olabilecekleri taşınmazlara bazı sınırlandırmalar getirildiğini görmekteyiz.

Bankaların mali yapısı denilince ilk akla gelen kavramlar ödenmiş sermaye, yedek akçe ve özkaynak kavramlarıdır. Ancak öncelikle bankaların finansal tabloları ile bilançolarının ne anlama geldiğini tespit etmemiz gerekiyor.

1.1. Bankaların Finansal Tabloları

Bankaların finansal tabloları ile ilgili BanK hükümlerini incelemeye başlamadan önce kısaca 6762 ve 6102 sayılı kanunlar ve SPK mevzuatı bakımından konuyu incelemekte fayda vardır.

³³⁵ İ. Kayar (1997). *Anonim ortaklıkta mali durumun bozulması ve alınacak tedbirler*. Konya: Mimoza Yayınları, s. 6.

1.1.1. 6762 Sayılı TTK hükümleri

Anonim şirketler açısından ele aldığımızda 6762 sayılı TTK'nın anonim şirketlerin hesaplarına ve finansal tablolarına yoğun bir ilgisi olduğu gözden kaçmayacaktır. Bu ilginin bazı nedenleri vardır. Bir kere 6762 sayılı TTK'nın 457. maddesinin birinci fıkrasına göre safi kazanç, yıllık bilanço'ya göre hesaplanacak ve tespit edilecektir. Bu nedenle anonim şirketlerinin temel felsefesini teşkil eden kâr payı da, ancak şirketlerin hesapları ile tecessüm edecektir³³⁶. Anonim şirketlerin hesapları, malvarlığının korunması ilkesi ile de yakın bir ilişki içindedir. Gerçekten de, bu ilke bir yönüyle alacaklıların alacakları için önemli bir teminat vazifesi görmekte; diğer yönüyle de pay sahiplerinin haklarının korunmasına hizmet etmektedir³³⁷. Anonim şirketin sermayesinin korunması ise, şirket hesaplarına ilişkin emredici mahiyette hükümler tesis edilmesiyle sağlanabilir³³⁸. Yine hesapların, ilgililerin bilgi alma haklarının sağlama fonksiyonu da bulunmaktadır³³⁹.

Anonim şirketlerde finansal tablolar denilince bilanço ve kâr-zarar hesabı olmak üzere iki temel belge akla gelmektedir³⁴⁰.

6762 Sayılı TTK'nın, "Bilanço" başlıklı 74. maddesinin birinci fıkrasına göre, bilanço, envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifi ve karşılıklı olarak değerleri itibarıyla tertiplenmiş özetidir. Bilançonun çeşitli türleri bulunmaktadır. Örneğin 74. maddedeki bilanço tanımı aslında yıllık bilançonun tanımıdır. 6762 sayılı TTK'da bunun haricinde anonim şirketler bakımından, md. 324 ara bilanço, md. 444 tasfiye bilançosu ve md.457

³³⁶ Tekinalp [Poroy/ Çamoğlu] (2009). *Ortaklıklar ve kooperatif hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 795.

³³⁷ Tekinalp [Poroy/ Çamoğlu] (2009), s. 796. Sermayenin korunmasına yönelik tedbirler için bkz. T. Ansay (1982). *Anonim şirketler hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 38. Malvarlığının korunması ilkesinin önleyicilik ve ıslah edicilik olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Bu kapsamda "öz kaynakların, esas sermayenin altına inmesini önlemek" birincisine; öz kaynakların, esas sermayenin altına inmesi durumunda, öz kaynakları yeniden eski haline getirmek ise ikincisine örnek verilebilir; bkz. A. Türk (1999). *Anonim ortaklıkta sermaye kaybı ve borca batıklığın hukuki sonuçları*. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, s. 55.

³³⁸ Tekinalp [Poroy/ Çamoğlu] (2009), s. 796.

³³⁹ Tekinalp [Poroy/ Çamoğlu] (2009), s. 796; Ansay (1982), s. 251. Anonim şirket hesaplarının ve bilançosunun kamuyu aydınlatma ilkesi ile de yakından ilişkisi bulunmaktadır. Tekinalp, kamuyu aydınlatma ilkesine uygun olarak hazırlanmış bir bilançodan bahsedebilmek için, bilançonun içeriğinde yer alması gereken hususları şöyle belirtmektedir: Ortaklığın malvarlığı yapısının eksiksiz bir listesini göstermesi; şirketin amacına ulaşmak için yapması gereken yatırımların kaynağı; şirketin likidite durumu; bağlı şirketlerle ilişkiler; kurucuların ve yöneticilerin şirketten elde ettikleri menfaatler ile bu kişilerin kötüye kullanımlarının önüne geçilmesi ve şirketin verimliliğinin dönemler itibarıyla değerlendirilmesi; bkz. Ü. Tekinalp (1979). *Anonim ortaklığın bilançosu ve yedek akçeleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 42 vd.

³⁴⁰ Tekinalp [Poroy/ Çamoğlu] (2009), s. 796; Ansay (1982), s. 288 vd. ; Kayar (1997), s. 6 vd.

yıllık bilanço'ya ilişkin düzenlemeler içermektedir. Yine 455 ila 474. maddeleri arasındaki hükümler de anonim şirketlerin hesaplarına ayrılmıştır.

6762 Sayılı TTK'nın 74. maddesinin ikinci fıkrasına göre, bilançonun aktif tablosunda; mevcutlarla alacaklar ve varsa zarar; pasif tablosunda; borçlar gösterilir. Üçüncü fıkraya göre ise, "aktif yekûnu ile borçlar arasındaki fark tacirin işletmeye tahsis ettiği ana sermayeyi teşkil eder. Ana sermaye de pasif tablosuna kaydolunur ve bu suretle aktif ve pasif tablolarının yekûnları denkleşir. Yedek akçeler ve kâr ayrı gösterilseler dahi, ana sermayenin cüzüleri sayılırlar."

6762 Sayılı TTK'nın 75. maddesinde temel bilanço ilkelerinden "açıklık" ile "doğruluk ve gerçeklik" ilkelerine yer verilmiştir. Buna göre, ilgililerin; işletmenin iktisadi ve mali durumu hakkında mümkün olduğu kadar doğru bir fikir edinebilmeleri için, envanter ve bilançoların ticari esaslar gereğince eksiksiz, açık ve kolay anlaşılır bir şekilde memleket parasına göre tanzimi lazımdır (6762 Sayılı TTK md.75/1). Açıklık ve doğruluk ilkelerinin sağlanmasını temin etmek gayesiyle aynı maddenin diğer fıkralarında da bazı düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz. Buna göre, bütün aktifler, en çok bilanço gününde işletme için haiz oldukları değer üzerinden kaydedilecek; borsada kote edilen emtia ve kıymetler o günün borsa rayicine göre, tahsil edilemeyen veya ihtilafli bulunanlar haricindeki bütün alacaklar da itibari miktarlarına göre hesap edilecektir (6762 Sayılı TTK md.75/II). Aynı maddenin üçüncü fıkrasında pasiflerin, şarta bağlı veya vadeli olsa bile, itibari değeri üzerinden hesaba geçirileceği hükme bağlanmış, dördüncü fıkrasında ise, ticaret şirketlerine ilişkin özel hükümler saklı tutulmuştur.

Açıklık ve doğruluk ilkelerinin temel amacı, şirketin mali yapısının, gerçek mevcut durumundan daha iyi imiş gibi anlaşılmasının önüne geçmektir³⁴¹. Yine gerçek olmayan kâr dağıtımını önlemek, pay sahiplerinin şirketin gerçek durumun hakkında bilgi

³⁴¹ M. T. Bırsel (1973). *Anonim şirketler hukukunda kâr kavramı*. İzmir: Ege Üniversitesi İTBF Yayınları, s. 29. "Gerçeklik ilkesi, bilançonun amacına uygun olarak, yasada öngörülmüş bulunan değerlendirme ölçülerine göre, işletmenin tam yani eksiksiz olarak malvarlığı durumunun ortaya konulması ile değerinin –öngörülen ölçüler uyarınca- gerçek olarak bildirilmesini öngören ilkedir... Açıklık ilkesi, bilançonun anlaşılır, doğru bilgi verecek şekilde, dürüst ve genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine göre düzenlenmesi gerektiğini bildirir."; bkz. Tekinalp [Poroy/ Çamoğlu] (2009), s. 802 vd. Açıklık ilkesi, bilançonun herkes tarafından kolaylıkla anlaşılmasını değil; uzman muhasebecinin bunu kolaylıkla anlamasıdır. Doğruluk ilkesi için ise, "bilançonun eksiksiz yani tam olması, bilanço kalemlerinin yanıltıcı olmaması, bilançonun dürüst bir tacir gibi hazırlanması ve kar-zarar durumunu gizlememesi" gerekir; bkz. Y. Karayalçın (1979). *Bilanço hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 40; H. Arslanlı (1961). *Anonim şirketler IV-V*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 5. Ansay bilançonun açıklık ilkesine uygun olması için pay sahiplerinin de bilanço'yu anlayabilmesi gerektiği kanaatindedir: bkz. Ansay (1982), s. 289; F. Tekil (1976). *Şirketler hukuku, anonim şirketler, C.2*. İstanbul: Yörük Matbaası, s. 580 vd.

sahibi olmasını sağlamak ve şirketin mevcut ve müstakbel alacaklılarını korumak da, açıklık ve doğruluk ilkelerinin amaçları arasında yer almaktadır³⁴². Bu anlamda 6762 sayılı TTK'nın 460-462. maddelerindeki düzenlemelerin, açıklık ve doğruluk ilkelerinin anonim şirketler açısından bir yansıması olduğu ileri sürülse de, aksi kanaatte olan yazarlar da vardır³⁴³.

Finansal tablolardan bir diğeri de kâr-zarar hesabıdır. Bu hesabın fonksiyonu belirli bir dönemdeki gelir ve giderleri karşılıklı bir şekilde belirleyerek, sonuçta ortaya kâr mı yoksa zarar mı çıktığını ortaya koymaktır³⁴⁴.

1.1.2. SerPK hükümleri

Finansal tablolarla ilgili düzenlemeler 6762 sayılı TTK hükümleri ile sınırlı değildir. SerPK ve ilgili tebliğlerde de bazı düzenlemeler yer almaktadır. SPK'nın 16. maddesi, ihraççılar ile sermaye piyasası kurumlarını; mali tablo, rapor ve bilgilerini, SPK tebliğleri, genel kabul görmüş muhasebe kavram, ilke ve standartlarına uymak suretiyle düzenlemekle yükümlü kılmıştır (SPK md.16/1). Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, SPK'nın belirlediği bazı mali tabloların, bağımsız denetleme kuruluşlarına, bilgilerin doğruluk ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmaya ilkesine uygunluğu bakımından incelettirilmesi ve bununla ilgili bir rapor alınması gerekmektedir. Burada bahsedilen “doğruluk ve gerçeği dürüst bir biçimde yansıtmaya ilkesi”, 6102 sayılı yeni TTK'da ifadesini bulan dürüst resim ilkesinden (true and fair view) başka bir şey değildir.

SerPK'nın ek birinci maddesine de değinelim: Bu madde 15.12.1999 tarihli 4487 sayılı Kanunun 27. maddesi ile kanuna eklenmiştir. Bu madde ile tüzel kişiliğe de sahip olan Türkiye Muhasebe Standartları Kuruluşu (TMSK) adında özerk bir kuruluş oluşturulmuştur. Ek birinci maddede TMSK'nın kuruluş amacı, “Denetlenmiş finansal tabloların sunumunda; finansal tabloların ihtiyaca uygun, gerçek, güvenilir, dengeli, karşılaştırılabilir ve anlaşılabilir nitelikte olmaları için ulusal muhasebe ilkelerinin gelişmesi ve benimsenmesini sağlayacak ve kamu yararı için uygulanacak ulusal muhasebe standartlarını saptamak ve yayınlamak” şeklinde açıklanmıştır.

³⁴² Birsal (1973), s. 29.

³⁴³ Birsal (1973), s. 28 vd. Ancak Tekinalp 6762 sayılı TTK md.460 vd. maddelerinde yer alan ölçütlerin gerçeklik ilkesini yansıtmaktan uzak olduğu kanaatinde; bkz. Tekinalp (1979), s. 48.

³⁴⁴ Tekinalp [Poroy/ Çamoğlu] (2009), s. 801. Bir başka ifadeyle kâr-zarar hesabı yönünü geçmişe çevirmiştir. Şirketin hesap devresinde kâr ve zarar durumunun görülmesini sağlar; bkz. Ansay (1982), s. 295.

Ancak Bakanlar Kurulu tarafından çıkartılan ve 02.11.2011 tarihli RG’de yayınlanarak yürürlüğe giren 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat Ve Görevleri Hakkında KHK’nın 32. maddesinin üçüncü fıkrası ile SerPK’nın ek birinci maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. 660 Sayılı KHK md. 3/1 hükmünde, “Bu Kanun Hükmünde Kararnamede belirtilen görevleri yerine getirmek üzere kamu tüzel kişiliğini haiz ve idari özerkliğe sahip, Başbakanlıkla ilişkili Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu kurulmuştur” denilmek suretiyle yeni bir özerk kuruluş kurulmuştur. Ayrıca 660 sayılı KHK’nın birinci maddesinde bu KHK’nın amacı şu şekilde açıklanmıştır:

“Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı; uluslararası standartlarla uyumlu Türkiye Muhasebe Standartlarını oluşturmak ve yayımlamak, bağımsız denetimde uygulama birliğini, gerekli güveni ve kaliteyi sağlamak, denetim standartlarını belirlemek, bağımsız denetçi ve bağımsız denetim kuruluşlarını yetkilendirmek ve bunların faaliyetlerini denetlemek ve bağımsız denetim alanında kamu gözetimi yapmak yetkisini haiz Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun kuruluş, teşkilat, görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esasları düzenlemektir.”

660 Sayılı KHK ile kurulan Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu’nun görev ve yetkilerinin neler olduğu KHK md. 9’da ayrıntılı olarak belirtilmiştir. Bu hükümler arasında konumuz açısından önem taşıyanları birinci fıkranın a, b ve c bentlerindeki şu hükümlerdir:

- “a) Tabi oldukları kanunlar gereği defter tutmakla yükümlü olanlara ait finansal tabloların; ihtiyaca uygunluğunu, şeffaflığını, güvenilirliğini, anlaşılabilirliğini, karşılaştırılabilirliğini ve tutarlılığını sağlamak amacıyla, uluslararası standartlarla uyumlu Türkiye Muhasebe Standartlarını oluşturmak ve yayımlamak,
- b) Türkiye Muhasebe Standartlarının uygulamasına yönelik ikincil düzenlemeleri yapmak ve gerekli kararları almak, bu konuda kendi alanları itiba-

ıyla düzenleme yetkisi bulunan kurum ve kuruluşların yapacakları düzenlemeler hakkında onay vermek,

c) Finansal tabloların; işletmelerin finansal durumunu, performansını ve nakit akışlarını Türkiye Muhasebe Standartları doğrultusunda gerçeğe uygun olarak sunumunu, kullanıcıların ihtiyaçlarına uygunluğunu, güvenilirliğini, şeffaflığını, karşılaştırılabilirliğini ve anlaşılabilirliğini sağlamak amacıyla, kamu yararını da gözetmek suretiyle, bilgi sistemleri denetimi dahil, uluslararası standartlarla uyumlu ulusal denetim standartlarını oluşturmak ve yayımlamak”

660 Sayılı KHK md. 30 hükmüne göre Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu’nun kararları kesindir. Aynı madde uyarınca Kurulun düzenleyici ve denetleyici nitelikteki kararlarına karşı açılacak davalar, ilk derece mahkemesi olarak Danıştayda görülecektir. 660 Sayılı KHK md. 31 ayrıca, “Bu Kanun Hükmünde Kararnamede hüküm bulunmayan hallerde 13.1.2011 tarihli ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununun bağımsız denetimle ilgili hükümleri uygulanır” hükmü ile 6102 sayılı TTK’ya yollamada bulunmaktadır.

Finansal tablolarla ilgili bir diğer düzenleme de, SPK tarafından çıkarılan Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliğidir³⁴⁵. Bu tebliğin 4. maddesi birinci fıkrası a bendine göre finansal raporlar; finansal tablolar, yönetim kurulu faaliyet raporları ve sorumluluk beyanlarından oluşan raporları, b bendine göre de finansal tablolar; dipnotlarıyla birlikte bilanço, gelir tablosu, nakit akım tablosu ve öz sermaye değişim tablosunu ifade etmektedir.

1.1.3. 6102 Sayılı TTK hükümleri

6102 Sayılı TTK’ya gelince; bu kanunun birinci kitabının 64. madde ile 88. maddeler arasındaki beşinci kısmı ticari defterlere ilişkin hükümlere ayrılmıştır. Buna göre tacir, ticari faaliyetinin başında ve her faaliyet döneminin sonunda, varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren finansal tabloyu (sırasıyla açılış bilançosunu ve yıllık bilanço) çıkarmak zorundadır (md. 68/1). Ayrıca defterlere yazımlar ve diğer gerekli kayıtlar, eksiksiz, doğru, zamanında ve düzenli olarak yapılır (md.65/2). Yine 69. mad-

³⁴⁵ 9.4.2008 tarih ve 26842 sayılı RG

de hükmüne göre, yılsonu finansal tabloların Türkiye Muhasebe Standartlarına uyularak düzenlenmesi, bu tabloların açık ve anlaşılır olması ve düzenli bir işletme faaliyeti akışına uygun bir süre içinde çıkarılması gerektiği belirtilmiştir. Ayrıca 68. maddenin üçüncü fıkrasında yılsonu finansal tablolarının, bilanço ile gelir tablosu olduğu hükmüne yer verilmiş, ancak 514. madde ile Türkiye Muhasebe Standartlarının bu konudaki hükümleri saklı tutulmuştur.

6102 Sayılı TTK'nın 88. maddesinde ise çok önemli bir düzenleme yer almaktadır. Bu maddenin birinci fıkrası şöyledir:

“64 ilâ 88 inci madde hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişiler gerek ticari defterlerini tutarken, gerek münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayımlanan, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara aynen uymak ve bunları uygulamak zorundadırlar. 514 ilâ 528 inci maddeler ile Kanunun ilgili diğer hükümleri saklıdır”

6102 Sayılı TTK, anonim şirketlerin hesaplarını 514. madde ile 528. madde arasında düzenlemiştir. Kanunun 514. maddesinde, “Yönetim kurulu, geçmiş hesap dönemine ait, Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülmüş bulunan finansal tablolarını, eklerini ve yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunu, bilanço gününü izleyen hesap döneminin ilk üç ayı içinde hazırlar ve genel kurula sunar.” hükmüne yer verilmiştir.

Yeni TTK'nın 516. maddesinin birinci fıkrasına göre, “yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, şirketin, o yıla ait faaliyetlerinin akışı ile her yönüyle finansal durumunu, doğru, eksiksiz, dolambaçsız, gerçeğe uygun ve dürüst bir şekilde yansıtır. Bu raporda finansal durum, finansal tablolara göre değerlendirilir. Raporda ayrıca, şirketin gelişmesine ve karşılaşması muhtemel risklere de açıkça işaret olunur. Bu konulara ilişkin yönetim kurulunun değerlendirmesi de raporda yer alır.”

6102 Sayılı TTK'nın 515. maddesinde de “dürüst resim ilkesi” düzenlenmiştir. Buna göre;

“Anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır.”

Hükümet gerekçesine göre bu madde dört emredici ilkeyi içermektedir. Buna göre;

- a- Yıllonun finansal tabloları Türkiye Muhasebe Standartlarına (m. 88) göre çıkarılır,
- b- Finansal tablolardan şirketin malvarlığı, borçları, yükümlülükleri, öz kaynakları ve faaliyet sonuçları anlaşılmalıdır,
- c- Finansal tablolar tam, anlaşılabilir, geçmiş yıllarla karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun, şeffaf, güvenilir olmalıdır,
- d- Şirketin durumunun resmini vermelidir; bu resim gerçeği dürüst ve aslına uygun olarak yansıtmalıdır.

Yine bu maddenin hükümet gerekçesine göre, “Anglo-Sakson hukukunun ünlü üst hukuk kuralı -true and fair view- ilkesi bu suretle -dürüst resim- ilkesi olarak ifade edilmiştir. Dürüst resim ilkesi kanunî terimdir. Dürüst resim ilkesinin içeriği ve alt ilkeleri IFRS'yi aynen yansıtan Türkiye Muhasebe Standartları, öğreti ve mahkeme kararlarınca doldurulur. Dürüst resim ilkesi bir üst hukuk kuralıdır. Yani bu ilkeye uymayan, bu ilkeyi yeteri kadar temsil etmeyen standart ve hükümleri bertaraf eder ve tabloyu çıkarandan ilkeye uygun hareketin yerine getirilmesini ister”

Son olarak önemli bir konuya daha değinmekte fayda görmekteyiz. 6102 Sayılı TTK'nın “Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun Yetkisi” başlığını taşıyan md. 88 hükmü, SerPK'nın yürürlükten kaldırılan ek birinci maddesi kapsamında kurulan TMSK'ya atıfta bulunmaktadır³⁴⁶. Ancak md. 88'de atıfta bulunulan TMSK'nın hukuki

³⁴⁶ 6102 Sayılı TTK md. 88 şu şekildedir:

“(1) 64 ilâ 88 inci madde hükümlerine tabi gerçek ve tüzel kişiler gerek ticari defterlerini tutarken, gerek münferit ve konsolide finansal tablolarını düzenlerken, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından yayımlanan, Türkiye Muhasebe Standartlarına, kavramsal çerçevede yer alan muhasebe ilkelerine ve bunların ayrılmaz parçası olan yorumlara aynen uymak ve bunları uygulamak zorundadırlar. 514 ilâ 528 inci maddeler ile Kanunun ilgili diğer hükümleri saklıdır.

dayanağını teşkil eden SerPK ek birinci madde 660 sayılı KHK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla 6102 sayılı TTK ile TMSK'ya yapılan atıfların, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu şeklinde anlaşılması gerekmektedir³⁴⁷.

1.1.4. BanK hükümleri

BanK'nun Finansal Raporlama" başlıklı dördüncü bölümü, 37 ve 42. maddeleri arasında bankaların finansal tabloları ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Ayrıca bu konuyla ilgili olarak BDDK tarafından çıkartılmış olan ve kısaca Muhasebe Yönetmeliği olarak adlandıracağımız bir de yönetmelik bulunmaktadır³⁴⁸. Bu yönetmeliğin 4. maddesi bankaların faaliyetlerini bu Yönetmelik ve BDDK tarafından çıkarılacak tebliğlere göre: ayrıca kural olarak, Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olarak muhasebeleştirileceği hükme bağlanmıştır.

Aynı yönetmeliğin 5. maddesinde finansal tabloların nazım hesaplar ile birlikte bilanço (finansal durum tablosu), gelir tablosu (kâr ve zarar cetveli), özkaynaklarda muhasebeleştirilen gelir gider kalemlerine ilişkin tablo, özkaynak değişim tablosu, nakit akış tablosu ile kâr dağıtım tablosundan oluşacağı belirtilmiş: önemli muhasebe politikalarını özetleyen dipnotlar, TMS'de yer verilmesi öngörülen diğer açıklayıcı notlar ile finansal tablolarda yer alan bilgilere ilişkin açıklayıcı rapor ve tablolar, finansal tabloların ayrılmaz parçaları olduğu hükme bağlanmıştır.

Yönetmeliğin 6. maddesinin birinci fıkrasında bilanço, "bankanın belirli bir tarihteki iktisadi ve mali durumunu yansıtan, varlıklarını, borçlarını ve özkaynaklarını, aktif ve pasif hesaplar şeklinde gerçeğe uygun ve doğru bir biçimde gösteren tablodur" şek-

(2) Bu düzenlemeler, uygulamada birliği sağlamak ve finansal tablolara milletlerarası pazarlarda geçerlilik kazandırmak amacıyla, Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarına tam uyumlu olacak şekilde, yalnız Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu tarafından belirlenir ve yayımlanır.

(3) Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunca, değişik ölçütteki işletmeler ve sektörler için, Uluslararası Finansal Raporlama Standartları tarafından farklı düzenlemelere izin verildiği hâllerde özel ve istisnai standartlar konulabilir; bunları uygulayanlar, söz konusu durumu finansal tablo dipnotlarında açıklarlar.

(4) Kanunlarla, belirli alanları düzenlemek ve denetlemek üzere kurulmuş bulunan kurum ve kurullar, Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmak ve Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunun onayını almak şartıyla, kendi alanları için geçerli olacak standartlar ile ilgili olarak ayrıntıya ilişkin, sınırlı düzenlemeleri yapabilirler.

(5) Türkiye Muhasebe Standartlarında hüküm bulunmayan hâllerde, ilgili oldukları alan dikkate alınarak, dördüncü fıkrada belirtilen ayrıntıya ilişkin düzenleme, ilgili düzenlemede de hüküm bulunmadığı takdirde milletlerarası uygulamada genel kabul gören muhasebe ilkeleri uygulanır"

³⁴⁷ Benzer görüş için bkz. S. Altaş (2011). *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre şirket denetimi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 97.

³⁴⁸ Bankaların Muhasebe Uygulamalarına ve Belgelerin Saklanması İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik (01.11.2006 tarih ve 2633 sayılı RG).

linde tanımlanmıştır. Bilançonun aktif bölümü paraya dönüşüm çabukluğuna, pasif bölümü ise ödeme çabukluğuna göre düzenlenir.

BanK'nun 41. maddesi, faaliyetlerin muhasebeleştirilmesi, finansal tabloların hazırlanması, onaylanması, denetlenmesi, yetkili mercilere sunulması ve yayımlanması dâhil finansal raporlama sistemini, görev, yetki ve sorumlulukları belirlemek, bilgi sistemlerini yeterli hale getirmek ve uygulamayı gözetmek hususlarının yönetim kurulunun yükümlülükleri arasında olduğunu hükme bağlamıştır³⁴⁹.

1.2. Ödenmiş Sermaye Kavramı

7129 Sayılı Bankalar Kanunumuz “Tarifler” başlıklı 3. maddesinin 3. fıkrasında ödenmiş veya Türkiye'ye tahsis edilmiş sermaye kavramını, “bankanın, muayyen bir hesap devresi sonunda fiilen ödenmiş veya Türkiye'ye tahsis ve tediye edilmiş sermayesinden bilançoda görülen ve ihtiyatlarla karşılanamayan zarar düşüldükten sonra kalan bakiyedir.” şeklinde tanımlamıştı. 3182 Sayılı Bankalar Kanununda ise, “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinde ödenmiş sermaye, bankaların üç aylık hesap özetlerindeki fiilen ödenmiş veya Türkiye'ye ayrılmış ve ödenmiş sermayelerinden, bilançoda görülen zararın yedek akçelerle karşılanamayan kısmı düşüldükten sonra kalan tutar anlamına gelmekte idi (3182 S.K. md.3/ bent 5).

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin ilk haline göre; ödenmiş sermaye, bankaların üç aylık hesap özetlerindeki fiilen ve her türlü muvazaadan arı olarak ödenmiş veya Türkiye'ye ayrılmış ve ödenmiş sermayelerinden, bilançoda görülen zararın yedek akçelerle karşılanamayan kısmı düşüldükten sonra kalan

³⁴⁹ Muhasebe Uygulamaları Yönetmeliği md. 12: “Yönetim kurulu, bu Yönetmelikte belirlenen usul ve esaslara uygun olarak faaliyetlerin muhasebeleştirilmesi, finansal tabloların hazırlanması, onaylanması, denetlenmesi, yetkili mercilere sunulması ve yayımlanması dâhil finansal raporlama sistemini, görev, yetki ve sorumlulukları belirlemek, bilgi sistemlerini yeterli hale getirmek ve uygulamayı gözetmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe bağlı olarak yönetim kurulu, muhasebe ve raporlama sistemiyle ilgili olarak; temel politikaların belirlenmesi, iş tanımlarının, görev, yetki ve sorumlulukların iş akış şemasına uygun olarak açık bir şekilde yapılması, iç ve dış bilgi akış sisteminin yeterli hale getirilmesi, yetki ve sorumlulukların açık bir şekilde belirlenmesi ve bununla ilgili uygulamanın gözetilmesi hususlarında gerekli tedbirleri almakla sorumludur.”

Muhasebe Uygulamaları Yönetmeliği md. 13: “Türkiye'de kurulu bankaların yönetim kurulu başkanı, denetim komitesi üyeleri, genel müdürü, finansal raporlamadan sorumlu genel müdür yardımcısı ve ilgili birim müdürü veya bu unvanlara eş değer kişiler tarafından ad, soyad ve unvan belirtilmek suretiyle, bağımsız denetim raporu hariç olmak üzere, biçimi Kurulca belirlenecek yıl sonu ve ara dönem finansal raporlar, bu raporların ekinde yer alan finansal tablolar ile bunlara ilişkin açıklama ve dipnotları ile ay sonları itibarıyla düzenlenen finansal tablolar, bu Yönetmelik hükümlerine ve muhasebe kayıtlarına uygun olduğu belirtilerek imzalanır”.

tutardır. Daha sonra 4672 sayılı Kanunla “üç aylık hesap özetlerindeki” ibaresi tanımdan çıkartılmıştır.

Ödenmiş sermaye, yedek akçe ve özkaynak kavramlarının tanımları, 5411 sayılı Bank’da, mülga Bankalar Kanunlarından farklı olarak tanımlarla ilgili maddede değil, 44. maddede düzenlenmiştir. Bank’nun 44. maddesinin birinci fıkrasına göre ödenmiş sermaye, bankaların fiilen ve her türlü muvazaadan arî olarak ödenmiş veya Türkiye’ye ayrılmış ve ödenmiş sermayelerinden, bilançoda görülen zararın yedek akçelerle karşılanamayan kısmı düşüldükten sonra kalan tutardır.

1.3. Yedek Akçe Kavramı

Yedek akçe kavramı 6762 Sayılı TTK’da tanımlanmamıştır. Ancak 74. maddenin üçüncü fıkrası yedek akçelerin, ana sermayenin bir cüzü olduğunu belirtilmiştir³⁵⁰. Birsal’e göre yedek akçe, “esas sermayede bir değişiklik yapmadan ana sermayenin her türlü artışı” olarak tanımlanabilir³⁵¹. Tekil’e göre ise yedek akçe, “esas sermayeyi aşan net aktif” demektir³⁵². Yazar yedek akçelerin net kârın dağıtılmayan kısmını ifade etmesi hasebiyle esas sermayeye yaklaştığını ve hatta ek sermaye olarak bile nitelenebileceğini; ancak kâr olarak dağıtılabilmek özellikleri ile de esas sermayeden uzaklaştığını ifade etmiştir³⁵³.

Yedek akçeleri çeşitli şekillerde sınıflandırmak mümkündür. Örneğin Tekinalp’e göre yedek akçeler ayrılmalarına neden olan hukuki sebep bakımından kanuni yedekler, esas sözleşmeye dayanılarak ayrılan yedekler ve genel kurul kararı ile ayrılan olağanüstü yedekler; ayrılma amaçları bakımından amaca sahip olmayanlar, genel bir amaca sahip olanlar ve belirli bir amaca sahip olanlar; bilançoda yer alma şekilleri açısından da açık yedekler ve gizli yedekler olarak ikiye ayrılmıştır³⁵⁴. Yazar gizli yedek akçeleri de bilerek ayrılanlar, kendiliğinden meydana gelenler, örtülüler ve saklılar olmak üzere

³⁵⁰ Nitekim Birsal de, 6762 sayılı TTK’da yedek akçenin açıkça tanımlanmadığını ancak 74. maddenin lafzından anlaşıldığı kadarıyla, “ana sermayenin –aktif toplamıyla borçlar arasındaki farkın- bir parçası” şeklinde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir; bkz. Birsal (1973), s. 41.

³⁵¹ Birsal (1973), s. 41. Bunun yanı sıra yazar yedek akçeleri amaçları bakımından da tanımlamaktadır. Yazara göre yedek akçe, “Beklenen ya da beklenilmeyen zarar, kayıp ve masrafları karşılamak (TTK md.466/3); işletmenin idamesini ve gelişimini sağlamak (TTK md. 458, 467/2, 469/2) ve istikrarlı kâr payı dağıtılmasını temin etmek için (TTK md.458, 467,469, 470), şirket kârından alıkonmak suretiyle açık ya da gizli olarak ayrılan değerler” şeklinde tanımlanabilir; bkz. Birsal (1973), s. 41.

³⁵² Tekil (1976), s. 601.

³⁵³ Tekil (1976), s. 601.

³⁵⁴ Tekinalp (1979), s. 285.

dörde ayırmıştır. Bu konudaki bir diğer sınıflandırma ise gizli ve açık yedek akçe ayrımıdır³⁵⁵.

Gizli yedek akçeler 6762 sayılı TTK'nın 458. maddesinde düzenlenmiştir. Gizli yedek akçe başlıklı bu madde, “şirket işlerinin devamlı inkişafını veyahut mümkün mer-tebe istikrarlı kâr payları dağıtılmasını temin bakımından münasip ve faydalı olduğu takdirde, aktiflerin bilanço günündeki kıymetlerinden daha aşağı bir kıymetle bilanço-ya konması şeklinde veya başka suretle gizli yedek akçe ayrılması caizdir.” şeklindedir.

Doktrinde gizli yedek akçe, “şirketin gerçek kârı ile muhasebe kayıtlarında görü-len kârı arasındaki müspet fark” olarak tanımlanmaktadır³⁵⁶. Türk ise gizli yedek akçeyi, “öz kaynakların bilançoda görünen kısmı –muhasebe değeri- ile işletme ekonomisi ba-kımından haiz oldukları gerçek değer arasındaki olumlu fark” şeklinde tanımlamakta-dır³⁵⁷.

6762 sayılı TTK'nın 458. maddesinde düzenlenen gizli yedek akçeler, ancak şir-ketin tasfiyesi halinde tespit edilebilecek olan ve bilançoda görülmesi mümkün olmayan aktif kalemlerinden biri olarak telakki edilebilir³⁵⁸. Gizli yedek akçeler, aktiflerde yer alan bir kalemin, gerçekte olduğundan daha az değerde gösterilmesi veya pasifteki ka-lemlerin olduğundan fazla gösterilmesi suretiyle meydana getirilebilir³⁵⁹. Ancak mevcut olmayan bir borcun, varmış gibi gösterilip gösterilemeyeceği hususu tartışmalıdır³⁶⁰. Gizli yedek akçe ayrılması bilançonun açıklık ilkesine aykırı görülmektedir³⁶¹.

Hemen belirtelim ki, 6762 sayılı TTK md.458 hükmünün karşılığı 6102 sayılı ye-ni TTK'da yer almamaktadır.

³⁵⁵ Birsal (1973), s. 43; Karayalçın (1979), s. 61 vd.; Arslanlı-IV-V (1961), s. 74; Ansay (1982), s. 292.

³⁵⁶ M. Hiçşasız (1963), Anonim Şirketlerde İhtiyat Tefriki ile Alâkalı Meseleler, *III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*, Ankara: BTHAE Yayını, s.153; Birsal (1973), s. 43; Tekinalp (1979), s. 377. “Bilançoda görülmeyen ve bu sebeple genel kurul denetimi dışında kalan, pay sahiplerinin bilgi sahibi olmadığı yedek akçelere, gizli yedek akçe denilir.”; bkz. Karayalçın (1979), s. 75; Arslanlı-IV-V (1961), s. 69.

³⁵⁷ A. Türk (2002), Anonim ortaklıkta gizli yedek akçeler. *DEÜHFD*, 4 (2), s. 175.

³⁵⁸ Hiçşasız (1963), s. 153. Gizli yedek akçelerin fayda ve zararları hakkında bkz. Türk (2002), s. 178 vd.

³⁵⁹ Birsal (1973), s. 43; Tekinalp (1979), s. 387; Arslanlı-IV-V (1961), s. 77 vd.; Türk (2002), s. 206 vd.

³⁶⁰ İsviçre Federal Mahkemesinin bunun mümkün olduğuna dair kararı için bkz. Birsal (1973), s. 43 vd. Tekinalp, fiktif yedek akçe ayrılmasının mümkün olmadığı kanaatindedir. Yazar buna hileli bilanço adını vermiştir; bkz. Tekinalp (1979), s. 388. Arslanlı da aynı düşüncededir: “İdare meclisi, envanterde görünen bir kıymeti hafzederek veya mevcut olmayan bir borcu mevcut gibi göstererek yahut borcun tutarını artırarak gizli yedek akçe ayırmaya mezuun sayılamaz.”; bkz. Arslanlı-IV-V (1961), s. 78. Bu konudaki detaylı tartışmalar için bkz. Tekil (1976), s. 630 vd. Hemen belirtelim ki Tekil de fiktif olarak yedek akçe ayrılmasına karşıdır (bkz. s. 634).; Bkz. aynı yönde Türk (2002), s. 212 vd.

³⁶¹ Bu konudaki İsviçre Federal Mahkeme kararları için bkz. Tekil (1976), s. 632.

Açık yedek akçelerle kastedilen ise 6762 sayılı TTK'nın 466.vd ile 6102 sayılı yeni TTK'nın 519 vd. maddelerinde düzenlenen kanuni ve ihtiyari yedek akçelerdir³⁶².

6762 Sayılı TTK'nın 466. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca “Umumi yedek akçe esas sermayenin yarısını geçmedikçe, münhasıran ziyanların kapatılmasına yahut işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi idameye, işsizliğin önüne geçmeye veya neticelerini hafifletmeye elverişli tedbirler alınması için sarf olunabilir.” Buna göre esas sermayenin yarısını aşan miktar için kullanım serbestisi söz konusudur (bkz. aynı şekilde 6102 sayılı TTK md.519/3).

7129 Sayılı Bankalar Kanunumuzun “Tarifler” başlıklı 3. maddesinin 4. fıkrasında da ihtiyat akçeleri, “Bu kanunun 35 inci maddesine, bankaların kendi statülerine ve Türk Ticaret Kanununun 466 ve 467 nci maddelerine göre ayrılan ihtiyatlar yekûnundan, mevcut ise zararların mahsubu sonunda elde edilen bakiye” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi bu fıkra Kanunun 35. maddesine yollamada bulunmaktadır. 7129 Sayılı Bankalar Kanunumuzun 35. maddesi ise “Muhtemel Zararlar Karşılığı” başlığını taşımakta olup şöyle düzenlenmiştir:

“Türkiye’de faaliyette bulunan bilcümle bankalar Türk Ticaret Kanununun ve esas mukavelenamelerinin mecburi kıldığı ihtiyatlardan başka senelik safi kârlarından % 5 ini " ileride vukuu muhtemel zararlar karşılığı" olarak ayırmaya mecburdurlar.

“Bu mecburiyet, ayrılan karşılıkların yekunu tediye edilmiş veya Türkiye’ye tahsis olunmuş sermayenin tamamına müsavî oluncaya kadar devam eder ve zarar tahakkuk ettiği zaman bu karşılıktan yapılacak mahsuplar tamamen ikmal edilinceye kadar yeni karşılık ayrılır.”³⁶³

³⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz. Birsal (1973), s. 50 vd.; Tekinalp [Poroy/ Çamoğlu] (2009), s. 820 vd.; Tekinalp (1979), s. 286 vd. ; Karayalçın (1979), s. 64 vd.; Arslanlı-IV-V (1961), s. 82 vd.

³⁶³ Bu çok enteresan bir düzenlemeydi. Zira 35. madde, muhtemel zararlar karşılığını, tıpkı 6762 sayılı TTK anlamındaki yedek akçeler ve bankaların kendi statülerine göre ayırdıkları yedek akçeler gibi, banka yedek akçesinin bir kalemi olarak görmekteydi. Madde gerekçesinde, “Tecrübe göstermiştir ki, bazı mali müesseseler senelerce yüksek temettü tevzi ettikleri halde, şimdiye kadar esaslı bir ihtiyat tefrikini düşünmemiştir.” denmektedir.; bkz. Tekinalp, (1979), s. 273. Tekinalp, muhtemel zararlar karşılığını, yedek akçe olarak nitelendirmiştir. Yazara göre, 7129 sayılı Kanun, muhtemel zararlar karşılığını, 6762 sayılı TTK anlamındaki yedek akçelere ek ve onlarla eşdeğerde değerlendirmiş; 6762 sayılı TTK md.465/2’de düzenlenen “karşılık” niteliği yerine, ona yedek akçe niteliğini bahşetmiştir³⁶³. Yazar, bu düşüncesine en önemli dayanak olarak 7129 sayılı Kanunun 36. maddesini göstermektedir. Gerçekten de, 36. maddenin başlığı “İhtiyat akçelerinin kullanılması” olup, bu madde kanuni yedek akçelerle, muhtemel zararlar karşılıklarının devlet tahvili alınması gibi yollarla değerlendirilebileceğini hükme bağlamaktadır. Yine 35. maddede zararın ne olduğu belirtilmediğinden, türü ne olursa olsun tüm zararların bu muhtemel zararlar

3182 Sayılı Bankalar Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin altıncı bendinde tanımlanan yedek akçe, bankanın üç aylık hesap özetlerinde görülen yedek akçeler toplamından, varsa bilanço zararının düşülmesi sonucunda elde edilen tutar olarak ifade edilmiştir. 4389 Sayılı Bankalar Kanunu’na göre yedek akçe ise, bankaların 6762 sayılı TTK ve ilgili kanunlar ile ana sözleşmelerine göre ayırdıkları yedek akçelerinden veya bilanço zararının düşülmesinden sonra elde edilen tutar anlamına gelmekteydi.

5411 Sayılı Bank’ın 44. maddesinin ikinci fıkrasında yedek akçe, bankaların TTK ve ilgili kanunlar ile ana sözleşmelerine göre ayırdıkları yedek akçelerinden veya bilanço zararının düşülmesinden sonra elde edilen tutar olarak tanımlanmıştır.

1.4. Özkaynak Kavramı

7129 Sayılı Bankalar Kanunu, özkaynak kavramını tanımlamamıştı. Ancak kredi sınırlarının düzenlendiği 38. maddede yer alan, “Bir banka... veya Türkiye’ye fiilen tahsis olunmuş sermayesi ile ihtiyat akçeleri yekununun % 10 undan fazla kredi veremez.” ibaresinden bu kanunun özkaynaktan, ödenmiş sermaye ve yedek akçe toplamını anlamış olduğu sonucunu çıkarabiliriz. 3182 Sayılı Bankalar Kanunu’nun “Tanımlar” başlıklı 3. maddesinin yedinci bendinde ise özkaynak, bankaların ödenmiş veya Türkiye’ye ayrılmış sermayeleri ile yedek akçeleri toplamı olarak tanımlanmıştı (3182 S.K.md.3/7.bent).

4389 Sayılı Kanunun ilk şekline göre özkaynak, bankaların ödenmiş veya Türkiye’ye ayrılmış sermayeleri ve yedek akçeleri ile Kurulca belirlenecek diğer sermaye benzeri kaynaklar toplamını ifade etmekteydi. Daha sonra 4672 sayılı Kanun ile özkaynak, “Esas, unsur ve oranları, uluslararası standartlar da dikkate alınmak suretiyle Kurulca belirlenmek üzere, anasermaye ve katkı sermaye toplamı ile bu toplamdan sermayeden indirilecek değerlerin düşülmesi sonucu bulunacak tutar” şeklinde yeniden tanımlanmıştır. İşte bu tanım oldukça önemlidir. Bu özkaynak tanımı, aşağıda inceleyeceğimiz gibi 5411 sayılı Bank’ın özkaynak tanımının temelini oluşturmasının haricinde; atıfta bulunduğu husus bakımından da ayrıca önem taşımaktadır. Gerçekten de,

karşılığında karşılanması da mümkündü; bkz. Tekinalp (1979), s. 274). Buna karşılık İmregün ise, 7129 sayılı kanunun 35. maddesinin, “Bankaların banka olarak ayıracakları ihtiyat akçesi ile TTK mucibince ayıracakları ihtiyat akçesini birbirinden tamamen farklı tuttuğunu” ifade etmektedir. Ancak görüldüğü gibi yazar, 35. maddeye göre ayrılan karşılıkları, yedek akçe olarak adlandırmıştır; bkz. İmregün (1957), s. 88. Tekil ise muhtemel zarar karşılığının yedek akçe olduğu düşüncesindedir; bkz. Tekil (1976), s. 600.

bu tanım özkaynağın hesaplanmasında uluslar arası standartların dikkate alınacağına açıkça işaret etmiştir.

5411 Sayılı Bank’a göre özkaynak ise, ana sermaye ve katkı sermaye toplamı ile bu toplamdan sermayeden indirilecek değerlerin düşülmesi sonucu bulunacak tutarı ifade etmektedir (Bank md.44/3)³⁶⁴.

Özkaynaktan neyin anlaşılması gerektiği hususu BDDK tarafından çıkarılan Bankaların Özkaynaklarına İlişkin Yönetmelikte düzenlenmiştir³⁶⁵. Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci fıkrasına göre özkaynak, bankaların ana sermaye ve katkı sermayeleri toplamından, sermayeden indirilen değerlerin düşülmesi yoluyla hesaplanacaktır. Yönetmeliğin 4. maddesinde ana sermaye kalemleri; 5. maddesinde katkı sermaye kalemleri; 10. maddesinde ise sermayeden indirilecek değer kalemleri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Yine Bank’nun 47. maddesinin ikinci fıkrasına göre, özkaynaklarda meydana gelebilecek düşüşler nedeniyle özkaynağın belirli bir oranı ile ilişkilendirilen sınırlama ve oranlarda aşımaların oluşması ve şartların gerektirmesi hâlinde, bu aşımalar BDDK tarafından belirlenecek bir süre içinde giderilir. Buna göre bankaların risklerini karşılayabilecek düzeyde özkaynak bulundurmaları gerekmektedir. Bunun nedeni, özkaynakların maruz kalınan risklere karşı teminat niteliğinde olmaları ve mevduat sahipleri bakımından “tampon” vazifesi görmeleridir³⁶⁶.

2. Bankaların Mali Yapılarını Koruyucu Düzenlemeler

2.1. BDDK’nın Yetkileri

Bankaların mali yapılarının ne surette korunacağına ilişkin temel düzenlemeler Bank’nun “Koruyucu Düzenlemeler” başlıklı 43. maddesinde yer almaktadır. Bu mad-

³⁶⁴ Bank’nun 44. maddesinin gerekçesinde, düzenlemenin amacı şöyle açıklanmıştır: “Özkaynak, kuruluşların faaliyetlerinin sürdürülmesi, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması, ödeme gücünün değerlendirilmesi ve ihtiyatlı denetimin gerçekleştirilmesinde önemli bir değerlendirme ölçütüdür. Kuruluşların güçlü özkaynaklarının bulunması faaliyetlerinin sürekliliğini, hareket kabiliyetlerini ve şoklara karşı dayanıklılıklarını artırıcı bir faktördür. Özkaynak, uluslararası uygulamalarda da standart oranların tespiti bakımından önemli bir referans olarak kabul edilmekte olup, sektörel yapının ve finansal kararların temel faktörü olarak görüldüğünden, bankalar için özkaynaklar bakımından ortak bir standart öngörülmektedir. Bu hususlar çerçevesinde, Avrupa Birliği direktifleri ve Basel ilkeleri esas alınarak tasarlanan ve bu Kanun ile yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 2 nci maddesinde yer alan özkaynak, ödenmiş sermaye ve yedek akçelere ilişkin hükümler korunmuştur.”; bkz. Bank md. 44 Hükümet Gerekçesi.

³⁶⁵ 01.11.2006 Tarih ve 2633 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

³⁶⁶ Türk (1999), s. 25.

de mali yapının korunması hususunda hem BDDK'ya birtakım yetkiler tanımış ve hem de bankalara yükümlülükler yüklemiştir.

Bu madde BDDK'ya bazı konularda düzenleme yapma ve düzenlenen bu konularla ilgili her türlü tedbiri alma yetkisi vermiştir. Bu düzenlemelerin ne şekilde olacağını 43. madde “sınırlamalar ve standart oranlar da belirlemek suretiyle gerekli düzenlemeleri yapmak” olarak ifade etmiştir. Bir başka ifadeyle 43. madde BDDK'ya sınırlamalar belirlemek, standart oranlar belirlemek veya gerekli başka düzenlemeleri yapmak şeklinde anlaşılmalıdır. Bu düzenlemelerin hangi amaçla yapılacağı da 43. madde de belirtilmiştir. Madde metni oldukça karışık ve anlaşılması zor ifadeler kullanmaktadır. İfade aynen şöyledir:

“bankaların varlıkları, alacakları, özkaynakları, borç, yükümlülük ve taahhütleri, gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin ve malî bünyeyi etkileyen diğer tüm unsurların ve maruz kalınan risklerin tespiti, tahlili, izlenmesi, ölçülmesi ve değerlendirilmesi amacıyla”

43. maddedeki bu ifadedeki anlatım bozuklukları ve dilbilgisi hatalarını bir kenara bırakırsak, BDDK'nın düzenleme yapmaya yetkili olduğu hususları üçe ayırmamız mümkündür:

- 1-Bankaların varlıkları, alacakları, özkaynakları, borç, yükümlülük ve taahhütleri, gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin tespiti, tahlili, izlenmesi, ölçülmesi ve değerlendirilmesi amacıyla,
- 2-Bankaların malî bünyelerini etkileyen diğer tüm unsurların tespiti, tahlili, izlenmesi, ölçülmesi ve değerlendirilmesi amacıyla,
- 3-Maruz kalınan risklerin tespiti, tahlili, izlenmesi, ölçülmesi ve değerlendirilmesi amacıyla ... düzenlemeler yapmak.

Görüldüğü gibi bu kısa ifadeden birbirinden anlam itibarıyla farklı üç uzun cümle ortaya çıkmaktadır. Bir kere “tespit”, “tahlil”, “izleme”, “ölçme” ve “değerlendirme” ifadeleri tartışmaya açıktır.

Buradaki bir diğer önemli nokta şudur: BDDK düzenlenen bu konularla ilgili her türlü tedbiri almaya yetkili kılınmıştır. “Her türlü tedbiri alma” ifadesi oldukça kapsamlı, BDDK'ya çok geniş takdir yetkisi tanıyan, tabiri caizse ucu bucağı belli olmayan bir

ifadedir. Kanaatimizce bir hukuk devletinde, hiçbir kuruma “her türlü tedbiri alma” yetkisi tanınmamalıdır³⁶⁷.

Nitekim doktora tez çalışmasında meseleyi anayasa hukuku bakımından ele alan Kırıt, BDDK’nın düzenleme yapma yetki ve görevinin iki yönüyle çok geniş olduğunun altını çizmiştir. Yazara göre ilk olarak BDDK’ya verilen düzenleme yapma yetkisi BanK’nun tümüne yayılmış durumdadır. Kırıt, BanK’nun hemen tüm maddelerinde BDDK’nın düzenleme yapma konusunda yetkili ve görevli kılınmasının doğru bir anlayış olduğunu savunmaktadır. Ancak yazara göre düzenleyici işlemlerin sınırları ile ilgili olarak aynı şey söylenemez. Zira 1982 Anayasası’na göre idarenin düzenleyici işlem yapma yetkisi asli nitelikte olmamalı ve yetkinin kaynağını teşkil eden kanun hükmü ile uyusmalıdır. Eğer, düzenleyici işlemler, kanun hükmünde yer almayan konularda yeni kurallar içermekte ise; artık tali değil asli bazı hükümlerle karşı karşıyayız demektir ki bu da yasama yetkisinin devri anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bankacılık alanındaki teknik bazı konularda BDDK’nın düzenleme yapma yetkisi kabul edilse de, amacı aşacak bir şekilde verilen düzenleme yapma yetkileri Anayasaya aykırı olacaktır.

BanK md.43’ün BDDK’ya tanıdığı bir diğer yetki maddenin 3. fıkrasında yer almaktadır. 3. fıkra şöyledir:

“Kurul, kurumsal yönetim hükümleri ile koruyucu hükümlerin uygulanmasını da dikkate alarak, her bir banka ya da banka grubu için belirlenen asgarî veya azamî standart oranlar ve sınırlardan farklı daha ihtiyatlı bir oran veya sınır tesis etmeye veya hesaplama ve bildirim dönemlerini farklılaştırmaya veya genel olarak belirlenmemiş oran ve sınırlar tespit etmeye yetkilidir.”

Bu da çok karışık bir düzenlemedir. Metinden BDDK’ya, banka bazında düzenleme yapma yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. İlk olarak BDDK banka bazında düzenlemeler yaparken iki hususu dikkate alacaktır: Kurumsal yönetim ilkelerini ve yukarıda açıkladığımız konularla ilgili BDDK’nın yaptığı koruyucu düzenlemeleri. İkinci olarak banka bazında düzenleme yapma yetkisinin geniş anlaşılabileceği ve BDDK’nın sadece tek bir banka için değil; banka grubu için de düzenlemeler getirebileceği anlaşılmaktadır.

³⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. E. Kırıt (2007). Anayasal açıdan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi, s. 212 vd.

BanK md.43/3, BDDK'ya banka bazında şu düzenlemelerden birini yapma yetkisi vermektedir:

- Standart oranlar ve sınırlardan farklı daha ihtiyatlı bir oran veya sınır tesis etme veya,
- Hesaplama ve bildirim dönemlerini farklılaştırma veya,
- Genel olarak belirlenmemiş oran ve sınırlar tespit etme yetkisi.

Buradaki “genel olarak belirlenmemiş oran ve sınırlar tespit etme” ibaresi ile kastedilen, münhasıran banka bazında oran ve sınırlar koymaktır.

BanK'nun 43. maddesi bankalara da bazı yükümlülükler yüklemiştir. Bankaların yükümlülüklerinin bir kısmı 43. maddenin birinci fıkrasında yer almaktadır. Buna göre bankalar, “yapılan düzenlemelere uymak, belirlenen sınırlamaları ve standart oranları konsolide baz da dahil olmak üzere hesaplamak, tutturmak ve idame ettirmek ve bunlara ilişkin olarak Kurum tarafından istenen tedbirleri belirlenen süreler içinde almak ve uygulamakla yükümlüdür.” Bankalara yüklenen ikinci yükümlülük ise bildirim yükümlülüğüdür. 43. maddenin üçüncü fıkrasındaki “Bu Kanun kapsamında öngörülen sınırlamalara ve standart oranlara ilişkin eşiklere erişilmesi veya aşımaların oluşması hâlinde, ilgili banka durumu derhal Kuruma bildirmek zorundadır.” hükmünden bunu çıkarmaktayız. Ayrıca üçüncü fıkra sadece 43. madde uyarınca BDDK'nın belirleyeceği sınır ve standartlarla ilgili olarak değil BanK'nda öngörülen tüm sınır ve standartlar için bir bildirim yükümlülüğü yüklemektedir.

2.2. Bankalar Risklerini Karşılatabilecek Oranda Sermaye Bulundurmalıdır

Sermaye yeterliliği, BanK'nun 45. maddesinde düzenlenmiştir. BanK'na göre sermaye yeterliliği, maruz kalınan riskler nedeniyle oluşabilecek zararlara karşı yeterli özkaynak bulundurulması anlamına gelmektedir (BanK md.45/1). Bu tanım önemlidir. Zira görüldüğü gibi BanK sermaye yeterliliğini, doğrudan risklerle bağlantı kurmak suretiyle açıklama gereği duymuştur. Hemen belirtelim ki, sermaye yeterlilik oranının yüzde sekizden aşağı olmaması gerekmektedir (BanK md.45/1). BanK bankaları bu oranı hesaplamak, tutturmak, sürdürmek ve raporlamakla da yükümlü kılınmıştır (BanK md.45/1). Bankacılıkta sermaye yeterliliğinin, risklerle doğrudan bağlantısı bulunmak-

tadır. Nitekim 45. maddenin hükümet gerekçesi de, bu bağlantıya açıkça işaret etmiştir³⁶⁸.

Sermaye yeterlilik oranının nasıl hesaplanacağı BDDK tarafından çıkarılan BSYÖDY’de ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 1. maddesinde, yönetmeliğin amacının bankaların maruz kalınan riskler nedeniyle oluşabilecek zararlara karşı konsolide ve konsolide olmayan bazda yeterli özkaynak bulundurmalarının sağlanması olduğu belirtilerek, bankaların mali yapıları ile bankacılık riskleri arasındaki bağlantıya açıkça işaret edilmiştir. Bank md.45/1’e uygun olarak Yönetmeliğe göre de sermaye yeterlilik oranının en az yüzde sekiz olması gerekmektedir (BSYÖDY md.18). Yönetmeliğin 3. maddesi birinci fıkrası s bendine göre sermaye yeterliliği standart oranı, konsolide olmayan bazda hesaplanır ve özkaynakların; kredi riskine esas tutar, piyasa riskine esas tutar ve operasyonel riske esas tutarların toplamına bölünmesi ile bulunur. Hemen belirtelim ki, BSYÖDY’nin 19. maddesine göre konsolide sermaye yeterlilik oranının da en az %8 olması gerekmektedir.

Bank’nun 45. maddesinin ikinci fıkrası BDDK’ya sermaye yeterliliği konusunda önemli bir yetki tanımıştır. Buna göre BDDK sermaye yeterlilik oranını artırmak, her bir banka için değişik oranlar istemek hususunda yetkili kılınmıştır (Ayrıca bkz. BSYÖDY. md.20/2). BDDK bunu yaparken, bankaların iç sistemlerini, aktif ve malî yapılarını ve katılım bankalarında kaynağı katılma hesabı olan aktiflerin risk ağırlıklarının belirlenmesinde de bu hesapların kâra ve zarara katılma sonucunu veren özelliklerini dikkate almak durumundadır.

³⁶⁸ Gerekçe şu şekildedir: “Bankaların malî gücünün önemli göstergelerinden biri, özkaynaklar ile mevcut ve potansiyel riskleri nedeniyle karşılaşılabilecek olası zararlar arasındaki ilişkiyi esas alan sermaye yeterliliği standart oranıdır. Bu oranın düzenlemelerde öngörülen orana nispeten düşük olması hâlinde, bankanın faaliyetlerinin emin ve güvenilir bir şekilde sürdürülmesinin tehlike arz ettiği ve faaliyetin devamının tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerine zarar verebileceği fikri uluslararası uygulamalarda kabul görmektedir. Sermaye yeterliliğine ilişkin standart bir oranın belirlenmiş olması ile rekabeti bozucu fiillerin engellenmesi ve finansal sistemin güçlenmesi beklenmektedir.

...Sermaye yeterliliği oranının hesaplanmasında alternatif yöntemler bulunmakla birlikte son yıllarda yaşanan gelişmeler neticesinde, özellikle maruz kalınan riskler nedeniyle karşılaşılabilecek risklerin hesaplanması konusunda, daha hassas ölçümler yapması nedeniyle matematik ve istatistiğe dayalı ve bilişim sistemlerinin kullanıldığı ölçüm teknikleri gündemde yer almaktadır. Yeni ölçüm tekniklerinin istatistiksel varsayımlara, veri tabanına ve bilişim programları gibi bir takım teknik konulara bağlı olması bu tür ölçüm tekniklerine ilişkin düzenlemelerin alt düzenlemeler ile detaylı bir şekilde yapılmasını da beraberinde getirmiştir. Ayrıca finansal araçlardaki gelişim bugün için öngörülmeleyen birçok riskin ileride dikkate alınmasını ve hızlı bir şekilde piyasanın düzenlenmesini gerektirebilecektir. Bu hususlar göz önünde bulundurularak sermaye yeterliliği oranının hesaplanması, tutturulması, idame ettirilmesi ve raporlamasına ilişkin hususların Kurum tarafından düzenlenecek yönetmelikle belirlenmesi öngörülmüştür...”

2.3. Bankalar Risklerini Karşılayabilecek Oranda Likidite Sahibi Olmalıdır

Bankaların yükümlülüklerini zamanında ifa edebilmeleri, sürekli olarak likit kalmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu anlamda likiditeden anlaşılması gereken bir bankanın, vadesi gelen borçlarını ödeyebilmesidir³⁶⁹.

Sıradan bir işletme düşünelim. Bu işletmenin malvarlığı tüm borçlarını ödemeye yetecek miktarda hatta bundan daha büyük miktarlarda olabilir. Ancak aktiflerinin vadesi, pasiflerinin vadesi ile uyumsuz ise, bir başka ifadeyle alacakları uzun vadeli, borçları kısa vadeli ise, o işletme için tehlike çanları çalıyor demektir. Zira o işletmenin, herhangi bir alacaklısına muaccel hale gelmiş borcunu ifa edememesi; bunun diğer alacaklılara da sirayet etmesi ve en sonunda tüm alacaklıların vadesi gelmediği halde o işletmeye hücum etmesi sonucunu doğurur. Bu sürecin, hukuk tekniğindeki adı ise iflastan başka bir şey değildir³⁷⁰.

Meseleye bankalar açısından yaklaştığımızda likidite riskinin, bankaların refinansman riski, tahsilâtlarda gecikme riski ve beklenmeyen çekişler riski olmak üzere üç alt türünün bulunduğunu görmekteyiz³⁷¹. Bankaların kasalarında sadece mudilerin çekmesini beklediği miktar kadar para bulundurması anlamına gelen refinansmandan doğan risk, mudilerin çekeceği düşünülen mevduat miktarı kadar yeni mevduatın, bu süre içerisinde bankaya geleceğine dair beklentiye dayanmaktadır. Tahsilâtlarda gecikme riski ise, bankaların verdikleri kredilerin anapara ya da faizlerinin muaccel olacakları tarihte hiç ya da kısmen ödenmemesi demektir. Bankalar için en büyük risk ise beklenmeyen çekişler riskidir ki, bu riskin bankaya olan güvenle çok yakın bir ilişkisi bulunmaktadır³⁷².

³⁶⁹ Likidite riski hakkında yapılan tanımlar ve ayrıntılı bilgi için bkz. E. Banks (2005). *Liquidity Risk, Managing Asset and Funding Risk*. New York: Palgrave Macmillan Publishing, s. 5 vd.; Kaval (2000), s. 309 vd. Altan, likiditeyi, “bir bankanın minimum zarar ile olabilecek mevduat çekimlerini ödeyebilme ve aynı anda piyasanın kredi ihtiyacını karşılayabilme gücü” şeklinde tanımlamıştır. Yazar, bu vesileyle bankaların borç ve alacakları arasında vade uyumsuzluğunu gidermek suretiyle, hem bankanın güvenilirliğinin korunmuş ve hem de likidite fazlalığından kaynaklanan alternatif maliyetlerin minimuma indirilmiş olacağı kanaatindedir; bkz. Altan (2001), s. 44. Çelebican’a göre ise likidite, “mevduatı paraya çevirme isteklerini karşılama gücü” anlamına gelir; bkz. Çelebican (1984), s. 13.

³⁷⁰ Likidite riskine maruz kalmaları neticesinde varlıklarının çoğunu kaybeden ya da iflas eden işletmelere örnek olarak Drexel Burnham Lambert (1990), Askin Capital (1994), Orange Country (1994), Long Term Capital Management (1998), General American (1999), SwissAir (2001) gösterilebilir. Bu işletmelerin çöküş hikâyeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Banks (2005), s. 105 vd. Likidite riskini tetikleyen faktörler çok çeşitlidir. Ekonomik kriz dönemleri, enflasyonist ortam bunlardan birisidir. Hatta mevsimsel dalgalanmalar bile likidite riskini tetikleyebilir; bkz. Meriç (1980), s. 112 vd.

³⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kaval (2000), s. 311 vd.; Coşkun (2008), s. 54.

³⁷² Kaval (2000), s. 312.

Doktrinde likidite riski; fonlama likidite riski ve varlıklara ilişkin likidite riski olmak üzere ikiye ayrılarak ele alınmaktadır³⁷³. Bankaların nakit giriş çıkışlarına yönelik talepleri yerine getirebilmesi birincisine; bankanın piyasadaki cari fiyatlar üzerinden işlem gerçekleştirememesi ise ikincisine örnek verilebilir³⁷⁴.

BanK, bankaların mali yapılarının risklerini karşılayabilecek düzeyde olmalarını sağlamak amacıyla likidite yeterliliğine ilişkin düzenlemelerde de bulunmuştur. Gerçekten de, BanK’nun 46. maddesi bankaları tıpkı sermaye yeterliliğinde olduğu gibi, asgari bir likidite düzeyini sürdürülebilir bir şekilde hesaplayıp tutturmak ve bunu düzenli olarak raporlamakla yükümlü kılmıştır. 46. maddenin hükümet gerekçesinde, “Yakın dönemde yaşanan krizler, bankaların likidite durumlarının banka başarısızlıklarında çok önemli bir faktör olduğunu göstermiştir. Ayrıca, uluslararası standartlar likidite riskinin ölçülmesi ve yönetilmesini zorunlu kılmaktadır.” denmektedir. Bankaların bunu nasıl gerçekleştireceği Merkez Bankasının da uygun görüşünün alınması suretiyle BDDK tarafından hazırlanan Bankaların Likidite Yeterliliğinin Ölçülmesine ve Değerlendirilmesine İlişkin Yönetmelik’te düzenlenmiştir³⁷⁵.

Yönetmeliğin birinci maddesinde, yönetmeliğin amacı, bankaların varlıklarının yükümlülüklerini karşılayabilecek şekilde yeterli likidite düzeyini sağlamaları ve sürdürmelerine ilişkin usul ve esasları düzenlemek olarak belirtilmiştir. Buradaki, “bankaların varlıklarının yükümlülüklerini karşılayabilecek şekilde yeterli likidite düzeyini sağlamaları ve sürdürmeleri” ifadesi oldukça önemlidir. Zira bu ifadeden çıkarılacak en önemli sonuç, bankaların daima “hazır ol” vaziyetinde kalmak zorunda olduklarıdır. Bir başka ifadeyle bankaların, piyasanın sıkışık olduğu dönemlerde bile, kendilerine duyulan güven gereği, yükümlülüklerini vadesinde yerine getirebilecek her türlü tedbiri alması gerekir. Şu hususu önemle belirtelim ki, likidite düzenlemelerinin asıl amacı,

³⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Banks (2005), s. 63 vd. Varlıklara ilişkin likidite riski için bkz. aynı yazar, s. 78 vd.; Ayrıca bkz. Coşkun (2008), s. 53 vd.

³⁷⁴ BİSHY taslağının 3/1-dd bendinde de, likidite riskinin fonlamaya ilişkin likidite riski ile piyasaya ilişkin likidite riski olduğu belirtilmiştir. BİSHY taslağının 3/1-k bendine göre fonlamaya ilişkin likidite riski, bankanın öngörülebilir ya da öngörülemeyen tüm nakit akışı gereksinimini, günlük operasyonları ya da finansal yapıyı etkilemeksizin gereğince karşılayamaması sonucu bankanın zarar etme olasılığını ifade etmektedir. Aynı maddenin “ii” bendine göre de piyasaya ilişkin likidite riski, piyasalarda derinliğin olmaması veya aşırı dalgalanma nedeniyle bankanın herhangi bir pozisyonunu, piyasa fiyatlarından kapatamaması veya dengeleyememesi sonucu maruz kalabileceği zarar olasılığıdır. BİSHY’in 3. maddesinin 1-ö bendine göre ise likidite riski, bankanın nakit akışındaki dengesizlik sonucunda nakit çıkışlarını tam olarak ve zamanında karşılayacak düzeyde ve nitelikte nakit mevcuduna veya nakit girişine sahip bulunmaması nedeniyle ödeme yükümlülüklerini zamanında yerine getirememe riskidir.

³⁷⁵ 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı RG.

mevduat sahiplerinin bankaya hücum etme ihtimaline karşılık, bankaların elinde bir miktar parayı nakit olarak hazır bulundurmalarının sağlanmasıdır³⁷⁶. Görüldüğü gibi likidite düzenlemeleri mevduat sahiplerine bir güvence vermeye yöneliktir. Bu yönüyle sermayenin güvence fonksiyonuna benzemektedir. Ancak sermayenin güvence fonksiyonu tasfiye aşamasına özgü iken; likiditenin güvence fonksiyonunun bankanın faaliyetlerini sürdürmesi esnasında söz konusu olduğunu da belirtmek gerekir³⁷⁷.

Bankaların hazırda ne kadar para bulunduracağını özenle tespit edilmesi gerekir³⁷⁸. Zira bankalar, ellerindeki mevduatı krediye dönüştürerek kazanç sağlayan kuruluşlardır. Bu nedenle topladıkları mevduatı büyük oranda kasalarında tutmaları bankalar için sakıncalıdır. Bu miktarın az olması ise tehacüm halinde bankanın çok büyük zararlara uğramasına ve hatta iflasına bile neden olabilir. İmregün, ayrılacak likiditenin bir karşılık olarak düşünülmemesi gerektiğini; bilakis, tehacüm riski karşısında “bankanın aktiflerini likit hale getirebilecek” zamanı kendine sağlayan bir ihtiyat niteliğinde olduğunu savunmuştur³⁷⁹. Dolayısıyla yazara göre likidite olarak ayrılacak miktarın, vadesiz hesaplar ve kısmen de vadeli hesaplardaki miktarları karşılayabilecek oranda olması yeterlidir.

Yönetmelik bu konuda vadeye kalan güne göre bir hesaplama yöntemi belirlemiştir. Yönetmeliğin 3. maddesinin e bendine göre, toplam likidite yeterlilik oranı, vade dilimleri itibarıyla Türk parası ve yabancı para cinsinden varlıkların, Türk parası ve yabancı para cinsinden yükümlülükler oranı olarak tanımlanmış; aynı maddenin f bendine göre de, yabancı para likidite yeterlilik oranı, vade dilimleri itibarıyla yabancı para cinsinden varlıkların, yabancı para cinsinden yükümlülükler oranı şeklinde tanımlanmıştır³⁸⁰.

Yönetmeliğin 4. maddesine göre toplam likidite yeterlilik oranı ve yabancı para likidite yeterlilik oranı hesaplamasında 0-7 gün ve 0-31 gün olmak üzere iki vade dilimi

³⁷⁶ İmregün (1957), s. 43.

³⁷⁷ Çelebican (1984), s. 15.

³⁷⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. İmregün (1957), s. 43 vd.; Meriç (1980), s. 116.

³⁷⁹ Yazarın görüşleri için bkz. İmregün (1957), s. 51.

³⁸⁰ Yönetmeliğin 5. maddesinde varlık ve yükümlülüklerin; 6. maddesinde repo, ters repo ve menkul kıymet ödünç piyasası işlemlerine konu olan ve teminata verilen menkul değerlerin; 7. maddesinde vadeye kadar elde tutulacak menkul değerler hesaplarında izlenen T.C. Kamu Borçlanma Senetleri ile Gelir Ortaklığı Senetlerinin; 8. maddesinde dövizde endeksli varlık ve yükümlülüklerin; 9. maddesinde gayrinakdi krediler ve taahhütlerin; 10. maddesinde sendikasyon kredilerinin; 11. maddesinde de türev finansal işlemlerin toplam likidite yeterlilik oranı ve yabancı para likidite yeterlilik oranının hesaplanmasında ne şekilde ve hangi oranda dikkate alınacaklarını düzenlemiştir.

söz konusudur. Yönetmeliğe göre, bankaların kasalarında tutmaları gereken miktarlar, vadeye kalan süre esas alınarak belirlenmiştir³⁸¹.

Yönetmelik likidite yeterlilik oranlarının hesaplanmasında vadeye göre farklı usuller belirlemiştir (md.14). Birinci vade dilimine ilişkin toplam likidite yeterlilik oranı ile yabancı para likidite yeterlilik oranı her iş günü itibarıyla izleyen yedi günlük süre için; ikinci vade dilimine ilişkin toplam likidite yeterlilik oranı ile yabancı para likidite yeterlilik oranı haftanın son iş günü itibarıyla izleyen otuzbir günlük süre için hesaplanacaktır (md.14/1).

Hangi vade diliminde hangi likidite yeterlilik oranının, asgari ne kadar olacağı hususu ise, yönetmeliğin 13. maddesinde hükme bağlanmıştır. Buna göre, birinci vade dilimine ilişkin toplam likidite yeterlilik oranlarının haftalık basit aritmetik ortalaması ile ikinci vade dilimine ilişkin toplam likidite yeterlilik oranı yüzde yüzden; birinci vade dilimine ilişkin yabancı para likidite yeterlilik oranlarının haftalık basit aritmetik ortalaması ile ikinci vade dilimine ilişkin yabancı para likidite yeterlilik oranı yüzde sekenden az olamaz.

Birinci vade dilimine ilişkin cetvel haftanın tüm işgünleri için hesaplanarak son hesaplama tarihini izleyen haftanın Cuma gününe kadar, ikinci vade dilimine ilişkin cetvel hesaplama tarihini izleyen haftanın Cuma gününe kadar BDDK'ya gönderilmelidir (md.14/2).

Yönetmeliğin 13. maddesi ikinci fıkrası uyarınca BDDK, Merkez Bankasının görüşünü alarak toplam likidite yeterlilik oranı ile yabancı para likidite yeterlilik oranını her bir banka ya da banka grubu için farklı olarak belirleyebileceği gibi, varlık ve yükümlülüklerin dikkate alınma oranlarını da değiştirebilecektir. Ancak BankK'nun sermaye yeterliliği ile ilgili 45. maddede BDDK'ya sermaye yeterliliği ile ilgili olarak böyle bir yetki tanınmış olmasına rağmen; likidite yeterliliği hususunda 46. maddede böyle bir yetki tanınmamıştır. Yönetmeliğin bu düzenlemesinin dayanağı kanaatimizce BankK'nun 43. maddesinde yer alan, "her türlü tedbiri almaya yetkilidir" ifadesidir.

³⁸¹ Yönetmeliğin 12. maddesine göre, varlık ve yükümlülüklerin vadeye kalan sürelerinin tespitinde:

- a) Hesaplama günü ile anapara veya faiz ve gelir veya giderlere ilişkin nakit akışının muaccel olduğu gün arasındaki süre,
- b) Herhangi bir ihbar süresinin bulunması halinde ihbar süresi,
- c) Sözleşme hükümleri uyarınca erken ödeme opsiyonu bulunan yükümlülükler için erken ödeme opsiyonunun tarihine kalan sürelerin de dikkate alınması gerekmektedir.

Yine yönetmeliğin 16. maddesine göre de, BDDK yaptığı incelemelerde, toplam likidite yeterlilik oranı ile yabancı para likidite yeterlilik oranının tutturulmasına yönelik fiktif işlem yapıldığını tespit ederse, bu işlemlere karşılık gelen tutarlar geriye yönelik olarak varlık ve yükümlülüklerden düşülmek suretiyle ilgili döneme ilişkin oranlar yeniden hesaplanacaktır.

Son olarak Yönetmeliğin 15. maddesinin dördüncü fıkrasının çok önemli bir düzenleme içerdiğini de belirtmek gerekir. Buna göre, likidite yeterlilik oranlarında uyumsuzluk gerçekleşmese bile, BDDK, Bank'nun 67 vd. maddelerinde belirtilen düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı tedbirleri alabilecektir.

2.4. Bankalar Riskin Dağıtılması İlkesine Uygun Davranmalıdır

Riskin dağıtılması, bankaların yüksek riskli faaliyetlerini, düşük riskli faaliyetleri ile dengelemesidir³⁸². Risklerin sağlam bir şekilde dağıtabilen bir banka, likidite düzenini sağlayacak, bankacılık işlemlerinde daha esnek davranabilecek, olağanüstü durumları en az zararla atlatabilecek ve bu sayede güvenilir bir banka durumuna gelebilecektir³⁸³. Ancak riskin dağıtılması ifadesinden, sadece bankanın alacaklarını çeşitlendirmesi anlaşılmamalıdır. Bilakis, bankanın kendi borçlarını da çeşitlendirmesi; ezcümle mevduat miktarını hem mudi bazında artırması ve hem miktar bazında çoğaltması, yeni kaynaklar bulması da bu anlamda riskin dağıtılması ilkesine uygun olacaktır³⁸⁴.

Hemen belirtelim ki, riskin dağıtılması ilkesi kendi içerisinde alt uygulamaları bulunan bir üst kavram olarak değerlendirilmelidir. Aslında riskin dağıtılması ilkesi, özellikle de kredi işlemlerinden kaynaklanan risklerin gerçekleşmesinin önüne geçilmesine yönelik tedbirleri ifade etmektedir.

Erlağın, bankaların risk politikalarının temel amaçlarının riskin dağıtılması, dengelemesi ve başka alanlara yönlendirilmesi olduğunu ifade etmiştir³⁸⁵. Yazara göre risk; zamana, yere, konuya ve kişiye göre dağıtılabilir. Riskin zaman itibarıyla dağıtılması kredilerde vade çeşitlendirmesi yapmak; yer itibarıyla dağıtılması ise yeni şubeler aç-

³⁸² Araç'a göre riskin dağıtılması, "risklerin birbirini nötralize etmeleri" demektir; Bkz. Araç, s. 549. Meriç, riskin dağıtılması ilkesini finans tekniği açısından, "Bankalar, büyük meblağlardan oluşan krediler yerine küçük miktarlarda kredi verecek olurlarsa, büyük sayılar kanununa göre kredi hesapları portföyünden beklenen gelirin olasılık dağılımının standart sapmasını küçülebileceklerdir" şeklinde açıklamıştır; bkz. Meriç (1980), s. 106.

³⁸³ Abaç (1962), s. 549.

³⁸⁴ Eken, s. 23.

³⁸⁵ Yazarın görüşleri için bkz. Erlağın (1972), s. 224 vd.

mak suretiyle mümkün olabilir. Yazar, riskin konu bakımından sınırlandırılması ile kredilerin türlerine göre çeşitlendirilmesini kastetmektedir. Kredilerin kişilere göre dağıtılması ise, kredilerin kişilerin ödeme güçlerine göre dağıtılarak kullanılması anlamına gelmektedir. Gerçekten de tek bir kişiye verilen büyük miktarda kredinin, geri dönmemesi banka için çok büyük bir zarara neden olabilir. Ancak kredilerin küçük dilimler halinde çok sayıda kişiye kullanılması halinde, risk de yayılmış olacaktır. Ancak Erlaçın, kredilerin küçük miktarlarla pek çok kişiye kullanılması halinde önemli yönetim sorunlarının da ortaya çıkacağını düşünmektedir³⁸⁶. Dolayısıyla yazara göre yapılması gereken, küçük, orta ve büyük miktarlı kredilerin dengeli bir şekilde dağıtılması olmalıdır.

İmregün, devletin kredi düzeninin iyi işlemesini sağlamak amacıyla yaptığı düzenlemelerde risklerin dağıtılmasını sağlamak suretiyle, mevduat sahiplerinin haklarını korumayı hedeflediği düşüncesindedir³⁸⁷.

Battal ise, riskin dağıtılması ilkesinin kredilere, iştiraklere ve faaliyet alanına ilişkin birtakım sınırlamaları zorunlu kıldığına işaret etmiştir³⁸⁸. Yazar bu ilkeye kredi düzeninin korunması bakımından yaklaşmış ve kredi düzeninin korunmasının bir alacaklı olarak münferiden bir bankanın değil; ticari hayatın tamamının korunması anlamına geldiğinin altını çizmiştir³⁸⁹.

Riskin dağıtılmasına yönelik tedbirlerden en etkilisi, riskin sınırlandırılmasına yönelik tedbirlerdir. Riskin sınırlandırılması, kişi ve işlem bazlı olabileceği gibi, bankanın mali yapısına göre krediler için üst sınır belirlemek şeklinde de olabilir³⁹⁰. Doktrinde devletin bankaların risklerini dağıtmaları amacıyla kalitatif (niteliksel) ve kantitatif (nicel, sayısal) olmak üzere iki şekilde müdahale edebileceği ifade edilmektedir³⁹¹. Hemen belirtelim ki, risklerin kişi ve işlem bazında sınırlandırılması kalitatif; miktar olarak sınır getirilmesi ise kantitatif müdahaleyi ifade etmektedir. Hangi tür sınırlandırma olursa olsun riskin sınırlandırılmasının en temel amacı bankaların, özkaynak yapılarını bozabilecek düzeyde kredi kullandırmalarının önüne geçmek, kötüye kullanımları

³⁸⁶ Erlaçın (1972), s. 225; bkz. aynı yönde Meriç (1980), s. 106.

³⁸⁷ İmregün (1957), s. 60.

³⁸⁸ Battal (2001), s. 77.

³⁸⁹ Battal (2001), s. 78.

³⁹⁰ Kaval (2000), s. 62.

³⁹¹ İmregün (1957), s. 61 vd.; Battal (2001), s. 77.

mümkün olduğunca engellemek ve bu surette risk yoğunlaşmasını engelleyerek mevduat sahiplerinin korunmasını sağlamaktır³⁹².

Riskin kişi bazında sınırlandırılması, bankanın mali yapısına göre belirli özellikleri taşıyan kişilerin tek bir kişi olarak değerlendirilmesi suretiyle gerçekleşir. Riskin bu şekilde sınırlandırılması BanK’da özel olarak düzenlenmiştir.

Nitekim bu amaçla BanK risk grupları ihdas etmiştir. BanK 49. maddesinin birinci fıkrasında gerçek ve tüzel kişiler açısından genel risk grupları belirlenmiş, ikinci fıkrasında ise bankaların risk grubuna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. BanK, 49. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarında ise, gerçek ve tüzel kişiler ile bankaların risk grupları belirlenirken her üç risk grubu için uygulanabilecek ortak bazı hükümler sevk edilmiştir. Buna göre, gerek genel risk gruplarının ve gerekse bankaların risk gruplarının belirlenmesinde, birlikte kontrol edilen ortaklıklar, bu ortaklıkların kontrolünü birlikte sağlayan her bir hissedarın risk grubuna dâhil edilir (BanK 49/III). Mesela A ile B birlikte eşit oranlı hisselerle bir ortaklığı kontrol ediyor olsun. Kontrol edilen ortaklık ayrı ayrı hem A’nın ve hem de B’nin risk grubuna katılacaktır.

BanK’nun 49. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, aralarında birinin ödeme güçlüğüne düşmesinin diğer bir veya birkaçının ödeme güçlüğüne düşmesi sonucunu doğuracak boyutta kefalet, garanti veya benzeri ilişkiler bulunan gerçek ve tüzel kişiler, ilgili risk gruplarına dâhil edilir. Burada bankacılık uygulamasında “çapraz kefalet” olarak da adlandırılan çok önemli bir risk unsurundan bahsedilmiş ve aralarında çapraz teminat ilişkileri bulunan kişilerin aynı risk grubundan sayılacağı açıkça hükme bağlanmıştır. BanK’nun 49. madde gerekçesinde, “Bu suretle verilen kredilerden kaynaklanan risklerin bir bütün içerisinde izlenmesi sağlanmış olacaktır.” ifadelerine yer verilmiştir³⁹³.

Kalitatif müdahale kapsamında değerlendirebileceğimiz bir durum da, BanK’nun 57. maddesinde ifadesini bulan gayrimenkul ve emtia işlemlerine ilişkin hükümlerdir. Buna göre bankaların gayrimenkullerinin net defter değerleri toplamı özkaynaklarının yüzde ellisini aşamayacaktır. Yine aynı maddenin ikinci fıkrasına göre de, bankalar, SPK kapsamında gayrimenkul ve emtiayı esas alan sözleşmeler ile BDDK tarafından

³⁹² Cengiz (2007), s. 1277.

³⁹³ “Ancak risk gruplarının sınırlarının belirlenmesinde ölçüt alınacak olan bağlantıların saptanması oldukça hassastır. Kapsamın gereğinden geniş tutulması bankanın temel faaliyeti olan kredi işlemlerini engelleyecektir. Bu durum da hem bankanın kârlılığını azaltacak hem de ekonomik sistemde oyuncuların faaliyetlerini kısıtlayarak genel bir daralma yaratacaktır. Kapsamın gereğinden dar tutulması durumunda da risk yoğunlaşmasının artışı bankanın mali gücünü tehlikeye düşürecektir.”; bkz. Cengiz (2007), s. 1290 vd.

uygun görülecek kıymetli madenlerin alım ve satımı hariç olmak üzere ticaret amacıyla gayrimenkul ve emtianın alım ve satımı ile uğraşamayacaktır. Aynı şekilde bankaların ipotekli konut finansmanı kuruluşu ve gayrimenkul yatırım ortaklıkları hariç olmak üzere ana faaliyet konusu gayrimenkul ticareti olan ortaklıklara katılmaları da yasaklanmıştır.

Riskin sınırlandırıldığı bir diğer durum da, bankaların ticari hayattaki faaliyetlere katılımının sınırlandırılması şeklinde olmaktadır. Burada bankacılık faaliyetlerinin sınırlandırılması ve bankaların iştirak edinmelerinin sınırlandırılması gibi iki farklı uygulama söz konusudur. BanK'nun 7. maddesi bankaların gerçekleştirebileceği faaliyetleri sayma yöntemiyle belirtmiştir. BanK'nun 56. maddesi ise, "Bankaların; kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar dışındaki bir ortaklıktaki payı kendi özkaynaklarının yüzde onbeşini, bu ortaklıklardaki paylarının toplam tutarı ise kendi özkaynaklarının yüzde altmışını aşamaz." hükmüyle iştiraklere ilişkin sınırlamalar getirmiştir. Bankaların iştiraklerine bu şekilde sınırlama getirilmesinin nedeni, "ekonomik gücün bankalarda odaklaşmasını ve böylece bankalar etrafında ticaret ve sanayiye hakim grupların oluşmasının" önüne geçmek içindir³⁹⁴.

Riskin sınırlandırıldığı diğer durum ise bankanın mali yapısına göre kredi limitleri ihdas edilmesidir³⁹⁵. Burada bankanın verebileceği kredilere sınırlama getirilmektedir. Bugün için kredi sınırlarına ilişkin düzenlemelerin pozitif hukuktaki dayanağını BanK'nun 54. maddesi teşkil etmektedir. BanK'nun 54. maddesinin birinci fıkrasına göre, bankalarca bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullandırılacak kredilerin toplamı özkaynakların yüzde yirmibeşini aşamayacaktır. Eğer bankanın dâhil olduğu bir risk grubu söz konusu ise kullandırılacak krediler özkaynakların en fazla %20 si kadar olabilecektir (BanK md. 54/1, ikinci cümle).

2.5. Bankalar Gerçekleşmiş veya Gerçekleşmesi Muhtemel Zararlarına Karşılık Ayırmalıdır

Karşılık kavramı, risk kavramıyla doğrudan ilgili olan; hatta risk kavramıyla nedensellik ilişkisi bulunan bir kavramdır³⁹⁶. Her şeyden önce kavram, çok boyutlu bir nitelik arz etmektedir. Zira kavram, bir yönüyle muhasebe bilimini yakından ilgilendi-

³⁹⁴ Battal (2001), s. 79.

³⁹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Cengiz (2007), s. 1282 vd.; Reisoğlu (2007), s. 727 vd.

³⁹⁶ Sayım (2006), s. 35.

rirken; diğ er yönüyle hukuki bir kavramdır. Yine bu kavram sadece banka hukuku aç ısından de ğ il, ticaret hukuku ve vergi hukuku aç ısından da özellik arz eden bir kavramdır.

Bankaların ayırmakla yükümlü oldu ğ u üç farklı karş ılık bulunmaktadır. Bunlardan birincisi TTK anlamında ayrılan karş ılıklardır ki, bu tip karş ılıkların diğ er anonim şirketlerin ayırdıkları karş ılıklardan fark ı yoktur. Bankalar için özellik arz eden ve bankaları diğ er anonim şirketlerden farklı kılan ise Merkez Bankası tebli ğ i gere ğ i ayrılan mevduat karş ılıkları ile Karş Y uyarınca ayırmakla yükümlü oldu ğ u kredi karş ılıklarıdır.

2.5.1. TTK’da düzenlenen karş ılıklar

Ticari işletmelerde malvarlı ğ ının aktifinde yer alan kıymetlerde, kullanıma ba ğ lı olarak de ğ er azalışları ya da aş ınmalar söz konusu olabilir. De ğ eri, zamana ya da kullanmaya dayalı olarak azalan bu tip kıymetler, bilançoda amortisman ayırmak suretiyle gösterilmektedir³⁹⁷. Bir başka ifadeyle işletmenin bilançosuna amortisman ayırmak suretiyle, bu tip kıymetlerin muhasebeleştirilmesi sa ğ lanmaktadır.

Ancak işletmenin aktifinde öyle bazı kıymetler vardır ki, bunlarda de ğ er azalması ya hiç olmaz ya da olsa bile ne zaman ve ne miktarda olaca ğ ının tespit edilmesi mümkün olmaz³⁹⁸. İşte de ğ er azalışının ne zaman ve ne miktarda gerç ekleş ece ğ inin tespit edilemedi ğ i durumlarda; bilançonun gerç ek durumu yansıtabilmesi amacıyla bu kıymetler için karş ılık ayırmak gerekebilir³⁹⁹. Bu suretle bilançonun gerç e ğ i yansıtması sa ğ lanacaktır. Karş ılık kavramının, muhasebe biliminin temel ilkelerinden biri olan “ihtiyatlılık ilkesi” ile çok yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. İhtiyatlılık ilkesi, işletmeleri ilgilendiren belirsiz durumlarla ilgili kararları alırken ve bu kararları uygularken temkinli ve tedbirli olmak anlamına gelmektedir⁴⁰⁰. Buna göre işletmeler, muhasebe politikalarını belirlerken karşı karşıya kalabilecekleri riskleri göz önünde tutarak, bu risklere uygun

³⁹⁷ Sayım (2006), s. 36. Amortisman kavramından neyin anlaş ılması gerekti ğ i Türkiye Muhasebe Standartları “TMS 16 Maddi Duran Varlıklar” standardında tanımlanmıştır. TMS 16’nın “Tanımlar” baş lıklı 6. maddesine göre amortisman, bir varlı ğ ın amortismanına tabi tutarının, yararlı ömür süresine sistematik olarak dağıtılmasıdır. Burada karş ımıza “amortismanına tabi tutar” ve “yararlı ömür” olmak üzere iki kavram daha çık ıyor. TMS 16’nın 6. maddesi yararlı ömür kavramını, “Bir varlı ğ ın işletme tarafından kullanılabilmesi beklenen süre veya işletme tarafından ilgili varlıktan elde edilmesi beklenen üretim sayısı veya benzeri üretim birimi” olarak tanımlamıştır. Aynı maddeye göre amortismanına tabi tutar ise, bir varlı ğ ın maliyetinden veya maliyet yerine geç en diğ er tutarlardan kalıntı de ğ erin düş ülmesiyle bulunan tutardır.

³⁹⁸ Sayım (2006), s. 36.

³⁹⁹ Sayım (2006), s. 36.

⁴⁰⁰ M. Yıldırım (2008). *Banka muhasebesi*. İstanbul: TBB Yayınları, s. 30.

bir muhasebeleştirme yapmalıdır⁴⁰¹. İhtiyatlılık ilkesine göre işletmelerin olası zarar, gider ve borçları için karşılık ayırmak durumunda olmaları; olası gelirlere bilançoda yer verileceği anlamına gelmemektedir⁴⁰².

Karşılık kavramı Türkiye Muhasebe Standartları “TMS 37 Karşılıklar, Koşullu Borçlar ve Koşullu Varlıklar” standardında düzenlenmiştir⁴⁰³. TMS 37’nin “Tanımlar” başlıklı 10. maddesine göre karşılık, gerçekleşme zamanı veya tutarı belli olmayan yükümlülüktür. Ancak bu tanım hukuken anlaşılması gereken mânâda karşılık kavramını ifade etmemektedir. Nitekim TMS 37’nin 7. maddesinde, “Bu Standart; karşılıkları, zaman ve tutarlarına ilişkin kesinlik olmayan borçlar olarak tanımlar. Bazı ülkelerde, “karşılıklar” terimi, amortisman, varlıklarda değer düşüklüğü ve şüpheli alacaklar gibi kavramları ifade etmek için de kullanılmaktadır. Bunlar, varlıkların defter değerinde yapılan değişikliklere ilişkin düzeltmelerdir (ayarlamalar) ve bu Standardın konusuna girmezler” ifadelerine yer verilmiştir.

Aslında, “amortisman, varlıklarda değer düşüklüğü ve şüpheli alacaklar” ibareleri ile kanaatimizce geniş anlamda karşılık kavramı ifade edilmektedir. Örneğin bir anonim şirketin fabrika binası kiralık olsa ve taşınmaz sahibi kiraya veren, anonim şirkete kira alacağı nedeniyle alacak davası açsa; dava sonuçlanmamış olsa bile, anonim şirketin karşılık ayırması gerekecektir. TMS md.37/7’de belirtilen “kesinlik olmayan borçlar” ifadesinden anlaşılması gereken budur.

Yine Sermaye Piyasası Kurumu tarafından yayınlanan muhasebe standartları da burada zikredilmelidir⁴⁰⁴. Bu standartlarda bazı muhasebe ilkelerine yer verilmiştir. Bu ilkelere 9. maddede düzenlenen ihtiyatlılık ilkesi ile 10. maddede yer alan tam açıklama kavramları burada belirtilmelidir. Buna göre ihtiyatlılık kavramı, “işletmelerde durumun olduğundan daha iyi gösterilmesini engelleyen ve işletmeleri risk altına sokmayı önleyen muhafazakâr yaklaşım tarzlarını ifade eder. Bu kavramın sonucu olarak, işletmeler, muhtemel giderleri, zararları ve borçları için karşılık ayırırlar; muhtemel gelir ve kârları için ise herhangi bir muhasebe işlemi yapmazlar. Ancak, bu kavram gizli yedekler veya gereğinden fazla karşılıklar ayrılmasına gerekçe oluşturamaz” şeklinde ifade edilmiştir. “Tam açıklama” kavramı ise, “mali tabloların, bu tablolardan yararla-

⁴⁰¹ Yıldırım (2008), s. 30.

⁴⁰² Yıldırım (2008), s. 30.

⁴⁰³ RG Tarih 15.02.2006 Sayı: 26081.

⁴⁰⁴ 29.1.1989 tarih ve 20064 sayılı RG.

nan kişi ve kuruluşların karar vermelerine yardımcı olacak ölçüde, yeterli, açık ve anlaşılır olması” şeklinde tanımlanmış ve mali tablolarda, finansal bilgilerin tam olarak açıklanması yanında, gelecekte gerçekleşmesi muhtemel olaylara da yer verilmesinin, bu kavramın gereğı olduğu ifade edilmiştir.

Karşılık kavramını Erimez, “İşletmenin sahip olduğu iktisadi kıymetlerde meydana geldiğı halde miktarı kesin olarak saptanamayan değer azalışları ile, bir zarar meydana getirmesi olasılığı bulunan yükümleri karşılamak üzere ayrılan fonlar” şeklinde tanımlamıştır⁴⁰⁵.

Bir başka tanımı ise Tekinalp yapmıştır. Yazara göre karşılıklar, “bilançoya dinamik karakterini veren, işletmenin henüz gerçekleşmemiş yükümleri veya ihtilaflı olmaları sebebiyle kesin miktarı ile bilinmeyen borçları ile şüpheli alacakların tahsil edilmemesi muhtemel olan kısımları için ayrılan miktarlardır”⁴⁰⁶.

6762 Sayılı TTK’nın “Diğer taahhütler” başlıklı 465. maddesinin birinci fıkrası, “Kefaletten ve garanti taahhütlerinden doğan mükellefiyetler ve üçüncü şahıs lehine tesis olunan rehinler, bilançoda veya ilavesinde birer kalem olarak ayrı ayrı gösterilir.” demektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrası ise, “Bunlardan veya ilerde yerine getirilecek teslim veya tesellüm mükellefiyetlerinden veyahut bunlara benzer taahhütlerden doğması muhtemel zararlara karşılık olmak üzere bilançoya yedek akçe konur.” hükmüne yer vermiştir. İkinci fıkra hükmü ilk bakışta karşılıkların sanki yedek akçe oldukları intibasını verse de, burada düzenlenen husus karşılıklardır. İkinci fıkrada “zarar” kelimesinin kullanılması doktrinde eleştirmiştir⁴⁰⁷. Zira zarar, riskin gerçekleşmesi halinde söz konusu olur. Oysa burada risk kelimesinin kullanılması amaca daha uygun olacaktır.

Karşılıkların bir de vergi hukuku boyutu bulunmaktadır. Nitekim VUK md. 288’de, “Hâsıl olan veya husulü beklenen fakat miktarı katıyetle kestirilemeyen ve teşebbüs için bir borç mahiyetini arz eden belli bazı zararlara karşılamak maksadıyla hesaben ayrılan meblağlara karşılık denir. Karşılıklar mukayyet değerleriyle pasifleştirilmek suretiyle değerlendirir” hükmüne yer verilmiştir.

Yedek akçe ile karşılıkların birbirleriyle karıştırılmaması gerekir⁴⁰⁸. Yedek akçeler, yöneticilerin, şirketin gelecekte meydana gelebilecek olası zararlarının telafi edil-

⁴⁰⁵ Bkz. aktaran Sayım (2006), s. 36.

⁴⁰⁶ Tekinalp (1979), s. 251.

⁴⁰⁷ Tekinalp (1979), s. 251; Karayalçın (1979), s. 58.

⁴⁰⁸ Hiçşaşmaz, yedek akçe ya da ihtiyat akçesi kavramlarını eleştirmiştir. Yazara göre, bilançoların aktif kısmı, işletmelerin iktisadi yapılarını; pasif kısmı ise mali ve hukuki yapılarını göstermektedir.

mesi amacıyla, kârın bir kısmının şirket aktiflerinde bırakılması anlamına gelmektedir⁴⁰⁹. Karşılıklar da işletme risklerini telafi etmek amacıyla ayrılır; ancak, karşılık ayrılması, konusu belli, miktarı da kesin ya da kesine yakın bir derecede belli olan risklerin, zararlar sonuçlanma ihtimali göz önünde tutularak alınan bir tedbiri ifade etmektedir⁴¹⁰. Bir başka ifadeyle yedek akçelerin, somutlaşmış risklerle bağlantısının kurulmak suretiyle tahsis edilmeleri gerekmemektedir⁴¹¹. Ayrıca karşılıklar, yedek akçelerden farklı olarak net kârın tespit edilmesinden önce belirlenirler⁴¹². Bunun sonucunda da karşılıklar kârı azaltan bir nitelik taşırlar⁴¹³.

Hiaşmaz, karşılıkları karakterleri itibarıyla dört gruba ayırmaktadır. Buna göre yazar, karşılıkları karakterlerine göre şöyle sınıflandırmıştır⁴¹⁴:

1-Hesap dönemi kapandığı sırada mahiyetleri belli olmakla birlikte, miktarı ve gerçekleşip gerçekleşmeyeceği tam olarak bilinmeyen tahmini zarar ve masraflar için ayrılan karşılıklar

2-Özellikle imtiyazlı şirketlerde sabit kıymetlerin yenilenmesini temin etmek amacıyla ayrılan karşılıklar

3-Mahiyeti ve kapsamı itibarıyla münhasıran gerçekleştiği hesap dönemine tahmil edilmesi (yüklenmesi) doğru olmayan masraflar için ayrılan karşılıklar

4-Kanun ve sözleşmeden doğan yükümlölükler dolayısıyla işçilerin tekaütlük devreleri (emekliye ayrılma halleri) için ayrılan karşılıklar

Riskin gerçekleşmesi halinde ayrılan karşılıklar, bu amaç için sarf edilirlerken; riskin gerçekleşmemesi durumunda, Tekinalp'in deyimiyle aslına dönerler, bir başka ifadeyle yedek akçe haline gelirler⁴¹⁵.

Dolayısıyla bir mevcudu ifade etmek üzere kullanılan para kelimesinin karşılığı olarak "akçe" kelimesinin kullanılması, işletmenin pasifinde yer alan bir kalemin; aktifte yer alıyormuş intibasını uyandırabileceği kanaatindedir. Yazar, "yedek akçe" tabiri yerine "ihtiyat sermayesi" tabirinin kullanılmasını önermektedir; bkz. Hiaşmaz (1963), s. 152. Yazar aynı çalışmasında, muhasebe tekniği açısından yedek akçeleri şöyle açıklamaktadır: "İhtiyatlar, teşebbüsün mamelekini artırmak üzere, dağıtılmayarak aktifte bırakılan safi kâr tutarlarıdır. Kısacası ihtiyatlar, bilanço aktifinde spesifik şekilde izi olmayan bir net aktif unsurdur. Bilançonun pasifine bakılırsa, bu takdirde ihtiyatların bir öz sermaye unsuru olduğu neticesine varılır."; bkz. Hiaşmaz (1963), s. 149.

⁴⁰⁹ Hiaşmaz (1963), s. 150. "Karşılıklar, anonim şirketin nazara almaktan kaçınamayacağı derecede yüksek bir gerçekleşme olasılığı taşıyan bazı özel risklerin dikkate alınması ve bilançonun düzeltilmesini amaçlarlar. O bakımdan zararın doğumu olasılığı karşılığın varlığı için şarttır."; bkz. Tekil (1976), s. 599.

⁴¹⁰ Hiaşmaz (1963), s. 150; Tekil (1976), s. 599 vd.

⁴¹¹ Hiaşmaz (1963), s. 151; Tekil (1976), s. 599 vd.

⁴¹² Hiaşmaz (1963), s. 152; Tekil (1976), s. 603.

⁴¹³ Tekinalp (1979), s. 251.

⁴¹⁴ Hiaşmaz (1963), s. 151 vd.

⁴¹⁵ Tekinalp (1979), s. 251; Tekil (1976), s. 600.

Tablo 2. Yedek Akçeler ve TTK Anlamında Karşılıkların Mukayesesi

YEDEK AKÇE (İHTİYAT)	TTK ANLAMINDA KARŞILIKLAR
Sermaye dışında mütalaa edilmek üzere teşebbüs emrinde bırakılan kâr cüzüleri	Bir işletmenin aktifinde meydana gelen kıymet azalışlarının ve hesap dönemi sonunda tespit edilmiş bulunan risklerin yani zarar unsurlarının telafisi için alınan tedbirler
Mahiyeti ve miktarı belli olmayan istikbale muzaf zararları telafi etmek veya teşebbüsün iş görme imkânlarını arttırmak maksadıyla tesis edilirler	Kat'i miktarı bilinmeyen, istikbale muzaf bulunan muhtemel ve muayyen bir zararı veya net aktifteki bir azalmayı telafi etmek için tesis edilirler.
Pasif bir hesabın (kâr) azaltılması ve diğer pasif bir hesabın (ihtiyat) çoğaltılması suretiyle tesis edilerek, teşebbüs emrinde kalmak üzere, biriktirilip muhafaza olunan kâr cüzüleridir.	Pasif bir hesabın (kâr) azaltılması ve diğer pasif bir hesabın (karşılık) çoğaltılması suretiyle tesis olunup, aktifin bir hesap bölümü ile rabıta halinde bulunan örtülü bir taahhüttür.
Karşılıklarda olduğu gibidir.	Bilançonun münhasıran pasifinde yer alan iki hesaptan birisinde azalmaya, diğerinde ise çoğalmaya sebep olmakla, bilanço yekûnunu değiştirmez.
Bilançonun tanzimi ve neticelerin tespitinden sonra kâr ve zarar hesabı vasıtasıyla tesis edilir.	Teşebbüsün aktifinde vuku bulan kıymet tenezzüllerine ait karşılıklar, kâr ve zarar hesabından; buna mukabil, maliyetler arasında mütalaa edilen karşılıklar ise, alâkalı masraf hesapları vasıtasıyla tesis edilir.
Hesap dönemi kârla kapatıldığı takdirde ayrılır.	Hesap dönemi neticelerine bakılmaksızın ayrılır.
Kanun ve mukavele icabı ayrılanlar hariç olmak üzere, ihtiyat tesisi mecburi değildir.	İhtiyari olmakla beraber, riskin meydana çıkmış olduğu ahvalde karşılık ayrılmaması bilançonun doğruluğunu ihlal eder.
Karşılıklarda olduğu gibidir.	Yenileme maksadıyla tesis edilebilir.
Hakikidir. Yani ihtiyatın gizlilik vasfı yoktur.	Karşılığın riski aşan kısmı mevcut olduğu takdirde, fark, “gizli ihtiyat” vasfını iktisap eder.
İhtiyat bir tasarruftur.	Tahmine dayanan risklerin giderilmesiyle alâkalı bir tedbirdir.
Vergicilikte matrahtan indirilmesi kabul edilmez.	Karşılığın mevzuu kalmadığı zaman hasılat kaydedildiği ahvalde, vergicilikte matrahtan indirilmesi kabul edilir.
Kapanan hesap dönemlerinin kârlarına istinaden tesis edildiği cihetle, ihtiyatlar, hissedarların sermaye paylarına dâhildir.	Karşılıklar hissedarların sermaye paylarının bir unsuru değildir.
Artırılıp, eksiltilebilir	Yedek akçelerde olduğu gibidir.

Kaynak: Hiçşaşmaz (1963), s. 158-159'dan aynen alınmıştır.

2.5.2. TCMB tarafından yayınlanan Zorunlu Karşılıklar Hakkında Tebliğ açısından karşılık kavramı

TCMB tarafından yayınlanan 2005/1 Sayılı tebliğin 1. maddesinde tebliğin amacı, “Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası nezdinde bulundurulacak zorunlu karşılıklara ilişkin esas ve şartları düzenlemek” olarak açıklanmıştır⁴¹⁶. Bu tebliğ içerdiği önemli düzenlemeler yanında, yürürlükten kaldırdığı düzenlemeler açısından da ayrıca önemlidir. Zira 2005/1 sayılı tebliğin 11. maddesi ile, 2002/1 sayılı Zorunlu Karşılıklar Hak-

⁴¹⁶ 16.11.2005 tarihli ve 25995 sayılı RG

kında Tebliğ⁴¹⁷ ile 2002/2 sayılı Umumi Disponibilite Hakkında Tebliğ⁴¹⁸ yürürlükten kaldırılmıştır.

Tebliğin 4. maddesi zorunlu karşılığa tabi olan yükümlülükleri düzenlemektedir. Buna göre bankaların zorunlu karşılığa tabi Türk parası ve yabancı para yükümlülüklerini, toplam yurt içi pasiflerinden bazı kalemlerin indirilmesiyle çıkacak tutarlar ile yurt dışı şubeleri adına Türkiye'den kabul ettikleri mevduat/katılım fonu ve bankalarca temin edilip yurt dışı şubeleri nezdinde izlenen kredi tutarları oluşturmaktadır.

Tebliğin 6. maddesinin birinci fıkrasına göre zorunlu karşılığa tabi yükümlülükler iki haftada bir cuma günleri itibariyle hesaplanacak; cuma gününün resmi tatil gününe rastlaması halinde, yükümlülüklerin hesaplanmasında bir önceki iş günü esas alınacaktır. Aynı fıkraya göre TCMB, yapılan denetim ve incelemeler sonucunda zorunlu karşılık yükümlülüklerinden kaçınmak için işlem yaptığı tespit edilen bankalardan, yükümlülüklerini iki yükümlülük hesaplama tarihi arasındaki günlerin bakiyelerinin ortalamasını alarak hesaplamalarını isteyebilecektir. Bankalar zorunlu karşılığa tabi yükümlülüklerini, yükümlülüklerin hesaplandığı tarihten iki hafta sonraki cuma günü mesai saati bitimine kadar TCMB'ye bildirmekle yükümlüdürler (Tebliğ md.7).

Bankalar, Türk parası yükümlülükleri için Türk Lirası cinsinden, yabancı para yükümlülükleri için ABD Doları ve/veya Euro döviz cinslerinden olmak üzere, TCMB nezdinde açılan hesaplarda, nakden zorunlu karşılık tesis ederler (Tebliğ md.6)⁴¹⁹. Bir tesis döneminde tutulması gereken Türk parası zorunlu karşılıkların yüzde 10'unu aşmamak koşuluyla, eksik tutulan karşılıklar bir sonraki dönemde tutulabilir, fazla tutulan tutarlar bir sonraki dönemde eksik tutulan karşılıklara sayılır (Tebliğ md.6).

Zorunlu karşılıkların tesis süresi 14 gündür. Bu süre yükümlülüklerin hesaplandığı tarihten iki hafta sonraki cuma günü başlar ve ikinci haftanın perşembe günü mesai saati bitiminde sona erer (Tebliğ md.6). Ancak zorunlu karşılık yükümlülüklerinin hesaplan-

⁴¹⁷ 29/3/2002 tarihli ve 24710 sayılı RG.

⁴¹⁸ 29/3/2002 tarihli ve 24710 sayılı RG.

⁴¹⁹ "Ancak;

a) Türk lirası yükümlülükler için tutulması gereken zorunlu karşılıkların en fazla yüzde 40'ı ABD doları ve/veya euro döviz cinslerinden ve en fazla yüzde 10'u standart altın cinsinden,

b) Yabancı para yükümlülükler içinde yer alan kıymetli maden depo hesapları için tutulması gereken zorunlu karşılıklar standart altın cinsinden,

c) Kıymetli maden depo hesapları hariç yabancı para yükümlülükler için tutulması gereken zorunlu karşılıkların en fazla yüzde 10'u standart altın cinsinden,

bloke hesaplar da tesis edilebilir" (Tebliğ md. 6).

ma dönemi ile zorunlu karşılıkların tesis süresi önceden duyurulmak koşuluyla gerektiğinde TCMB tarafından değiştirilebilir (Tebliğ md.6).

Tebliğin 10. maddesi “Mevduat veya katılım fonlarından olağanüstü çekilişler” başlığını taşımaktadır. Bu maddeye göre mevduat veya katılım fonları olağanüstü çekilmekte olan bankaların, eksiliş tutarını, eksilişe konu teşkil eden mevduat veya katılım fonunun vade ve türünü ve eksilişin başladığı tarihi TCMB’ye yazılı olarak bildirmeleri halinde tesis etmeleri gereken zorunlu karşılık tutarı, olağanüstü eksilişe tekabül eden mevduat veya katılım fonları göz önüne alınarak yeniden hesaplanabilecektir.

2.5.3. Karşılıklar yönetmeliği açısından karşılık kavramı

BankK’nun “Karşılıklar ve Teminatlar” başlıklı 53. maddesi, bankaları krediler ve diğer alacakları ile ilgili olarak, doğmuş veya doğması muhtemel zararların karşılanması ve bunlar dışında kalan varlıkların değer azalışları için yeterli düzeyde karşılık ayırmakla yükümlü kılmıştır.

Kanunun 53. maddesi karşılıklar ve teminatlarla ilgili temel bir düzenlemedir. BankK, BDDK’ya konuyla ilgili ayrıntıları düzenlemek üzere yetki vermiştir. Bu amaçla BDDK tarafından kısaca Karşılıklar Yönetmeliği (KarşY.) olarak adlandıracağımız bir yönetmelik yayınlanmıştır⁴²⁰. KarşY.’nin 3. maddesine göre karşılıklar; krediler ve diğer alacaklardan doğmuş veya doğması beklenen ancak miktarı kesin olarak belli olmayan zararların karşılanması amacıyla mali tablolarla ilgili hesaplarda ayrılarak gider yazılan tutarları ifade etmektedir. KarşY.’nin 4. maddesinde krediler aşağıdaki beş gruba ayrılarak sınıflandırılmıştır⁴²¹.

Kredi müşterisinin aynı banka tarafından verilmiş birden çok kredisinin mevcut bulunması ve bu kredilerden herhangi birinin bu grupta ve diğerlerinin birinci grupta sınıflandırılmış olması durumunda, söz konusu kredi müşterisinin bankaya olan tüm borçları bu grupta sınıflandırılır (KarşY. md. 4/1-b)⁴²².

KarşY.’nin 12. maddesinin 8. fıkrası kredilerin hangi sınıfta yer alacağına ilişkin değerlendirmelerin yapılma zamanı ile ilgili bazı ölçütler belirlemiştir. Bu değerlendir-

⁴²⁰ Bankalarca Kredilerin ve Diğer Alacakların Niteliklerinin Belirlenmesi ve Bunlar İlişkin Ayrılacak Karşılıklara İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik; 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı RG.

⁴²¹ Buna göre birinci grupta “Standart Nitelikli Krediler ve Diğer Alacaklar”; ikinci grupta, “Yakın İzlemedeki Krediler ve Diğer Alacaklar”; üçüncü grupta, “Tahsil İmkânı Sınırlı Krediler ve Diğer Alacaklar”; dördüncü grupta, “Tahsili Şüpheli Krediler ve Diğer Alacaklar” ve beşinci grupta da “Zarar Niteliğindeki Krediler ve Diğer Alacaklar” yer almaktadır.

⁴²² 28/ 05/ 2011 tarihli ve 27947 Sayılı RG.

meler, biri belirli, biri de belirsiz olmak üzere iki zamanda yapılacaktır. Belirli zamanlarda yapılan değerlendirmeye rutin değerlendirme adını vermek mümkündür. Buna göre bankalar, azami üç aylık bilanço dönemleri itibarıyla rutin değerlendirmelerini yapmak zorundadırlar. Bunun yanı sıra risk doğuran herhangi bir gelişme ortaya çıktığında da bu değerlendirmeler yapılabilecektir.

Bankalar, kredi müşterileri, borçluları ve teminatların niteliklerini değerlendirirken kredi verilmeden önce yapmış oldukları kredi ve risk analizinden bağımsız şekilde hareket etmelidirler (KarşY. md. 12/8). Bir başka ifadeyle yapılacak değerlendirme kredinin kullandırıldığı andaki verilere değil; değerlendirmenin yapıldığı zamandaki verilere göre olmalıdır.

KarşY.’nin 7. maddesine göre standart nitelikteki ve yakın izlemedeki krediler ve diğer alacaklar için, bir başka ifadeyle ilk iki grupta yer alan krediler ve diğer alacaklar için genel karşılık ayrılacaktır. KarşY.’nin 8. maddesine göre, üçüncü grupta yer alan tahsil imkânı sınırlı krediler ve diğer alacaklar; dördüncü grupta yer alan tahsili şüpheli krediler ve diğer alacaklar ve beşinci grupta yer alan zarar niteliğindeki krediler ve diğer alacaklar için özel karşılıklar ayrılması söz konusudur.

Kredilerin ve diğer alacakların yer alacağı grupların ne şekilde belirleneceği KarşY’nin 4. maddesinin 2 ila 4. fıkraları arasında düzenlenmiştir. Hangi kredi ve alacağın, hangi grupta yer alması gerektiğini belirlerken gözetilecek ilk kriter kredi ve alacakların tahsillerindeki gecikme süreleridir (KarşY. md. 4/2).

KarşY. md. 4/2, kredi ve alacakların yer alacakları grupların belirlenmesinde, tahsilatta gecikme süreleri haricinde bankalara takdir hakkı tanıyan önemli bir düzenleme daha içermektedir. Buna göre, “bankalarca, kredinin özelliklerine uygun olarak sınıflandırılması için söz konusu gruplara ilişkin tanım ve açıklamalarda belirtilen diğer hususların gerçekleştiğinin ya da gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olduğunun ve borçlunun kredi değerliliğinin zayıfladığının, kredinin zafiyete uğramış olduğunun veya tahsil edilemeyeceğinin tespit edilmesi veya bu konuda kesin bir kanaate sahip olunması gerekir.”

Bu düzenlemenin anlamı şudur: Bankalar kredi ve diğer alacakları gruplandırırken öncelikle tahsilatta gecikme sürelerine bakacak; daha sonra da her bir grupta ve her bir kredi ve alacak türü için aranan diğer şartların gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin bir

değerlendirme yapacaktır. Bu şartların gerçekleşmiş olması şart değildir; gerçekleşmesinin kuvvetle muhtemel olması da yeterlidir.

2.6. Bankalar Teminatlı İşlem İlkesine Uygun Davranmalıdır

2.6.1. Teminatlı işlem kavramı

Bir banka için risklerini dağıtmak yetmez; aynı zamanda dağıtılan risklerin geri dönmeme ihtimali de düşünülerek gerekli teminatların alınması gerekir. Bir başka ifadeyle teminatlı işlem ilkesinin en temel fonksiyonu dağıtılan riskin, asgariye indirilmesinin sağlanmasıdır⁴²³.

Battal'a göre⁴²⁴, "bankalar, güven kuruluşu olma niteliğini, azami ölçüde güvensizlik ve teminata dayalı işlem ilkesi ile elde etmektedir. Bu duruma kısaca, güvenmemekte haklı ve isabetli davrandığı için güvenmeyene güvenmek denilebilir." Dolayısıyla riskin olduğu her durumda güven kavramı da karşımıza çıkar. Ancak bankaların kredinin geri döneceğine dair inanç taşıması yeterli değildir. Bunu inancını aldığı teminatlarla şekillendirmesi gerekir.

Kredi kavramı ile güven kavramı arasındaki yoğun bağ, Davran tarafından da vurgulanmıştır. Yazar kredi kelimesinin güvenme anlamına geldiğini belirterek, kredi sözleşmelerinin alacaklının borçlunun dürüstlüğüne olan güvenini temel aldığını belirtmiştir⁴²⁵. Ancak her ne kadar alacaklının borçluya olan güveni büyük önem taşısa da; borcun borçlunun haricindeki nedenlerden dolayı ifa edilememesi de mümkündür. Dolayısıyla, "bu gibi haller karşısında alacaklı –kredi veren- durumundan emin olmak, alacağını temin etmek ister. Bu emniyeti sağlayan müessesenin adı teminattır."⁴²⁶

Bankacılıkta risk kavramının teminat sözleşmeleri ile çok yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Zira geniş anlamda teminat sözleşmelerinin kapsamına, başka bir kişinin risklerinin üstlenildiği tüm sözleşmeler girmektedir⁴²⁷. Dar anlamda teminat sözleşmesi ise, borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi riskinin, teminat veren tarafından üstlenilmesini ifade eder⁴²⁸. Teminat sözleşmeleri kumar ve bahis, ölünceye ka-

⁴²³ Battal (2001), s. 80.

⁴²⁴ Battal (2001), s. 82.

⁴²⁵ B. Davran (1972). *Rehin hukuku dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 1.

⁴²⁶ Davran (1972), s. 1.

⁴²⁷ Tandoğan (1989), s. 684; Baçcıoğlu (2008), s. 71; Özen (2008), s. 1.

⁴²⁸ Özen (2008), s. 2.

dar bakma sözleşmeleri gibi muhataralı akitler kapsamında ele alınsalar da; teminat sözleşmelerinde, borçlunun riskini kural olarak üçüncü kişi üstlenmekte, diğer muhataralı akitlerde ise risk, bizzat borçlu tarafından göze alınmaktadır⁴²⁹.

Teminat, borçlunun borcunu ödememe riskine karşılık olarak alınan bir “güvence” olarak tanımlanabilir⁴³⁰. Davran’a göre teminat, “alacaklının özel bir akde –teminat akdine- dayanarak, borcun anlaşmaya göre ifa edilmemesi tehlikesi karşısında alacağını başka suretle istifa imkânını elde etmesi” anlamına gelmektedir⁴³¹. Hemen belirtelim ki, teminat sözleşmelerinde risk, çift yönlüdür. Teminat veren, alacaklının risklerini üstlenerek risk almakta iken; alacaklı ise alacağını teminatlandırarak risklerini azaltmaktadır. Teminat sözleşmesi ile teminat veren, alacaklının zararının tamamını karşılayacağını taahhüt etmiş dahi olabilir. Bu durumda dahi alacaklı açısından risk varlığını sürdürmeye devam edecektir.

Teminat sözleşmelerini, teminatın niteliğine göre aynı ve şahsi teminat sözleşmeleri olarak ikiye ayırmak mümkündür. Aynı teminat sözleşmelerinde alacaklıya; borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi rizikosuna karşılık olmak üzere bir aynı hak tanınmaktadır⁴³². Buna karşılık şahsi teminat sözleşmelerinde ise, borçlunun borcunu hiç ya da gereği gibi ifa etmemesi durumunda alacaklı, borçlunun malvarlığı haricinde teminat verenin malvarlığına gitme imkânına da sahip olmaktadır⁴³³. En genel anlamıyla alacaklıya bir eşya üzerinde rehin hakkı tanınması birincisine; kefalet ve garanti sözleşmeleri ise ikincisine örnek verilebilir. Kefalet sözleşmesinin, “sırf borç doğuran bir işlem” olması, kefil ile borçlunun mutlaka farklı kişiler olmasını gerektirir⁴³⁴. Buna karşılık borçlunun kendine ait bir eşyayı, borcuna teminat teşkil etmek üzere rehin vermesi mümkündür⁴³⁵.

Bankacılıkta kredileri, kredinin geri ödenmeme riskine karşılık olarak; kredi borçlusundan teminat alınıp alınmamasına göre, teminatlı ve teminatsız krediler olarak ikiye

⁴²⁹ Tandoğan (1989), s. 685 vd.

⁴³⁰ N. Ayiter (1987). *Eşya hukuku kısa ders kitabı*. Ankara: Savaş Yayınları, s. 168.

⁴³¹ Davran (1972), s. 2.

⁴³² Tandoğan (1989), s. 688 vd.; Özen (2008), s. 2 vd. ; Ayiter (1987), s. 168; Davran (1972), s. 3; Hatemi vd. (1991). *Eşya hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 713; T. Esener ve K. Güven (1996). *Eşya hukuku*. Ankara: Gazi Büro Kitabevi, s. 348.

⁴³³ Tandoğan (1989), s. 689 vd.; Özen (2008), s. 5.

⁴³⁴ Hatemi vd. (1991), s. 714; Esener ve Güven (1996), s. 348.

⁴³⁵ Hatemi vd. (1991), s. 714 vd.

ayırmak mümkündür⁴³⁶. Teminatsız kredilerde, kredi borçlusunun kişisel durumuna güvenilerek kendisine kredi verilir ve bu kişiden bir teminat alınmaz. Bankacılık uygulamasında bu tür kredilere “şahsi taahhüt kredileri” adı verilmektedir. Bu tip kredilere uygulamada genellikle kredi kartları ya da kredili mevduat hesabı şeklinde rastlamak mümkündür. Bazen “muteber” kişilerin sözlerinin senet addedilerek kendilerine büyük miktartlı krediler kullandırılması da mümkündür. Kısacası teminatsız krediler, Battal’ın tabiriyle, “borçlunun şahsına duyulan güvene dayanan” kredilerdir⁴³⁷.

Buna karşılık uygulamada karşımıza genellikle teminatlı krediler çıkmaktadır. Bir başka ifadeyle bankacılıkta kural, verilen kredinin geri ödenmemesi riskini en aza indirmek amacıyla, riske karşılık teminat alınmasıdır. Teminatlı kredilerde artık kredi borçlusunun şahsi taahhüdü, senet olmaktan çıkmakta; kendisinden ayrıca aynî ya da şahsi bir teminat talep edilmektedir. Ancak verilen kredi için teminat alınması, kredinin riskli olma vasfını kural olarak ortadan kaldırmaz⁴³⁸. Sadece riski asgariye indirmeye yarar. Bankacılıkta kuralın teminatlı işlem olması, aslında Bank’ın birinci maddesinde ifadesini bulan kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasının sağlanarak, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına hizmet etmek içindir.

2.6.2. Bankacılık mevzuatı bakımından teminat kavramı

KarşY. md. 3/1-d’de teminat, “Kredilerin ve diğer alacakların geri ödenememesi riskine karşılık banka alacağının tamamen veya kısmen güvence altına alınmasını sağlayan her türlü varlık, garanti ve kefaletler ile sözleşmeden doğan haklar” olarak tanım-

⁴³⁶ Bunun haricinde kredileri çeşitli şekillerde sınıflandırabiliriz. Krediler ile ilgili olarak yapılan ilk sınıflandırma kredilerin vadelerine göre kısa vadeli, orta vadeli ve uzun vadeli krediler şeklinde üçe ayrılmasıdır. Yine kullandırım aşamasında bankanın elinden nakit çıkışı olup olmamasına göre de kredileri nakdi ve gayrinakdi krediler olarak ayırma tabi tutmak mümkündür. Bankalar bazen kredi kullandırımında sadece aracılık rolü üstlenirler. Bu tip durumlarda bankanın müşterisine kullandırdığı kredinin kaynağı, kendi özkaynakları ya da halktan toplanan mevduat değil; bilakis diğer özel ya da kamu kurum veya kuruluşlarıdır. Dolayısıyla bu anlamıyla da kredileri, kaynağı banka olan ya da kaynağı banka dışı olan krediler şeklinde ikiye ayırmak gerekir. Kredilerle ilgili belirtmemiz gereken önemli bir sınıflandırma da muhasebe esasına dayalı sınıflandırmadır. Muhasebe esasına dayalı sınıflandırmanın hukuki dayanağını BDDK tarafından çıkarılan ve 26415 sayılı ve 26.01.2007 tarihli Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Tekdüzen Hesap Planı ve İzahnamesi Hakkında Tebliğ’de bulmaktayız. Söz konusu tebliğde bankaların muhasebe kayıtları 10 gruba ayrılmış bunlardan birinci grup ise krediler olarak belirlenmiştir. Nihayet krediler ile ilgili çok önemli olan son ayırım ise kredinin verildiği kişinin niteliklerine göre yapılan tüketici kredileri ve ticari krediler ayırımıdır.

⁴³⁷ Battal (2001), s. 81.

⁴³⁸ Battal (2001), s. 81.

lanmıştır⁴³⁹. KarşY., tıpkı krediler ve diğer alacaklar gibi teminatları da teminat değerliliklerine göre gruplara ayırmıştır (KarşY. md. 9). Toplam dört grup söz konusudur. KarşY md. 9/1-a uyarınca teminat tutarı sadece özel karşılık tutarının hesaplanmasında alacak tutarından yapılacak indirim olarak dikkate alınacaktır. Bir başka ifadeyle özel karşılık ayrılmasının gerekli olduğu durumlarda teminatlar, alacak tutarından indirilecektir. Teminatın tutarı değerlendirilerek tespit edildikten sonra, özel karşılığa tabi olan alacak tutarının belirlenmesinde bu tutarın bankanın tamamen tasarrufunda ve nakde dönüştürülebilecek olan kısmı dikkate alınacaktır (md.10/2). Teminat üzerinde banka dışında bir başka tarafın hakkı veya tasarrufu mevcut ise bankanın tasarrufunda bulunmayan tutar, özel karşılığa tabi olan alacak tutarının belirlenmesinde dikkate alınmaz (KarşY. md. 10/2).

2.6.3. Basel standartları bakımından teminat kavramı

Teminatlı işlem ilkesi ile ilgili olarak Basel II’de çok önemli düzenlemeler yer almaktadır. Basel II, bankaların kullandıracakları kredilerin karşılığında alacakları teminatlara sınırlandırma getirmiştir. Bunun nedeni Basel II’nin kabul ettiği teminatların kredi riskini azaltmada kullanılabilir olmasıdır. Bankalar teminatlandırmada basit yaklaşım ya da kapsamlı yaklaşımı kullanabilirler. Basit yaklaşımda, öngörülen teminatlar riski %80’e kadar azaltabilmektedir. Kapsamlı yaklaşımda ise teminatların, riski tamamen ortadan kaldırma fonksiyonları bulunmaktadır⁴⁴⁰. Kapsamlı yaklaşımda, basit yaklaşımda sayılan tüm teminatların

⁴³⁹KarşY., tıpkı krediler ve diğer alacaklarda olduğu gibi teminatları da teminat değerliliklerine göre gruplara ayırmıştır (KarşY. md.9). Burada toplam dört grup söz konusudur. KarşY md.9/1-a uyarınca teminat tutarı sadece özel karşılık tutarının hesaplanmasında, alacak tutarından yapılacak indirim olarak dikkate alınacaktır. Bir başka ifadeyle özel karşılık ayrılmasının gerekli olduğu durumlarda teminatlar, alacak tutarından indirilecektir. Teminatın tutarı değerlendirilerek tespit edildikten sonra, özel karşılığa tabi olan alacak tutarının belirlenmesinde bu tutarın bankanın tamamen tasarrufunda ve nakde dönüştürülebilecek olan kısmı dikkate alınacaktır (md.10/2). Teminat üzerinde banka dışında bir başka tarafın hakkı veya tasarrufu mevcut ise bankanın tasarrufunda bulunmayan tutar, özel karşılığa tabi olan alacak tutarının belirlenmesinde dikkate alınmaz (md.10/2).

⁴⁴⁰ Basit yaklaşımda teminat olarak sayılan kıymetler şunlardır:

-Kredi veren bankada yer alan mevduat ve altın,
-Denetim otoritesi tarafından kabul edilen bağımsız bir kredi derecelendirme kuruluşu tarafından derecelendirilen menkul kıymetlerden,

1- Hazine, merkez bankası ve kamu kurumlarınca çıkarılıp notu en az BB olanlar

2- Diğer kuruluşlarca çıkarılıp notu en az BBB olanlar

3- En az A-3/B-3 notuna sahip kısa vadeli borçlanma senetleri

-Diğer bağımsız kredi derecelendirme kuruluşlarının derecelendirdiği menkul kıymetlerden, bankalar tarafından çıkarılarak tanınmış bir borsaya kote edilen ve birinci derecede borç olarak sınıflandırılan ve notu en az BBB veya A-3/ B-3 olarak belirlenmiş olanlar,

yanında temel bir endekse dâhil olmamakla birlikte tanınmış bir borsada kote edilen hisse senetleri ile bunlara yatırım yapan yatırım fonları teminat olarak kabul edilmiştir.

Basel II'ye ilişkin açıklamalarımızda belirttiğimiz alacak sınıflandırmalarında, kredi kullanan kişilerin, fiilen kullandıkları kredinin yanısıra, verdikleri garantiler de risk miktarlarının belirlenmesinde göz önünde tutulacaktır⁴⁴¹. Dolayısıyla bankanın, kredi kullanan kişi ve kurum hakkında ayrıntılı olarak bilgi sahibi olması gerekmektedir⁴⁴².

Basel II, en düşük risk ağırlığını konut ipoteği karşılığında kullandırılan krediler için öngörmüştür. Basel II'nin 72. maddesine göre konut ipoteği karşılığı kullandırılan kredilere %35 risk ağırlığı uygulanacaktır. Ancak bunun için kredinin mutlaka konut amaçlı olması gerekir. Borçlunun konutta ikamet etmesi, ikamet edecek olması ya da konutun kiralanmış olması önem arz etmemektedir. Basel II'nin 72. maddesine göre, denetim otoriteleri, bu ayrıcalıklı risk ağırlığının sadece konut edindirme kapsamında uygulanmasını sağlamakla yükümlü oldukları gibi, ipotek miktarının verilen krediye göre marjlı olması hususunu da gözetmelidirler⁴⁴³.

Basel II, ticari taşınmaz ipoteği karşılığı kullandırılan kredilerde, kural olarak risk ağırlığını %100 olarak öngörmektedir (Basel II, 74). Ancak istisnai olarak emlak pazarının oldukça gelişmiş olduğu piyasalardaki iş merkezleri, çok amaçlı ticari taşınmazlar veya çok sayıda bağımsız bölümden oluşan ticari ticari taşınmazlar ipotek alınmış ise, ipotek konusu taşınmazın rayiç değerinin %50'sini ya da ipotekli kredi değerinin %60'ını (hangisi daha düşükse) geçmeyen kredi diliminin %50'si oranında tercihli risk ağırlığı uygulanmasının mümkün olabilecektir (Basel II, 74, dp.29).

-Temel bir endekse dâhil olan hisse senetleri,

-Fon fiyatlarının günlük bazda ilan edilmesi ve Basel II'nin teminat olarak öngördüğü kıymetlere yatırım yapması şartıyla yatırım fonları.

⁴⁴¹ Arslan (2007), s. 56.

⁴⁴² Arslan (2007), s. 56.

⁴⁴³ Basel II, 75. maddesinde tahsili gecikmiş olan alacaklar için farklı risk ağırlıkları belirlemiştir. Buna göre konut kredileri hariç bir kredinin tahsili 90 günden fazla gecikmiş ise, kredinin teminatsız kısmının özel karşılıklar düşüldükten sonra kalan net tutarı için şu risk ağırlıkları belirlenecektir:

-Özel karşılıkların kredinin ödenmemiş kısmının %20'sinden az olması halinde, %150 risk ağırlığı

-Özel karşılıkların kredinin ödenmemiş kısmının %20'sinden az olmaması halinde, %100 risk ağırlığı

-Özel karşılıkların kredinin ödenmemiş kısmının %50'sinden az olmaması halinde, %100 risk ağırlığı (denetim otoritesi bunu %50 olarak belirleyebilir).

2.6.4. Teminat türleri bakımından bankaların maruz kalabilecekleri riskler

Bu kısımda çalışmamızın sınırlarını da zorlamadan bankacılık uygulamasında en çok görülen teminat türleri kapsamında, bankaların teminat işlemleri nedeniyle ne tür risklerle karşı karşıya kalabileceklerini inceleyeceğiz.

2.6.4.1. Şahsi teminat alınan hallerde

Bankacılık uygulamasında şahsi teminat denilince akla ilk gelen kefalet sözleşmesidir. Kefalet sözleşmesi, banka ile kefil arasında akdedilen ve asıl borçlunun borcunu herhangi bir şekilde ifa etmemesi durumunda kefilin, alacaklının ifaya olan menfaatini tatmin etmeyi taahhüt ettiği bir sözleşmedir (818 s. BK md. 483; 6098 s. TBK md. 581).

Kefalet sözleşmelerinde bankaların karşı karşıya kalabilecekleri başlıca risk, kefilin muteber (ödeme kabiliyeti olan) bir kefil olup olmadığı araştırılmadan onunla kefalet sözleşmesi akdedilmesidir. Dolayısıyla bankanın kefil ile sözleşme imzalamadan önce kefilin ödeme kabiliyetinin bulunup bulunmadığı hususunu mutlaka araştırması gerekir. Bunun için kefil hakkında muntazam bir istihbarat yapılmalı ve Risk Merkezi nezdindeki risk kayıtlarından kefilin diğer banka borçları ile protestolu senet ve karşılıksız çeklerinin olup olmadığını kontrol edilmesi gerekir. Kefalet sözleşmelerinden kaynaklanan diğer önemli risk ise, kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarına uyulmadan yapılmasıdır.

KarşY'nin 10. maddesinin 3.fıkrası, “kredibilitesi borçlununkinden daha yüksek gerçek ve tüzel kişilerin kefaletlerinin teminat olarak değerlendirilmesi” ifadesini kullanmıştır. Kefil ve garantör, birer “kişi” oldukları için kanaatimizce bunların değerlendirilmesinden değil, kredibilitesinden ya da güvenilirliğinden söz etmek daha doğru olacaktır. Sonuç olarak kefalet ya da garanti sözleşmeleri kapsamında kefil veya garantörün “teminat” olarak dikkate alınması için bunların kredibilitelerinin, asıl borçlunun kredibilitesinden daha yüksek olması gerekmektedir. Yönetmeliğin 10. maddesinin 3. fıkrası bu değerlendirmenin kredi istihbarat birimlerinden ve Risk Merkezi kayıtlarından faydalanılarak, bu kişilerin mali ve ekonomik güçlerinin parasal olarak ölçülmesi suretiyle yapılacağını hükme bağlamıştır. Yine aynı fıkra göre, “Bu tür bir teminatın değerlendirilmesinde kişilerin vermiş oldukları kefaletlerin tutarı ya da yükümlü oldukları tutarlar yerine bu kişilerin yükümlülüklerini ödeme güçleri dikkate alınır.” Bir başka ifadeyle, kefa-

let ya da garanti sözleşmelerinde yazılan tutarlardan ziyade, kefil ve garantörün güvenilirliğinin olup olmadığına bakılacaktır.

Bu hükmün doğal sonucu olarak aynı fıkra, “Kredi değerliliği bulunmayan gerçek ve tüzel kişilerden alınan kefalet ve garantiler ile bu kişilerce keşide edilen senet ve çek niteliğindeki kıymetler bu Yönetmelik uygulamasında teminat olarak değerlendirilmez.” hükümlerine yer verilmiştir. Keza 10. maddenin 4. fıkrasına göre de, teminat olarak kambiyo senedi verilmiş ise, bu senetlerin rayiç değerlerinin belirlenmesinde, senet borçlularının kredi değerlilikleri ve ödeme güçlerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

2.6.4.2. Aynî teminat alınan hallerde

Bankacılık uygulamasında ayni teminat denilince hemen daima ilk akla gelen, kredinin teminatına rehin alınmasıdır. Bankacılık uygulamasında en çok görülen rehin türleri ise taşınır rehni ve taşınmaz ipoteğidir. Bu bakımdan biz burada bu iki rehin türünden kaynaklanabilecek riskleri incelemeyi uygun buluyoruz.

2.6.4.2.1. Taşınır rehni bakımından

Bilindiği üzere taşınır rehninde kural, rehin konusu malın zilyetliğinin alacaklının yed’inde kalmasıdır. Buna teslim şartlı rehin adı da verilmektedir (TMK 939/I).

Ancak bankacılık uygulamasında en çok karşılaşılan taşınır rehni türü, motorlu araç rehni karşılığında müşterilere kredi kullandırılmasıdır.

Hemen belirtelim ki, motorlu araçların rehni, teslim şartlı rehnin bir istisnası olaak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim TMK md. 940, “Gerçek veya tüzel kişilerin alacaklarının güvence altına alınması için, kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyetlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı bulunduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir. Rehnin kurulmasına ilişkin diğer hususlar tüzükle belirlenir” diyerek bu hususa işaret etmektedir⁴⁴⁴. Bu düzenleme ile motorlu aracın, kredi veren bankanın zilyetliğinde kalmasına gerek kalmadan rehin alınması mümkün hale getirilmiştir. Gerçi, bu düzenlemeden önce de, bankalar motorlu araç rehni karşılığı kul-

⁴⁴⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Doğan (2008). Teslime bağlı olmayan sicilli motorlu taşıt rehni, *EÜHFD*, XII (3-4), s. 188 vd.; H. S. Ozanoğlu (2001). Türk Medeni Kanununun 940. maddesinin II. fıkrası (motorlu araç rehni) üzerine. *GÜHFD*, V (1-2), s. 25 vd.; M. K. Oğuzman ve Ö. Seliçi (2009). *Eşya hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 829 vd.

landırdıkları kredilerde; aracı, rehin veren kredi müşterisinin bir yakınına yed-i emin senedi adı verilen bir belge imzalatmak suretiyle, aracın yine kredi veren kişide kalmasına olanak tanıyordu. Ancak bu uygulama kanunun dolanılması niteliğindedir. TMK'nın bu düzenlemesinin aslında, mevcut duruma hukukilik kazandırdığı söylenebilir.

Motorlu araçların rehnedilmesi karşılığında müşteriye kredi açılması, ya kişinin kullanacağı krediye teminat olarak mevcut aracını rehin vermesi ya da kişinin araç satın almak için kullanacağı kredi karşılığında aracının rehin alınması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Satın alınan araç, hiç kullanılmamış (sıfır kilometre) bir araç olabileceği gibi kullanılmış bir araç da olabilir. Kullanılmış araçlar için kredi kullandırmak bankalar için riskli bir durumdur. Bunun için satın alınacak kullanılmış aracın, kredi kullanılmadan önce değer tespitinin yapılması gerekir. Bankaların kullanılmış araç kredilerinden kaynaklanan en önemli riski aracın değerinin olduğundan fazla gösterilerek müşteriye yüksek oranlı kredi kullandırılmasıdır. Aynı husus müşterinin kullanacağı kredi için, mevcut aracını banka lehine rehin vermesi halinde de geçerlidir. Ayrıca aracın yaşının çok fazla olmaması gerekir. Bankacılık uygulamasında genellikle 5 yaş üstü araçlar için araç kredisi verilmez.

Sıfır kilometre araç kredilerinde de bankalar için çeşitli riskler söz konusu olabilir. Bu tip araç kredileri genellikle bayiler ile bankalar arasındaki anlaşma ile kullandırılır. Bir başka ifadeyle sıfır kilometre araç kredilerinde üçlü bir ilişki söz konusudur. Araç satın almak isteyen kişi ile bayi arasında satım sözleşmesi, bayi ile banka arasında yapılan sözleşme ve araç satın almak isteyen kişi ile banka arasındaki kredi sözleşmesi bu üçlü ilişkinin temellerini teşkil eder. Bu tip kredilerde müşteri bayiyeye gider ve bayi ile araç satış sözleşmesi imzalanır. Müşteri daha sonra bankaya müracaat eder. Müşteri kredi kullanmak için bankanın aradığı şartları taşıyorsa, bayinin kendisine araç faturasını (proforma fatura) göndermesiyle müşteriye kredi kullandırıp, kredi bedelini doğrudan bayinin bankadaki hesabına aktarır.

Araç rehin alınarak kullandırılan kredilerde banka ile müşteri arasında rehin sözleşmesi yapılması gerekir. Bankalar açısından araç rehni sözleşmelerinden kaynaklanan risk, rehnin hangi alacak için teminat teşkil edeceği noktasında toplanmaktadır. Zira eğer rehin, sadece tek bir kredi borcu için tesis edilmiş ise, rehin konusu borç sona erdiğinde, müşterinin bankaya başka borçları olsa dahi, araç üzerindeki rehnin bu borçlar

için teminat teşkil etmemesi gerekir. Bu durumda rehin sözleşmesinin içeriğine bakmak gerekecektir⁴⁴⁵.

Rehne konu aracın sigortasının yapılmamış olması da bankalar açısından ciddi bir risktir. Zira ülkemizdeki trafik kaza oranları düşünüldüğünde, aracın kaza yapması halinde banka alacağı teminatsız kalacaktır⁴⁴⁶. Hemen belirtelim ki, sigorta poliçesinde banka rehinli alacaklı olarak yer almaz ise, araçta meydana gelecek olası hasar halinde, sigorta şirketi bankanın muvafakatı olmadan bedeli kredi borçlusuna ödeyebilecektir.

Bankacılık uygulamasında plaka rehni ya da hat rehni olarak adlandırılan dolmuş, özel halk otobüsü ve taksi olarak işletilen araçlar üzerinde rehin işlemlerinin nasıl yapıldığı üzerinde de durmak gerekir. Bu gibi araçları işletenler piyasada hatlarını çok yüksek meblağlar ile satabilmekte ya da hâsılat kirasına konu yapabilmektedir. Bankalar rekabet ortamının etkisi ile plaka sahiplerine plaka rehni, hat rehni gibi isimler altında,

⁴⁴⁵ Yargıtay 19. HD'nin 26.03.2009 tarih ve 2009/1393 Esas ve 2009/ 2365 Karar sayılı kararı: "Mahkemece alınan 01.04.2008 günlü bilirkişi kurulu raporunda taşıt kredisi sözleşmesinde hüküm bulunsa idi, satış bedelinin davacının bütün alacakları için teminat teşkil edeceği belirtilmiş; bu rapora davacı yanca itiraz edilerek, sözleşmenin bir sureti eklenmiştir. Sunulan sözleşmenin 22 nci maddesinin, bedeli paylaşma konu taşıtın bankanın doğmuş ve doğacak bütün borçları için teminat teşkil ettiği hükmünü içerdiği tartışmasız iken, bilirkişi kurulundan alınan 21.07.2008 tarihli ek raporda bu kez rehlin aleniyet unsurunu taşımadığı ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği belirtilmiştir. Mahkemece ilk bilirkişi kurulu raporundaki ifadeler tekrarlanmak suretiyle hüküm oluşturulmuştur. Davacı yanca dayandığı kredi sözleşmesinin 22 nci maddesinin açık düzenlemesi karşısında davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir." (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

⁴⁴⁶ Yargıtay 11.HD'nin 18.4.2008 tarih ve 2008/2994 Esas ve 2008/5254 Karar sayılı kararı: "Taşıt kredisine konu araç için bankanın sigorta yaptırmaya zorunluluğu bulunmamaktadır." (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası); Yargıtay 11. HD'nin 29.11.2007 tarih ve 2006/7195 Esas ve 2007/15082 Karar sayılı kararı: "Davacı taraf, sigortalı aracın 27.7.2004 tarihinde çalındığını ancak bankaya müracaatında kendisine sigorta poliçesinin düzenlenmediğini bildirildiğini ileri sürerek işbu davayı açmış, mahkemece banka tarafından sigorta sözleşmesinin yapılması için gerekli başvuruların yapıldığı, davacı tarafından da hesaptan ödeme talimatının verildiği ancak hesap bakiyesinin sıfır olduğu, davacının basiretli tacir gibi davranmadığı, kendisinin de sigorta poliçesi düzenletmediği, kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir.

Davacı şirket ile davalı banka arasında imzalanan taşıt kredisi ve rehin sözleşmesinin 11. maddesine göre, banka, dilerse müşteri adına taşıt sigorta ettirmeye ve süresinin dolması durumunda sigorta poliçelerini yenilemeye yetkilidir. Bu halde müşteri banka tarafından ödenen prim ve masrafları beşinci maddede belirtilen oran üzerinden hesaplanacak faiz ile birlikte bankaya ödeyeceğini, ödememesi halinde 10. maddeye göre bütün borcun muaccel kılınabileceğini kabul ve taahhüt etmiştir. Davalı banka sözleşmenin bu hükmü gereği dilerse sigorta sözleşmesi yapabilecekken dosyada bulunan ve sigorta şirketine hitaben yazılan 28.7.2004 tarihli yazısında anlaşılacağı üzere, sigorta poliçesinin düzenlenmesi için 16.3.2004 tarihinde sigorta şirketine müracaat etmek ve sigorta şirketi tarafından düzenlenen 140078267-6 nolu teklif poliçeyi almak suretiyle bu yükümlülüğü artık üzerine aldığı anlaşılmaktadır. Yine, bu yazı kapsamına göre, davacı şirketin hesabından prim bedelinin tahsil edilmesi için telefon talimatı aldığı da çekişmesizdir. Artık bu aşamada bankanın, sözleşmenin 11. madde hükmü gereğince davacının hesabına kendisi yönünden alacak kaydederek primi ödeyip poliçenin düzenlenmesini sağlaması gerekirken, poliçenin düzenlenmemesinde kusurlu ve sorumlu olduğunun kabulü gerekir. Bu itibarla, mahkemece aracın olay tarihindeki kasko sigorta bedeli tespit edilerek, davalının sorumlu olduğu tazminat miktarına karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir." (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

araç rehinleri tesis etmek suretiyle çok yüksek miktarda kredi kullandırmaktadır. Ancak burada bir sorunla karşı karşıyayız. Acaba söz konusu hatlar üzerinde rehin tesis etmek mümkün müdür? Zira minibüs, otobüs ve taksi hatlarının işletme ruhsatları genellikle belediyeler tarafından verilmekte ve yönetmelikte belirtilen nedenlerle iptal edilebilmektedir.

Örneğin Ankara Büyükşehir Belediyesi EGO Genel Müdürlüğü tarafından çıkarılan Özel Halk Otobüsleri Yönetmeliği'nin 19. maddesinde, "İşletici sözleşmedeki ve bu yönetmelikteki yükümlülükleri yerine getirmede aşağıdaki aşamalara göre hakkında işlem yapılır." ifadesine yer verilmiş ve 6 bent halinde ruhsat iptalini gerektiren haller sayılmıştır. Yönetmeliğe göre ruhsat iptal kararını dört kişilik bir komisyon vermekte ve karar UKOME (Ulaşım Koordinasyon Merkezi) onayıyla yürürlük kazanmaktadır. Yine Yönetmeliğin 19. maddesi 2.fikrasında da "UKOME'den ruhsat iptali kabul edildiği takdirde işleticiler EGO'dan hiçbir hak talep edemez ve uğradığı zararı hiçbir şekilde isteyemez." hükmüne yer verilmiştir. Keza Yönetmeliğin 20. maddesi ile işleticilerin devir işlemleri EGO'nun iznine bağlanmış ve devir halinde devralan işletcinin ruhsatı yenilemek zorunda olduğu belirtilmiştir.

Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 03.12.2004 tarihli kararında da⁴⁴⁷, "İcra müdürlüğünce borçlunun dolmuş hattı üzerine haciz konulmuş ise de, cebri icra açısından bu hattın haczi ve açık artırma yolu ile satılması mümkün bulunmamaktadır. Cebri icra yolu ile borçlunun minibüsü haczedilip satılabilir. Antalya Büyükşehir Belediyesi'nin belediye sınırları içerisinde çalışan Toplu Taşım Araçları Çalışma Şekil ve Şartları ve İmtiyazın Devir Şekillerini Belirtir Yönetmeliğin içeriğinden de anlaşıldığı üzere dolmuş aracının belli bir güzergâhta çalışması için ona tahsis yetkisi belediyeye ait olup, ancak belli şartlar çerçevesinde ihaleye girip toplu taşıma imtiyaz hakkı elde edenlere sözü edilen kullanım hakkı verilebilir. Yönetmeliğin 10. maddesinde de toplu taşıma hakkının rızai şekilde devrine ilişkin hükümler konulmuş bunun da belediyenin izniyle mümkün olabileceği belirlenmiştir." gerekçeleriyle ilk derece mahkemesi kararı bozulmuştur.

Görüldüğü gibi belediyeler tarafından ruhsat vermek suretiyle işletilen dolmuş, otobüs ya da taksi hatlarının hukuken rehnedilmesi ve haczedilmesi mümkün değildir. Bankalar hat sahiplerine kredi kullandırırken trafik siciline araç üzerine rehin şerhi koymakta ve aracın devri halinde ruhsat da devredilmiş sayılacağı düşüncesi ile hareket

⁴⁴⁷ Yargıtay 12. HD'nin 03.12.2004 tarih ve 2004/20157 Esas ve 2004/25034 Karar sayılı kararı (yayınlanmamıştır).

etmektedir. Ancak aracın devri halinde yeni araç sahibinin belediyelerden işletme ruhsatı alıp alamayacağı ise belirsizdir. Keza plaka kredisi kullanan şahsın ruhsatının belediye tarafından iptal edilmesi halinde de kullandırılan krediler büyük oranda teminatsız kalacaktır.

KarşY, teminat olarak emtia ve işletme rehni alınması halinde, bunların nasıl dikkate alınacağını 10. maddesi 1-b bendinde düzenlenmiştir. Bu durumda rayiç bedelin tespitinde ikinci el piyasa fiyatları veya mecburi sigortaya tabi olanlar için sigortaya esas bedel kullanılacaktır. Eğer rayiç değer, rehne konu tutardan düşük olursa, teminat hesaplamalarında düşük çıkan bedel üzerinden işlem yapılacaktır.

2.6.4.2.2. Taşınmaz ipoteği bakımından

Taşınmaz rehnine gelince; ülkemiz bankacılık uygulamasında aynı teminatlar içerisinde en önemli yeri kullandırılan kredilerin karşılığında, teminat olarak alınan taşınmaz ipotekleri oluşturmaktadır.

Kredinin teminatına ipotek alınmak istenmesi halinde de çeşitli riskler ortaya çıkabilir. Öncelikle alınan ipoteğin, bankanın alacağını karşılamaya yetecek miktarda olması gerekir. Buna “risk-teminat dengesi” adı verilmektedir. Örneğin 100.000 TL’lik bir kredinin teminatına alınan ipoteğin miktarı 50.000 TL olursa, risk-teminat dengesi sağlanmış olmayacak ve kredinin geri dönmemesi halinde teminat açığı ortaya çıkacaktır. Keza ipotek miktarı alacağı karşılamaya yetecek miktarda olsa bile, ipotek olarak alınan taşınmazın satışından elde edilecek gelir, banka alacağını karşılamaya yetmeyebilir. Bankalar teminat olarak ipotek almadan önce genellikle ipotek alınacak konutun değerini bizzat ya da değerlendirme şirketleri vasıtasıyla takdir eder ve kredi talebine taşınmazın değeriyle orantılı olarak cevap verirler. Bir başka ifadeyle ipotek alınacak taşınmazın değeri ile verilen kredi arasında orantısızlık bulunursa, banka teminatsız kalan miktar kadar riske girmiş olacaktır. Değeri 100.000 TL olarak takdir edilen taşınmazın karşılığında 200.000 TL kredi verilmesi örneğinde olduğu gibi. Bu durumda 100.000 TL’lik kısım banka açısından açık kredi teşkil edecektir.

İpotek sözleşmelerinde bankalar açısından ortaya çıkan bir diğer risk ise, ipoteğin derecesi ile ilgilidir. Şöyle ki, bankacılık teamüllerinde kural, ipotek alınacak taşınmazın birinci dereceden alınmasıdır. Ancak kredi borçlusunun şahsına göre bazen bankalar ikinci derece ve daha aşağıda ipotek alarak, müşterilerine kredi verebilmektedir. Bu

durum genellikle ticari itibarı yüksek olan gerçek ya da tüzel kişiler hakkında söz konusu olur. Ancak suistimale de açıktır, zira banka personelinin müşterilerle anlaşması suretiyle kötünietli olarak da gerçekleştirilebilir. İpotek olarak taşınmazın üzerinde takyidat ya da şerh olup olmadığı da alacaklı banka açısından risk teşkil eder. Zira takyidat ya da şerhin maddi değeri oranında banka kredisi teminattan yoksun kalacak, kredinin geri dönmemesi halinde de zarar ortaya çıkacaktır. Bu tip durumlar ile bankacılık uygulamasında genellikle kamulaştırma ve aile konutu hallerinde karşılaşılr.

Keza taşınmazın eklentisi niteliğinde olan makine gibi taşınırın tapu sicilinin beyanlar hanesine kaydedilmemiş olması da yerine göre önemli bir risk olarak nitelendirilebilir.

İpoteğin, ipotek vermeye yetkili kişiler tarafından tesis edilmemiş olması, özellikle deprem riskinin yüksek olduğu yerlerde ipotek alınan taşınmazların sigortalarının yaptırılmamış olması, tesis edilen ipoteğin para birimi ile verilen kredinin para biriminin birbiriyle uyumlu olmaması ve kredi borcu tamamen ifa edilmeden tapudaki ipotek kaydının terkin edilmesi de, ipotekle teminat altına alınmış kredilerde bankaların karşı karşıya kalabileceği diğer risklerdir. Keza, ipotek konusu taşınmazın sigortalanması halinde, sigorta poliçesinde bankanın rehinli alacaklı sıfatının belirtilmemesi de, banka açısından önemli bir risk faktörüdür.

KarşY. md. 10/1-a bendi teminat olarak alınan değerın taşınmaz olması halinde değerlemenin ne şekilde yapılacağına ilişkin bazı düzenlemeler içermektedir. Buna göre ipotek akit tablosunda yazılı ipotek değerinin taşınmazın gerçek değerini yansıtır yansıtmadığı gayrimenkulün rayiç değeri veya taşınmaz sigortalanmış ise sigortaya esas bedel ile karşılaştırılarak tespit edilecektir. Eğer taşınmazın rayiç değeri ipotek değerinin altında ise, kredinin teminatını oluşturan tutarın hesabında ipotek tutarı yerine rayiç değer esas alınacaktır.

KarşY. bazı durumlarda rayiç değer tespitinin Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre yapılmasını zorunlu tutmaktadır (KarşY. md. 10/1-a/3). Bir başka deyişle bu tip hallerde rayiç değer tespitini bağımsız bir gayrimenkul değerleme kuruluşu gerçekleştirecektir. Bu kapsamdaki gayrimenkuller şunlardır:

-Krediler ve diğer alacaklar toplamının yüzde bir (% 1) ve üstünü teşkil eden kredi ve diğer alacakların teminatı olan gayrimenkuller,

-herhalde ipotek tutarı iki milyon Yeni Türk Lirasının üzerinde olan gayrimenkuller.

Yukarıdaki 2 durumun varlığı halinde taşınmazın değer tespitinin bağımsız bir gayrimenkul derecelendirme kuruluşu tarafından yapılması gerekmektedir. Bu kuruluşun yaptığı rayiç değer tespiti sonucunda rayiç değer, ipotek değerinden düşük çıkması halinde özel karşılık hesabında teminatlar, düşük çıkan bedel üzerinden dikkate alınacaktır.

2.7. Bankalar Kredi İşlemlerinde İstihbaratın Sürekliliği İlkesine Uygun Davranmalıdır

2.7.1. Bankacılıkta istihbarat kavramı

Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne göre istihbarat bilgi toplama, haber alma anlamına gelmektedir⁴⁴⁸. Ancak bankacılık uygulaması anlamında istihbarat denilince sadece bilgi toplanmasını değil, aynı zamanda toplanan bu bilgilerin değerlendirilmesi ve kredi talebiyle ilgili kararın verilmesini de, istihbarat kavramı içinde ele almak zorunludur. Nitekim Çiloğlu da istihbaratı, “çeşitli kaynaklardan yararlanılarak gerçek ve tüzel kişiler hakkında ticari, mali ve moral yönlerden araştırma yapılması, bilgi toplanması, toplanan bilgilerin değerlendirilmesi ve sürdürülmesi işlemi” şeklinde tanımlamaktadır⁴⁴⁹.

Banka ile müşteri arasında akdedilen kredi sözleşmesi, özü itibarıyla bir para ödünç verilmesi taahhüdünü içermektedir. Bu bakımdan bankanın, müşterisine kredi kullandırması ile A'nın, arkadaşı B'ye bir miktar parayı ödünç vermesi arasında mantıki olarak bir fark bulunmaz. Dolayısıyla bankacılıkta istihbarat kavramını arkadaşı B'ye ödünç para veren A'nın durumunu ele alarak açıklamak pekâlâ mümkündür. Bir başka ifadeyle A, arkadaşı B'ye ödünç para verirken ne yapıyorsa, bankanın müşterisine kredi kullandırmadan önce yaptığı da odur.

A, arkadaşı B'ye ödünç para vermeden önce, öncelikle onun çevrede başka kişilere borçlu olup olmadığını, daha önce borç para alıp da ödemediği kişiler bulunup bulunmadığı gibi hususları araştırır. A, ayrıca B'nin mali durumunu da araştırmak zorunladır. Örneğin B'nin başka arkadaşlarına ya da kredi kartı sebebiyle bir bankaya yüklü miktarda borcu bulunabilir. A'nın tüm bu hususları göz önünde tutması gerekir. Zira A

⁴⁴⁸ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim tarihi: 21.02.2011).

⁴⁴⁹ E. Çiloğlu (1988). *Bankacılıkta istihbarat*. Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları, s. 7.

için, B'ye ödünç olarak verdiği para, geri dönmeme riskini içermektedir. Eğer B'nin, A'nın ödünç vereceği parayı geri ödeyecek gücü yoksa A, B'ye ödünç para vermekten imtina edecek, para verecekse bunu artık geri dönmesi kuvvetle beklenen bir ödünç olarak vermeyecektir. Keza B'nin ödünç alacağı parayı hangi amaç için kullanacağı da, A için önemlidir. B, bu parayı mevcut borçlarını kapatmak için değil de, oğluna karne hediyesi olarak bilgisayar satın almak için kullanacaksa; B'nin pasifine yeni bir borç daha ilave olacağından, A'nın vereceği ödünç parayı ona geri ödemesi güçleşecektir. İşte A'nın tüm bunları hesaba katıp B'ye ödünç para verip vermeyeceğine karar verebilmesi için B hakkında araştırma yapması şarttır.

Esasen bankaların müşterileri hakkında yaptığı istihbaratın, yukarıdaki örnekten pek de bir farkı yoktur. Ancak bankaların müşterileri hakkında yaptığı istihbarat; A'nın arkadaşı B'ye ödünç para vermeden önce yaptığı istihbarattan çok daha kapsamlı ve kanuni temelleri bulunan bir istihbarattır.

Bankacılıkta yapılan istihbaratın en önemli amacı, kredi kullanacak kişinin geri ödeme imkân ve isteğinin olup olmadığının tespit edilmesidir. Zira bir banka için kullanılacak kredinin geri ödenmeme riskinin en düşük düzeyde olması çok önemlidir. Hemen belirtelim ki, geri ödenmeme riskinin kontrol altında tutulabilmesi ihtiyacı, bankalar için, müşterileri hakkında sürekli ve düzenli istihbarat yapılmasını da beraberinde getirmektedir. Ayrıca kredinin kullanıldığı sırada ülkenin genel ekonomik durumu, kredi kullandırılan kişinin çalıştığı iş alanının spesifik durumunun bilinmesi de bankalar açısından çok önemlidir. Görüldüğü gibi bankacılıkta istihbarat durağan değil dinamik-tir. Bir başka ifadeyle istihbaratın belirli aralıklarla yinelenmesi ve daha da önemlisi verilen her yeni kredi için ayrı istihbarat yapılması gerekmektedir. Buna doktrinde istihbaratın sürekliliği ilkesi adı verilmektedir⁴⁵⁰. Bu ilkenin arka planında, her kredinin

⁴⁵⁰ M. Takan ve M.A.Boyacıoğlu (2010). *Bankacılık teori uygulama yöntem*. Ankara: Nobel Yayıncılık, s. 235. “İstihbaratla güdülen maksatların elde edilebilmesi için bidayette istihbaratın sıhhatli olarak yapılmış olması kâfi değildir. Bundan sonra da, firmanın muameleleri ve faaliyetleri takip edilerek, esaslı değişiklikler, bu arada protestolar derhal istihbarat karton veya bültenine (istihbarat dosyasına) not edilmelidir. Bunlar haricinde, normal olarak istihbarat, senenin ilk ayında, bilanço çıkaran müesseseler için de Şubat, Mart ve nihayet Nisan ayında yenilenir. Lehe ve aleyhe değişiklikler not edilir. Hiçbir değişiklik vuku bulmamışsa bu husus da işaret edilir. Firmanın mali bünyesindeki değişiklik esaslı olduğu takdirde istihbarat dosyasına bunun sebeplerini de yazmak lazımdır.”; bkz. Türkiye Bankalar Birliği [TBB] (1963). *Bankaların İstihbarat Yönetmeliklerinin İhtiva Edeceği Asgari Esaslar*. İstanbul, s. 25. “Bu suretle tacirler hakkında ilk defa yapılan istihbaratın muayyen zamanlarda, bilfarz her yıl başında yenilenmesi ve vaziyetlerinde vukuu muhtemel değişikliklerin takip ve tespiti için bu tetkiklerin sene içinde de idame edilmesi lazımdır.”; bkz. V. Onur (1957). *Bankalarda ticari krediler ve başlıca hizmet muameleleri*. Ankara, s.13; Çiloğlu (1988), s. 9; Ünay (1985), s. 97.

az ya da çok ama mutlaka risk taşıdığı ve dolayısıyla kredinin tamamen geri ödenmesine kadar banka tarafından takip edilmesi gerektiği düşüncesi yatmaktadır⁴⁵¹.

İstihbaratın sürekliliği ilkesi pozitif hukukumuzda Bank'ın 52. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, “Bankalar, kredileri nedeniyle maruz kalınacak riskleri ölçmek, karşı tarafın malî gücünü düzenli olarak analiz etmek ve izlemek, gerekli bilgi ve belgeleri temin etmek ve bunlara ilişkin esasları belirlemek zorundadır. Kredi müşterileri bu çerçevede konsolide ve konsolide olmayan bazda istenilen bilgi ve belgeleri bankalara vermekle yükümlüdür” ifadeleriyle kastedilen, istihbaratın sürekliliği ilkesidir.

Yargıtay da önüne gelen bir uyuşmazlıkta, “Banka ile borçlu arasında önemli miktarda kredi ilişkisi mevcut olup basiretli bir tacir gibi hareket etmesi zorunlu olan bankanın kredi borçlusunun mali durumunu devamlı bir suretle kontrol edip, durumunun bozulduğunu bilmesi gerekir.” şeklindeki ifadeleriyle dolaylı yoldan bu ilkeye atıfta bulunmuştur⁴⁵².

Bankacılıkta çok büyük bir önemi bulunan istihbarat kavramının araştırma, değerlendirme ve karar verme olmak üzere başlıca üç aşaması bulunmaktadır⁴⁵³. Şimdi bunları inceleyelim.

2.7.2. İstihbaratın araştırma aşaması

Bankacılıkta istihbarat objektif ve subjektif olmak üzere iki husus hakkında bilgi sahibi olunmasını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla bankacılıkta istihbaratın araştırma aşaması kanaatimizce objektif bilgiler hakkında yapılan istihbarat ya da objektif istihbarat ve subjektif bilgiler hakkında yapılan istihbarat ya da subjektif istihbarat olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmelidir.

2.7.2.1. Objektif istihbarat

Objektif bilgiler hakkında yapılan istihbarat, kredi talebinde bulunan kişinin şahsından bağımsız olarak değerlendirilebilecek vakıaların, tespit edilerek değerlendirilme-

⁴⁵¹ Çiloğlu (1988), s. 9.

⁴⁵² Yargıtay HGK'nın 11.4.2001 tarih ve 2001/15-339 Esas ve 2001/352 Karar sayılı kararı; (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

⁴⁵³ Altan ise bu aşamaları kredi talebi; ön görüşme; müşteri, sektör ve banka ilişkileri hakkında yapılan istihbarat; değerlendirme ve finansal analiz olarak belirtmiştir; bkz. Altan (2001), s. 234.

sidir. Bankalar kredi taleplerine cevap verirken, kredi talebinde bulunan kişinin subjektif koşullarıyla birlikte bazı vakıalar hakkında da bilgi sahibi olmalı ve bu vakıaları göz önünde bulundurarak karar vermelidir. Bu tip durumların içerisinde ülkenin mevcut ekonomik durumu hakkında yeterli bilgi sahibi olunması başta gelmektedir. Bu kapsamda ileride meydana gelebilecek olumlu ya da olumsuz ihtimallerin de göz önünde tutulması gerekir.

Objektif bilgiler hakkında yapılacak istihbarat sonucunda çeşitli olasılıklar karşımıza çıkabilir. Örneğin bankalar, kredi talebinde bulunan kişilerin subjektif koşulları müsait olsa bile, genel ekonomik bunalım dönemlerinde kredi taleplerine genellikle olumsuz cevap verebilir. Yine genel ekonomik durumun olumlu seyrettiği dönemlerde, kredi talebinde bulunan kişilerin faaliyet alanı itibarıyla riskli görülerek, kredi talebinin reddedilmesi de mümkündür. Örneğin ülkenin refah seviyesi sürekli artarken, inşaat sektöründe faaliyet gösteren işletmelerin zarara uğraması gibi.

Bunun tam tersi de mümkündür. Örneğin, ülkenin mevcut ekonomik durumunun olumsuz olduğu bir dönemde; söz gelimi devalüasyon sonrası bir zamanda, yüksek kârlılıkla ve tamamen ihracata dayalı olarak çalışan bir işletmeye kredi kullandırılması mümkündür. Yine bir ekonomik kriz döneminde, belirli bir faaliyet alanında, örneğin demir-çelik ya da tekstil gibi alanlarda faaliyet gösteren işletmelerin yüksek kârlılıkla çalışması da söz konusu olabilir.

Görüldüğü gibi objektif bilgiler hakkında yapılan istihbarat, ülkenin mevcut ve gelecekteki olası ekonomik durumu ile kredi talebinde bulunan kişilerin faaliyet alanlarının mevcut ve gelecekteki olası durumları hakkında bilgi sahibi olunmasını gerektirmektedir. Dolayısıyla objektif bilgiler hakkında yapılan istihbarat, niteliği itibarıyla çok yönlüdür.

Objektif bilgiler hakkında yapılması gereken istihbarat nedeniyle hukuki sorumluluğun doğabilmesi için istihbaratın ya hiç yapılmamış ya da eksik yapılmış olması veya elde edilen bilgilerin değerlendirilmesinde bir sakatlığın bulunması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu konudaki görüşlerimizi çalışmamızın son bölümünde açıklayacağımız için tekrardan kaçınmak amacıyla ilgili kısma atıf yapmakla yetiniyoruz.

2.7.2.2. *Subjektif istihbarat*

Kredi sürecinde asıl önem taşıyan istihbarat subjektif istihbarattır. Subjektif istihbarat, bizzat borçlunun araştırılması ve borçlu hakkında kanaat sahibi olunmasıdır. Bir başka ifadeyle subjektif istihbarat, kredi talebinde bulunan kişi hakkında, borç ödeme kapasitesinin olup olmadığı, geçmiş dönemdeki borçlarını zamanında ödeyip ödemediği, hangi amaçla kredi kullanmak istediği gibi hususların araştırılarak değerlendirilmesidir. Subjektif istihbarat aslında bir süreci ifade eder. Zira kişinin borç ödeme kabiliyetinin bulunup bulunmadığı hususu hem kredi kullandırılmadan önce ve hem de kullandırıldıktan sonra bilinmesi ve değerlendirilmesi gereken bir olgudur.

Subjektif istihbaratın araştırma aşaması, yapılan araştırmanın niteliğine göre kredi talebinde bulunan kişinin kişisel özelliklerinin araştırılması ve mali durumunun araştırılması olmak üzere iki türlüdür. Ancak araştırmanın bu iki türünün bir bütün olduğunu özellikle belirtmek gerekir. Doktrinde kredi talebinde bulunan kişinin kişisel özelliklerine ilişkin yapılan istihbarata kalitatif istihbarat; kişinin mali durumu hakkında yapılan istihbarata ise kantitatif istihbarat adı verilmektedir⁴⁵⁴.

Kalitatif istihbarat kredi müşterisi ile yapılan ilk görüşme ile başlar. Burada önce kredi talebinde bulunan şahsın kim olduğu araştırılır. Eğer kredi talebinde bulunan kişi tacir ise hangi sektörde iş yaptığı, ortaklarının olup olmadığı gibi konularda bilgi edinilir. Kredi talebinde bulunan kişi tüketici ise, tüketicinin doldurduğu form üzerinden gereken incelemeler yapılır. Yine bu aşamada kişinin hangi amaçla kredi talebinde bulunduğu ve kullanacağı krediye karşılılık teminat verip veremeyeceği; verecekse ne gibi teminatlar verebileceği incelenir.

Kalitatif istihbaratın bir diğer önemli özelliği de, kredi talebinde bulunan kişinin karakter özelliklerinin araştırılmasıdır. Bankacılık uygulamasında buna “moralite” adı verilmektedir. Bu kapsamda olmak üzere özellikle ticari nitelikli kredilerde, kredi kullanılacak işletmenin yöneticilerinin ne kadar ehil oldukları; iş yaptıkları sektörde ne kadar süredir faaliyette bulundukları, geçmiş yıllara ait deneyimleri kısacası yaptıkları işi sevk

⁴⁵⁴ B. Seval (1990). *Kredilendirme süreci ve kredi yönetimi*. İstanbul: Muhasebe Enstitüsü Eğitim ve Araştırma Vakfı Yayınları, s. 120 vd.; Takan ve Boyacıoğlu (2010), s. 236 vd.; TBB bu ayrımla ilgili olarak şahsi durumla ilgili istihbarat ve mali durumla ilgili istihbarat ayrımı yapmıştır; bkz. TBB. (1963), s. 6; Aynı şekilde bkz. Ünay (1985), s. 76.

ve idarede ne kadar başarılı ve istekli oldukları araştırılır⁴⁵⁵. Bu bahsettiğimiz hususlar yerinde araştırmayı gerektirmektedir. Kalitatif istihbaratta ayrıca kredi talebinde bulunan kişinin, tüzel kişi ise ortaklarının ve yöneticilerinin protestolu senet ve karşılıksız çek durumunun araştırılması gerekir. Gereken hallerde ticaret sicili ile tapu siciline de başvurulmalıdır.

Kantitatif istihbarat ise firmanın mali yapısının somut belgelere dayalı olarak incelenmesini ifade eder. Kantitatif istihbarat, subjektif istihbaratın değerlendirme ve karar verme aşamasıyla birlikte ele alınması gereken bir durumdur. Burada kredi kullanan işletmenin mali durumu hakkında finansal tablolarına, yıllık faaliyet raporlarına hesap durumlarına bakılarak incelenmektedir⁴⁵⁶.

BankK'nun 52. maddesinin ikinci fıkrasına göre bankalar, verecekleri kredilerin ve kefalet ve teminatların belirli bir miktarı geçmesi durumunda, müşterilerinden hesap durum belgesi almakla yükümlü tutulmuşlardır⁴⁵⁷.

Hemen belirtelim ki, bankacılık uygulamasında büyük miktartlı kredilerde objektif istihbarat, subjektif istihbarat, kalitatif ve kantitatif istihbarat bir arada yapılmaktadır. Zira genellikle bankalar bu tip müşterileri hakkında araştırma yapılması için istihbarat birimleri kurup, istihbaratın alanında uzman kişiler tarafından yapılmasını sağlarlar.

2.7.2.3. Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi

Bankacılıkta istihbaratın doğru ve etkin bir şekilde yapılabilmesi için bankanın kendi yaptığı istihbaratın yanı sıra başka bilgi kaynaklarına da ulaşması gerekir. Zira müşterinin piyasadaki pek çok bankaya borcu bulunabileceği gibi, karşılıksız çekleri veya protestolu senetleri de bulunabilir. Bankaların bu bilgilere ulaşabilmesini kolaylaştırmak için kanun koyucu çeşitli düzenlemelerde bulunmuştur.

⁴⁵⁵ Bkz. Ö Akgüç (2010). *Kredi taleplerinin değerlendirilmesi*. İstanbul: Arayış Basım ve Yayıncılık, s. 25 vd.; TBB. (1963), s. 11; Onur (1957), s. 13; Ünay (1985), s. 80 vd. Erlağın bu duruma “kredi değimi” bir başka ifadeyle “müşterinin krediye layık görülmesi” adını vermiştir; bkz. Erlağın (1972), s. 225.

⁴⁵⁶ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Seval (1990), s. 155 vd.; Akgüç (2010), s. 143 vd.; Çiloğlu (1988), s. 19 vd.; Ünay (1985), s. 82 vd. Finansal analiz adını verebileceğimiz bu inceleme, “bir işletmenin varlıklarının ve kaynaklarının dağılımını, kullanımını, dönüşümünü ve bunlarla ilgili tüm işlemlerin meydana getirdiği trendlerin analitik incelemesi” olarak tanımlanmaktadır; bkz. Altan (2001), s. 233; Ayrıca bkz. TBB. (1963), s. 13 vd.; Erlağın (1972), s. 226. Yine bu konuda SPK tarafından çıkarılan ve 12.07.2007 tarihli ve 26580 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Seri: VIII ve 51 numaralı Sermaye Piyasasında Derecelendirme Faaliyeti ve Derecelendirme Kuruluşlarına İlişkin Esaslar Tebliği de, ayrıca zikredilmelidir.

⁴⁵⁷ Bu hususla ilgili olarak 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren Bankaların Kredi İşlemlerine İlişkin Yönetmeliğin 8 vd. maddelerinde ayrıntılı hükümler yer almaktadır.

Bu konu ilk olarak 1211 Sayılı Merkez Bankası Kanunu’nun “Risk Santralizasyonu” başlıklı 44. maddesinde düzenlenmişti. Bu hüküm, banka ve diğer finansal kuruluşların müşterilerinin risk durumlarına ilişkin bilgileri toplamak üzere Merkez Bankasını görevlendirmişti. Bu düzenlemeye göre bankalar, bankalar bakımından keşide ettikleri protestolar da dâhil olmak üzere, müşterilerinin risk durumları hakkında istenecek her türlü bilgiyi Merkez Bankasına vermekle yükümlü kılınmış; ayrıca Risk Merkezinin bütün işlem ve kayıtlarının gizli olacağı hükme bağlanmıştır.

Yine aynı maddede Risk Merkezince sağlanacak bilgilerin biçim ve içeriğine, derlenmesine, paylaşılmasına ve diğer hususlara ilişkin usûl ve esasların BDDK’nın uygun görüşü alınmak suretiyle Merkez Bankası tarafından belirleneceği de hükme bağlanmıştır. Hatta bu konuyla ilgili olarak Merkez Bankası tarafından bir de yönetmelik de yayınlanmıştır⁴⁵⁸. Yönetmeliğe göre paylaşılan bilgiler gerçek ve tüzel kişilere ait kredi limit ve risk bilgileri ile protestolu senet ve karşılıksız çek bilgileridir.

Ancak kamuoyunda torba yasa olarak bilinen ve pek çok kanunda değişiklik getiren 6111 sayılı kanun, bu konuda da önemli değişikliklerde bulunmuştur⁴⁵⁹. Bu kanunla yukarıda bahsettiğimiz uygulamadan vazgeçilerek, BanK’na “Ek madde 1” adında ek bir madde eklenmiş ve Risk Merkezi adında bir kuruluş kurulmuştur. Ek birinci maddenin birinci fıkrasına göre Risk Merkezi, Türkiye Bankalar Birliği nezdinde faaliyet gösterecektir. Yine birinci fıkrada Risk Merkezi’nin kuruluş amacı, “kredi kuruluşları ile BDDK tarafından uygun görülecek finansal kuruluşların müşterilerinin risk bilgilerini toplamak ve söz konusu bilgileri bu kuruluşlar ile gerçek veya tüzel kişilerin kendileriyle ya da onay vermeleri koşuluyla özel hukuk tüzel kişileri ile de paylaşılmasını sağlamak” olarak açıklanmıştır.

Ek birinci maddenin ikinci fıkrasına göre Risk Merkezi’ne üye kuruluşların, Risk Merkezi tarafından talep edilen, müşterilerle ilgili her türlü bilgiyi vermekle yükümlü olduğu ve bu yükümlülüğe uymayanlara bilgi akışının durdurulacağı hüküm altına alınmıştır. Ek birinci maddenin dördüncü fıkrası ise çok önemli bazı düzenlemeler içermektedir.

Bu düzenlemelerden ilkinde göre Risk Merkezi yönetimi, Risk Merkezinin kuruluş amaçları doğrultusunda özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarından,

⁴⁵⁸ Bankalar ve Diğer Mali Kuruluşların Müşterilerinin Risk İşlemleri Hakkında Yönetmelik; 20.09.2007 tarihli ve 26649 sayılı RG.

⁴⁵⁹ 25.02.2011 tarihli ve 27857 sayılı RG (Mükerrer).

kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşlarından bilgi talep etmeye ve bunlarla BDDK'nın uygun görüşüne istinaden bilgi alış-verişine yönelik sözleşmeler imzalamak konusunda yetkili kılınmıştır. Yine aynı fıkra göre özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları Risk Merkezi yönetimi tarafından talep edilen bilgileri vermekle yükümlüdürler. Konumuz açısından önem taşıyan ise, dördüncü fıkranın şu ifadeleridir:

“Kredi kuruluşları ile BDDK tarafından uygun görülecek finansal kuruluşların müşterilerinin onay vermesi koşuluyla, Risk Merkezi ile bilgi alış-verişi sözleşmesi imzalayan özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarına kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşlarına verilecek, müşterilerin bu kuruluşlar nezdindeki risk bilgileri Kanunun 73 üncü maddesinin dördüncü fıkrası kapsamında değerlendirilir”

Görüldüğü gibi bu düzenleme ile müşterilerin risk bilgilerine ulaşma hakkı bankaların yanı sıra “Risk Merkezi ile bilgi alış-verişi sözleşmesi imzalayan özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurum ve kuruluşlarına kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşlarına” da tanınmış bulunmaktadır. Ancak bunun için müşterilerin onay vermesi şartı aranmıştır. Bu önemli düzenlemeyi tamamlayıcı nitelikte olarak ek birinci maddenin sekizinci fıkrasında da şöyle denilmektedir:

“Risk Merkezi, topladığı her türlü bilgiyi, Kurum ve Merkez Bankasına istenen biçim ve sürede vermekle yükümlüdür. Ayrıca, gerçek ya da tüzel kişilerin gerekçesini belirterek risk bilgilerinin kendilerine verilmesi için yazılı talepte bulunmaları ya da kredi kuruluşları ile Kurulca uygun görülecek finansal kuruluşlar dışındaki bir özel hukuk tüzel kişisine bu nitelikteki bilgilerin verilmesi için onay verdiklerinin ispat edilmesi halinde bahse konu bilgiler de talepte bulunan tarafça karşılanacak belli bir ücret karşılığında verilir”

Ek birinci maddenin dokuzuncu fıkrasına göre Risk Merkezinin bütün işlem ve kayıtları gizlidir. Ancak aynı fıkraya göre sır sahibinin bilgilerinin açıklanması konusunda açık rızasının bulunması durumunda belirlediği kişiye risk bilgileri verilebilecektir.

Hemen belirtelim ki, Risk Merkezi, nezdindeki her türlü bilgi alış-verişini, en az beş banka tarafından kurulmuş şirketler aracılığı ile ve bu şirketlerle yapılacak sözleşmeler çerçevesinde de gerçekleştirebilecektir (Ek md. 1/10)

Son olarak belirtelim ki, torba yasa olarak adlandırılan 6111 sayılı Kanun'nun 146. maddesi ile BanK'nun 73. maddesine dördüncü fıkra eklenmiş ve bankaların kendi aralarında ya da Risk Merkezi veya en az beş banka ya da finansal kuruluş tarafından kurulacak şirketler vasıtasıyla yapacakları her türlü bilgi ve belge alışverişi ile ilgili bilgi ve belge taleplerinin karşılanması sırasında banka ya da müşteri sırrı niteliğindeki bilgilerin öğrenilmesi sır saklama yükümlülüğü dışında tutulmuştur⁴⁶⁰.

2.7.3. İstihbaratın değerlendirme ve karar verme aşaması

Değerlendirme aşamasını da istihbaratı yapan birimin değerlendirmesi ve krediyi kullandıracak birimin değerlendirmesi olmak üzere ikiye ayırmak gerekir. İstihbaratı yapan birimin yaptığı değerlendirme, kredi kullandırımına karar verecek birim açısından bağlayıcılığı olmayan, istihbaratın sonucunda elde edilen sonuçları özetleyen bir nitelik taşımaktadır. Bankacılık uygulamasında istihbarat sonucunda bir rapor hazırlanmakta ve kredi talebinde bulunan kişiye notlar verilmektedir⁴⁶¹.

Krediyi kullandıracak birim istihbarat raporunda yer alan tüm bilgiler ve istihbaratı yapanın değerlendirmelerini de göz önünde tutarak kendi bilgi birikimi ve uzmanlığı ve tecrübesine göre kredi talebini ayrıca değerlendirmeye tabi tutar. Bu değerlendirmenin sonucunda krediyi kullandıracak birim kredinin kullandırılıp kullandırılmaması hususunda karar vermektedir. Kredi kullandırımı konusunda verilen kararın, sorumluluk

⁴⁶⁰ 6111 sayılı Kanunun 150. maddesi ile BanK'na ayrıca bir de geçici 28. madde eklenmiştir. Bu düzenleme şu şekildedir:

“Risk Merkezinin çalışma usul ve esasları bu maddenin yayımı tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde ek 1 inci maddenin beşinci ve dokuzuncu fıkralarında belirtilen usul çerçevesinde Türkiye Bankalar Birliğiince belirlenir.

Bu Kanuna göre kurulan Risk Merkezi faaliyete geçinceye kadar, Merkez Bankası bünyesinde bulunan Risk Merkezi, 14/1/1970 tarihli ve 1211 sayılı Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası Kanununun yürürlükten kaldırılan 44 üncü maddesi hükümleri uyarınca faaliyetlerini yürütür.

Merkez Bankası nezdindeki Risk Merkezi bilgileri, bu Kanuna göre kurulan Risk Merkezine aktarılır”.

⁴⁶¹ Seval (1990), s. 234; Akgüç (2010), s. 446; Takan ve Boyacıoğlu (2010), s. 519 vd.

bakımından önemli sonuçları ortaya çıkacaktır. Zira özellikle bankacılıkta kredi kullandırımına ilişkin her karar mutlaka içeriğinde takdir hakkını da barındırmaktadır. Görüldüğü gibi istihbarat kavramının özellikle çalışmamızın son bölümünde açıklanacak olan kötü yönetimden kaynaklanan risklerle çok yakın bir ilişkisi bulunmaktadır.

Son olarak bankaların rekabetlerinden kaynaklanan risklerin, istihbarat açısından son derece önemli sonuçları olduğunu da belirtmeliyiz. Gerçekten de bankacılık faaliyetlerinin ve banka sayısının günümüze göre çok az olduğu yıllarda, bankalardan kredi kullanabilmek bir itibar olarak nitelendirilmekteydi. Kredi kullanmak isteyen şahıs bizzat bankaya gider ve banka uzun araştırmalardan sonra kredi kullandırımında bulunulurdu. Ancak günümüzde özellikle banka sayısının da artmasıyla gelişen rekabet ortamı; bankacıları, müşterilerin ayağına giderek kredilerinin tanıtımını yapan pazarlamacılara dönüştürmüştür. Artık müşteriler için bankalardan kredi kullanabilmek itibar kaynağı olmaktan çıkmış; bankalar için kolay, hızlı ve en az teminatla kredi verebilmek maharet olmuştur. Bu çok sakıncalı bir durumdur.

Ayrıca bu rekabet biçiminin hukuki sorumluluk bakımından kanaatimizce çok önemli sonuçları bulunmaktadır. Hemen bir örnek verelim. Bankalarda kredi pazarlamasını⁴⁶² genellikle ticari ya da bireysel portföy yöneticisi olarak adlandırılan personel ile, büyük kredilerde şube müdürleri ve hatta yerine göre bölge müdürleri yapmaktadır. Görüldüğü gibi bu risk çoğu kez şube müdürleri, bölge müdürleri ve genellikle müdür yardımcısı niteliğinde olan kişiler için söz konusudur.

Bankalar yaşanan yoğun rekabetin etkisiyle bu personeli için aylık kredi hedefleri belirlemekte ve hedefleri tutturamayanlar ise cezalandırılmaktadır. Öyle ki yayınladığı iç yönergelerle her şube müdürü ve her bir portföy yöneticisi için hedefler belirleyen; her ay itibarıyla sıralama yapılacağını ve üç ay üst üste en son sırada yer alan şube müdürü ve portföy yöneticisinin iş akdini feshedeceğini açıkça ifade eden bankalar bile vardır. Ancak asıl sorun bu değildir.

⁴⁶² Battal, meseleye pazarlama ahlakı açısından yaklaşmış ve şu açıklamalarda bulunmuştur: “Pazarlama ahlâkı konusunda en ciddi problem banka personeline kendisini göstermektedir. Zira sattıkları “ürün”, aslında olmayan, sanal bir varlık; yani paradır. En zengin ama en mutsuz çalışan tipi banka çalışanlarıdır. Zira gazeteci Umur Talu’nun deyimiyle “hedef manyağı” olmuşlardır. Patronların koyduğu ve özellikle kriz dönemlerinde daha da yükselttiği “hedefleri tutturabilmek” ve ne pahasına olursa olsun gözden düşmemek için, ahlâkı bir kenara bırakarak müşteri avlamak, “başarı” olabilir mi? Bunun “ahlâkı” olmadığı, vicdanlarda yaralar açtığı görülmektedir.”; Bkz. A. Battal (2009), İktisadi buhranlar ve sosyal değişim. *Köprü Dergisi*, Sayı: 107.

<http://www.koprudergisi.com/index.asp?Bolum=EskiSayilar&Goster=Yazi&YaziNo=1003> (Erişim: 09.09.2011).

Asıl sorun, böyle bir “hedef baskısı” altında çalışan şube müdürünün hedefleri tutturabilmek adına pek çok kişiye yeteri kadar araştırma yapmadan ya da teminat almadan kredi kullandırması riskidir. İşin garip yanı, bankalar, hedef baskısı ile bu şekilde çalışan şube müdürü ve portföy yöneticisinin, kullandığı kredilerin geri ödemelerinde sorunlar çıktığı zaman bu kişiler hakkında banka iç denetim mekanizmasını işletmek suretiyle iş akitlerini feshetmekte; ayrıca bu kişiler hakkında hukuki sorumluluk davası yoluna gitmektedir.

Kanaatimizce banka personelinin sorumluluğu açısından “hedef baskısı”, özenin derecesini azaltıcı bir rol oynamalıdır. Zira bu tip durumlarda bizzat hedefleri koyan yöneticilerin, özen yükümlülüklerine aykırı davranmış olduğu ortadadır.

2.8. Bankalar Etkin İşleyen Bir İç Sisteme Sahip Olmalıdır

BanK 29 ila 32. maddelerini bankacılık risklerinin izlenmesi ve önlenmesine yönelik birimlere ayırmıştır. Nitekim BanK’nun “İç Sistemlere İlişkin Yükümlülükler” başlıklı 29. maddesi, “Bankalar, maruz kaldıkları risklerin izlenmesi, kontrolünün sağlanması, faaliyetlerinin kapsamı ve yapısıyla uyumlu ve değişen koşullara uygun, tüm şube ve konsolidasyona tâbi ortaklıklarını kapsayan yeterli ve etkin bir iç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemi kurmak ve işletmekle yükümlüdürler.” diyerek bu duruma işaret etmiştir.

Her üç birim de doğrudan yönetim kuruluna bağlıdır. İç denetim ve iç kontrol birimlerinin görevi genel olarak bankanın faaliyetlerinin mevzuata, iç düzenlemelere ve bankacılık teamüllerine uygun yürütülüp yürütülmediğine yöneliktir. BanK’nun “Risk Yönetim Sistemi” başlıklı 31. maddesine göre ise, “Bankalar risk yönetimi sistemi kapsamında, risk politikalarını Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde oluşturmak, uygulamak ve raporlamak zorundadır.” Görüldüğü gibi iç denetim ve iç kontrol birimlerinden farklı olarak risk yönetim biriminin temel amacı, bankacılık risklerinin yönetilmesi hususunda yönetim kuruluna yol göstermektir. Nihayet her üç birimin çalışmalarının etkin ve yeterli olup olmadığı hususları gözetmek ve gerektiğinde yönetim kuruluna bildirmekle görevli organ ise denetim komitesidir (BanK md. 24/II-III). BanK iç sistemlerin “birim” şeklinde teşekkül ettirilmesini istemiştir⁴⁶³.

⁴⁶³ 29. maddenin Hükümet gerekçesinde “sistem” ve “birim” kavramları şöyle açıklanmıştır: “Yönetim kurulunun, önemli fonksiyonlarından biri olan denetim ve gözetim faaliyetini layıkıyla icra edebilmesi için bankada gerekli sistemler oluşturulmalıdır. Bankaların faaliyetlerinin karmaşıklığı, çeşitliliği ve ger-

2.8.1. Risk yönetim birimi

Risk yönetim birimi Bank'nun 31. maddesinde hükme bağlanmıştır. Risk politikalarının, uygulama usulleri ile risk limitlerinin belirlenmesinde, kısacası risk yönetim sürecinde temel görevli birim risk yönetim birimidir. BİSHY'in 40. maddesi risk yönetim biriminin, bankacılık risklerinin yönetimine ilişkin görev sorumluluklarını düzenlemektedir. Bu birimin ilk görevi banka için uygun risk yönetim sistemini planlayarak, politika ve uygulama usullerinin belirlenmesini sağlamaktır.

Risk yönetim biriminin bir diğer ve kanımca önemli görevi, riskli faaliyetlere girilmeden önce, bu faaliyetlerin değerlendirmesini sağlama görevidir. Risklerin ölçülmesi ve izlenmesine yönelik faaliyetler de risk yönetim birimi tarafından yerine getirilir⁴⁶⁴.

BİSHY'in 40. maddesi bankaları risk yönetim birimi yönetmeliği hazırlamakla da yükümlü kılmıştır. Risk yönetim birimi yönetmeliği, risk yönetimi birimi tarafından hazırlanır, ilgili iç sistemler sorumlusu tarafından uygun görülürse, yönetim kurulu tarafından onaylanır (BİSHY md.40/2). Bu yönetmelikte risk yönetimi birimi personelinde aranan öğrenim durumu, deneyim, bilgi ve beceri seviyeleri ile diğer niteliklere yer verilir. BİSHY'in 40. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, risk yönetimi birimi yöneticisinin en az yedi yıllık bankacılık deneyimine sahip olması şarttır. Hemen belirtelim ki BİSHY'in risk yönetim birimini düzenleyen 40. maddesi taslak yönetmelikte de aynen korunmuştur.

2.8.2. İç denetim birimi

Şirketler hukukunda denetimin biri pay sahiplerinin şirket yönetimi üzerindeki gözetimi ve diğeri de denetçilerin gerçekleştirdiği faaliyetler bütünü olmak üzere iki anlamı bulunmaktadır. Teknik anlamda denetim ise, "İktisadi faaliyet ve olaylarla ilgili

çeleştirilen işlem hacmi dikkate alındığında yönetim kurulu üyelerinin bu fonksiyonu tek başına yapamayacağı aşikârdır. Bu nedenle, kuruluşun faaliyetlerinin denetimi ve gözetimi amacıyla yönetim kurulu kendisine yardımcı olacak birimler oluşturmalıdır.

"İç kontrol, risk yönetimi ve iç denetim sistemlerinin yeterliliği, bankaların faaliyetlerinin emin ve güvenilir bir şekilde icra edilmesi bakımından önemlidir. Uluslararası uygulamalarda da bu sistemlerin sağlıklı ve güvenilir bir şekilde icra edilmesi üzerinde önemle durulmakta, bu sistemlerin işleyişine, yeterliliğine, icra edilecek faaliyetlere, bu sistemler kapsamında üst yönetimin görev ve sorumlulukları ile oluşturulacak birimlere ilişkin açıklamalar yapılmakta ve bu konularda yeni gelişmeler yaşanmaktadır...".

⁴⁶⁴Bankanın bünyesine uygun ekonometrik ve istatistiki modellerle risklerini ölçebilmesi, riskli durumlarda risklerin doğru bir şekilde değerlendirilmesini sağlar. Riskleri doğru değerlendirmek risk-kâr dengesi gözetilerek karar almak demektir. Dolayısıyla risklerin ölçülmesi basiretli bir yönetimin olmazsa olmaz şartıdır. Ayrıca banka sermayesinin, maruz kalınan risklerle orantılı olması da risk yönetimi açısından bir zorunluluktur. Hemen belirtelim ki, sermayenin risklerle orantısını belirlerken, olası sistemik kriz durumları da göz önünde tutulmalıdır; bkz. [TBB] (2006), s. 23 vd.

iddiaların önceden tespit edilmiş kıstaslara uygunluk derecesini araştırmak ve sonuçları ilgi duyanlara bildirmek amacıyla bağımsız ve yetkin bir kişi tarafından tarafsızca kanıt toplanması ve bu kanıtların değerlendirilmesini kapsayan sistematik bir süreç” olarak tanımlanabilir⁴⁶⁵. Bu tanımdan hareketle denetimin temel özelliklerini şöyle sıralayabiliriz⁴⁶⁶:

- Denetim planlı şekilde karşılaştırmayı içeren bir süreçtir.
- Denetim delillerin tarafsız bir şekilde toplanarak değerlendirilmesini ifade eder.
- Denetim faaliyeti uzman kişiler tarafından yerine getirilir.
- Denetim faaliyeti neticesinde elde edilen sonuçların rapor yoluyla ilgililere bildirilmesi gerekir.

Köksal, denetimin ileriye yönelik bir faaliyet olduğunu, zira denetimde amacın zararı ortaya çıkarmak değil, olası zararların önüne geçmek olduğunu savunmaktadır⁴⁶⁷. Ancak kanaatimizce denetim faaliyetleri geçmişte yapılmış işlere de ilişkindir. Zira denetimde işlemler tamamlanmıştır. Zaten denetimin mantığı geçmişte belirli bir zaman aralığında yapılan işleri inceleyerek varsa zararı ortaya koymak ve gereken durumlarda da olası zararların nasıl önleneceğine ilişkin tedbirleri göstermektir. Bu yönüyle denetimin hem geçmişe ve hem de geleceğe yönelik olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Denetim genel olarak mali tablolar denetimi, iç denetim, uygunluk denetimi, operasyonel denetim ve dış denetim, kamu denetimi, hukuki denetim, performans denetimi ve ekonomik denetim gibi çok çeşitli şekillerde incelenebilir⁴⁶⁸.

Burada bizim için önemli olan husus iç denetim kavramıdır⁴⁶⁹. İç denetimin genel amaçlarını, anonim şirketin finansal ve finansal olmayan bilgi ve belgelerinin gerçeği

⁴⁶⁵ N. Kurnaz (2006). Kurumsal yönetim ekseninde risk odaklı iç denetim: Türkiye’nin 500 büyük sanayi işletmesinde risk odaklı iç denetim uygulama analizi. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Kütahya: Dumlupınar Üniversitesi, s. 11. Amerikan Muhasebeciler Birliği Temel Denetim Kavramları Komitesi ise denetimi şöyle tanımlamaktadır: “Ekonomik faaliyetler ve olaylar hakkındaki beyanlar ile önceden oluşturulmuş kriterler arasındaki uygunluk derecesini belirlemek için bunlarla ilgili kanıtların tarafsız olarak elde edilmesi, değerlendirilmesi ve sonuçların ilgili kişilere iletilmesinden oluşan sistematik bir süreçtir”; bkz. M. F. Önder (2008). *Türk hukukunda iç denetim ve uluslar arası standartlara uyumu*. Ankara: Adil Yayın Dağıtım, s. 5.

⁴⁶⁶ Kurnaz (2006), s. 11 vd.; A. Köksal (2009). *Bağımsız denetim sözleşmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 14 vd.; B. Akyürek (2006). Bankacılık sektöründe risk odaklı iç denetim sistemi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi, s. 3 vd.; Tanç (2009), s. 6 vd.

⁴⁶⁷ Köksal (2009), s. 18.

⁴⁶⁸ Kurnaz (2006), s. 12 vd.; Önder (2008), s. 7 vd.; Akyürek (2006), s. 5 vd.; Ö. A. Atasoy (1984). *Anonim ortaklıkların denetlenmesinde hâkim olan esaslar ve Türk hukukunda denetleme organının görevleri*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 27 vd.

⁴⁶⁹ İç denetim çok değişik şekillerde tanımlanabilir. Örneğin 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu iç denetimi, “İç denetim, kamu idaresinin çalışmalarına değer katmak ve geliştirmek için kaynakların ekonomiklik, etkililik ve verimlilik esaslarına göre yönetilip yönetilmediğini değerlendirmek ve rehberlik yapmak amacıyla yapılan bağımsız, nesnel güvence sağlama ve danışmanlık faaliyetidir. Bu

yansıtıp yansıtmadığı; risklerin tanımlanıp gerekli tedbirlerin alınıp alınmadığı; işlemlerin şirket içi yönergelere ve mevzuata uygun tesis edilip edilmediği ve kaynakların amaca uygun ve verimli kullanılıp kullanılmadığı hususlarının denetlenmesi olarak belirtmek mümkündür⁴⁷⁰.

Banka hukukunda iç denetim birimi, kanuni dayanağını BanK'nun 32. maddesinde bulmaktadır. Bu madde bankalara iç denetim sistemi kurma zorunluluğu yüklemiş ve iç denetim faaliyetlerinin bağımsız ve tarafsız müfettişler tarafından yerine getirileceğini ve düzenlenecek iç denetim raporunun, en az üçer aylık dönemler itibarıyla ve denetim komitesi aracılığıyla yönetim kuruluna tevdi edileceğini hükme bağlamıştır. BanK'nun 32. maddesinin birinci fıkrasında, "Bu çerçevede, faaliyetlerin mevzuata, ana sözleşmeye, iç düzenlemelere ve bankacılık ilkelerine uygunluğu, banka müfettişleri tarafından denetlenir" hükmüne yer verilmiştir.

Risk yönetim biriminin, risk yönetim faaliyetini yerine getirirken hatalı uygulamalarda bulunması mümkündür. Risk yönetim biriminin yaptığı hatalı tesbitler, bankanın risk yönetim biriminin önerilerine göre hareket eden icrai birimlerinin yanlış kararlar almasına ve banka için yüksek riskli durumların ortaya çıkmasına neden olabilir. Bu bakımdan risk yönetim biriminin faaliyetleri de denetlenmelidir.

BİSHY'nin 21. maddesinin 3.fıkrasına göre iç denetim birimi, risk yönetim sistemlerinin yeterliliği ve etkinliğini değerlendirmekle de görevlendirilmiştir.

BİSHY'nin ve taslak yönetmeliğin 26. maddesinde, etkin bir iç denetim sisteminin ne şekilde kurulması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre etkin iç denetim, iç denetim biriminin risk değerlendirmelerine dayalı olarak gerçekleştirilir. İç denetimde risk değerlendirmeleri, iç denetim birimi tarafından bankanın maruz kaldığı riskler ve bunlara ilişkin kontroller dikkate alınarak denetim çalışmalarında öncelik verilecek alanların, dikkate alınacak ayrıntıların ve denetimin sıklığının belirlenmesine yönelik yürütülen bir işlemdir (BİSHY md. 26/1). Bir başka ifadeyle, etkin iç denetim, en fazla riskli görülen hususlar üzerinde gerçekleştirilen iç denetim demektir. Zarara uğrama tehlikesi, hangi işlemde fazla ise, denetimin de oraya odaklanması gerekir. Burada kastedilen hu-

faaliyetler, idarelerin yönetim ve kontrol yapıları ile mali işlemlerinin risk yönetimi, yönetim ve kontrol süreçlerinin etkinliğini değerlendirmek ve geliştirmek yönünde sistematik, sürekli ve disiplinli bir yaklaşımla ve genel kabul görmüş standartlara uygun olarak gerçekleştirilir." şeklinde tanımlamıştır. The American Institute of Auditors ise iç denetimi, "işletmelerin operasyonlarını geliştirerek katma değer yaratmak amacıyla oluşturulan bağımsız ve objektif bir danışmanlık ve denetim aktivitesidir" olarak tanımlamaktadır; bkz. Önder (2008), s. 8.

⁴⁷⁰ Kurnaz (2006), s. 23 vd.

sus denetimin risk odaklı olmasıdır. Nitekim maddenin başlığı da “Riske dayalı denetim” şeklindedir.

Risk odaklı denetim, Kurnaz’ın tabiriyle, “denetim faaliyetinin odak noktasının geçmiş faaliyetlerden geleceğin yönetilmesine çevrilmesi” anlamına gelmektedir⁴⁷¹. Buna göre risk odaklı denetim geçmiş dönem tecrübeleriyle işletmenin risk yapısının ortaya konularak, yapılacak denetimin riskli ve zarar tehlikesi bulunan faaliyetlere odaklanması anlamına gelmektedir.

Tablo 3. Geleneksel İç Denetim Ve Risk Odaklı İç Denetimin Karşılaştırılması

Özellikler	Geleneksel İç Denetim	Risk Odaklı İç Denetim
İç Denetimin Odaklandığı Husus	Kontrol odaklıdır.	Ticari risklere odaklanmıştır.
İç Denetimin Cevabı	Olay sonrası ve kesintilidir.	Zorlayıcı ve sürekli dir.
Risk Değerlendirilmesi	Risk faktörleri esas alınır.	Senaryo planlaması yapılır.
İç Denetim Testleri	Önemli denetimlerde	Önemli risklerde
İç Denetim Metotları	Detay kontrollerinin bütünlüğüne vurgu yapılması söz konusudur.	Belli ticari risklerin önemi vurgulanır.
İç Denetim Önerileri	Faydalı olabilecek hususlar belirtilir ve etkinliği sağlamaya yöneliktir.	Riskten kaçın, riski değiştir, riski paylaşır, riski devret, riski kabul et
İç Denetim Raporları	Fonksiyonel denetimlere işaret edilir.	Süreç risklerine işaret edilir.
Kurumda İç Denetimin Rolü	Bağımsız değer işlevi vardır.	Ortak risk yönetimi (katılımlı)

Kaynak: Kurnaz (2006), s. 30; Tanç (2009), s. 147

Risk odaklı iç denetimin kapsamında yapılan denetimleri şöyle sıralamak mümkündür⁴⁷²:

- İç kontrol sisteminin etkinliğini incelemek
- Risk yönetim sisteminin amaca uygunluğunu ve özellikle risk değerlendirmelerinin doğruluğunu incelemek

⁴⁷¹ Kurnaz (2006), s. 28. Ancak risk odaklı denetimin riski önlemeyi temel alması, geçmişte gerçekleştirilen faaliyetleri kapsamadığı anlamına gelmemelidir. Bu bakımdan Kır’ın, “Geleneksel denetim geçmiş faaliyetler üzerinde yoğunlaşmakta ve geçmişin hatalı faaliyetlerini ortaya çıkartmaya çalışmakta iken; risk odaklı denetim hatalı işlemlerin meydana gelmesini önlemeye çalışmaktadır.” şeklindeki görüşlerine katılmadığımızı belirtmek isteriz. Risk odaklı denetim kanaatimizce geleneksel denetim anlayışının temel ilkelerini yıkmamakta, sadece denetimin kapsamını önleyicilik fonksiyonunu da içerecek şekilde genişletmektedir; Kır’ın görüşleri için bkz. H. Kır (2010). Stratejik denetim ve denetimde risk odaklılık, *Denetim Dergisi*, 4, s. 57.

⁴⁷² Kurnaz (2006), s. 84 vd. Risk odaklı iç denetim aynı zamanda bir süreci ifade etmektedir. Bu süreci şu şekilde sıralamak mümkündür: denetim yapılacak faaliyetler hakkında bilgi edinme, risk değerlendirmesi yapma, denetim planı oluşturma, işlem ve bulguları inceleme, bulguları çalışma kâğıtları ile belgeleme, raporlama, raporların denetim komitesine sunulması; bkz. Kurnaz (2006), s. 86 vd.; Akyürek (2006), s. 94 vd.; Tanç (2009), s. 161 vd.

- Bilgi sistemleri denetimi
- Finansal tabloların denetimi
- Risk öngörülerini ile sermaye arasında kurulan bağlantının doğruluğunu incelemek
- Mevzuata uygunluğun incelenmesi
- İşletmenin faaliyetlerini ve iç kontrol faaliyetlerini incelemek

Tanör, son finansal krizle birlikte risk odaklı denetim açısından pek çok sorunun gün yüzüne çıktığını belirtmiştir. Yazar, “risk denetiminde oluşan gediklerin” denetim mekanizmalarının hukuki altyapısının önleyicilikte yetersiz kalması ve düzenleyici otoritelerin önleyicilik fonksiyonunu gereği gibi yerine getirememesine bağlamıştır⁴⁷³. Yazar, göre modern ekonomik sistemde riskler, her zaman düzenlemelerin bir adım önündedir. Dolayısıyla hukuki düzenlemeler, risklerin hızına yetişememekte ve bu da risk odaklı denetimde gediklere yol açmaktadır. Keza riskleri denetlemekle görevli düzenleyici otoriteler o kadar çok sayıdadır ki, bunlar yetki uyumsuzluklarına neden olmakta ve önlemlerin alınmasında gecikmeler meydana gelmektedir⁴⁷⁴.

2.8.3. İç kontrol birimi

İç kontrol, “bir şirketin varlıklarını koruma altına almak, muhasebe kayıtlarının doğruluk ve güvenilirliğini kontrol etmek ve işlevsel verimliliğe ve yönetim politikalarına uygunluk sağlamak amacıyla geliştirilen yöntem, önlem ve örgütlenme” şeklinde tanımlanabilir⁴⁷⁵. Şu hususu önemle belirtelim ki iç denetim ile iç kontrol birbirinden farklı kavramlardır⁴⁷⁶. Bir kere denetim faaliyetleri dönemselidir. İç kontrol ise süreklilik arz etmektedir. İkinci olarak denetim, belirli bir döneme ilişkin; kontrol, faaliyetler icra edilirken yapılmaktadır.

Nitekim BİSHY ve taslak yönetmeliğin 14. maddesi iç kontrol faaliyetlerinin; bankacılık işlemlerinin, iletişim kanallarının, bilgi sistemlerinin ve finansal raporlama sisteminin kontrolü ile uyum kontrollerinden oluştuğunu açıkça belirtmiştir. Aynı mad-

⁴⁷³ Tanör (2009), s. 1521 vd.

⁴⁷⁴ Tanör (2009), s. 1524.

⁴⁷⁵ Aksoy (2007), s. 237.

⁴⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Keleş (2009), s. 62; Önder (2008), s. 28 vd. Doktrinde iç kontrolün önleme, ortaya çıkarma, yönlendirme ve boşluk doldurma olmak üzere dört şekilde sınıflandırıldığından bahsedilmiştir. Ancak bu özelliklerin çoğu, iç denetimde de mevcut olduğundan ayırt edici bir vasfının olmadığını düşünüyoruz; bkz. Aksoy (2007), s. 229.

denin ikinci fıkrasında da, “iç kontrol faaliyetleri, bankanın günlük tüm faaliyetlerinin bir parçasını oluşturur.” denilerek bu husus açıkça hükme bağlanmıştır.

İç kontrol sisteminden beklenen amacın sağlanabilmesi için öncelikle banka bünyesinde işlevsel görev ayrımının tesis edilmesi ve sorumlulukların paylaştırılması gerekmektedir (BİSHY ve Taslak Yön. md. 9/2-a;). İşlevsel görev ayrımından ne anlaşılması gerektiği BİSHY ile taslak yönetmeliğin 10. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre banka nezdinde, hata ve sahtekârlığın, menfaat çatışmalarının, bilgi manipülasyonunun ve kaynakların kötüye kullanımının önlenmesi amacıyla aynı konudaki faaliyetlere ilişkin görev ayrıştırması yapılarak, banka içindeki tüm birimlerin, personelin ve komitelerin yetki ve sorumlulukları açıkça ve yazılı olarak belirlenir. Ayrıca menfaat çatışması doğabilecek faaliyetler tespit edilerek mümkün olduğunca en aza indirilmesi hedeflenir. Bu amaçla risk doğuran bir işlemin yapılmasına karar verilmesi, işlemin muhasebeleştirilmesi ve işlemde kaynaklanan riskin yönetilmesi işlevlerinin farklı personelin sorumluluğuna verilmesi sağlanır (BİSHY md. 10, ikinci cümle).

İç kontrol birimi yöneticisinin en az yedi yıllık bankacılık deneyimine sahip olması gerekmektedir (BİSHY md. 19/7).

3. Bankaların Mali Yapısının Bozulması

“Ortaklık işletmesinin kriz haline girmesi” olarak tanımlayabileceğimiz mali bünyenin bozulması kavramı; borca batık bir anonim şirketin muaccel borçlarını ödeyebilecek durumda olması nedeniyle nispi bir kavramdır⁴⁷⁷. Bu nispilek, bankaların mali yapısı söz konusu olunca had safhaya çıkabilir. Zira bankalar bakımından mali yapının bozulması, diğer anonim şirketlere nazaran büyük farklılıklar içermektedir. Nitekim bankaların mali yapılarının risklere karşı aşırı duyarlı olması, tüm dünyada devletleri, bankaların bu kırılgan yapısını risklere dayanıklı hale getirmek için çareler aramaya yöneltmiştir⁴⁷⁸.

Bankaların her türlü faaliyetleri BDDK’nın denetimine tabidir (BanK md. 66). Gerçekten de BanK’nun “Yerinde Denetim ve Gözetim” başlıklı 95. maddesinin 1. fıkrasına göre bankaların ve BanK’na tabi kuruluşların her türlü işlemlerinin gözetimi ve yerinde denetimi; konsolide ve konsolide olmayan bazda risk yapısı, iç kontrol, risk

⁴⁷⁷ Türk (1999), s. 9.

⁴⁷⁸ Ü. Tekinalp (1985). Bankalarda mevduatı koruyucu ve mali bünyeyi güçlendirici tedbirler. *İktisat ve Maliye*, XXXI (12), s. 515.

yönetimi ve iç denetim sistemleri ile varlıkları, alacakları, özkaynakları, borçları, kâr ve zarar hesapları, yükümlülükleri ve taahhütleri arasındaki ilgi ve dengelerin ve malî bün-yeyi etkileyen diğer tüm unsurların ve bu kuruluşların kurumsal yönetim ilkelerine uyum seviyesinin gözetimi, tahlili ve ölçümü BDDK tarafından yapılır.

Devletin bankaları bu kadar yoğun bir denetime tabi tutmasının üç temel amacı bulunmaktadır. Bunlardan birincisi bankaların sağlam ve sürdürülebilir bir likidite yapısına sahip olmasını sağlamak; ikincisi kredilerin riskin dağıtılması ilkesine uygun olarak kullandırılmasını sağlamak ve üçüncüsü de bankaların, kendileri için belirlenen standartlara uyup uymadığını tespit etmektir⁴⁷⁹. Bu amaçların orta noktası ise BanK'nun birinci maddesinde belirtilen; finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması ve en önemlisi de tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına yönelmiş olmalarıdır.

Mali yapının bozulması ile zarar kavramları aynı anlama gelmemekle birlikte bir-biriyle çok yakından ilgili kavramlardır⁴⁸⁰. Bir işletmenin zarar etmesi kural olarak mali yapısının bozulduğu anlamına gelmemektedir. Özellikle anonim şirketlerde, dönem zararının önceki yıllardan gelen dağıtılmamış kârlarla ve ve bilhassa yedek akçeler vasıtasıyla kapatılması şirketin sermayesine bir darbe niteliğindedir ve mali yapının bozulmasına neden olabilir⁴⁸¹.

3.1. Önlem Alınmasını Gerektiren Haller

BanK, önlem alınmasını gerektiren durumları 67. maddede düzenlemektedir. Bu madde uyarınca BDDK'nın bankayı denetlemesi sonucunda maddede belirtilen hususlardan herhangi birinin tespit edilmesi halinde düzeltici önlemlerin alınması gerekmektedir. BanK'nun 67. maddesi, “öngörülen tedbirler derhal alınır” diyerek BDDK'ya takdir hakkı tanımayan bir hüküm sevk etmiştir.

Bu bağlamda önlem alınmasını gerektiren halleri iki grupta incelemek mümkündür.

Birinci grupta yer alan nedenler, bankanın mali yapısının riskli hale gelmesi olarak adlandırılabilir. BanK'nun 67. maddesi incelendiğinde maddenin a, b, c ve d bentlerinde düzenlenen hususların ortak özelliğinin bankanın mali yapısını risklere karşı da-

⁴⁷⁹ Battal (2001), s. 69.

⁴⁸⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kayar (1997), s. 40 vd.

⁴⁸¹ Kayar (1997), s. 40.

yanıksız hale getiren nedenler olduğu görülecektir. Aşağıda görüldüğü gibi bu grupta yer alan hususlar doğrudan doğruya bankacılık risklerine ilişkindir:

- a) Aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi ya da likiditeye ilişkin düzenlemelere uymaması,
- b) Gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin bozulması nedeniyle kârlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması,
- c) Özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması veya bu durumun gerçekleşmek üzere bulunması,
- d) Aktif kalitesinin malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde bozulması.

İkinci gruptaki nedenleri ise mevzuata aykırılık ve basiretsiz yönetim halleri olarak adlandırmak uygun olacaktır. BanK'nun 67. maddesi e, f ve g bentlerinde yer alan önlem alınmasını gerektiren nedenlerin ikinci grubu konumuz açısından oldukça önemlidir:

- e) BanK'na ve ilgili düzenlemelere veya BDDK tarafından alınan kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamalarının bulunması,
- f) Bankanın iç denetim, iç kontrol ve risk yönetim sistemlerini kurmaması veya bu sistemleri etkin ve yeterli bir şekilde işletmemesi veya denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunması,
- g) Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle BanK ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması.

Bu grupta yer alan ilk neden BanK'na aykırı karar, işlem ve uygulamaların bulunmasıdır. İkinci neden açısından ise, kanunun “iç sistemleri kurmamak veya bunları etkin bir şekilde işletmemek” ifadeleri dikkati çekmektedir.

Kanaatimizce kanunun bu ifadeleri karşısında burada ağır kusurlu ya da kasdî bir hareketin varlığı şarttır. Burada iki durum karşımıza çıkmaktadır. Kötü niyetli yönetimler için; bu birimler, amaçlarını gerçekleştirmelerinin önünde birer engel vazifesi teşkil edebilir. Bu durumda, kötü niyetli yönetim, bu birimlerin fonksiyonlarını azaltma yoluna gidecektir. Fonksiyon azaltması uygulamada da görüldüğü gibi, genellikle birim yöneticileri ile personelinin bağımsız ve tarafsızlıklarına ve iş garantilerine yönelik tehditler şeklinde karşımıza çıkar. Nitekim bu bentte yer alan, “denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunması” ifadesi bu duruma işaret etmektedir.

Kötü yönetim bakımından ise, bu birimler banka maliyetlerini artıran gider kalemlerinden biri olarak düşünülür. Bu yüzden kötü yönetim, risklerin gerçekleşmeden önüne geçilmesi veya gerçekleşse de zararın en aza indirilmesi amacıyla çalışan bu birimlerin çalışmalarını, bankanın risk yapısına ve ihtiyaçlarına göre değil; asgari şartlara göre şekillendirir. Bu durumda ortada şeklen iç kontrol, iç denetim ve risk yönetim birimleri yer almakta ancak yönetimin anlayışı nedeniyle iyi yönetilememektedir.

Yönetim kurulunun risk yönetimi ile ilgili görev ve yetkileri ile ilgili olarak BDDK Kurumsal Yönetim İlkelerinde de bazı düzenlemeler bulunmaktadır⁴⁸². Yönetmelikte yer alan kurumsal yönetim ilkelerinden beşinci ilkeye göre, bankanın müfettişleri ile bağımsız denetim elemanlarının çalışmalarından etkin olarak yararlanılmalıdır. Beşinci ilkenin birinci fıkrasına göre, “Bankanın risk yönetimi, iç kontrol ve iç denetim sistemlerindeki problemlerin tespit edilebilmesi ve bankanın finansal raporlarının bankanın mali durumunu ve performansını doğru yansıtmasını sağlamak için, üst yönetim risk yönetimi, iç kontrol ve iç denetim sistemlerinin önemini kavramalı ve banka personelinin kavramasını da sağlamalıdır.” ifadesi kullanılmıştır. Kanaatimizce kötü yönetilen bir bankanın yönetimi risklerin önemini idrak edememiştir ve ağır kusurlu sayılmalıdır.

3.2. Alınacak Önlemler

BanK’nun 67. maddesindeki durumlardan en az birinin varlığının BDDK tarafından tespit edilmesi durumunda kanun koyucu bazı önlemler alınmasını öngörmektedir. Alınacak önlemler bakımından BanK, durumun vahametine göre kademeli bir önlemler paketi sunmaktadır. Gerçekten de, kanunun 68. maddesinde düzeltici önlemler, 69. maddesinde iyileştirici önlemler ve nihayet 70. maddesinde de kısıtlayıcı önlemlerin alınması öngörülmektedir. Bu önlemler paketinden hiçbirisi hastayı iyileştirmeye yetmezse artık BanK’nun 71. maddesinin uygulanması gerekmektedir.

Tekinalp alınacak önlemleri olağan ve olağanüstü önlemler olarak ikiye ayırmaktadır⁴⁸³. Buna göre düzeltici önlemler, iyileştirici önlemler ve kısıtlayıcı önlemler olağan; bankanın faaliyet izninin kaldırılması veya TMSF’ye devri ise olağanüstü önlem-

⁴⁸² 01.11.2006 tarihli ve 26333 sayılı RG.

⁴⁸³ Tekinalp (2009), s. 252. 4389 Sayılı Bankalar Kanunu’nun yürürlükte olduğu dönemde alınan tedbirlerle ilgili olarak bkz. M.E. Bilge (2000). Bankalar Kanunu’nun 14. maddesine göre bankalar hakkında tedbir alınmasını gerektiren durumlar ve öngörülen tedbirler. *AÜEHFD*, IV (1-2), s. 384 vd.

lerdir. Ancak yazar, 1985 tarihli makalesinde bankaların mali yapısının risklere karşı korumak amacıyla alınacak tedbirleri yine aynı şekilde iki gruba ayırmış ancak içeriklerini ise, daha farklı açıklamıştır⁴⁸⁴.

Yazarın 1985 tarihli makalesine göre birinci gruba “mali bünyeyi güçlü tutmayı amaçlayan tedbirler” girmektedir. Bunlar daha ziyade özkaynakların güçlendirilmesi, riskin dağıtılması, karşılık ayrılması, sürdürülebilir bir likidite yeterliliği sağlanması gibi yukarıda açıkladığımız tedbirlerdir. Yazar bunlara olağan tedbirler adını vermiştir. İkinci grupta yer alanlar ise, “zayıflayan mali bünyeyi güçlendirmeye yarayan tedbirler” olarak ifade edilmiştir ki; Tekinalp, bu tedbirlerin olağanüstü ve geçici nitelikte bulunduklarının altını çizmiştir. Aslında BankK’nun 68 vd. maddelerinde yer alan hususlar bu anlamda olağanüstü tedbirler olarak nitelendirilebilir.

Sonuç olarak BankK’nun 68 vd. maddelerinde yer alan hükümlerin tamamını olağanüstü tedbirler olarak nitelendirmek mümkündür. Ancak bunları da kendi arasında ayırmak gerekirse, kanaatimizce düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı tedbirlerde bir olağanüstü halin; faaliyet izninin kaldırılması ve TMSF’ye devir halinde ise bir tür sıkıyönetim halinin mevcudiyetini kabul etmek gerekir.

3.2.1. Düzeltici önlemler

Düzeltici önlemleri bir çeşit uyarı olarak da görmek mümkündür. Tekinalp bu önlemleri “Finansal destek, akıllı ve dürüst kredi politikası” önlemleri olarak tanımlamış ve bu önlemlerin, “iyi risk yönetiminin yerine getirilmesi” olarak değerlendirilmesi gerektiğinin altını çizmiştir⁴⁸⁵. Battal, bu tedbirleri hastanın ayakta tedavisine benzetmiştir⁴⁸⁶. Hemen belirtelim ki bankanın mali yapısının riskli hale gelmesi halinde alınacak düzeltici önlemler ile mevzuata aykırılık ve basiretsiz yönetim durumunda alınacak düzeltici önlemler birbirinden farklıdır. Ayrıca düzeltici önlemlerin alınması için, 67. maddede belirtilen önlem alınmasını gerektiren hallerden en az bir tanesinin varlığı yeterlidir.

Hemen belirtelim ki, bankanın mali yapısının riskli hale gelmesi durumunda alınacak düzeltici önlemler, genel olarak bankanın sermayesinin risklere dayanıklı hale gelmesine ve bankanın likiditesinin güçlendirilmesine yöneliktir. Buna göre mali yapı-

⁴⁸⁴ Tekinalp (1985), s. 515 vd.

⁴⁸⁵ Tekinalp (2009), s. 252.

⁴⁸⁶ Battal (2007), s. 269.

nın riskli hale gelmesi durumunda alınabilecek düzeltici önlemler şunlardır (md.68/1-a bendi):

- Bankanın özkaynağının artırılması
- Kâr dağıtımının geçici bir süreyle durdurularak ihtiyatlara aktarılması
- Ayrılan karşılıkların artırılması hissedarlara kredi verilmesinin durdurulması
- Aktiflerin elden çıkarılması suretiyle likidite temin edilmesi
- Yeni yatırımların sınırlandırılması veya durdurulması
- Ücret ve diğer ödemelerin sınırlandırılması
- Uzun vadeli yatırımların durdurulması.

Mevzuata aykırılık ve basiretsiz yönetim durumlarında alınacak düzeltici önlemlerle iç sistemlerin kurulması, bankanın kredi politikasının gözden geçirilmesi gibi bankanın yönetim yapısına ilişkindir. Bu önlemler 68/1-b bendinde şu şekilde sıralanmıştır:

- Aykırılıkların giderilmesi
- Kredi politikasının gözden geçirilerek riskli işlemlerin durdurulması
- Maruz kalınan vade, kur veya faiz riskinin azaltılması için gerekli önlemlerin alınması.

BanK'nun 68. maddesinin ikinci fıkrasına göre, gerek mali yapının riskli hale gelmesi ve gerekse mevzuata aykırılık ve basiretsiz yönetim durumunda BDDK yukarıda belirttiğimiz tedbirlerden birini ya da birkaçını ve hatta tamamının alınmasını isteyebilecektir. Buna göre BDDK, bankanın yönetim kuruluna düzeltici önlemleri alması için bir süre verecektir. Ayrıca banka yönetim kurulu bir uygulama planı hazırlayacak, bu plan BDDK tarafından onaylanacaktır.

3.2.2. İyileştirici önlemler

Düzeltilici önlemlerin yetersiz kalması ya da yeterli olamayacağının anlaşılması durumunda iyileştirici tedbirlerin alınması gerekmektedir. İyileştirici önlemler Tekinalp tarafından müdahaleci ya da kökten önlemler olarak tanımlanmıştır⁴⁸⁷. BanK'nun 69. maddesinin birinci fıkrasında, bankanın düzeltici önlemleri almaması veya önlemlerin alınmasına rağmen sorunun giderilememesi ya da düzeltici tedbirlerin alınması durumunda dahi BDDK'nın sonuç alınamayacağını belirlemesi halinde iyileştirici önlemlerin alınacağı hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi kanun koyucu BDDK'ya sınırsız bir

⁴⁸⁷ Tekinalp (2009), s. 252.

takdir yetkisi tanımaktadır. Kanaatimizce bu ifadeden çıkarılabilecek bir sonuç da, BDDK'nın düzeltici önlemleri almadan, doğrudan iyileştirici önlemleri alabilecek olmasıdır.

Tıpkı düzeltici önlemlerde olduğu gibi, iyileştirici önlemler bakımından da mali yapının riskli hale gelmesi durumu ile mevzuata aykırılık ve basiretsiz yönetim durumları arasında bir farklılık söz konusudur.

Mali yapının riskli hale gelmesi durumunda alınacak iyileştirici önlemler, düzeltici önlemlerde olduğu gibi bankanın sermaye yapısını güçlendirmeye ve likiditesini sağlamlaştırmaya yöneliktir. Bu önlemler 69. maddenin birinci fıkrası a bendinde şu şekilde düzenlenmiştir:

- Malî bünyenin düzeltilmesi
- Sermaye yeterliliği veya likidite düzeylerinden birinin ya da her ikisinin yükseltilmesi
- Uygun bir süre içinde uzun vadeli veya duran varlıkların elden çıkarılması
- İşletme ve yönetim giderlerinde kısıntıya gidilmesi
- Mensuplarına her ne ad altında olursa olsun düzenli olarak ödenenler dışındaki ödemelerin durdurulması
- Belirli kişi, kurum, risk grubu veya sektörler nakdî ve gayrinakdî kredi kullandırımının sınırlandırılması veya yasaklanması.

Mevzuata aykırılık ve basiretsiz yönetim durumunda alınacak iyileştirici önlemler oldukça farklıdır. Basiretsiz yönetim durumunda BDDK'nın alacağı iyileştirici önlemler banka mensuplarının görevden alınması, yönetim kurulu üyelerinin değiştirilmesi ve maruz kalınan risklerin azaltılması için kısa, orta ve uzun vadeli bir plân oluşturulması ve yönetim kurulu üyeleri ile nitelikli paya sahip ortaklarından, bu plânın yazılı olarak taahhüt edilmesi gibi bankanın yönetimine doğrudan müdahale eder bir niteliğe bürünmektedir. Bank'nun 69. maddesi birinci fıkrası b bendine göre bu önlemler şunlardır:

- Aykırılıkların giderilmesi
- Karar, işlem ve uygulamalarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bulunması hâlinde genel kurulun en kısa sürede olağanüstü toplantıya çağrılarak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının veya tamamının değiştirilmesi veya üye sayısını artırarak üye atanması
- Karar ve işlemlerde sorumluluğu bulunan mensuplarının görevden alınması.

Bunun yanı sıra 67. maddenin g bendinde yer alan, “Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle BanK ve ilgili mevzuatta tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması” hali ile ilgili olarak yukarıdakilere ilaveten ayrıca ek bir tedbirin daha alınması öngörülmüştür. Buna göre maruz kalınan risklerin azaltılması için kısa, orta ve uzun vadeli olmak üzere BDDK’ca uygun görülecek bir plân oluşturulması ve yönetim kurulu üyeleri ile nitelikli paya sahip ortaklarından, bu plânın yazılı olarak taahhüt edilmesi ve belirlenen dönemler itibarıyla uygulama sonuçlarının gönderilmesi talep edilebilecektir.

Hemen belirtelim ki, yukarıda belirtilen iyileştirici önlemlerin alınmasını ve ivedilikle uygulanmasını banka yönetim kurulundan talep edecektir. Ayrıca bu tedbirlerin haricinde, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını da isteyebilecektir.

3.2.3. Kısıtlayıcı önlemler

Kısıtlayıcı önlemlere gelince; kısıtlayıcı önlemlerin en temel amacı sistemik riskin önüne geçmektir⁴⁸⁸. BanK, bankanın mali yapısının riskli hale gelmesi durumunda ve mevzuata aykırılık ve basiretsiz yönetim durumunda alınacak kısıtlayıcı önlemler bakımından bir farklılığa gitmemiştir. Her ikisinde de alınacak kısıtlayıcı önlemler aynıdır. Bu durumda banka artık yolun sonuna gelmek üzeredir. Bir başka ifadeyle banka için kriz kapıdadır.

BDDK, kısıtlayıcı tedbirlerin alınmasını bankadan talep edecektir. Kısıtlayıcı tedbirlerin alınabilmesi için gereken şartlar şunlardır:

- Düzeltilici ve iyileştirici önlemlerin alınmaması
- Alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi
- Düzeltilici ya da iyileştirici tedbirler alınsa dahi sonuç alınamayacağının BDDK tarafından belirlenmesi

Görüldüğü gibi BDDK, düzeltilici ve iyileştirici tedbirler hiç alınmadan doğrudan kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasını bankadan isteyebilecektir. Kısıtlayıcı tedbirlerin, düzeltilici ve iyileştirici tedbirlerden bir farkı daha bulunmaktadır. BDDK, düzeltilici ve iyileştirici tedbirlerin alınmasını banka yönetim kurulundan talep ederken; kanun kısıtlayıcı tedbirlerin uygulanmasının bankadan talep edileceğini hükme bağlamıştır.

BanK’nun 71. maddesinde kısıtlayıcı önlemler şu şekilde sıralanmıştır:

⁴⁸⁸ Battal (2007), s. 269.

a) 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,

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

c) Yönetim kurulu da dâhil olmak üzere genel müdür, genel müdür yardımcıları, ilgili birim ve şube yöneticilerinin bir kısmını veya tamamını görevden alması, görevden alınan kişilerin yerine atanacak veya seçilecek kişiler için BDDK'dan onay alınması⁴⁸⁹,

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

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

⁴⁸⁹ Danıştay 13. Dairesi'nin 29.11.2005 tarihli ve 2005/5049 Esas ve 2005/5701 Karar sayılı kararı: "Adabank'ın, sektör ortalamasının üzerinde faiz oranı uygulaması, yabancı para net genel pozisyonunun sermaye tabanı rasyosuna aykırılığı ve özellikle izlenen faiz politikası sonucunda dava konusu işlem tesis edilinceye kadar sürekli uyarılmış olması Bankanın işlemlerinin, emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek bir nitelik kazandığını ortaya koymaktadır.

Öte yandan 4.7.2003 tarihinde Banka yönetimine atanan iki üyenin göreve başlatılması süreci ve Kurul izni olmaksızın pay devrinin gerçekleştirilmesi ayrıca Uzan Grubuna ait elektrik şirketlerinin imtiyaz sözleşmelerinin feshi nedeniyle işletilen tesislere el konulması ve İmar Bankası T.A.Ş.'nin bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izninin kaldırılmasından sonra Uzan Grubu'nun ticari mevduatlarını çekmesi, mevduat sahiplerinin mevduatlarını çekmesi ve Uzan Grubu firmalarına verilen teminat mektuplarının tazmin edilmek durumunda kalınması da Bankanın, Bankalar Kanunu ve yapılan düzenlemelere, alınan kararlara aykırı davranışları sonucu emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek diğer saptamalardır.

Faiz politikası konusunda ilk uyarıdan sonra tekrarlanan uyarılar, uyarıların gereğinin yerine getirilmediğini, bir başka deyişle Yasada aranılan aşamalardan olan tekrerrün gerçekleştiğini açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Ayrıca Banka yönetimini oluşturan kişilerin aynı zamanda İmar Bankası T.A.Ş.'nin de yönetim kurulu başkanı, yönetim kurulu üyesi, başkan vekili, genel müdür yardımcısı, teftiş kurulu başkanı ve yöneticisi olduğu dikkate alındığında; Bankanın, bankacılık ilke ve teamüllerine uygun yönetilmesi için bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek hallerin ortadan kaldırılmasını sağlama zorunluluğunun oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

Bu durumda, uyarılarda da bulunduğu halde gerekli tedbirlerin alınmaması ve bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikteki işlemlerin tekrerrüri karşısında Bankanın yönetim kurulu başkan ve üyeleri ile genel müdürünün görevden alınarak yerlerine yeni atamalar yapılmasında hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Yasa ile davalı idareye genel müdürü görevden alma yetkisinin verilmediğine yönelik davacı iddiası ise, Yasada öngörülen koşulların varlığı halinde yönetim kurulu üyelerinin bir kısmını veya tamamını değiştirerek yerlerine yenilerini atamak ya da sayısını artırarak atama yapmak yetkisi verilen BDDK'nın, Banka yönetim kurulunun doğal üyesi olan genel müdürü de değiştirme yetkisinin bulunduğu kabulü gerektiğinden, dayanaksız bulunmaktadır." (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

- f) İstekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesi,
 - g) Özkaynakların artırılmasını sağlamak amacıyla uygun görülecek yeni hissedarlar bulunması,
 - h) Doğan zararın özkaynaktan indirilmesi,
- Yukarıda belirtilen tedbirlerden biri, birkaçı uygulanabileceği gibi, bunların haricinde başka tedbirler de uygulanabilecektir.

3.3. Mali Yapının Bozulmasının Sonuçları

BanK'nun 71. maddesi beş bent halinde saydığı durumlardan en az birinin gerçekleşmesi halinde BDDK'yı en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlar bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla TMSF'ye devretmeye yetkili kılmıştır. Bu nedenlerden ilk dördü bankaların mali yapısının bozulmasıyla doğrudan ilgilidir.

BanK md. 71/1-a bendine göre, kısıtlayıcı tedbirlerin verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç on iki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendiremeyeceğinin tespit edilmesi halinde bankanın faaliyet izni kaldırılabilir ya da yönetim ve denetimi TMSF'ye intikal edecektir.

Bu durum düzeltici, iyileştirici ve kısıtlayıcı önlemlerin hiçbir faydası olmadığının anlaşılması; kısacası bankanın mali yapısının düzeleceğine dair ümitlerin kalmaması anlamına gelmektedir⁴⁹⁰.

71. maddenin b, c ve d bentlerinde belirtilen durumlar ise esasen birbiriyle neden sonuç ilişkisi içinde bulunduklarından, bunların bir bütün halinde düşünülmesi mümkündür. Kanaatimizce bu durumlar ille de ayrı bentler halinde düzenlenecekse sıralamaları şu şekilde olmalıydı:

- a- Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi
(md.71/1 c bendi)

⁴⁹⁰ Tekinalp (2009), s. 255.

- b- Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması (md.71/1 d bendi)
- c- Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması (md.71/1 b bendi)

Bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi demek likidite krizine düşmesi demektir. Bu konu çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak incelenmişti. Burada, d bendinde belirtilen, bankanın varlıklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi durumuna kısaca değinmek gerekir. Bilge, bu durumlara örnek olarak bankanın kredilerinin geri dönmemesi ve döneceği konusunda da hiçbir ümit bulunmamasını, kredilerin genellikle uzun vadeli yatırımları finanse etmek şeklinde kullanıldığını, bankanın sahip olduğu gayrimenkullerin ve iştiraklerinin çok büyük değer kayıplarına uğramasını ve bankadan çok büyük mevduat çekimlerinin başlamış olmasını örnek göstermiştir⁴⁹¹. Ancak Demirbank olayında olduğu gibi; bankaların istisnai de olsa belirli dönemlerde vadesi geldiği halde borçlarını ifa edememesi, bir başka ifadeyle geçici bir likidite sıkışıklığına düşmesi, 71 maddenin uygulanması için haklı bir gerekçe teşkil etmemelidir⁴⁹².

Doktrinde 6762 sayılı TTK md. 324'un bankalara da uygulanıp uygulanmayacağı hususunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

Tekinalp, yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması ifadesinin, BDDK'nın denetimini gerçekleştirdiği tarihte, banka için iflasın söz konusu olması olarak anlaşılması kanaatindedir⁴⁹³. Yazara göre bu durumda bir ara bilanço çıkartılması gerekir.

Kayar da, Tekinalp'in görüşlerine paralel bir şekilde, "Mali durumu bozulan bankalar hakkında özel tedbirler uygulanmakla birlikte diğer anonim şirketlerde olduğu gibi borca batıklık halinde yönetim kurulunun iflas istemesi zorunlu olduğu gibi,

⁴⁹¹ Bilge (2000), s. 391.

⁴⁹² Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 18.12.2003 tarihli ve 782/960 sayılı kararı: "Kasım 2000 tarihinde mali piyasalarda yaşanan krize kadar mali bünyesinde ciddi bir sorun olmayan, Hazine borçlanmasının güvence altına alınması amacıyla piyasa yapıcı bir banka olarak Devlet İç Borçlanma Senedine Yönelen, riskli kredilerin toplam kredilere göre çok fazla olmadığı, aktif kalitesinin yüksek olduğu görülen, ayrıca hakim hissedarlarının banka kaynaklarına yönelmediği Demirbank'ın içinde bulunduğu likidite sıkışıklığının aşılabilmesi için... Bankacılık faaliyetine devamının sağlanması mümkün iken; Bankanın likidite dengesini kurmasını sağlayacak seçenekler araştırılmaksızın ve alınabilecek önlemler alınmaksızın, Demirbank'ın TMSF'ye devredilmesine dair tesis edilen dava konusu işlemde belirtilen yönüyle hukuka uygunluk görülmemiştir."; bkz. Reisoğlu (2007), s. 966.

⁴⁹³ Tekinalp (2009), s. 257.

alacaklıların da bu durumu ispat ederek bankanın iflasını istemesi mümkündür.” ifadelerine yer vermiştir⁴⁹⁴.

Türk, BanK’da yer alan hükümlerin özel hüküm niteliğinde olduğunu belirterek, bankalar hakkında TTK hükümlerinin değil BanK hükümlerinin uygulanacağını savunmuştur⁴⁹⁵. Keza yazara göre, bankalar hakkında alınan ve uygulamaya konulan tedbirlerin kesin bir gizlilik içerisinde yürütülmesi gerekir⁴⁹⁶.

Ayoğlu’nun bizim de katıldığımız görüşlerine göre ise, BanK hükümleri özel hüküm niteliğinde olduğundan öncelikle uygulanmaları gerekir⁴⁹⁷. Yazara göre bir bankanın mali bünyesinin bozulması ile diğer anonim şirketlerin bozulması birbirinden yapı olarak çok farklıdır. Bazı durumlarda bankaların sermaye kayıpları olmasa bile mali yapılarının bozulmuş olması mümkündür. Ayoğlu’na göre, 6762 sayılı TTK md. 324 uyarınca bankanın ara bilanço çıkarması ve genel kurulu toplantıya çağırabilmesi teorik olarak mümkün olsa bile, böyle bir durumun mevduat sahipleri üzerindeki etkisini düşündüğümüzde pratikte imkânsızdır.

BanK’nun 71. maddesinin birinci fıkrası b bendinde düzenlenen, “faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması” ifadesine gelince; Tekinalp, bu ifadenin, “mevduat sahiplerinin tasarruflarını geri alamamalarına yönelik tehlike arz eden bir durum” şeklinde anlaşılması gerektiğini ifade etmiştir⁴⁹⁸. Buna verebileceğimiz tipik örnek, bankadan parasını çekmek isteyenlerin, banka personelince oyalanmasıdır⁴⁹⁹. “Mali sistem bakımından tehlike arz etme” kavramı ile kastedilen ise, tek bir bankanın içine düştüğü zor durumun kamuoyunda, sanki tüm bankalar aynı durumdaymış gibi algılanmaya başlanmasıdır.

⁴⁹⁴ Kayar (1997), s. 73.

⁴⁹⁵ Türk (1999), s. 103.

⁴⁹⁶ Türk (1999), s. 105.

⁴⁹⁷ T. Ayoğlu (2002). Bankalar hukukunda mali yapının bozulması kavramı ve mali yapısı bozulan bankaların temettü avansı müessesesinden yararlanma imkânı. *Ömer Teoman’a 55. yaş günü armağanı*, C. 1. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 75.

⁴⁹⁸ Tekinalp (2009), s. 256.

⁴⁹⁹ Tekinalp (2009), s. 256.

Tablo 4. Mali Yapısı Bozulan Bankalar Hakkında Önlem Alınmasını Gerektiren Nedenler ve Alınacak Önlemler

ÖNLEM ALINMASINI GEREKTİREN NEDENLER VE ALINACAK ÖNLEMLER	
BİRİNCİ GRUP NEDENLER (MD.67)	İKİNCİ GRUP NEDENLER (MD.67)
A bendi: Aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi ya da likiditeye ilişkin düzenlemelere uymaması	E bendi: Bank'a ve ilgili düzenlemelere veya BDDK'nın aldığı kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamalarının bulunması
B bendi: Gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengele- rin bozulması nedeniyle kârlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması	F bendi: İç denetim, iç kontrol ve risk yönetim sis- temlerini kurmaması veya bu sistemleri etkin ve yeterli bir şekilde işletmemesi veya denetimi engelle- yici herhangi bir hususun bulunması
C bendi: Özkaynaklarının sermaye yeterliliğine iliş- kin düzenlemelere göre yetersiz olması veya bu du- rumun gerçekleşmek üzere bulunması	G bendi: Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle bu Kanun ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya malî bünyeyi zayıflatabi- lecek şekilde yoğunlaşması
D bendi: Aktif kalitesinin malî bünyeyi zayıflatabi- cek şekilde bozulması	
↓	↓
Hallerinden Biri veya Birkaçı Gerçekleşirse DÜZELTİCİ ÖNLEMLER ALINIR (md.68)	Hallerinden Biri veya Birkaçı Gerçekleşirse DÜZELTİCİ ÖNLEMLER ALINIR (md.68)
↓	↓
BDDK aşağıdaki düzeltici önlemleri münferiden ya da hepsini birden almaya yetkili olduğu gibi ge- rekli başka önlemler de alabilir	BDDK aşağıdaki düzeltici önlemleri münferiden ya da hepsini birden almaya yetkili olduğu gibi gerekli başka önlemler de alabilir
<u>BİRİNCİ GRUP İÇİN DÜZELTİCİ ÖNLEMLER</u> -bankanın özkaynağının artırılması -kâr dağıtımının geçici bir süreyle durdurularak ihti- yatlara aktarılması -veya ayrılan karşılıkların artırılması hissedarlara kredi verilmesinin durdurulması -aktiflerin elden çıkarılması suretiyle likidite temin edilmesi -yeni yatırımların sınırlandırılması veya durdurulması -ücret ve diğer ödemelerin sınırlandırılması -uzun vadeli yatırımların durdurulması	<u>İKİNCİ GRUP İÇİN DÜZELTİCİ ÖNLEMLER</u> -Yukarıdaki aykırılıkların giderilmesi -kredi politikasının gözden geçirilerek riskli işlemler- in durdurulması -maruz kalınan vade, kur veya faiz riskinin azaltılma- sı için gerekli önlemlerin alınması
Banka bu önlemleri almaz veya alınan önlemlere rağmen sorunlar giderilemez ya da BDDK bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağını belirler ise	Banka bu önlemleri almaz veya alınan önlemlere rağmen sorunlar giderilemez ya da BDDK bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağını belirler ise
↓	↓
İYİLEŞTİRİCİ ÖNLEMLER ALINIR (İyileştirici Önlemler Alınmasını BDDK, Banka Yönetim Kurulundan İster)	İYİLEŞTİRİCİ ÖNLEMLER ALINIR (İyileştirici Önlemler Alınmasını BDDK, Banka Yönetim Kurulundan İster)

<u>BİRİNCİ GRUP İÇİN</u> <u>İYİLEŞTİRİCİ ÖNLEMLER (Md.69)</u> -malî bünyenin düzeltilmesi, -sermaye yeterliliği veya likidite düzeylerinden birinin ya da her ikisinin yükseltilmesi, -uygun bir süre vererek uzun vadeli veya duran varlıkların elden çıkarılması, -işletme ve yönetim giderlerinde kısıntıya gidilmesini veya -mensuplarına her ne ad altında olursa olsun düzenli olarak ödenenler dışındaki ödemelerin durdurulması, -belirli kişi, kurum, risk grubu veya sektörler nakdî ve gayrinakdî kredi kullandırımının sınırlandırılması veya yasaklanması,	<u>İKİNCİ GRUP İÇİN</u> <u>İYİLEŞTİRİCİ ÖNLEMLER (Md.69)</u> -aykırılıkların giderilmesi, -karar, işlem ve uygulamalarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bulunması hâlinde genel kurulun en kısa sürede olağanüstü toplantıya çağrılarak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının veya tamamının değiştirilmesi veya üye sayısını artırarak üye atanması -karar ve işlemlerde sorumluluğu bulunan mensuplarının görevden alınması, -maruz kalınan risklerin azaltılması için kısa, orta ve uzun vadeli olmak üzere BDDK'ca uygun görülecek bir plân oluşturulması ve yönetim kurulu üyeleri ile nitelikli paya sahip ortaklarından, bu plânın yazılı olarak taahhüt edilmesi ve belirlediği dönemler itibarıyla uygulama sonuçlarının gönderilmesi
<u>Her İki Grup İçin de</u> <u>Önlemlerin alınmadığı</u> Alınan önlemlere rağmen sorunların giderilemediği ya da bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağı tespit edilir ise BDDK Bankadan KISITLAYICI ÖNLEMLER ALMASINI İSTER	
<u>KISITLAYICI ÖNLEMLER (MD.70)</u> Aşağıdaki tedbirlerden biri ya da birkaçı ya da uygun görülen başka tedbirler alınabilir a) Faaliyetlerini, faaliyet türleri itibarıyla tüm teşkilatını veya gerekli görülecek yurt içi veya yurt dışı şubelerini veya muhabirlerle ilişkilerini kapsayacak şekilde kısıtlaması veya geçici olarak durdurulması, b) Kaynakların toplanması ve kullanılmasına ilişkin olarak faiz oranı ve vade kısıtlamaları da dâhil olmak üzere, her türlü sınırlama ve kısıtlama getirmesi, c) Yönetim kurulu da dâhil olmak üzere genel müdür, genel müdür yardımcıları, ilgili birim ve şube yöneticilerinin bir kısmını veya tamamını görevden alması, görevden alınan kişilerin yerine atanacak veya seçilecek kişiler için Kurumdan onay alınması, d) Sigortaya tâbi mevduat veya katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlaması, e) Zarar doğurduğu tespit edilen faaliyetlerinin sınırlandırılması veya durdurulması, verimi düşük veya verimsiz varlıklarının elden çıkarılması, f) İstekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesi, g) Özkaynakların artırılmasını sağlamak amacıyla uygun görülecek yeni hissedarlar bulunması, h) Doğan zararın özkaynaktan indirilmesi,	
Denetimler Sonucunda a- Kısıtlayıcı tedbirlerin verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç oniki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi (md.71/1-a bendi) b- Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması (md.71/1 b bendi); c- Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi (md.71/1 c bendi) ve d- Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması (md.71/1 d bendi) DURUMLARINDAN HERHANGİ BİRİ TESPİT EDİLİRSE EN AZ BEŞ ÜYENİN OYU İLE AŞAĞIDAKİ SEÇİMLİK YETKİLERE SAHİPTİR	
Bankanın Faaliyet İzninin Kaldırılması ve Fona devir (Md.71) Sonucu: Bankanın tasfiyesi	Bankanın Ortaklık Hakları ile Yönetim ve Denetiminin TMSF'ye devri (Md.71) Sonucu: Bankanın rehabilitasyonu ve yeni ortaklar eliyle piyasaya kazandırılması

Kaynak: Tablo tarafımızca hazırlanmıştır.

Üçüncü Bölüm

Özen Yükümlülükleri Bağlamında Bankacılık Risklerinin Kötü Yönetilmesinden Kaynaklanan Sorumluluk

1.Sorumluluğun Tesbitinde Kullanılan Kıstaslar

1.1. Kusur Kavramı

Kusuru, en genel ifadeyle hukuk düzeninin kınadığı bir davranış olarak tanımlamak mümkündür. Tandoğan kusuru, belirli şartlar altında kişilerden beklenen ortalama hareket tarzının gösterilmemesi, bir başka ifadeyle bu hareket tarzından sapılması nedeniyle hukuk düzeninin o hareket tarzını kınaması (takbih ve muaheze etmesi) olarak tanımlanmaktadır⁵⁰⁰. Bir başka ifadeyle kusur, bir “değer yargısı” olarak anlaşılmalıdır⁵⁰¹. Bu değer yargısı, kişinin elinde hukuka uygun davranma imkânı bulunmasına rağmen; aksi yönde hareket etmesi nedeniyle kınanmasına yönelik bir yargıdır⁵⁰². Bu düşünceden yola çıkan Kaneti ve Eren, bir davranışın kusurlu olarak nitelendirilebilmesi için hukuka aykırı bir davranışın mevcudiyetinin şart olduğu sonucuna ulaşmıştır⁵⁰³. Gümüş ve Sanlı ise, kusurlu bir davranışın mevcudiyeti için hukuka aykırılığın zorunlu bir unsur olmadığını, zira kişinin davranışının veya sonuçlarının hukuka aykırı olduğunu bilmediği halde dahi kusurlu sayılabileceğini savunmaktadır⁵⁰⁴.

Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop kusuru, “hukuka aykırı bir fiil işleyen kimse- nin hukuk düzenince beğenilmeyen zihin ve ruh hali içinde bulunması” şeklinde tanımlamışlardır⁵⁰⁵. Buna göre failin kusurlu olup olmadığının tespit edilmesi, fiili işlediği esnada tasavvurunun ne şekilde şekillendiğinin; kısacası onu bu davranışa sevk eden psikolojik nedenlerin tetkikine bağlıdır. Yazarlara göre, bu psikolojik nedenlerin hukuk düzenince “kötü gözle görülmesi” halinde ortada kusur var demektir.

⁵⁰⁰ H. Tandoğan (1961). *Türk mes'uliyet hukuku*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası, s. 46.

⁵⁰¹ S. Kaneti (2007). *Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru*. İstanbul: Kazancı Yayıncılık, s. 24.

⁵⁰² Kaneti (2007), s. 24.

⁵⁰³ Eren (2008), s. 530; Kaneti (2007), s. 24.

⁵⁰⁴ M. A. Gümüş (2001). *Türk- İsviçre borçlar hukukunda vekilin özen borcu*. İstanbul: Beta Yayın, s. 58; K. C. Sanlı (2007). *Haksız fiil hukukunun ekonomik analizi, hukuk ve ekonomi öğretisi*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım, s. 201.

⁵⁰⁵ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1993), s. 492.

Hukuk düzeni kişinin davranışlarını kast ve ihmal olmak üzere iki halde kötü gözle görmektedir. Kast durumunda kişi, bilerek ve isteyerek hukuka aykırı bir davranışta bulunmaktadır. İhmalde ise, fail, hukuka aykırı bir neticenin gerçekleşmesini arzu etmemekte ancak bu sonucun gerçekleşmesini önlemek için göstermesi gerekli özeni de göstermemektedir⁵⁰⁶. Bir başka ifadeyle ihmali davranış her şekilde karşımıza bir “özen eksikliği” ya da özen yükümüne aykırı bir davranış olarak çıkmaktadır⁵⁰⁷.

Doktrinde ihmal; ağır ihmal, hafif ihmal ve şuurlu ihmal gibi çeşitli ayrımlara tabi tutulmuştur. Buna göre somut olayda ancak dikkatli kişilerin göstereceği özenin gösterilmemesi hafif ihmal; hemen herkesin gösterebileceği özenin bile gösterilmemiş olması ise ağır ihmal olarak tanımlanabilir. Hemen belirtelim ki bu iki ihmal türü arasındaki sınırları tespit etmek oldukça zordur. Dolayısıyla en isabetli yol, somut olayın şartlarına göre bir değerlendirmede bulunmaktır⁵⁰⁸.

Şuurlu ihmalde ise, fail hukuka aykırı sonucu öngörmekte; ancak gerçekleşmeyeceğini düşündüğü için gerekli tedbirleri ya hiç almamakta ya da yeterli olacak ölçüde almamaktadır⁵⁰⁹. Bu yönüyle şuurlu ihmal, dolaylı kasta büyük ölçüde yaklaştı görünse de; dolaylı kastta hukuka aykırı sonucun gerçekleşmesine fail yine de razı olmakta, kısacası sonucu göze almaktadır⁵¹⁰.

1.2. Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu Bakımından Kusur Kavramı

Meseleyi yöneticilerin sorumluluğu açısından incelediğimizde Türk hukukunda banka yöneticilerinin sorumluluğu ile ilgili olarak iki temel düzenleme yer aldığı gö-

⁵⁰⁶ Eren (2008), s. 537; Oğuzman/ Öz (2006), s. 529; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1993), s. 494; Tandoğan (1961), s. 48; A. Ataay (1995). *Borçlar hukukunun genel teorisi*. İstanbul: Der Yayınları, s. 67; Kılıçoğlu (2007), s. 219; M. R. Karahasan (2003). *Sorumluluk hukuku*. İstanbul: Beta Yayın, s. 165 vd. Yargıtay 4.HD’nin 11.04.1989 tarih ve 2654 Esas ve 3367 Karar sayılı kararı: “Zararlı sonuç istenmemekle beraber, bunun gerçekleşmemesi için gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi halinde ihmali varlığı kabul edilir.”; bkz. Karahasan (2003), s. 165, dp.133.

⁵⁰⁷ Eren (2008), s. 537; Gümüş (2001), s. 58.

⁵⁰⁸ Oğuzman/ Öz (2006), s. 530; Ataay (1995), s. 70; Sanlı (2007), s. 196. Örneğin bir şoförün, aracın frenlerinin arızalı olduğunu bilmesine rağmen uzun yola çıkması bir ağır ihmal teşkil eder; bkz. Tandoğan (1961), s. 55.

⁵⁰⁹ Eren (2008), s. 541; Oğuzman/ Öz (2006), s. 530; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1993), s. 495; Ataay (1995), s. 69; Karahasan (2003), s. 166; von Tuhr (1983), s. 380; Kaneti (2007), s. 28. Tandoğan şuurlu ihmale şoförün geç de olsa korna çalması, direksiyonu kırması örneklerini vermiştir; bkz. Tandoğan (1961), s. 49.

⁵¹⁰ Eren (2008), s. 541; Oğuzman/ Öz (2006), s. 530; Ataay (1995), s. 69. “bir inşaatçı, kazanç hırsı ile kötü veya eksik malzeme kullanır ve hiç istememekle beraber bu yüzden binanın ileride çökebileceğini bilerek hareket ederse” dolaylı kast, aynı inşaatçı, “kötü veya eksik malzeme kullanırken, binanın bu yüzden çökmeyeceğini umuyorsa” şuurlu ihmal söz konusudur; bkz. Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop (1993), s. 495.

rülmektedir. Bunlardan birincisi 6762 sayılı TTK ile 6102 sayılı yeni TTK’da yer alan hükümler; diğeri ise Bank’ın 110. maddesinde hükme bağlanan şahsi iflastır.

Doktrinde hâkim fikir 6762 Sayılı TTK uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kusurlu sorumluluk olduğu y n ndedir⁵¹¹. 6762 Sayılı TTK md. 338 ayrıca yöneticiler aleyhine kusur karinesi kabul etmiřtir⁵¹². Yine 6102 sayılı TTK md. 553 hükmü de, “Kurucular, yönetim kurulu  yeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadık a, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar” ifadelerine yer vererek yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun, bir kusur sorumluluğu olduğunun altını  izmiřtir⁵¹³. Bank’ın 110. maddesinde ise, banka yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olmalarının gerekip gerekmediği belirtilmemiştir. Ancak burada da doktrindeki hâkim görüş, banka yönetim kurulu üyelerinin şahsi iflaslarına hükmedilebilmesi için kast ya da ağır kusuru gerekli g rmektedir⁵¹⁴.

Hemen belirtelim ki, somut olayda hangi kusurlu davranışın ihmal olduğunu belirlemek için yönetim kurulu üyelerinin  zen borcuna uygun davranıp davranmadığının belirlenmesi gerekmektedir⁵¹⁵. Bir başka ifadeyle ihmal kavramının içeriğini,  zen borcu yardımıyla çözmek gerekir.  zen yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde ise, 6762 sayılı TTK bakımından kusurun objektifleştirilmesi, 6102 sayılı TTK bakımından da tedbirli yönetici olmak üzere başlıca iki kıstas bulunmaktadır. şimdi bu kıstasları inceleyelim.

⁵¹¹N. Akdağ Güney (2010). *Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 35; S. K. Mimar oğlu (1967). *Anonim şirketlerde idare meclisi azalarının hukuki mes’uliyeti*. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 39; S. Uçar (1994). *Hukukumuzda yönetim kurulu ve denetçiler ile sorumluluk halleri*. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, s. 67; H.Doğrusöz (2010). *Banka yöneticilerinin ve hâkim ortaklarının şahsi sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 137; F. Bilgili (2004). *Yeni gelişmelerle İsviçre ve Alman hukuklarında anonim ortaklıkların organlarının davranışlarından dolayı üçüncü kişiler karşısındaki sorumluluğu ve organların tazminat borcu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 99; M. Helvacı (2001). *Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu*. İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 37; Ansay (1982), s. 141.

⁵¹² Bu hükmün kapsamı ile ilgili tartışmalar için bkz. Helvacı (2001), s. 40 vd.

⁵¹³ 6102 Sayılı TTK’nın anılan bu düzenlemesi, h k metin sunduğu kanun tasarısında “Kurucular, yönetim kurulu  yeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı, verdikleri zararlardan sorumludurlar” şeklinde idi. Bu düzenleme daha sonra TBMM Adalet Komisyonun’da değiştirilmiş ve değiştirilmiş şekliyle kanunlaşmıştır.

⁵¹⁴ Doğrusöz (2010), s. 135; Akdağ Güney (2010), s. 35; Tekinalp (2009), s. 291.

⁵¹⁵ İ. Kırca (2004). Anonim şirket yönetim kurulu kararlarında takdir yetkisi- zen borcu. *Batider*, XXII (3), s. 87.

1.3. Kusurun Objektifleştirilmesi Kıstası

1.3.1. Yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü

6762 Sayılı TTK'nın "Azaların İhtimam Derecesi" başlıklı 320. maddesi, "İdare meclisi azalarının şirket işlerinde gösterecekleri *dikkat ve basiret* hakkında Borçlar Kanununun 528. maddesinin ikinci fıkrası hükmü tatbik olunur" diyerek atıf yöntemini tercih etmiştir.

818 sayılı BK md. 528/2, adi şirkette ortakların sorumluluğu ile ilgili olarak "şirket işlerini *ücretle idare eden şerik* tıpkı bir vekil gibi mesul olur" demektedir. Görüldüğü gibi bu madde adi şirkette ücret alan idarecinin sorumluluğuna ilişkindir ve bu madde de vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğuna atıf yapmaktadır. 818 Sayılı BK'nın vekâlet sözleşmesinde vekilin sorumluluğunu düzenleyen 390. madde hükmü ise, "Vekilin mesuliyeti, umumi surette işçinin mesuliyetine ait hükümlere tabidir." diyerek, aynı kanunun hizmet sözleşmesine ilişkin 321. maddesine yollamada bulunmuştur.

818 Sayılı BK'nın 321. maddesinin birinci fıkrası, "İşçi, taahhüt ettiği şeyi ihtimam ile ifaya mecburdur" ifadesine yer verdikten sonra ikinci fıkrada, "Kasıt veya ihmâl ve dikkatsizlik ile iş sahibine iras ettiği zarardan mesuldür. İşçiye terettüp eden ihtimamın derecesi, akde göre tayin olunur ve işçinin o iş için muktazi olup iş sahibinin malumu olan veya olması icap eden malumatı derecesi ve mesleki vukufu kezalik istidat ve evsafı gözetilir" hükmü tesis edilmiştir.

Dikkat edilirse 321. madde bünyesinde subjektif ve objektif unsurları bir arada barındırmaktadır. Çamoğlu'na göre, burada karma bir sistem benimsendiğinden, yönetim kurulu üyesinin özen borcunun belirlenmesinde subjektif özen ölçüsünün göz önünde bulundurulması şartıyla kural olarak objektif özen ölçüsü esas alınmalıdır⁵¹⁶. Yazar,

⁵¹⁶ E. Çamoğlu (2007). *Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 69; Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp] (2009), s. 338. Burada tartışmalı olan bir diğer nokta da 6762 sayılı TTK'nın atıfta bulunduğu 818 sayılı BK md. 528/2'de yer alan, "Şirket işlerini ücretle idare eden şerik tıpkı bir vekil gibi mesul olur." hükmüdür. Doktrinde bu atıf nedeniyle BK md. 321'in sadece ücret alan yönetim kurulu üyeleri için uygulanması gerektiği şeklinde düşünceler ortaya çıkmıştır. Bu düşünce taraftarlarına göre meselenin halli için 6762 sayılı TTK'nın 137. maddesindeki atfa oradan da 818 sayılı BK'nın 528. maddesinin birinci fıkrasına gitmek gerekecektir. Bir başka ifadeyle ücret almayan yönetim kurulu üyesinin göstereceği özenin derecesini, 818 sayılı BK md. 528/1'e göre tayin etmek gerekir. Bu fıkra, "Şeriklerden her biri şirket işlerinde mutat ve hile gösterdiği ikdam ve ihtimamı sarf etmeğe mecburdur. Diğer şeriklere karşı kendi kusuruyla sebebiyet verdiği zararları, şirkete diğer işlerde temin ettiği menfaatler ile mahsup ettirmeğe hakkı olmaksızın tazmin ile mükelleftir" demektedir. Bu ifade ise, ücret almayan yönetim kurulu üyesinden, kendine ait işlerde göstermesi gereken özeni beklemek anlamına gelen, subjektif bir özen ölçüsüne tekabül etmektedir; Bu görüşü savunanlar için bkz.

yönetim kurulu üyesinin özen borcunu ifa etmiş sayılması için, “ortalama bilgi ve yeteneğe sahip bir yöneticinin aynı şartlar altında seçeceği hareket tarzına uygun” davranması gerektiği kanaatindedir⁵¹⁷. Bu kapsamda somut olayın şartlarına göre, tedbirli bir yönetici, aynı olay ve şartlarda nasıl davranacaksa öyle davranılmalıdır⁵¹⁸.

Çamoğlu’na göre, özen borcunu, kusurun derecesini tespit etmeye yarayan bir ölçü olmasının yanında; yönetim kurulu üyelerine kanun ve esas sözleşme ile üyeye yüklenen borçlardan bağımsız; çeşitli görevler ve yükümlülüklerin uhdesinde doğduğu müstakil bir borç kaynağı olarak da görmek icap eder⁵¹⁹. Dolayısıyla özen borcunun gereği gibi ifa edilmemesi, yönetim kurulu üyelerinin şirketle arasındaki sözleşmenin ihlal edildiği anlamına gelecek ve sözleşmeye aykırılık nedeniyle üyelerin sorumluluğuna gidilebilecektir.

Buna karşılık Helvacı, özen borcunun yan edim olarak nitelendirilemeyeceğini, zira böyle bir durumda özen borcunun ayrı bir talep ve dava konusu olabileceğini belirtmiştir⁵²⁰. Bir başka ifadeyle özen borcu, bir yan edim olarak nitelendirildiği takdirde, yönetim kuruluna asli edim olarak yüklenmiş edimler gibi dava ve tazminat konusu olabilecektir. Yazara göre böyle bir durum söz konusu olamaz. Özen borcu olsa olsa yan yüküm niteliğinde olabilir. Bu görüşün doğal sonucu olarak da özen borcuna aykırı

Mimaroğlu (1967), s. 34 vd.; H. Domaniç (1988). *Anonim şirketler hukuku ve uygulaması*. İstanbul: Temel Yayınları, s. 514; Arslanlı mevcut durumun ücret alan- almayan şeklinde olduğunu belirtmekle beraber şahsi görüşünün, de lege feranda, tüm yönetim kurulu üyeleri için objektif kıstastan yana olduğunu belirtmiştir; bkz. H. Arslanlı (1960). *Anonim şirketler II-III*. İstanbul: Fakülteler Matbaası, s. 151 vd.

Karşı görüşte olanlara göre ise, özen ölçüsünün subjektif olarak belirlendiği haller genellikle ortakların sınırsız sorumluluğunun benimsendiği şahıs şirketlerinde söz konusudur. Ayrıca böyle bir ayırım yapılması anonim şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sisteminde önemli hasarlara neden olabilir. Keza ücret kavramından ne anlaşıldığı da meçhuldür. Nitekim geniş yorumlandığı takdirde huzur hakkı dahi ücret olarak nitelendirilebilir. Yine 6762 sayılı TTK’nın 320. maddesi, 818 sayılı BK md.528/2’ye atıfta bulunurken, “ücret alan yönetim kurulu üyeleri” ifadesini değil; “yönetim kurulu üyeleri” ifadesini kullanmıştır. Dolayısıyla kanunun amacı yönetim kurulu üyesinin ücret alsın almasın, ücret alan bir vekil gibi sorumlu olmasını istediğini açıkça göstermiştir. Ancak ücret almayan yönetim kurulu üyeleri için, 818 sayılı BK md.321’deki karma sistemin, subjektif özen ağır basacak şekilde yorumlanmasında da bir sakınca bulunmamaktadır; bu görüş taraftarları için bkz. Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp] (2009), s. 338 vd.; Ansay (1982), s. 133; Doğrusöz (2010), s. 138 vd.; Helvacı (2001), s. 44 vd.; T. Atan (1967). *Anonim şirketlerde idare meclisi azalarının hukuki mesuliyeti*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 23; O. İmregün (1989). *Anonim ortaklıklar*. Ankara: Yasa Yayıncılık, s. 230. İ. Arslan (1994). *Anonim şirketlerde yönetim yetkisinin sınırlandırılması*. Konya: Mimoza Yayınları, s. 114. Kanaatimizce 6762 sayılı TTK’nın 320. maddesindeki, “yönetim kurulu üyeleri” ifadesinden, kanun koyucunun ücret alıp almadıkları dikkate alınmaksızın bütün yönetim kurulu üyeleri için aynı esası benimsediğinin kabulü gerekir.

⁵¹⁷ Çamoğlu (2007), s. 71; Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp] (2009), s. 339.

⁵¹⁸ Akdağ Güney (2010), s. 72.

⁵¹⁹ Çamoğlu (2007), s. 66; Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp] (2009), s. 337 vd.

⁵²⁰ Yazarın görüşleri için bkz. Helvacı (2001), s. 47 vd.

hareket, ancak yan edim yükümlülüklerinin ifa edilmemesi durumunda, zarar meydana gelirse dava konusu olabilecektir.

Gümüş, özen kavramının bir yönüyle asli edim yükümlülüğünün kötü ifa edilmesi durumunda sözleşme ihlali; diğer yönüyle de kusurlu davranışın belirlenmesinde bir kıstas olarak çift boyutlu bir kavram olduğunu belirtmiştir⁵²¹. Yazara göre, 818 sayılı BK md. 321/II’de ifadesini bulan özen, akdi sorumlulukta kusurun tayini bakımından bir ölçü anlamına gelmektedir ve bu yönüyle ortada “özen yükümü” değil, “gerekli özen” bulunmaktadır⁵²². Gümüş, asli edimin gereği gibi ifa edilmesinin özen yükümü sayesinde mümkün olduğunu dolayısıyla sözleşme ihlalinin söz konusu olabilmesi için aynı zamanda bir özen yükümü ihlalinin de olması gerektiği kanaatindedir⁵²³. Dolayısıyla tek başına özen yükümünün ihlali, sözleşmenin ihlal edildiği anlamına gelmeyeceğinden; özen yükümünün ihlal edilmesi durumunda, dava ve tazminat hakkından da söz edilemeyecektir⁵²⁴.

Kanaatimizce 6762 sayılı TTK anlamında Helvacı ve Gümüş’ün görüşleri doğru olsa da, 6102 sayılı TTK md.369’un “Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü” şeklindeki başlığı ve bu kanunun özen borcuna yüklediği anlam karşısında Çamoğlu’nun görüşlerine hak vermek gerekir. Ancak bu durumda, ortada bir ihlal söz konusu olmadan salt özen yükümlülüğüne aykırılığın nasıl dava konusu edileceği önemli bir soru işareti olarak karşımıza çıkacaktır. Hemen belirtelim ki, biz çalışmamızda “özen yükümlülüğü” ifadesini kullanmayı uygun buluyoruz.

1.3.2. Özenin ölçüsü

Özen ölçüsünü objektif olarak telakki eden Akdağ Güney, somut olayda subjektif olarak mazeret kabul edilebilecek nedenlerin dikkate alınmaması gerektiği kanaatindedir⁵²⁵. Bunun anlamı da yönetim kurulu üyesinin, kendi işindeki özeni gösterdiğini ispatlayarak hukuki sorumluluktan kurtulamamasıdır⁵²⁶. Yazar bu görüşüne gerekçe olarak İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararını göstermiştir. Bu kararda Federal Mahkeme, riskli ve oynak seyreden bir hisse senedine, şirket sermayesinin büyük bir kısmını yatırarak zarara uğramasına neden olan yönetim kurulu üyesinin; bu hisse senedinden

⁵²¹ Gümüş (2010), s. 302.

⁵²² Gümüş (2010), s. 302.

⁵²³ Gümüş (2010), s. 306.

⁵²⁴ Gümüş (2010), s. 306.

⁵²⁵ Akdağ Güney (2010), s. 72.

⁵²⁶ Akdağ Güney (2010), s. 74; aynı şekilde bkz. Bilgili (2004), s. 97.

şahsı adına da hem de üç kat daha fazla alması nedeniyle kendinin de zarara uğradığı şeklindeki savunmasını dinlememiştir⁵²⁷.

Özen ölçüsünün objektifleştirilmesini kabul ettiğimiz takdirde; özenin objektif bir ölçüyle değerlendirilmesi, tek tip bir özen ölçüsü anlamına gelmemekte; bilakis davranış, somut olaydaki kişi ile aynı şartlarda, aynı bilgi düzeyinde ve aynı işi yapan bir başka kişinin davranışları ile kıyaslanmaktadır⁵²⁸. Bir başka ifadeyle özenin objektifleştirilmesi demek “iyi aile babasının göstermesi gereken dikkat ve özen” demektir⁵²⁹. Ansay bu özeni, “dikkatli, makul ve basiretli bir idarecinin aynı hal ve şartlarda göstermesi gereken dikkat ve ihtimam” şeklinde ifade etmektedir⁵³⁰. Bunun sonucunda profesyonel bilgi birikimine sahip bir kişi, özen derecesinin daha az olduğunu ileri süremeyeceği gibi; objektif özen ölçüsü her konuda derinlemesine bilgi sahibi olunacağı anlamına da gelmeyecektir⁵³¹. Hemen belirtelim ki, hafif kusur dahi sorumluluk için yeterlidir.

Tandoğan objektif özen kıstasının kabul edilme nedenini insanların psikolojik özelliklerini tespit etmekteki güçlüğü bağlamaktadır. Yazara göre sosyal yaşamda herkes, “bilgi ve tecrübe ölçülerine riayetle mükelleftir; her fert hemcinsinin muayyen, normal bir harekette bulunacağını hesaba katmaktadır ve katabilmelidir.”⁵³² Yazar bu düşüncelerini Oftinger’in, “her insan ahlaki, fikri ve fizik vasıfların, cismani meharetin ve mesleki yahut teknik ehliyetlerin asgari bir yekûnunu garanti etmek mecburiyetindedir” şeklindeki ifadelerine dayandırmıştır⁵³³.

Gümüş, genel eğilimin özen ölçüsünün objektifleştirilmesi olduğunu belirtmekle beraber; hem akdi sorumlulukta ve hem de haksız fiil sorumluluğunda, kusurun subjektifleştirilmesi konusunda çok etkili yeni görüşlerin de bulunduğunu özellikle belirtmektedir⁵³⁴.

Biz Çamoğlu’nun benimsediği karma sistemin amaca daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Zira 818 Sayılı BK md. 321’deki, yapılan iş için lüzumlu olan ve iş sahibinin

⁵²⁷ Bu karar için bkz. Akdağ Güney (2010), s. 74.

⁵²⁸ Akdağ Güney (2010), s. 72; Bilgili (2004), s. 97; Atan (1967), s. 20.

⁵²⁹ Atan (1967), s. 20; von Tuhr (1983), s. 380; Tandoğan (1961), s. 51; Sanlı (2007), s. 196.

⁵³⁰ Ansay (1982), s. 133.

⁵³¹ Akdağ Güney (2010), s. 72; “Her anonim ortaklık bakımından özen yükümünün aynı olduğu söylenemezse de, her yönetim kurulu üyesinin dikkatli, sağduyulu, dürüst bir yöneticinin aynı koşullar altındaki özen yükümü ile yükümlü olduğu söylenebilecektir.”; bkz. Helvacı (2001), s. 46.

⁵³² Tandoğan (1961), s. 51.

⁵³³ Tandoğan (1961), s. 51.

⁵³⁴ Gümüş (2001), s. 62.

bildiği ya da bilmesi gerektiği mesleki bilgi birikimi ile işçinin nitelik ve yeteneklerinin de gözetilmesi gerektiği şeklindeki ifadeler ve ayrıca özen derecesinin sözleşmeye göre belirleneceği hususu subjektif özen ölçüsünü ifade etmektedir. Buna göre özen ölçüsünün kapsamı tayin edilirken; genel kurulun, yönetim kurulu üyesinin mesleki birikimi, nitelik ve yeteneklerini ne ölçüde bildiği ya da bilmesi gerektiği hususu göz önünde tutulmalıdır⁵³⁵. Dolayısıyla genel kurul, yönetim kurulu üyesinin “bu yetersizliğini biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa” artık, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğuna gidilemeyecektir⁵³⁶. Şu hususu da belirtelim ki, yönetim kurulu üyesinin kasten verdiği zararlar, bu kapsamda değerlendirilmemelidir⁵³⁷.

Objektif özen ölçüsünün belirlenmesinde somut olayın şartlarının dikkatlice incelenmesi gerekir. Örneğin küçük çaplı bir anonim şirketin yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özenle; bir banka yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özen aynı değildir. Bu bakımdan eğer ortada bir banka yönetim kurulu üyesi varsa; onun göstereceği özen, aynı çaplardaki başka bir bankanın yönetim kurulu üyesinin göstermesi gereken özen kadardır⁵³⁸. Keza yetki ile sorumluluk arasında bir dengenin de bulunması gerekmektedir. Söz gelimi pasif yetkilerle donatılmış bir yönetim kurulu üyesinin, icracı bir yönetim kurulu üyesi ile aynı özen borcuna sahip olması hakkaniyete aykırı olacaktır⁵³⁹. Yine halka açık anonim şirket yönetim kurulu üyesinin göstereceği özen ile aile tipi anonim şirkette yönetim kurulu üyeliği yapan bir şahsın özeninin aynı olmadığını belirtilmiştir⁵⁴⁰.

Akdağ Güney, özen ölçüsünün sorumlulukla doğru orantılı olduğu; dolayısıyla iş ne kadar karmaşıksa ve uzmanlık gerektiriyorsa, gösterilmesi gereken özenin de o derecede arttığı kanaatindedir⁵⁴¹. Yazara göre yönetim kurulu üyelerinin bu tip durumlarda uzman danışmanlardan yardım almaları kaçınılmazdır. Bu bakımdan bir banka yönetim kurulu üyesinden şube muhasebelerini birer birer inceleyip bilanço düzenlemesi beklenemese de, uzman bir danışmana başvurması beklenir. Eğer yönetim kurulu üyesi, uz-

⁵³⁵ Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp] (2009), s. 340; Doğrusöz (2010), s. 141; Domanıç (1988), s. 515; Mimaroglu (1967), s. 30; Karş. Bilgili (2004), s. 97; Helvacı (2001), s. 46; Ayrıca bkz. İmregün (1989), s. 231.

⁵³⁶ “Yetersizliğini, yönetim kurulu üyelerini seçen kimselerin veya çoğunluğun bildiği veya bilebileceği üyeleri iş başına getiren anonim şirketin, bu yetersizlikten doğacak zararları isteme hakkı yoktur”; bkz. Domanıç (1988), s. 515.

⁵³⁷ Domanıç (1988), s. 515.

⁵³⁸ Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp] (2009), s. 340; Doğrusöz (2010), s. 145; Arslan (1994), s. 114.

⁵³⁹ Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp] (2009), s. 340.

⁵⁴⁰ Ansay (1982), s. 133; Arslan (1994), s. 114.

⁵⁴¹ Yazarın görüşleri için bkz. Akdağ Güney (2010), s. 73.

man danışmana başvurmuş ve onun raporunu değerlendirerek karar vermişse, artık özen borcunu yerine getirmiş demektir. Ancak danışman tarafından verilen hatalı bilgiler nedeniyle bir zararın meydana gelmesi durumunda, yönetim kurulu üyesi sorumluluktan kurtulamayacaktır.

Atan ise, büyük çaplı anonim şirketlerde, yönetim kurulu üyelerinin şirketin bütün işleri ile ilgilenmesinin mümkün olmadığını, dolayısıyla tedbirli hareket edip etmediklerinin incelenmesi gerektiği kanaatinde⁵⁴².

1.3.3. Alanında uzman olmayan yönetim kurulu üyelerinin durumu

Alanında uzman olmayan kişilerin yönetim kurulu üyesi olarak görev yapması durumunda özen ölçüsünün ne şekilde belirleneceği hususu, doktrinde derin tartışmalara neden olmuştur.

Çamoğlu, “..Emekli bir asker, bir sporcu veya bir sanatçı banka yönetim kurulu üyeliğine seçilmişse, uzman bir banka yöneticisinden beklenen özen bu kişilerden beklenemez. -818 Sayılı- BK md.321/3’ün kişisel nitelik ve yeteneklere yollama yapan hükmü de, yönetim kurulu üyesinden fiziksel veya ussal kapasitesinin üzerinde bir davranış biçiminin beklenemeyeceğini göstermektedir” diyerek oldukça farklı bir düşünce ortaya atmıştır⁵⁴³.

Ancak, doktrinde ve Federal Mahkeme kararlarında yazarın bu düşüncesinin tam aksi değerlendirmelerle karşılaşılıyor. Örneğin, banka yönetim kurulu üyelerine karşı açılan bir davada Federal Mahkeme; üyelerin, yeteri kadar banka muhasebesi bilgisine sahip olmadıkları ve sadece belirli zamanlarda bu işle iştigal ettikleri savunması karşısında verdiği, “Yönetim kurulu üyeliği görevini uzmanlık-bilgi eksikliği ya da zaman azlığı nedeniyle yerine getirememişlerse, banka yönetim kurulu üyeliği koltuğundan vazgeçmeleri gerekirdi” gerekçesiyle, yazarın görüşlerinin aksi yönde bir hüküm tesis etmiştir⁵⁴⁴.

⁵⁴² Bkz. Atan (1967), s. 22.

⁵⁴³ Çamoğlu (2007), s. 72; Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp] (2009), s. 342.

⁵⁴⁴ Bkz. H. Pulaşlı (2009). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na göre anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü ve müteselsil sorumluluğu. *Batider*, XXV, 1, s. 53. Federal Mahkeme 1945 tarihli bir başka kararında benzer olarak şu ifadelere yer vermiştir: “Bilgisizlik ve yetersizlik, yöneticileri kanun ve esas mukavelenin kendilerine yüklediği vecibelerden muaf kılamayacağı gibi sorumluluktan da kurtarmaz. Bir anonim şirketi yönetmek için gerekli vukuftan yoksun kişi böyle bir görevi almaktan kaçınmakla yükümlüdür. Buna rağmen böyle bir yükümü kabullenmişse ihtiyatsızlık veya ihmal yolu ile bir kusur ika etmiş ve yeteneksizliği ile şirket alacaklılarını zarara uğrattığı takdirde de sorumluluğunu angaje etmiş olur.”; bkz. Tekil (1976), s. 262, dp. 58.

Pulaşlı'ya göre, bir kişi anonim şirket yönetim kurulu üyeliği sıfatıyla bir görevi kabul ediyor ise; o kişinin muhasebe, mali mevzuat, iktisat, insan kaynakları gibi alanlarda bilgi birikimine sahip olması gerekir⁵⁴⁵. Buna rağmen bu görevi kabul eden kişinin, özensiz davrandığının kabulü gerekir. Ancak yazar, bu sert cümlelerini hemen akabinde yumuşatmıştır. Buna göre yazar, bir kişinin tüm bu konularda bilgi sahibi olmasının zorluğunu kabul ederek; gerektiğinde uzmana başvurulmasını ve en azından uzman kişinin vereceği danışmanlık bilgisini anlayabilecek bilgi birikimine sahip olunması gerektiğini ifade etmiştir. Pulaşlı ayrıca, yönetim kurulu üyeliğinin ek iş olmadığını da altını çizmiştir. Yazar, 6102 sayılı TTK md. 369'un gerekçesinde yer alan, "İşin gerektirdiği özen de nesnel olarak belirlenir, yoksa o konuya ilişkin uzman bilgisi aranmaz" şeklindeki ifadeyi yukarıdaki gerekçelerle ve İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından örnekler vererek eleştirmiştir.

Akdağ Güney ise, bir iş hakkında bilgi sahibi olmamanın ya da o işi yürütebilecek yeterlikte olmamanın sorumluluktan kurtulma nedeni olamayacağı kanaatindedir⁵⁴⁶. Zira kimse kendisine yüklenen görevleri ifadan kaçınmaz. Yazara göre, burada özen yükümlülüğünün ihlali, yapılacak işle ilgili gerekli bilgi birikimine sahip olunmamasına rağmen; yönetim kurulu üyeliği görevini kabul etmektir.

Atan ve Kaplan da, anonim şirket yönetim kurulu üyeliği için benzer ifadeleri kullanmıştır⁵⁴⁷.

İmregün, "Bu görev kabul edilince, ister ücret alınsın, ister alınmasın görevin gerektirdiği nesnel özenin de gösterilmesi gerekir. Kendisine güvenmeyen aday olmamalı, seçilse dahi görevi kabul etmemelidir" diyerek, kanaatini oldukça net bir şekilde ortaya koymuştur⁵⁴⁸.

Yine Helvacı da, yukarıdaki görüşlere paralel bir şekilde, görevi kabul eden bir yönetim kurulu üyesinden, artık bulunduğu mevkiden beklenen bir özenin istenmesi gerektiği kanaatindedir⁵⁴⁹. Yazara göre, yönetim kurulu üyesi kendisine gelen üyelik teklifini öncelikle, bu göreve uygun olup olmadığı açısından incelemeli; üyelik için ge-

⁵⁴⁵ Pulaşlı (2009), s. 56 vd.

⁵⁴⁶ Akdağ Güney (2010), s. 76 vd.

⁵⁴⁷ "Şirket işlerinde ciddi bilgi ve kapasiteye sahip olmayanların veya böyle bir vazife için gerekli olan zamanı ayıramayanların yönetim kurulu üyeliğini kabul etmemeleri lazımdır. Zira, yönetim kurulu üyeliği mecburi bir vazife değildir."; bkz. Atan (1967), s. 21; İ. Kaplan (1996). *Banka sözleşmeleri hukuku*, C. 1. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları, s. 323.

⁵⁴⁸ İmregün (1989), s. 231.

⁵⁴⁹ Yazarın görüşleri için bkz. Helvacı (2001), s. 46 vd.

rekli nitelikleri taşımadığı halde görevi kabul ediyorsa kusurlu sayılmalıdır. Helvacı da, diğer yazarlar gibi, kimsenin yönetim kurulu üyeliğini kabul etmek zorunda olmadığını belirterek görüşünü gerekçelendirmiştir. Yazar ayrıca özen borcunu yan yüküm olarak değerlendirdiği için; buradaki sorumluluğun münhasır değil, 6762 sayılı TTK md. 336/bent 5’in bir neticesi olduğu kanaatindedir.

Ansay, yönetim kurulu üyeliği için kural olarak özel bir eğitim aranmaması nedeniyle, onlardan bir muhasebeci, doktor ya da avukattan beklenen özenin beklenemeyeceğini; ancak, “vasat bir ehliyet göstermeleri, teknik bilgiye sahip olmaları ve makul vukuf ile hareket” etmelerinin beklenmesi gerektiği düşüncesindedir⁵⁵⁰. Yazara göre yönetim kurulu üyeliğini kabul eden bir kişi, artık bu ortalama ehliyeti kabul etmiş sayılır ve verdiği zararlardan sorumlu olur. Yine, görev sembolik bile olsa, bu onları sorumluluktan kurtarmayacaktır.

Tekil’in görüşleri ise sorunun çözümüne ışık tutacak niteliktedir⁵⁵¹. Yazara göre; yöneticinin, çözümü oldukça hassas bir konuya çözüm getirememesi veya bu konunun kapsamını tahmin edememesi; bulunduğu makamın gerektirdiği nitelikleri taşıyamamasından kaynaklanmadıkça, özen borcuna aykırı sayılmamalıdır. Yazar, yöneticinin bilgi birikiminin yetmediği konularda danışmanlara başvurmaması ya da uyarılara kulak asması durumunda ise özen borcuna aykırı davranmış olacağını ifade etmiştir. Yine imzalanmak üzere sunulan bir belgenin okunmadan imzalanmasını ve denetim raporlarının sadece yüzeysel olarak hızlıca incelenmesini de bu kapsamda değerlendirmek mümkündür⁵⁵².

Hemen belirtelim ki, Bilgili, İsviçre’de hâkim olan yukarıda belirttiğimiz görüşün doktrinde eleştirildiğini belirtmektedir. Buna göre, aynı işi yapan, aynı şartlarda ve bilgi düzeyindeki ideal kişinin yerini; “ortaklığın menfaatlerini korumak üzere görevini normal şartlarda düzenli olarak yerine getiren bir meslektaşın” davranışının esas alınması gerektiği savunulmuştur⁵⁵³. Bu durum, ideal kişinin ölçü olarak alınması halinde, kimsenin yönetim kurulu üyesi olmak istemeyeceği şeklinde açıklanmıştır. Bu görüşe göre,

⁵⁵⁰ Ansay (1982), s. 133.

⁵⁵¹ Yazarın görüşleri için bkz. Tekil (1976), s. 264 vd.

⁵⁵² Tekil (1976), s. 265.

⁵⁵³ Bu görüş için bkz. Bilgili (2004), s. 98.

yeterli bilgi ve hayat birikimine sahip olan, şirketin karşı karşıya kaldığı riskleri sezer, gerekli tedbirleri alabilen kişi esas alınmalıdır⁵⁵⁴.

Subjektif teori taraftarı olan Kaneti, gösterilmesi gereken özen ölçüsünü, “her insan kendi bilgi ve tecrübe ve vasıflarını taşıyan bir kimseden genel görüş gereğince aranan ihtimamı göstermediği ölçüde kusurlu sayılacaktır.” ifadeleriyle açıklamış ve kişilerin göstermeleri gereken özen ölçüsünün, kişiden kişiye göre değişeceğinin altını çizmiştir⁵⁵⁵. Ancak yazar buna rağmen, bir işin en az riskle görülmesi için belirli bir teknik ve uzmanlık bilgisinin arandığı durumlarda; bu nitelikleri taşımadığı halde işe giren kişinin kusurlu sayılması gerektiğini savunmuştur⁵⁵⁶.

Sorumluluğu yönetim kurulu üyeliğinin kabulü ile başlatan görüş, Türk doktrininde Tekinalp tarafından şiddetle eleştirilmiştir⁵⁵⁷. Yazara göre, somut olarak yapma ya da yapmama şeklindeki bir yüküm ihlali sözkonusu olmadıkça sorumluluktan söz edilemez. Ayrıca Türk hukukundaki objektif özen- subjektif özen ayrımı bu görüşün dayanaklarını ortadan kaldırmaktadır. Tekinalp’e göre subjektif özenin sözkonusu olduğu hallerde, kişiden kendine ait işlerindeki özen beklendiğinden, bu görüş bu anlamda temel dayanağını yitirmektedir. Objektif özenin varlığı halinde ise yazar, “özensizlik somut olgulara dayalı davranışların değerlendirilmesini gerektirir. Bir meslek sahibine daha sonra –siz bu göreve uygun değildiniz, kabul etmeseydiniz- denilerek kusur isnat

⁵⁵⁴ Bu konuda SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri bize yardımcı olabilir. Adı geçen ilkelere göre yönetim kurulu üyesi, şirketin faaliyet alanı ve yönetimi konusunda bilgili, özel sektör veya kamuda çalışmak sureti ile deneyim kazanmış, tercihen yüksek öğrenim görmüş nitelikli kişiler arasından seçilir (IV-3.1.3.). Ayrıca yine IV. bölüm, 3.1.5. madde uyarınca yönetim kurulu üyeliği adaylarında ayrıca şu asgari nitelikler aranmaktadır:

A- Mali tablo ve raporları okumak ve analiz edebilmek,
B- Şirketin gerek günlük, gerek uzun vadeli işlemlerinde ve tasarruflarında tabi olduğu hukuki düzenlemeler hakkında temel bilgiye sahip olmak,
C- Yönetim kurulunun, ilgili bütçe yılı için öngörülen toplantıların tamamına katılma olanağına ve kararlılığına sahip olmak.

Yine aynı ilkelerde çok önemli bir düzenleme yer almaktadır (IV-3.1.6.). Buna göre, yukarıda sayılan özellikleri taşımayan kişilerden; diğer özellikleri nedeniyle yönetim kurulu üyeliğine seçilenlerin, en kısa sürede gerekli eğitimi almaları sağlanır. Yönetim kurulu üyeleri atandıktan sonra kurumsal yönetim komitesi ayrıntılı bir uyum programına başlar. Uyum programının hızlı ve verimli bir şekilde tamamlanmasına özen gösterilir. Bu programda en az aşağıdaki hususlara yer verilir;

A- Yöneticiler ile tanışma ve şirketin üretim birimlerine ziyaretler,
B- Yöneticilerin özgeçmişleri ve performans değerlendirmeleri,
C- Şirketin stratejik hedefleri, güncel durum ve sorunları,
D- Şirketin pazar payı ve finansal performans göstergeleri.

⁵⁵⁵ Kaneti (2007), s. 30.

⁵⁵⁶ Kaneti (2007), s. 29.

⁵⁵⁷ Yazarın görüşleri için bkz. Tekinalp (2009), s. 293.

edilemez” gerekçeleriyle bu görüşe karşı çıkmıştır. Bu yaklaşım bize göre de doğrudur. Şöyle ki;

Kanaatimizce yöneticinin yaptığı kusurlu hareketin nedenini yönetim kurulu üyeliğini kabul etme zamanından başlatmak, bizi sorumluluk hukukunda şart teorisinin kabul edilmesi sonucuna götürecektir. Bir başka ifadeyle yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu, üyeliği kabul anından başlatmakla; maddi imkânları yetersiz olmasına rağmen çocuk sahibi olan bir aileye, “madem bakamayacaktınız, neden çocuk sahibi oldunuz” demek arasında kanaatimizce hiçbir fark bulunmamaktır. Tekinalp’in de haklı olarak ifade ettiği gibi, bir kişiyi hukuken sorumlu tutabilmemiz için, uygun nedensellik bağı dâhilinde onu sorumlu kılabilceğimiz bir davranışının bulunması gerekir.

Ayrıca nasıl ki, temelini 1982 Anayasası’nda bulan sosyal devlet ilkesinin amacı ailenin korunması ve geliştirilmesini sağlamaksa; liberal ekonomik sistemin amacı da, insanları yönetici ve girişimci olmaya teşvik etmektir. Kanun koyucu sadece alanında uzman ve birikim sahibi kişilerin yönetim kurulu üyesi olmasını arzu etseydi, yönetim kurulu üyesi olma şartları arasında bunu da açıkça ifade ederdi. Oysa kanun koyucunun amacı yönetim kurulunda çeşitliliği sağlamak ve farklı bakış açılarının temsiline olanak vermektir.

Bununla birlikte böyle bir durum, bu kişilerin konuyla ilgili bilgi birikimi olmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulmalarına da yol açmamalıdır. Bu kişiler genel bilgi birikimi ve hayat tecrübelerine göre somut olayda gereken araştırmayı yapabilecek, gerektiğinde profesyonel danışmanlık alabilecek, bu kararları değerlendirebilecek durumda olmalıdır.

Esasen Amerikan hukukunda yöneticilerin özen derecesi konusunda üç farklı yaklaşım bulunmaktadır⁵⁵⁸. Bunlardan ilki ağır ihmalden kaçınmayı gerektiren özen derecesi; ikincisi aynı sektörde faaliyet gösteren orta derecede tedbirli bir yöneticinin benzer şartlar altındaki davranışı ve üçüncüsü de orta derecede tedbirli bir kişinin kendi kişisel ticari işlerindeki davranışının esas alınmasıdır. Ancak McMurray, bu konudaki modern yaklaşımın “aynı pozisyonda yer alan orta derecede tedbirli bir kişinin, benzer koşullar altında göstereceği özen” olduğunu belirtmektedir⁵⁵⁹. Yazara göre eğer “makul yöneti-

⁵⁵⁸ M. M. McMurray (1987). An historical perspective on the duty of care, the duty of loyalty, and the business judgment rule. *Vand. L. Rev.*, (40), s. 607.

⁵⁵⁹ McMurray (1987), s. 609.

ci”, ölçü olarak alınsaydı, belirli niteliklere sahip kişiler yönetici olmaktan imtina edeceklerdi⁵⁶⁰.

Kanaatimizce alanında uzman olmayan kişilerin özen ölçüsünü tayin ederken “aynı faaliyet kolunda yönetim kurulu üyeliği görevinde bulunan ve alanında uzman olmayan ortalama kişi” kıstası esas alınmalıdır. Bir başka ifadeyle biz, McMurray’ın de belirttiği, “aynı pozisyonda yer alan orta derecede tedbirli bir kişinin, benzer koşullar altında göstereceği özen” kıstasının hakkaniyete daha uygun olduğu kanaatindeyiz. Aksi takdirde bu tip kişilerin özen ölçüsü, hakkaniyete de aykırı şekilde aşırı derecede ağırlaştırılmış olacaktır⁵⁶¹.

6102 sayılı TTK md. 369’un gerekçesinde yer alan “işin gerektirdiği özen de nesnel olarak belirlenir, yoksa o konuya ilişkin uzman bilgisi aranmaz” ifadelerinin görüşümüzü desteklediği kanaatindeyiz.

1.4. Tedbirli Yönetici Kıstası

6102 Sayılı yeni TTK’nın “Özen ve Bağlılık Yükümlülüğü” başlıklı 369. maddenin birinci fıkrası şöyledir:

“(1) Yönetim Kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.”

Bu maddenin ilk halinde “üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir” şeklinde bir üçüncü fıkra yer almaktaydı. Ancak bu düzenleme TBMM Adalet Komisyonu tarafından, “553. madde ile çelişki yaratabileceği ve özellikle bazı hallerde ispat yükünün yer değiştirebileceği endişesiyle” madde metninden çıkarılmıştır.

1.4.1. Objektif özen kıstasının yetersiz olduğu düşüncesi

6102 sayılı TTK md. 369’un hükümet gerekçesinde 6762 sayılı TTK’nın özen ölçüsüne yönelik tespit ve eleştirilerde bulunulmuştur. Madde gerekçesine göre 6762 sayı-

⁵⁶⁰ McMurray (1987), s. 610.

⁵⁶¹ Bu nedenle Akdağ Güney’in, “özenin ölçüsü belirlenirken, ilgili kimselerin mensup oldukları sınıflar ve onlardan beklenebilen bilgi derecesi ve davranış... iyi aile babası figürünün belirlenmesine hizmet ettiği ölçüde dikkate alınır” ve “normal tedbirli bir insandan, o olayda ve koşullarda beklenen davranış dikkate alınır” şeklindeki ifadeleri ile, “bir kimsenin yeterli bilgi ve donanıma sahip olmadığı halde yönetim kurulu üyeliğini kabul etmesi özen yükümlülüğünün ihlali anlamına gelir” ifadelerinin birbiriyle çeliştiği kanaatindeyiz; bkz. Akdağ Güney (2010), s. 72 ve 76.

lı Kanunun 320. maddesinde yapılan atıflar sonucunda ulaşılan nesnel (objektif) ve öznel (sübjektif) özen ölçüleri belirsizliklerle doludur. Ayrıca 320. maddenin belirlediği ölçü işletme konusuna sıkı sıkıya bağlanmıştır. Bunun en önemli kanıtı da ücret alan yönetim kurulu üyesinde "iş" in gerektirdiği özenin aranmasıdır. Gerekçeye göre böyle bir ölçü, bir çelik üretim şirketinde yönetim kurulu üyelerinin yüksek teknik bilgiyi haiz olmalarının şart olduğu yorumlamasına hak kazandırabilir. İşletme konusuna bağlanan özen, sermayenin ve malvarlığının korunmasında, iştiraklerle ilişkilerde, sır saklamada, temettü ve finans politikasında özeni ya tamamen tartışma dışı bırakır ya da dolayısıyla ve güçlkle kapsar. Ücret almayan üyenin özen borcu ise içerikten ve sınırdan yoksundur.

Madde gerekçesinde 6102 sayılı yeni TTK'nın getirdiği "tedbirli yönetici" ölçüsünün, yukarıda belirtilen hususları kapsamasının yanı sıra, yönetici sıfatıyla işin gerektirdiği özeni de içerdiği ifade edilmiştir. Dolayısıyla "bu özen 6762 sayılı Kanunun 320. maddesinde öngörülenden daha da geniş ve amaca daha uygundur" ifadelerine yer verilmiştir.

1.4.2. Tedbirli yönetici ve basiretli iş adamı

Bilindiği gibi 6762 Sayılı TTK'nın 20. maddesinin ikinci fıkrası her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerektiğini hüküm altına almıştır. Aynı husus 6102 sayılı yeni TTK'nın da 18. maddesinde yerini bulmuştur. Basiretli iş adamı kıstasına göre tacirden beklenen, kendi şahsi yetenek ve becerilerine göre bir özen göstermesi değil; faaliyette bulunduğu iş kolunda gösterilmesi gereken dikkat ve özendir⁵⁶². Bir başka deyişle işletmesinin işlerini görürken esas alınacak kıstas, tacirin kendi şahsi yeteneklerinden ziyade, aynı iş kolunda faaliyet gösteren ortalama bir tacirdir. Bu ifadelerden basiretli bir tacirin göstermesi gereken özen ölçüsünün objektif esaslara göre belirleneceği sonucunu çıkartmaktayız⁵⁶³. Sonuç olarak basiretli bir tacirin, "tedbirli, sağduyulu, ileriye makul ve mutad ölçüde görebilen, karar vermeden önce yeterince bilgilenip düşünebilen ve kararının bütün sonuçlarını kestirebilen" bir iş adamı olması gerekir⁵⁶⁴. İşletmesinin faaliyetlerine ait işlerde bu ölçülere

⁵⁶² A. Battal (2007). *Ticari işletme hukuku*. Ankara: Gazi Kitabevi, s. 110.; S. Arkan (2007). *Ticari işletme hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 135 vd.; S. Karahan (2007). *Ticari işletme hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları, s. 92.; İ. Kayar (2008). *Ticari işletme hukuku*. Ankara: Detay Yayıncılık, s. 134.

⁵⁶³ Kayar (2008), s. 134; Arkan (2007), s. 135; Karahan (2007), s. 92; Battal (2007), s. 110.

⁵⁶⁴ Battal (2007), s. 110.

göre hareket etmeyen tacirin basiretsiz olduğu kabul edilir ve basiretsiz hareket etmesinin sonuçlarına katlanır. Hemen belirtelim ki basiretsiz hareket etmenin fiilî ve ticari sonuçları, zarar etmek veya kârdan mahrum olmak, hukuki sonucu ise tecrübesizliği ileri sürememek şeklinde ortaya çıkmaktadır⁵⁶⁵.

Ayrıca belirtelim ki, 6762 sayılı TTK'nın 320. maddesinde yer alan “basiret” kelimesinin özen şeklinde anlaşılması gerekmektedir⁵⁶⁶. Zira yönetim kurulu üyesinin tacir olmamasına rağmen, kendisinden basiretli iş adamı gibi davranmasının istenmesi hakkaniyetle bağdaşabilecek bir durum değildir⁵⁶⁷. Ayrıca basiretin sözlük anlamı, “gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş, seziş, uyanıklık, anlayış, kavrayış, sağgörü, önsezi, vizyon” iken; özen, “bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, itina, ihtimam” anlamına gelmektedir⁵⁶⁸. Dolayısıyla basiretli davranma kıvrak zekâlı olmayı, sezgilerin kuvvetli olmasını ve hatta uyanıklığı gerektirir. Kısacası basiretli olmak bir yeteneği ifade etmektedir. Özenli davranmak için ise özel bir yeteneğin bulunması zorunlu değildir. Özenli davranmak için, dikkatli ve tedbirli olmak yeterlidir. Ancak Yargıtay'ın bu ibareyi özen olarak değerlendirmedeği ve basiret ölçüsüne atıfta bulunduğu kararları da bulunmaktadır⁵⁶⁹.

6102 sayılı TTK'nın 369. madde gerekçesinde basiretli iş adamı ölçüsünden uzak durulduğu belirtilmiş bunun nedeni de şöyle açıklanmıştır:

“Nesnellikte, diligentia quam in suis (kendi işlerindeki özen) yeterli olmaz, bunun yerine benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenebilen işin gerektirdiği özen esas alınır. Tasarı hükmünde 6762 sayılı Kanunun 320. maddesinde öngörülmüş bulunan basiret ölçüsüne yer verilmemiştir. Hatta basiretli işadamı ölçüsünden uzak durulmuştur. Çünkü Yargıtay kararları basiretli işadamı ölçüsünü sert, hatta aşırı denilebilecek beklenti-

⁵⁶⁵ Battal (2007), s. 111; Karahan (2007), s. 94; Kayar (2008), s. 136; Arkan (2007), s. 136.

⁵⁶⁶ Helvacı (2001), s. 43; Mimaroglu (1967), s. 28, dp. 13; Tekinalp (2009), s. 292.

⁵⁶⁷ Tekinalp (2009), s. 292.

⁵⁶⁸ <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim tarihi: 24.09.2011).

⁵⁶⁹ Yargıtay 11. HD'nin 06.11.1985 tarih ve 4914 Esas ve 5897 Karar sayılı kararı: “Yönetim kurulu üyelerinin basiretsiz ve kusurlu yönetimleri sonucu ortaklık iflas etmiş ve borçlarını ödeyememiş ise, bu ödenmeyen borçtan yönetim kurulu üyeleri kişisel olarak sorumludurlar.” (Uçar, 1994, s. 238); Yargıtay HGK'nın 19.03.1980 tarih ve 1978/11- 1216 Esas ve 1428 Karar sayılı kararı: “Genel müdür ve yönetim kurulu üyelerinin şirket işlerini dikkat ve basiretle yerine getirmeleri gerekir. Göreve başladığı günden itibaren avans hesaplarını kapatmayan ve aldığı depozitleri şirkete intikal ettirmeyen kimsenin davranışı dikkat ve basiretin gösterilmediğinin kanıtıdır.”; Uçar (1994), s. 219.

lerle tanımlamıştır. Aynı ölçüyü yönetim kurulu üyelerine uygulamak adletsiz sonuçlar doğurabilirdi.”

Madde gerekçesinde tedbirli yönetici ölçüsünün basiretli işadamı kavramından farklı olduğu ve bu ölçüye Alm. POK 93 üncü paragrafının kaynaklık ettiğinin düşünülmemesi gerektiği belirtilmiştir⁵⁷⁰. Nitekim gerekçeye göre: “Klasik Alman öğretisinde savunulduğunun aksine, şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Çünkü ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri, yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve gerekli önlemleri alması, aksi halde sorumlu tutulması gerekir. Hükme esin veren yeni öğreti daha gerçekçidir.”

6102 sayılı TTK md. 369’un hükümet gerekçesinde “işin gerektirdiği özen” kavramından bahsedilmiş ve bunun nesnel olarak belirleneceğinin; bir başka ifadeyle *uzman bilgisinin aranmayacağı*nın altı çizilmiştir.

“İşin gerektirdiği özen de nesnel olarak belirlenir, yoksa o konuya ilişkin uzman bilgisi aranmaz. –Nesnellik- ile görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır. “Tedbirli yönetici” terimi bir taraftan kusurda ölçü rolü oynar, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade eder, ancak bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamaz. Nitekim 553. maddenin üçüncü fıkrası hükmü söz konusu sınırı çizmekte, 557. madde de özenin kişi temelinde değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır.”

Tekinalp, özenin nesnel olarak belirlenmesi halinde, nesnellik ölçüsünün, “makul bir çalışanın kendisine verilen işi yaparken göstereceği özen” olarak belirlenmesi gerektiği kanaatindedir⁵⁷¹. Yazar, bir anonim şirketteki bütün faaliyetlerin yönetim kurulu

⁵⁷⁰ Hemen belirtelim ki, Alman hukukunda POK 93. paragrafında 2005 yılında değişiklik yapılmış ve bu ülkede Amerikan hukuku kaynaklı Business judgment rule uygulanmaya başlanmıştır. Ancak gerekçenin yazıldığı tarihte bu değişiklik henüz yürürlüğe girmediğinden, gerekçedeki atfın 2005 yılından önceki düzenlemeye yönelik olduğunu kabul etmeliyiz; bkz. Pulaşlı (2009), s. 55, dp. 95.

⁵⁷¹ Tekinalp (2009), s. 293.

tarafından denetlenmesinin mümkün olmadığını, dolayısıyla her hatalı davranıştan yönetim kurulu üyelerini sorumlu tutan bakış açısının artık kabul edilemez olduğunu ifade etmiştir. Tekinalp ayrıca, bir yöneticiden makul sınırların ötesinde bir bilgi birikimi, dikkat ve yetenek beklenilmemesi gerektiğinin altını çizmiş ve özen ölçüsünün bu şekilde yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir⁵⁷². Görüldüğü gibi, yazarın bu görüşleri 6102 sayılı TTK'nın gerekçesine aynı şekilde yansımıştır.

6102 Sayılı TTK'nın gerekçesinde ve Tekinalp'in açıklamalarında yer alan ifadeler, haksız fiiller bakımından subjektif özen ölçüsünü kabul eden Kaneti'de de rastlamak mümkündür. Yazarın, "bir kimseden yapabileceğinden fazlasını istemek ve bunu yapmadığı için kendisini muaheze etmek kusurun ve sorumluluğun ahlaki vasfına aykırı düşer." şeklindeki ifadeleri, 6102 sayılı TTK md.369 gerekçesi ve Tekinalp'in görüşleriyle birlikte değerlendirildiğinde; 369. maddede belirtilen özen ölçüsünün, subjektif ölçüye ne kadar yakın olduğu net bir şekilde ortaya çıkacaktır⁵⁷³.

2. İşletme Riski İhtiva Eden Kararlarda Özen Yükümlülüğünün İhlali ve Business Judgment Rule

2.1. Tedbirli Yönetici Ölçüsü ve İşletme Riski İhtiva Eden Kararlar

6102 Sayılı TTK md. 369'un hükümet gerekçesinde, "Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır." ifadeleriyle business judgment rule (BJR) adı verilen ve Türk hukukuna yabancı olan bir kavrama yollamada bulunulmuştur. Bir başka ifadeyle hükümet gerekçesinde tedbirli yönetici kıstası business judgment rule ile bağlantı kurularak açıklanmıştır. Hükümet gerekçesinde şu ifadeler kullanılmıştır:

"Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tu-

⁵⁷² Tekinalp (2009), s. 293.

⁵⁷³ Kaneti (2007), s. 29.

tulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapılıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez. Bu kurallar 553. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan hukuk kuralı ile somuta bağlanmıştır. Özen borcunun sözleşme ile ağırlaştırılabileceği şüphesizdir.”

şu hususu önemle belirtelim ki, 6102 Sayılı TTK’nın 369. maddesinin birinci fıkrasında ifade edilen “tedbirli yönetici” kıstası ile BJR aynı anlama gelmemektedir. Ancak hükümet gerekçesinde BJR’ye atıfta bulunulmuş ama madde metninde bu kavrama yer verilmemiştir. Bunun nedeni maddenin ilk halinde “üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir” şeklinde yer alan üçüncü fıkranın, TBMM Adalet Komisyonu tarafından daha sonra madde metninden çıkarılmasıdır. Ancak önemle belirtelim ki, aşağıda ayrıntılı olarak açıklayacağımız gibi, üçüncü fıkrada yer alan bu hüküm, sonradan madde metninden çıkarılmasaydı bile, değişen bir husus olmayacaktı.

Acaba, hükümet gerekçesinde “işadamı kararı” şeklinde Türkçeye çevrilerek atıfta bulunulan business judgment rule ile kastedilen nedir? Çalışmamız açısından oldukça önemli sonuçları olduğunu düşündüğümüz business judgment rule kavramını ayrıntılı olarak incelemekte fayda görmekteyiz.

2.2. Business Judgment Rule Kavramı

2.2.1. Tanımı ve genel özellikleri

BJR kavramı, modern ortaklıklar hukuku öğretisinde uzun yıllardır tartışılarak geliştirilmiş, Amerika’da kökleşmiş, Avrupa’da ise yeni yeni tanınmaya başlanan ve gide-rek mevzuatlarda yerini bulan; sorumluluk hukuku bakımından kurumsal yönetim anlayışı ile doğrudan bağlantılı olan ve yöneticilerin sorumluluğunu sınırlandıran bir ilkedir. BJR’yi kısaca, yönetim kurulunun işletme riski ihtiva eden kararları sonucunda bir zarar meydana gelmesi nedeniyle; özen yükümlülüğünün ihlal edildiği iddiaları karşısında; mahkemelerin sadece, söz konusu yönetim kurulu kararının alınış usulü kapsamında

inceleme yaparak karar vermesi olarak tanımlayabiliriz⁵⁷⁴. Buna göre işletme riski ihtiva eden bir karar, BJR'nin uygulanma şartlarını da taşıyorsa; *orta düzeyde tedbirli bir kişinin aynı olayda almayacağı bir karar olsa bile*, yöneticiler aldıkları bu karar nedeniyle sorumlu olmayacaklardır⁵⁷⁵.

BJR uygulamasından dolayı, Amerikan şirketler hukukunda, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne aykırı hareket edip etmedikleri olgusunun, mahkeme kararları açısından oldukça sınırlı bir fonksiyona sahip olduğu ileri sürülmüştür⁵⁷⁶. Zira BJR'nin şartları gerçekleşmişse, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne uygun davrandığı sonucuna varılmaktadır⁵⁷⁷.

Ancak bu açıklamalardan, BJR kapsamındaki uyuşmazlıklarda özen yükümlülüğüne aykırılık olup olmadığının hiçbir şekilde inceleme konusu yapılmadığı sonucunu çıkarmamak gerekir. BJR kapsamındaki uyuşmazlıklarda da özen yükümlülüğüne aykırılık incelenir. Fakat bu inceleme sadece, BJR için aranan şartların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun incelenmesi kapsamında ele alınır. Bir başka ifadeyle, hâkim, BJR'nin

⁵⁷⁴ O. Okay (2008). Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sınırlanması. Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s. 34; A. Bengi (2009). Yönetim Kurulu Üyelerinin İşlemlerinin Hukuka Uygunluk Denetiminde Yeni Bir Kriter: Business Judgment Rule (Yöneticinin Hukuka Uygunluk Kuralları). Ankara: Yayınlanmamış Doktora Tezi, s.65.; C. Hansen (1993). The duty of care, the business judgment rule and The American Law Institute Corporate Governance Project. *The Business Lawyer*, 48, s. 1356; S.S. Arsht (1979). The Business Judgment Rule revisited, *Hofstra L. Rev.*, 8, s. 111; McMurray (1987), s. 614; T. M. Aman (2010-11). Cost-benefit analysis of the business judgment rule: a critique in light of the financial meltdown. *Alb. L. Rev.*, 74, s. 7; L. P. Q. Johnson (2005). Corporate officers and the business judgment rule. *The Business Lawyer*, 60, s. 454 vd.

⁵⁷⁵ Hansen (1993), s. 1356.

⁵⁷⁶ F. H. Şehirli Çelik (2008). *Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 108. Yazara göre, BJR'nin yönetim kurulu üyelerine büyük ölçüde karar alma özgürlüğü bahsetmesi nedeniyle; bu ilkenin uygulandığı hallerde, mahkemeler yöneticilerin özen yükümlülüğüne aykırı hareket edip etmediklerini göz önünde tutmamaktadır. Ayrıca yazar, Amerikan uygulamasında mahkemeler tarafından özen yükümlülüğüne aykırılığın tespitinin, ancak BJR'nin uygulanma şartlarının bulunmaması halinde inceleme konusu yapılabildiği görüşündedir. Yazarın BJR kapsamındaki uyuşmazlıklarda özen yükümlülüğüne aykırılığın söz konusu olmadığı anlamına gelen bu görüşüne katılamıyoruz. Zira BJR uygulamasında özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığı göz ardı edilmemekte, sadece sınırlandırılmaktadır. Bir başka ifadeyle hâkim, ticari risk ihtiva eden kararların alınmasında özen yükümlülüğüne uygun davranılıp davranılmadığı hususunu sadece "kararın bilgiye dayalı olarak alınması gereği" kapsamında incelemektedir.

⁵⁷⁷ Amerikan hukukuna göre, gerek yönetim kurulu üyeleri ve gerekse diğer yöneticiler, şirket işlerinin görülmesinde özen (duty of care) ve sadakat (duty of loyalty) borcu altındadırlar. Yöneticilerin özen ve sadakat borcuna güven esasına dayalı yükümlülükler (fiduciary duties) adı da verilmektedir. Sadakat yükümlülüğü yönetim kurulu üyelerinin kişisel çıkarlarının, şirket ve pay sahiplerinin menfaatlerine göre ikinci planda kalması anlamına gelmektedir. Bu kapsamda yönetim kurulu üyeleri, şirketin ve pay sahiplerinin zarara uğramasına neden olabilecek davranışlardan kaçınmalıdır. Uygulamada şirketle işlem yapılması ve şirketin kazanç sağlayabileceği bir işi üyenin kendi adına yapması gibi durumlar sadakat yükümlülüğü kapsamında ele alınmaktadır; bkz. Şehirli Çelik (2008), s. 105 vd.

uygulandığı hallerde, yönetim kurulunun aldığı kararın doğruluğunu değil; kararın yönetim kurulu tarafından gerekli özen gösterilerek alınıp alınmadığını incelemektedir⁵⁷⁸.

BJR sayesinde yönetim kurulunun aldığı kararlar yerindelik açısından incelenmeyeceğinden, yönetim kurulu üyeleri de yanlış tercihleri nedeniyle hukuken sorumlu tutulamayacaklardır⁵⁷⁹. Türk hukukunda Kırca meseleyi yönetim kurulu üyeleri ile anonim şirket arasındaki ilişki açısından ele almıştır⁵⁸⁰. Bilindiği gibi yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişki kural olarak vekâlet sözleşmesi niteliğindedir. Vekâlet sözleşmesinde de vekil, işin ifası sırasında özenli davranmak zorundadır ancak işin olumlu sonuçlanması konusunda bir taahhüt üstlenmiş olmamaktadır.

Özen yükümlülüğünün BJR karşısındaki konumunun ne olduğu Amerikalı hukukçular arasında pek çok tartışmaya neden olmuştur⁵⁸¹. Bu tartışmaların en önemli nedeni ise, Delaware eyaleti mahkemelerinin verdiği aşırı liberal kararlar teşkil etmektedir. Gerçekten de, 1963 yılında Supreme Court'un *Graham v. Allis- Chalmers Manufacturing Co.* kararına⁵⁸² kadar, hiçbir Delaware mahkemesi, yöneticilerin bilgiye dayalı olarak (to act in an informed manner) ve tedbirli bir kişinin özeniyle (with the care of a prudent man) hareket etmesi gerektiğine ilişkin bir güvene dayalı yükümlülüğün (fiduciary duty) varlığını benimsememişti⁵⁸³. Bu karar ile yönetim kurulunun BJR korumasından faydalanabilmesi için iyiniyet ve sadakat yükümlülüklerinin yanı sıra özen yükümlülüklerine de uygun davranması gerektiği açıkça hüküm altına alınmıştır⁵⁸⁴. Graham kararında belirtilen kıstaslar bugün hâlen varlığını sürdürmektedir.

Gerçi Graham kararından önce de, özen derecesi (standard of care) şeklinde bir kavram ihdas edilip BJR kapsamına dâhil edilmeye çalışılmıştı. Mesela *Allied Chemical & Dye Corp. v Steel & Tube Co. of America* davasında Chancellor Wolcott'un verdiği kararda böyle bir durum bulunmaktaydı⁵⁸⁵. Davada, azınlık pay sahipleri (minority shareholders), şirket varlıklarının hileli olarak düşük bir bedelden satıldığını ileri sür-

⁵⁷⁸ McMurray (1987), s. 616.

⁵⁷⁹ Okay (2008), s. 35.

⁵⁸⁰ Kırca (2004), s. 89.

⁵⁸¹ Amerikan hukukunda özen yükümlülüğünün BJR karşısındaki konumunu Delaware eyaleti ile diğer eyaletler bakımından ayrı ayrı değerlendirmemiz gerekir. BJR'nin özen yükümlülüğü ile olan bağlantısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. R. Horsey (1994). The Duty of Care Component of the Delaware Business Judgment Rule, *Del. J. Corp. L.*, 19, s. 971-998.

⁵⁸² 188 A. 2d 125 (Del. 1963).

⁵⁸³ Horsey (1994), s. 982.

⁵⁸⁴ Horsey (1994), s. 986. Kararın tam metnine ulaşamamakla birlikte, burada ifade edilen özen yükümlülüğünün, kararın özenle alınmasını gerektiğini ifade etmek üzere kullanıldığını düşünmekteyiz.

⁵⁸⁵ 120 A.486 (Del. Ch. 1923), Horsey (1994), s. 983.

müşlerdi. Ancak olayda yöneticilerin kendi kendileriyle ya da kendi menfaatlerine yaptığı bir işlem de yoktu. Mahkeme, çoğunluk pay sahiplerinin (majority shareholders), şirket varlıklarını satma konusunda kanuni bir yetkilerinin olduğunu, somut olaydaki işlemin hile olarak adlandırılmayacağına, ancak hile yapıldığına dair bir işaret olmasa bile, çoğunluk pay sahiplerinin adil bir fiyata ulaşmak konusunda özen yükümlülüğünün bulunduğuna hükmetmişti⁵⁸⁶. Yine 1957 yılında Delaware Supreme Court, Cottrel v. Pavcatuck Co. kararında⁵⁸⁷, şirket varlıklarının satılmasıyla ilgili yönetim kurulu kararlarında, satım sözleşmesinin kimseyi kayırmadan ve eşit koşullar altında bir pazarlık yürütülerek, gerçek değerinden satılmasıyla sonuçlandırılmış olması gerektiğine hükmetmiştir (the arm's length principle- ALP)⁵⁸⁸.

2.2.2. Hukuki niteliği

Hemen belirtelim ki, Amerikan hukukunda BJR'nin hukuki mahiyeti konusunda değişik görüşler bulunmaktadır. Bu görüşler BJR'nin bir özen ölçüsü mü yoksa bir karene mi olduğu şeklinde ikiye ayrılarak ele alınabilir.

Amerikan hukukunda BJR'nin yönetim kurulu üyeleri bakımından bir özen derecesi olduğu şeklinde görüşler mevcuttur⁵⁸⁹. Ancak dikkatli incelendiğinde BJR'nin yönetim kurulu üyelerine yönelik bir davranış normu olmadığı; bilakis mahkemelere yönelik sınırlama şeklinde bir kural olduğu anlaşılmaktadır⁵⁹⁰. Gerçekten de, BJR uyarınca hâkim, makul bir yönetim kurulu üyesinin benzeri şartlarda hangi kararı vereceği hususunda değerlendirme yapmamaktadır.

Okay'a göre, "ticari takdir kuralı çerçevesinde hâkim, zararı doğuran bir kararı, isabetli, basiretli ya da makul olup olmadığı noktasından incelemeyecektir. Kararın yerindeliğine ve neticesine değil, davalı yönetim kurulu üyelerinin bu kararı alırken özenli davranıp davranmadıklarına bakacaktır. Bir başka ifadeyle hâkim, dürüst ve tedbirli bir yöneticinin aynı şartlar altında vereceği karar değil, bu kararı vermeden önce göstereceği özene ve izleyeceği prosedürlere odaklanacaktır. Bu açıdan karar vereceği konuyla ilgili olarak kendisini makul surette bilgilendirdiği kabul edilen bir yönetim kurulu üye-

⁵⁸⁶ Horsey (1994), s. 983.

⁵⁸⁷ 128 A. 2d 225 (Del. 1957).

⁵⁸⁸ Horsey (1994), s. 985.

⁵⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Okay (2008), s. 41.

⁵⁹⁰ Okay (2008), s. 41.

si, basiretsizliği ya da yeteneksizliği dolayısıyla düştüğü takdir hatasından prensip itibarıyla sorumlu tutulmayacaktır.”⁵⁹¹

Sonuç olarak BJR ve özen yükümlülüğünün birbirinden farklı kavramlar olduğu anlaşılmaktadır. BJR kapsamındaki uyuşmazlıklarda, özen yükümlülüğü sadece karar alma mekanizmasına indirgenerek; alınan kararların yerindelik açısından denetiminin yapılmasının önüne geçilmiş olmaktadır⁵⁹².

Delaware eyaletinde BJR kapsamındaki uyuşmazlıklarda, aksi ispat edilene kadar yönetim kurulu üyelerinin işlemlerinin, özen yükümlülüğüne uygun olduğu kabul edilmekte; aksini ispat yükü ise davacı durumunda olan pay sahiplerinin üzerinde bulunmaktadır. Bu özelliği nedeniyle Delaware eyaletinde BJR’nin hukuki anlamda bir karine (presumption) niteliğine sahip olduğu düşünülmektedir. BJR’nin karine niteliğine sahip olduğunu kabul etmenin doğal olarak en önemli sonucu, davacılar bakımından bir ispat külfeti getirmesidir. Bu karinenin çürütülmesi halinde davanın ikinci aşamasına geçilecek ve mahkemeler, alınan kararı hukuka uygunluk denetimine tabi tutacaklardır⁵⁹³.

Nitekim 2005 yılındaki Walt Disney kararında, BJR’nin bir maddi hukuk kuralı olmadığı, bilakis ticari bir karar alınırken yöneticilerin yeterli bilgiye dayanarak ve dürüst olarak şirketin en yüksek menfaatleri doğrultusunda hareket ettiklerine dair bir karine olduğu açıkça dile getirilmiştir⁵⁹⁴. Bu karine, yöneticilerin hileli, kötüniyetli olmaları ve şahsi menfaat sağlamadıkları sürece uygulama alanı bulacaktır.

Yine Aronson v. Lewis kararında da, “BJR yöneticilerin, bir işletme kararı alınırken, bilgiye dayalı olarak, iyiniyetle ve aldıkları kararın şirketin en iyi menfaatlerine

⁵⁹¹ Okay (2008), s. 42.

⁵⁹² Okay (2008), s. 43. Şirketin yönetimi ile ilgili kararları alma görevi yönetim kuruluna ait olduğundan; hâkim sorumluluk davalarında, kendisini yönetim kurulunun yerine koyarak yerindelik denetimi yapmamalı; sadece onların kanun ve sözleşmeye uygun davranıp davranmadıklarını incelemelidir. Aksi takdirde şirketler, bu kararların sorgulamaya açılmasıyla; şirketler yönetim kurulu tarafından değil; mahkemeler tarafından yönetilmiş olacaktır ki; böyle bir durum da, liberal ekonomik düzenin gereklerine aykırılık teşkil edecektir; bkz. Akdağ Güney (2010), s. 84.

⁵⁹³ Bengi (2009), s. 81.

⁵⁹⁴ *In re The Walt Disney Company Derivative Litig.*, 2005 WL 20566651, (Del. Ch. Aug. 9, 2005) <http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=64510> (Erişim tarihi: 10.08.2011), s. 107 vd.; Walt Disney kararı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A. S. Gold (2007). A decision theory approach to the business judgment rule: Reflections on Disney, good faith and judicial uncertainty. *Maryland Law Review* (66), s. 410 vd. ; R. J. Holland (2008). Delaware courts and the business judgment rule. *The Corporate Board* (September-October), s. 2 vd.

olacağına dair dürüst bir inanışlarının bulunduğuna dair bir karine” olarak nitelendirilmiştir⁵⁹⁵.

Hansen, BJR’nin usul hukuku yönünden bir karine olmakla birlikte, maddi hukuk yönünden de işletme riskini ihtiva eden kararların söz konusu olduğu hallerde, yöneticilerin özen yükümlülüklerini sadece karar alma usullerine indirgeyen ve iyiniyetli de olmaları halinde onları sorumluluktan kurtaran bir özelliğinin de olduğunu belirtmiştir⁵⁹⁶. Nitekim *Citron v. Fairchild Camera & Instrument Corp.* davasında Chancellor Allen, BJR’yi hem bir karine ve hem de bir maddi hukuk kuralı olarak yorumlamıştır⁵⁹⁷. Bu kararda BJR’nin bağımsız yöneticiler bakımından iyiniyetli olduklarına ve buna uygun davrandıklarına dair bir karine vazifesi gördüğü; maddi hukuk yönünden ise yöneticilerin iyiniyetli ve makul bir özenle davrandıklarının kabul edilmesi nedeniyle onları sorumluluktan kurtarıcı bir etkisi olduğu vurgulanmıştır.

Bainbridge, BJR’nin anonim şirketlerde birbiriyle çatışma halinde olan iki değer; yönetim otoritesi ve sorumluluk (yazar bunu hesap verilebilirlik olarak adlandırıyor) arasındaki uzlaşmayı temel aldığı düşüncesindedir⁵⁹⁸. Bu değerler, bir taraftan yönetim kurulunun karar alma hususundaki takdir yetkisinin korunması, öte yandan alınan kararlardan dolayı sorumlu olunması anlamına gelmektedir. Yazar, yönetim kurulunun işlemlerinin belirli şartların gerçekleşmesi halinde mahkemelerce yerindelik denetimi açısından incelenememesi nedeniyle, BJR’nin mahkemelere yönelik bir kaçınma yükümlülüğü teşkil ettiği görüşündedir. Yazar bunu kaçınma doktrini olarak adlandırmaktadır⁵⁹⁹.

Son olarak önemli bir noktaya işaret etmenin yararlı olacağını düşünüyoruz. Ticari risk ihtiva eden kararların alınması esnasında gerekli olan özen ile gözetim yükümlülüklerinin ifası için gerekli olan özeni de birbirinden kesin bir şekilde ayırt etmek gerekmektedir. Gerçekten de ticari risk ihtiva eden kararların alınmasında BJR devreye girmekte; dolayısıyla buradaki özen yükümlülüğü, kararların alınma sürecinde özenli davranış olarak algılanmaktadır⁶⁰⁰. Gözetim yükümlülüklerinin ihlali ya da ticari risk

⁵⁹⁵ 473 A.2d 805 (Del. 1984); bkz. C. Hansen. (1993). The duty of care, the business judgment rule and The American Law Institute Corporate Governance Project. *The Business Lawyer*, 48, 1360.

⁵⁹⁶ Hansen (1993), s. 1361.

⁵⁹⁷ 569 A.2d 53 (Del. 1989); Hansen (1993), s. 1371.

⁵⁹⁸ S. M. Bainbridge (2004). The Business Judgment Rule as Ahstention Doctrine, *Vand. L. Rev.*, 57 (1), 2004, s. 84.

⁵⁹⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bainbridge (2004), s. 90 vd.

⁶⁰⁰ Hansen (1993), s. 1356.

ihtiva eden kararların söz konusu olmadığı diğer hallerde ise, yöneticilerin idari performanslarını değerlendiren *sonuç odaklı* bir özen ölçüsü esas alınmaktadır⁶⁰¹.

2.2.3. Teorik temelleri

BJR sayesinde, yönetim kurulunun kararları mahkemelerin incelemesine tabi tutulmamakta, dolayısıyla BJR yönetim kurulu üyeleri için bir nevi siper vazifesi görmektedir. Şirket yöneticilerinin, verdikleri hatalı kararlar nedeniyle hukuken sorumlu tutulmamaları nedeniyle, BJR'ye “güvenli liman” benzetmesi de yapılmaktadır⁶⁰².

Şu durumda BJR'nin, yöneticileri sorumluluk açısından rahatlatan bir uygulama olduğu görülmektedir. BJR, Amerika'da mahkeme kararlarıyla işlenmiş ve geliştirilmiş bir kavramdır. Peki, böyle bir uygulamanın amacı nedir? Neden BJR'ye ihtiyaç duyulmuştur? Bu konu ile ilgili olarak Amerikan doktrininde çeşitli görüşler ortaya atılmıştır.

2.2.3.1. İşletme riski ihtiva eden kararların korkusuzca alınabilmesine imkân sağladığı görüşü

BJR'nin kabul edilmesindeki en önemli etkenin bu düşünce olduğu ileri sürülmüştür⁶⁰³. Yönetici kararlarının mahkemelerin denetimine açılmasının kabul edilmemesinin bir diğer nedeni yanlış tercih riski nedeniyle, yöneticilerin riskli kararlar almaktan imti-

⁶⁰¹ Hansen (1993), s. 1356.

⁶⁰² Şehirli Çelik (2008), s. 109; E.Kervankıran (2007). Alman Hukukunda Business Judgment Rule'nin kodifikasyonu-Türk ve Amerikan hukuku ile karşılaştırmalı bir değerlendirme. *Hüseyin Ülgen'e armağan*, C. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 263. Hemen belirtelim ki, Amerika'da yöneticiler için tek sığınacak liman, BJR değildir. MBCA'da yöneticilerin sorumsuz kılındığı başka düzenlemeler de bulunmaktadır. Gerçekten de, MBCA'nın § 2.02.paragrafının 4.fıkrasına göre, yönetim kurulu ve yöneticiler lehine, esas sözleşmede (articles of incorporation) sorumsuzluk veya sorumluluğu sınırlandırma kayıtlarının konması mümkündür. Ancak bunun için yöneticilerin başarısızlıkla sonuçlanan bir fiilden mütevellit parasal bir zararın doğmuş olması şarttır. Bazı hususlar bu hükümden müstesna tutulmuştur. Mesela yöneticinin hak etmediği mali yarar sağlaması, şirkete veya pay sahiplerine kasti olarak zarar verici fiillerde bulunulması, ceza hukuku kurallarının kasten ihlal edilmesi ve § 8.33.paragrafta düzenlenen kanuna aykırı kâr dağıtımı (unlawful distribution) gibi durumlarda yöneticiler sorumsuz kılınamayacaktır. Amerikan hukukunda güvenli limanlar bununla da sınırlı kalmamıştır. Amerikan hukukunda “yöneticinin çatışan yararları” adlı bir müessese de doktrinde güvenli liman olarak adlandırılmaktadır. Bu kavramın İngilizcesi “*Director's conflicting interest transaction*” olsa da, biz yöneticinin çatışan yararları ya da işlemleri şeklinde bir tercümenin daha uygun olduğunu düşünmekteyiz. Bu kavram aslında Türk hukukundaki rekabet yasağı ve şirketle işlem yapma yasağına benzetilmektedir. Yöneticinin çatışan yararları § 8.60 vd. paragraflarda düzenlenmiştir. Yöneticinin çatışan yararları, şirket tarafından yerine getirilen ya da yerine getirilmesi planlanan bir işlemde, yöneticinin veya yakınlarının taraf olması ya da maddi menfaat sağlamaları olarak tanımlanabilir. Belirli şartların varlığı halinde bu işlemler nedeniyle yöneticiler sorumlu olmamaktadır. Ayrıca Amerikan hukukunda *business opportunity* olarak adlandırılan ticari fırsatlar bakımından, şirketin kendi lehine de olabilecek ticari fırsatlardan, kendi adına fayda sağlayan yönetim kurulu üyelerinin, bazı şartların yerine getirilmesi kaydıyla sorumlu tutulmamaları da mümkündür (bkz. MBCA § 8.70).

⁶⁰³ D. P. Lee (2003). The Business Judgment Rule: Should it Protect Nonprofit Directors?, *Colombia Law Review*, 103, s. 945; Aman (2010-11), s. 12.

na edebilecek olmasıdır⁶⁰⁴. Dolayısıyla, belirli derecede risk alınmasını kendi menfaatlerine daha uygun addeden pay sahipleri açısından menfi bir durum ortaya çıkabilecek-tir⁶⁰⁵.

Bu görüşü savunanlara göre, piyasa oyuncularının risk alma güdülerinin teşvik edilmesi gerekir⁶⁰⁶. Bir başka ifadeyle yöneticiler işletme riski ihtiva eden kararları alırken cesur olmalıdır⁶⁰⁷. Yine risk alınmak suretiyle daha fazla kâr amacıyla hareket eden pay sahiplerinin, yöneticilerden daha riskli yatırımlar yapılmasını talep etmeleri de mümkündür⁶⁰⁸. Bainbridge, yatırımcının riski sevmesinin en önemli nedenini sınırlı sorumluluk rejimi olarak görmektedir⁶⁰⁹. Zira şirket ne kadar riskli yatırımlara girerse girer, riskli yatırımların zarara neden olması halinde; riskin tamamına tek bir pay sahibi katlanmamakta zarara katlananlar da tüm varlıkları ile değil sadece şirket sermayesi ile sınırlı sorumlu olmaktadır. Bir başka nedense, pay sahiplerinin genellikle portföy çeşitlendirmesi yoluyla yatırımlarını tek bir şirkete kanalize etmeyip; bir sepet oluş-

⁶⁰⁴ Bainbridge (2004), s. 113. Aman (2010-11), s. 13; Şehirali Çelik (2008), s. 111; Okay (2008), s. 49; BJR ile hukukun, yöneticilerin de insan olmaları hasebiyle hata yapabileceklerini kabul ederek, bu hatalardan kaynaklanan zararları dikkate aldığı yönünde bkz. Bengi (2009), s. 77. Nitekim American Law Institute (ALI) tarafından hazırlanan Kurumsal Yönetim İlkelerinin hazırlayanların da BJR'nin temel amacının yöneticilerin, kendi aldıkları işadamları kararlarının doğasında var olan risklerin sonradan değerlendirilmesinden korumak; yeni fikirlerin ve cesaret gerektiren ticari faaliyetlerin engellenmesi riskini önlemek olduğu ifade edilmiştir; bkz. Bainbridge (2004), s. 110.

⁶⁰⁵ Şehirali Çelik (2008), s. 112. Bir işletmenin risklerine katlanmak zorunda olanlar pay sahipleridir. Biz eğer yöneticileri aldıkları yanlış kararlar nedeniyle sorumlu tutarsak; pay sahiplerine kâr garantisi verildiği gibi bir durum ortaya çıkar ki; bu da anonim şirket mantığıyla bağdaşmaz. Zira anonim şirketlerin temel esprisi, kâr beklentisinin yanı sıra zarar riskini de göze almaktan ibarettir. Yönetim kurulu üyeleri ancak, kanun veya sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ederek pay sahiplerinin güvenlerini boşa çıkarmaları halinde sorumlu olmalıdır; bkz. Akdağ Güney (2010), s. 83 vd.

⁶⁰⁶ Lee (2003), s. 945; Okay (2008), s. 50.

⁶⁰⁷ Aman (2010-11), s. 12.

⁶⁰⁸ Şehirali Çelik (2008), s. 112.; Kırca (2004), s. 90. Hatta pay sahipleri, şirketin yüksek riskli projelere yatırım yapmalarını isterler. Zira onlar için risk ve getiri doğru orantılıdır ve yüksek getiri, riskli yatırımları gerektirmektedir. Modern iktisat doktrini pay sahiplerinin risk sevmedikleri varsayımı ile hareket etse dahi, mantıklı hareket eden pay sahipleri hâlâ riskli yatırımlara yönelmektedir; bkz. Bainbridge (2004), s. 111; Aman (2010-11), s. 13.

⁶⁰⁹ Bainbridge (2004), s. 111. Yöneticilerin aldıkları kararlar her zaman için işletme riskini içeren ve piyasa koşulları karşısında çok sınırlı bir zaman içerisinde alınıp uygulamaya konulması gereken kararlardır. Bu kararların alınması esnasında yöneticiler riskli alternatifler içerisinde en olumlu olacağını düşündükleri karar lehine bir seçimde bulunurlar. Ayrıca yöneticiler ve şirket arasındaki akdi münasebette genellikle özen yükümlülüğüne yönelik olarak iyiniyet ve en iyi çabayı gösterme gibi kayıtlar yer almakta; bunların içeriğinin doldurulması da oldukça zor olmaktadır. Dolayısıyla hangi davranışın özen yükümlüne aykırılık teşkil edeceğinin tespitinin neredeyse imkânsız olduğu bu tip durumlarda, özen yükümlülüğü sorumluluğun temeli olarak görülmemelidir; bkz. Şehirali Çelik (2008), s. 113.

turarak farklı şirketlere farklı oranlarda yatırım yapmalarınıdır⁶¹⁰ Bu şekilde hareket eden pay sahipleri şirketlerin aldıkları riskli kararlardan çok da fazla etkilenmeyecektir⁶¹¹.

Aman, bu konuda şu örneği vermektedir⁶¹²: Eğer başarı şansı %90 olan 1.000 TL’lik bir yatırım 900 TL; başarı şansı %10 olan 10. 000 TL’lik bir yatırım 910 TL kazanç getirecekse, yatırımcı ikincisini seçer. Zira ikincisi daha kazançlıdır. Ayrıca pay sahipleri, portföylerini çeşitlendirdiği için, bu yatırım zarara uğrasa bile, bundan etkilenmeyeceklerdir. Görüldüğü gibi BJR’nin temelini oluşturan bu düşünce salt kâr maksimizasyonuna dayanmaktadır.

Ayrıca her işletmenin ve her yatırımcının kendi özel koşullarına göre alabileceği bir risk düzeyi mevcuttur⁶¹³. Bu özel koşullar sayesinde örneğin bir yatırımcı aşırı riskli gördüğü şirketteki payını, serbest piyasa sayesinde elinden çıkararak; kendi risk düzeyine uygun bir başka yatırım yapabilmektedir⁶¹⁴. Oysa BJR olmasaydı, mahkemeler her işletme için benzer risk standartları geliştireceklerdi⁶¹⁵.

Bu nedenle BJR hem pay sahipleri ve hem de yöneticiler açısından ve hem de ekonominin gelişimi açısından müspet sonuçları olan bir müessesedir.

Bu konuyla ilgili Joy v. North davasında hâkim Ralph Winter önemli bazı tespitlerde bulunmuştur⁶¹⁶: “Mahkemelerce anonim şirketlerin ticari kararlarının sonradan değerlendirilmesinin en olumsuz araç olduğu kabul edilir. Bir şirket kararının yıllar sonra, alındığı günün şartlarına göre yeniden canlandırılmakta; ticari hayatın zorunlulukları ise, çoğu kez sınırlı bilgilerle fakat süratli kararlar alınmasını gerektirmektedir. Bu noktada girişimcinin fonksiyonu risklerle yüzleşmek, belirsizliklere karşı koymaktır. Dolayısıyla, o günün şartlarında haklı gerekçelerle alınmış ticari bir kararın; yıllar sonra ge-

⁶¹⁰ Bainbridge (2004), s. 112; Şehirali Çelik (2008), s. 112; Aman (2010-11), s. 13.

⁶¹¹ Modern portföy teorisi tek bir firmaya özgü sistematik olmayan risklerle; ekonominin genelini etkileyen sistematik riskleri birbirinden ayrı değerlendirmektedir. Sistematik riskin zararlarından kaçmak çok zordur. Dolayısıyla önemli olan sistematik olmayan riskler bakımından yapılan tercihlerdir; bkz. Bainbridge (2004), s. 112; Ayrıca bkz. Şehirali Çelik (2008), s. 112.

⁶¹² Aman (2010-11), s. 13.

⁶¹³ Lee (2003), s. 946.

⁶¹⁴ Lee (2003), s. 946.

⁶¹⁵ Lee (2003), s. 946.

⁶¹⁶ Joy v. North, 692 F.2d 880, 885-86 (2d Cir. 1982), bkz. Bainbridge (2004), s. 114, dp.188. Aynı metin Bengi tarafından şu şekilde Türkçe’ye çevrilmiştir: “Şirket yönetimine ilişkin kararların değerlendirilmesinde yargı yolu sağlıklı bir araç durumundadır. Çünkü kararın alındığı şartlar tamamen değiştikten bir yıl sonra açılan bir davada, mahkeme salonları o ortamı yeniden sağlayamamaktadır. İş hayatının şartları, az bir bilgiyle de olsa, çabuk karar vermeyi zorunlu kılabilir. Şirket yönetimine ilişkin kararlar, alındığı tarihteki şartlar itibarıyla makul olsa bile, sonradan çok ciddi bir hata olarak görülebilmektedir. O halde müteşebbisin yapması gereken, bir takım riskleri üstlenmek ve belirsizliklerle mücadele etmektir”; bkz. nakleden Bengi (2009), s. 78, dp.166.

rekli tüm bilgilerle donatılmış mahkemeler tarafından çok yanlış bir karar olarak telakki edilmesi adil olmayacaktır”

2.2.3.2. Hâkimlerin ticari konularda bilgisinin sınırlı olduğu görüşü

BJR uygulamasının kabul edilme nedenlerinden bir diğeri de, hâkimlerin, iş yaşamı ile ilgili teknik bilgilerinin sınırlı olduğu; yönetim kurulunun ise ticari yaşamda gerekli kararları alabilecek bilgi birikimi ve uygulama tecrübesine fazlasıyla sahip olduğu şeklindeki düşüncedir⁶¹⁷. Bu görüşe göre hâkimler, kötü işadamları olduklarından yönetim kurulunun kararlarına ancak kötüye kullanım durumunda müdahale edebilirler⁶¹⁸. Bu görüş Dodge v. Ford Motor Co. davasında Michigan Supreme Court’un verdiği kararda, mahkemenin “Hâkim iş hayatının uzmanı değildir- The judges are not business experts” şeklinde dile getirilmiştir⁶¹⁹.

Hâkimlerin, gerekli bilgi birikimi ve tecrübeye sahip oldukları düşünülse bile; yönetim kurulu, işin mutfağında yer aldığı için karar almasına etki eden pek çok olguyu aynı anda göz önünde bulundurarak bir karara varacak iken; hâkimlerin alacağı varsayımsal kararlar hiçbir etki altında kalmadan masa başında alınacaktır⁶²⁰.

Bu düşünce meseleye, yönetim kurulu kararlarının piyasa dinamikleri ile olan bağlantısı kurarak bakmakta ve yöneticilerin aldıkları kararların yerine göre prime hak kazanmak ve yerine göre hukuki ve cezai sorumluluklarına gidilmek gibi olumlu veya olumsuz sonuçları olduğu oysa hâkim kararlarında böyle bir durumun bulunmadığı açısından yaklaşmaktadır⁶²¹. Bir başka ifadeyle hâkimlerin, bağımsız ve teminatlı olarak ve piyasa dinamiklerini gözetmeden yapacakları değerlendirmeler, yöneticilerin alacakları kararlara göre pay sahiplerinin daha fazla aleyhine bir durum meydana getirecektir⁶²².

Ayrıca bu görüşe göre, alınan her kararın içinde bulunulan subjektif koşullara göre mütalaa edilmesi gerektiği için, hâkimlerin bu kararların doğru olup olmadıkları konusunda yapacakları değerlendirmeler, gerçekçi de olamaz⁶²³. Zira alınan her karar,

⁶¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bainbridge (2004), s. 117 vd.; Şehirali Çelik (2008), s. 19 vd.; Okay (2008), s. 47.

⁶¹⁸ Şehirali Çelik (2008), s. 110; Johnson (2005), s. 456.

⁶¹⁹ Bkz. nakleden Bainbridge (2004), s. 117.

⁶²⁰ Şehirali Çelik (2008), s. 110; Okay (2008), s. 47; Bainbridge (2004), s. 119.

⁶²¹ Şehirali Çelik (2008), s. 111; Yöneticiler aldıkları kararların hesabını pay sahiplerine verirler, ama hâkimler için aynı durum söz konusu değildir; bkz. Johnson (2005), s. 457.

⁶²² Şehirali Çelik (2008), s. 111.

⁶²³ Şehirali Çelik (2008), s. 111. Yönetim kurulu şirketi idare ve temsil görevini; geniş bir takdir yetkisiyle, zamana, hal ve şartlara göre aldığı kararları uygulayarak icra etmektedir. Bu kararlar risk-fırsat analizi

piyasa dinamikleri gözetilerek alınabilecek başka kararlar da olduğu halde riskler arasında bir seçimi ifade etmektedir⁶²⁴. Bir başka ifadeyle yöneticiler karar alırken alınabilecek diğer kararlar arasında bir tercihte bulunmaktadır. Bu onlar için bir risktir. Ancak hâkimler kararların doğruluğunu denetlerken, hangi tercihin daha doğru olduğu artık ortaya çıkmış olacağından, kararların doğruluğunu içinde bulunulan şartlara göre değerlendiremeyecektir⁶²⁵. Yine bu görüşe göre, alınan kararın piyasa dinamiklerinden dolayı mı, yoksa yöneticilerinin özen yükümlülüklerine aykırılıktan dolayı mı olumsuz neticelendiğinin tespiti oldukça zordur⁶²⁶.

2.2.3.3. Pay sahiplerinin yönetime müdahale etmelerinin önüne geçtiği görüşü

BJR uygulamasının kabul edilme nedenleri daha ziyade yukarıdaki görüşlere dayandırılrsa da, BJR'nin faydalarını açıklayan başka görüşler de bulunmaktadır. Bunların arasında BJR'nin pay sahiplerinin yönetime müdahale etmesinin önüne geçtiği şeklindeki görüşü özellikle anmak gerekir. Zira BJR lehine görüşlerin temel dayanaklarından birini de bu görüş oluşturmaktadır.

Bu görüşe göre, BJR engeli söz konusu olmasa idi, pay sahipleri sıklıkla mahkemeye başvurmak suretiyle yöneticilerin aldıkları kararları etkileyebilecekti⁶²⁷. BJR sayesinde ki, farklı yöntemler uygulanarak şirket açısından daha kazançlı sonuçlar elde edilebileceği ya da en azından şirketin zarar etmeyeceği anlaşılabilir; mahkemelerin, yönetim kurulunun kararlarını yerindelik denetimine tabi tutmaması sağlanmış olmak-

yapılarak alındığı için; kararların alınması esnasında kullanılan takdir yetkisi aslında yönetim kurulu üyelerinin ileriye yönelik beklenti ve tahminlerinin bir görüntüsünü vermektedir. Buna karşılık hâkimin somut olayı değerlendirmesi; riskin zararlar neticelenmesi ve davaların açılmasından sonra gerçekleşmektedir. Çünkü beklenti ve tahmine neden olan vakıalar artık hâkim tarafından da bilinmektedir. Dolayısıyla, “şirketle ilgili alınan kararların zaman içerisinde olayların tahmin edilenden farklı gerçekleşmesi nedeniyle, ortaklığa zarar verici bir boyut kazanması, yöneticilerin sorumluluğunu gerektirmemelidir.”; bkz. Akdağ Güney (2010), s. 83.

⁶²⁴ Bainbridge (2004), s. 122; Şehirali Çelik (2008), s. 111; Okay (2008), s. 47; Kırca (2004), s. 90.

⁶²⁵ Bainbridge (2004), s. 122; Kırca (2004), s. 90; Şehirali Çelik (2008), s. 111. Nitekim 1988 Tarihli Solash v. Telex Corp. kararında da, “Risklerin değerlendirilmesi ve buna göre karar alınması konusunda, anında karar alabilen yöneticilerin, gerçek bilgi ve sağlıklı muhakeme yapma yeteneğine daha çok sahip oldukları düşünüldüğü için, değerlendirmenin bunlar tarafından yapılmasında büyük bir sosyo-ekonomik fayda bulunmaktadır. Bu nedenle mahkemeler, iyi niyetli ve makul olarak alındığı ve yürütüldüğü düşünülen kararlar hakkında fikir yürütme konusunda, uzun zamandan beri mesafeli davranmaktadırlar.” ifadelerine yer verilmiştir; bkz. nakleden, Bengi (2009), s. 78, dp. 167.

⁶²⁶ Şehirali Çelik (2008), s. 111. Bainbridge bu görüşün BJR'yi tam olarak açıklamaktan uzak olduğu kanaatinde; bkz. Bainbridge (2004), s. 121.

⁶²⁷ Lee (2003), s. 955; Bengi (2009), s. 79.

tadır⁶²⁸. Ayrıca anonim şirketlerde yönetim yetkisini elinde bulunduran yönetim kurulunun, hangi kararların şirket menfaatine uygun olacağı konusunda bir takdir hakkı da bulunmaktadır⁶²⁹.

2.2.3.4. Yönetici olmayı ve girişimciliği teşvik ettiği görüşü

Bu görüşe göre BJR, bireyleri yönetici olarak çalışmaya teşvik etmektedir. Bu görüşe göre, yöneticiler, gördükleri işin niteliğine göre oldukça düşük ücretler almaktadır⁶³⁰. Dolayısıyla özel bir sorumluluk rejimi olmasa idi, yöneticiler işlerini görürken daha isteksiz davranacaklardı⁶³¹. Bu bakımdan BJR uygulaması yöneticilerin yükümlülüklerini yerine getirmek için sarf ettikleri çaba ve harcadıkları zaman karşısında teşvik edici bir fonksiyon üstlenmektedir. Bu vesileyle bireyler de, ticari yaşamda yönetici olmaya teşvik edilmiş olmaktadır. Ayrıca BJR, yönetici olmayı bu şekilde teşvik ederek, aynı zamanda yöneticilerin girişimci kararlar almasını da sağlamış olmaktadır.

2.2.4. Karşılaştırmalı hukuktaki durum

2.2.4.1. Amerikan hukukunda

Business judgment rule Amerikan mahkemeleri tarafından geliştirilmiş ve işlenmiş bir kavramdır. Kavram halen gelişim aşamasındadır. Ancak bazı hukuki metinlerde BJR ile ilgili düzenlemelere yer verildiği de görülmektedir. Dolayısıyla karşılaştırmalı hukuk araştırmamıza Amerikan hukukundan başlamak en mantıklı yol olacaktır.

Amerikan hukuku düzenlemeleri oldukça karmaşık ve çeşitli olduğundan üzerinde uzlaşılan ve pek çok eyalet mevzuatı tarafından esas alınan Model Business Corporation Act hükümlerinden bahsetmenin en uygun yol olduğunu düşünüyoruz.

İncelememize geçmeden önce önemle belirtelim ki; özen yükümlülüğü ile BJR birbirinden farklı kavramlardır. Şöyle ki;

Model Business Corporation Act'in "Yöneticilerin Davranış Ölçüsü" başlıklı § 8.30. paragrafında, özen yükümlülüğü ile ilgili önemli bazı düzenlemeler bulunmaktadır. Adı geçen paragrafın "a" bendi şöyle demektedir:

⁶²⁸ Okay (2008), s. 45.

⁶²⁹ Okay (2008), s. 45.

⁶³⁰ Lee (2003), s. 949.

⁶³¹ Lee (2003), s. 949; Aman (2010-11), s. 14; Johnson (2005), s. 456.

“Yönetim kurulunun her bir üyesi yönetim borcunu ifa ederken

1-İyiniyetli olmalıdır

2-Şirketin en çok faydasına olacak şekilde hareket ettiğine dair makul bir inancı olmalıdır”

Aynı düzenlemenin “b” bendinde de şu ifadelere yer verilmiştir:

“Yönetim kurulunun veya komitelerin bir üyesi, karar alınacak konularda bilgi sahibi olurken ya da gözetim fonksiyonlarına odaklanırken; *benzer koşullar altında aynı görevi ifa eden bir kişinin makul bir şekilde uygun olduğuna inanırken göstereceği özeni* göstermelidir”

Görüldüğü gibi MBCA’da özen yükümlülüğü için öngörülen “benzer koşullar altında aynı görevi ifa eden bir kişinin makul bir şekilde uygun olduğuna inanırken göstereceği özen” ifadesi Türk doktrininde özenin objektifleştirilmesi yönündeki hâkim görüşe oldukça yakındır. 6102 Sayılı TTK’da ifade edilen “tedbirli yönetici” kıstasının kaynağının Amerikan hukuku olduğu halde, MBCA’da neden “tedbirli yönetici” ifadesine yer verilmediği sorusu akla gelebilir.

MBCA’nın madde gerekçesinde “tedbirli yönetici” kıstasının, pek çok eyalet düzenlemesinde yer aldığı ve hatta ALI (American Law Institute) tarafından hazırlanan metinde de bu ifadeye yer verildiği; ancak bu kavramın haksız fiil hukukunda ihmalin belirlenmesine yönelik temel bir kıstas olarak kullanıldığı belirtilmiştir. Ayrıca belirtelim ki, MBCA’nın değiştirilmeden önceki halinde de orta derecede tedbirli kişi (ordinarily prudent person) ifadesine yer verilmişti. Gerekçede, “Bu nedenle, bu kavramın *yöneticilerin sorumluluk ölçüsü olarak kullanıldığı durumlarda; ihmalin, davranışın eksikliği ölçmede makul bir belirleyici olduğunu düşündürmesi* nedeniyle kafa karışıklığına ve yanlış anlamaya” neden olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca gerekçede “buradaki özen, belirli bir yöneticinin uygun olduğuna inandığı koşullardaki özeni değil; benzer koşullar altında benzer pozisyonda yer alan kişinin makul bir şekilde uygun olduğuna inandığı davranışı ifade etmektedir; bu nedenle buradaki özenin ölçüsü objektif olarak belirlenmiştir.” denmektedir.

MBCA ticari risk ihtiva eden kararlar bakımından Business Judgment Rule’un uygulanma şartlarını da ayrıca düzenlemiştir. MBCA’nın § 8.31.paragrafı “Yöneticiler için Sorumluluk Ölçüsü” başlığını taşımaktadır. Bu maddenin “a” bendinde yöneticilerin, bir kararın alınmasından veya alınmamasından ya da alınan bir kararın başarısızlıkla

sonuçlanmasından dolayı, şirkete ve pay sahiplerine karşı sorumlu tutulamayacağı açıkça hükme bağlanmış; ancak yöneticilerin sorumlu tutulabileceği durumlar da ayrıca gösterilmiştir. Ancak § 8.31/a-2’de itiraz konusu davranışların içerdiği ya da sonucu olan bazı hususların varlığına işaret edilerek bunlardan birinin varlığı halinde yöneticinin sorumlu olacağı hükme bağlanmıştır. Bu hususlar BJR’nin uygulanabilirlik şartlarından başka bir şey değildir.

Buna göre davranışın mutlaka iyiniyetli olması şarttır (MBCA § 8.31/a-2-i). MBCA’ya göre verilen kararın şirketin en iyi menfaatleriyle örtüştüğü konusunda yöneticide makul bir inanışın da olması gerekir (MBCA § 8.31/a-2-ii). Yine yöneticinin uygun şartlar içinde makul bir şekilde bilgilendirilmiş olması da gerekmektedir (MBCA § 8.31/a-2-ii).

MBCA § 8.31 ayrıca yöneticinin objektif olmasını da öngörmüştür. Bu anlamda objektiflik, yöneticinin ailevi, şahsına ait işler ve finansal bakımdan bağımsız olması anlamına gelmektedir. Bir başka ifadeyle yönetici kendisinin ya da yakınlarının çıkarlarını gözetmemelidir. Yöneticinin bağımsız olması da şarttır. MBCA anlamında bağımsızlık yöneticinin, kendisinin davranışından maddi bir çıkar sağlayacak bir kişinin tahakkümünden ya da kontrolünden etkilenmemesidir. Her iki durumda da, ailevi, finansal ya da kişisel ilişkiler, tahakküm ya da kontrol, yöneticinin kararını şirket aleyhine olacak şekilde etkilemiş olmalıdır. Bu anlama gelecek makul bir beklenti tesis edildikten sonra da; artık yönetici, itiraz konusu davranışın şirketin en iyi menfaatlerine uygun olduğuna makul bir şekilde inandığını söyleyemeyecektir.

Madde gerekçesine göre yukarıdaki davranış standartları, yöneticilerin en temel fonksiyonlarını belirtmektedir. Amerikan mahkemelerine göre, yönetim kurulu ve yöneticiler risk ve getiriye dengelemek adına pek çok kararlar verebilmektedir. Ancak yöneticiler karar tarihi itibarıyla isabetli ama sonraki tarihte geriye dönüp bakıldığında “akılsızca” ya da “hatalı” görülen kararlar da verebilirler. Sonradan incelendiğinde başarısızlıkla sonuçlandığı görülen kararları yeniden değerlendirmek makul bir çözüm değildir.

2.2.4.2. Alman hukukunda

Alman Paylı Ortaklıklar Kanununun § 93. paragrafının birinci fıkrası, “Yönetim kurulu üyeleri işletmelerin yönetiminde düzenli ve itinalı bir yöneticide olması gereken

özen ve dikkati göstermek zorundadır.” şeklindeki ifadesiyle yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüklerini düzenlemektedir⁶³².

POK § 93. paragrafının birinci fıkrasına 2005 yılında eklenen ikinci cümleye göre ise, “Yönetim kurulu üyesi işletme ile ilgili bir karar alırken kendi muhakemesine göre, şirketin menfaati için, elverişli bilgilere dayanarak hareket ettiği düşüncesinde ise” ortada bir görev ihlali bulunmayacaktır⁶³³.

Görüldüğü gibi Alman hukukunda da özen yükümlülüğüne ilişkin genel kural varlığını korumaktadır. Bu genel özen ölçüsüne, ticari risk ihtiva eden kararlar bakımından bir istisna getirilmiş ve yönetim kurulu üyelerinin bu tip kararların makul bir bilgiye dayanarak şirketin en iyi menfaatine olduğuna inanılarak alınması durumunda, doğacak zarardan sorumlu olmayacakları ayrıca düzenlenmiştir. Esasen bu ifadeler Amerikan hukukundaki BJR’den başka bir şey değildir.

2.2.4.3. Avustralya hukukunda

Avusturalya’da 2001 tarihli Corporations Act’in 180. maddesi birinci fıkrasında yöneticilerin özen yükümlülükleri, ikinci fıkrasında da BJR düzenlenmiştir⁶³⁴.

Buna göre yöneticilerin yetkilerini icra ederken ve yükümlülüklerini ifa ederken gösterecekleri dikkat ve özenin ölçüsü; makul bir kişinin;

- a- Bu şirkette ve bu şirketin şartları altında yönetici olması ve
- b- Yönetici olarak kendileriyle aynı görevi yapması ve şirket içinde aynı sorumluluklara sahip olması durumunda göstereceği dikkat ve özene göre tayin edilir.

Yöneticilerin özen yükümlülüklerinin değerlendirilmesinde şirketin içinde bulunduğu şartlara göre bir karar verilecektir⁶³⁵. Örneğin, şirketin türü, faaliyetlerinin niteliği ve büyüklüğü, yönetim kurulunun kompozisyonu, yöneticilerin şirket içindeki görev ve

⁶³² Kervankıran (2007), s. 251.

⁶³³ Kervankıran (2007), s. 254; J. du Plessis ve I. Saenger (2007). The general meeting and the management board as company organs. *German corporate governance in international and European context* içinde. Berlin: Springer, s. 60 vd.

⁶³⁴ Kanun metni için bkz. http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/ (Erişim tarihi: 14.08.2011); J.J. de Plessis vd. (2011). *Principles of contemporary corporate governance*. New York: Cambridge University Press, s. 244 vd.

⁶³⁵ de Plessis vd. (2011), s. 245.

sorumlulukları, yöneticinin belirli bir konudaki tecrübesi ya da yeteneği ve somut olayın şartları göz önünde tutulacaktır⁶³⁶.

180. maddenin ikinci fıkrasında ise iş adamı kararı, “şirketin ticari faaliyetleri ile ilgili olarak yapma ya da yapmama şeklindeki bir karar” olarak tanımlanmıştır. Buna göre aşağıdaki şartları taşıyarak alınan bir kararın varlığı durumunda yöneticiler; birinci fıkradaki özen yükümlülüğünü, Common Law ve nasafet hukukunda yer alan buna benzer yükümlülüklerini yerine getirmiş sayılırlar:

- a- Amaca uygun bir şekilde iyiniyetli olarak alınmış ise;
- b- Yöneticilerle ilgili kişisel maddi bir çıkara ilişkin değilse;
- c- Kararın konusu ile ilgili olarak, kararın uygun olduğuna dair bilgilendikleri hususunda makul bir inanç taşıyorlarsa;
- d- Kararın şirketin en iyi menfaatleri ile örtüştüğü hususunda mantıklı bir inançları da varsa ve
- e- *Kendilerinin yerinde makul bir kişi olsaydı, o dahi alınan kararın şirketin en iyi menfaatlerine uygun olduğuna dair mantıklı bir inanç taşıyacaksa*

Hemen belirtelim ki, ikinci fıkrada ayrıca şöyle bir düzenleme yer almaktadır: “Bu hükümler sadece 180. maddenin birinci fıkrasında, Common Law ve Nasafet Hukuku’nda öngörülen özen yükümlülükleri ile ilgili olup; bu kanunun ve başka kanunların yöneticiler için öngördüğü yükümlülüklerle uygulanmaz.”⁶³⁷

2.2.4.4. Karşılaştırmalı hukuk araştırmasının sonucu

Görüldüğü gibi Amerika’da MBCA, Almanya’da POK ve Avustralya’da da Corporations Act önce yöneticilerin özen yükümlülüklerini düzenlemiş ve hemen ardından ticari risk ihtiva eden kararlar bakımından ayrı hükümler sevk ederek BJR’yi düzenlemiştir.

6102 Sayılı TTK’nın 369. maddesinde ise, sadece yöneticilerin özen yükümlülükleri düzenlemiş ve ticari risk ihtiva eden kararlar bakımından BJR ile ilgili hiçbir düzenlemeye bulunulmamıştır. Ancak, 369. maddenin hükümet gerekçesinde BJR ile ilgili açıklamalar yapılarak, tedbirli bir yöneticinin, ticari risk ihtiva eden kararlarından sorumlu olmayacağı belirtilmiştir. Şu durumda Türk pozitif hukukunda BJR ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Hatta 369. maddenin

⁶³⁶ de Plessis vd. (2011), s. 245.

⁶³⁷ Bu hükümle ilgili örnekler için bkz. de Plessis vd. (2011), s. 246.

kanunlaşmadan önceki halinde yer alan ve daha sonra madde metninden çıkarılan “üyelerin ve yöneticilerin görevlerini yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir” şeklindeki üçüncü fıkra varlığını korusaydı bile durum değişmeyecekti.

Bu hususla ilgili olarak doktora tez çalışmasında Bengi, şu ifadeleri kullanmıştır⁶³⁸:

“Böylece anlaşılmaktadır ki, Tasarının ilk biçiminde, yöneticinin hukuka uygunluk kuralı- BJR, bir sorumsuzluk varsayımı olarak açıkça yer almış iken Adalet Komisyonunda yapılan değişiklikle bu varsayım devre dışı bırakılmıştır.

Bununla birlikte kanaatimizce business judgment rule, özen borcunu ve genel olarak sorumluluğun çerçevesini netleştiren bir kriterler demeti olarak varlığını sürdürecektir. Zira Tasarıda ve gerekçesinde, bazı unsurlarıyla, dolaylı olarak ifade edilmiş olsa da, yasalaştığında Türk hukukunda da uygulanabilir hale gelecek ve en azından pozitif hukuk açısından tartışmaya açılmış olacaktır.

Ancak metinde yapılan değişiklikle, business judgment rule’un ispat yükünü yönetim kurulu üyeleri lehine dönüştüren klasik yaklaşımı reddedilmek suretiyle, bu ilkenin sorumluluk davalarındaki etkisi azaltılmış olmaktadır”

Bengi’nin bu görüşlerine biz de aynı şekilde katılıyoruz. Bu durumda acaba, hakimın önüne ticari risk ihtiva eden kararlarla ilgili bir sorumluluk davası geldiğinde, 369. maddenin hükümet gerekçesindeki açıklamaların yardımıyla BJR hükümlerini uygulaması mümkün müdür? Gerekçelerin kanun metnine dâhil olmaması ve sadece yol gösterici olması nedeniyle; gerekçedeki açıklamaları karara esas teşkil edip, kanunda olmayan bir kurumu uygulamanın hakkaniyetle bağdaşmayan sonuçları olabilecektir. Daha da önemlisi bu durum, yeni TTK’nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, birbirinden farklı ve çelişkili kararların alınmasına da neden olabilecektir.

Kanaatimizce BJR’nin, Amerikan hukukunda mahkeme kararları ile doğup gelişen bir kavram olması nedeniyle, 6102 sayılı TTK’da düzenlenmese bile, “tedbirli yöne-

⁶³⁸ Bengi (2009), s. 119.

tici” kavramının içeriğinden yorum yoluyla çıkarılmak suretiyle uygulanması mümkündür. Zira 369. maddenin hükümet gerekçesinde de belirtildiği gibi, “*Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır.*”

Ancak uygulamada doğması muhtemel sıkıntıların önüne geçmek için Alman ve Avustralya hukuklarında olduğu gibi, 6102 sayılı TTK md. 369 hükmüne ek bir fıkra ile BJR ile ilgili hükümlerin konulması uygun olacaktır.

2.2.5. Business Judgment Rule’un uygulanabilmesi için aranan şartlar

Alman hukukuna göre, bir kararın BJR kapsamında değerlendirilebilmesi için, işletmenin faaliyetiyle ilgili ticari bir karar olması, bu kararın bağımsız ve tarafsız bir şekilde ve iyiniyetle alınmış olması, yeterli bilgi kaynaklarına dayanılarak alınan bir karar olması ve işlemlerin şirket menfaatlerini gerçekleştirmek üzere yapılması şartları aranmaktadır⁶³⁹. Eğer alınan bir kararda bu beş şart bulunmakta ise, artık yöneticiler görevini ihlal etmemiş demektir⁶⁴⁰.

Amerikan hukukunda BJR, yönetim kurulunun özen yükümlülüklerine aykırı hareket ettiği iddialarında uygulama bulmakta; buna karşılık sadakat ve gözetim yükümlülüklerine aykırılık, temsil yetkisinin aşılması, ağır ihmal, hukuka aykırı olarak veya hile ile alınan kararlarda uygulanmamaktadır⁶⁴¹. Yine BJR, sadece yönetim kurulu için değil, yetki devrinde bulunan yöneticiler için de uygulanmaktadır⁶⁴².

⁶³⁹ Kervankıran (2007), s. 255. Doğrusöz de, BJR için beş şartın varlığının gerekli olduğunu belirtmekle beraber, yazar işlemlerin şirket menfaatlerini gerçekleştirmek üzere yapılması şartını belirtmemiş, bunun yerine “özen yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması” şartının varlığının gerektiğini ifade etmiştir; bkz. Doğrusöz (2010), s. 164.

⁶⁴⁰ Doğrusöz (2010), s. 164.

⁶⁴¹ Hansen (1993), s. 1367 vd.; McMurray (1987), s. 617.; Bengi (2009), s. 101 vd.; Okay (2008), s. 80. Yazar, gözetim yükümlülüklerinin ihlali halinde ortada ticari bir karar olmaması nedeniyle BJR’nin uygulanmadığını belirtmiştir. Yine Delaware eyaletinde, yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüklerini ihlal ettikleri gerekçesiyle hukuken sorumlu tutulmaları için sürekli ve sistematik bir ihlalin gerekli olduğunu ifade etmektedir; bkz. Okay (2008), s. 98.

⁶⁴² Okay (2008), s. 81. Nitekim 6102 sayılı yeni TTK’nın 369. madde gerekçesinde de, “Özen yükümü yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Yöneticilerin ayrıca zikredilmeleri, yönetim hakkının 367 nci maddeye göre devri halinde özellikle önem taşımaktadır.” denilerek aynı hususa işaret edilmiştir; bkz. 6102 sayılı yeni TTK md. 369. Hükümet Gerekçesi.

Bengi, BJR'nin uygulanma şartlarını; yönetim kurulu kararı, tarafsızlık ve bağımsızlık, özen yükümlülüğü, iyi niyetli davranma ve takdir yetkisinin yerinde kullanılması olarak belirtmiştir⁶⁴³.

Kanaatimizce BJR'nin uygulanabilmesi için dört şartın varlığı gereklidir. Buna göre ticari konularda alınmış bir karar bulunmalıdır. Yine bu karar şirketin en iyi menfaatleriyle örtüşmeli; ayrıca bağımsızlık ve tarafsızlık ilkelerine göre ve gerekli özen gösterilerek alınmalıdır. Nihayet karar alıcıların iyiniyetli olması gerekmektedir.

Biz aşağıda bu şartları incelerken, iyiniyet şartını, kararın gerekli özen gösterilerek alınmış olması şartı başlığında ele almayı uygun bulmaktayız.

2.2.5.1. Ticari konularda alınmış bir karar bulunmalıdır

BJR'nin uygulanabilmesinin ilk şartı, ortada yönetim kurulu tarafından alınmış ticari bir kararın olmasıdır. Yönetim kurulu tarafından alınmış bir karar ile kastedilen, şirketin yönetimi ile ilgili olan, sonuç doğurmayı amaçlayan iradi tercihlerdir⁶⁴⁴. Amerikan hukukuna göre, yönetim kurulu kararları BJR'nin uygulanması bakımından işletmeyi ilgilendiren ve mülkiyeti ilgilendiren kararlar olarak ikiye ayrılmaktadır⁶⁴⁵. Bu kapsamda yeni yatırımlar yapmak, işletmenin faaliyet konusunu yeni alanlara yatırım yaparak çeşitlendirmek, üçüncü kişilerle hukuki işlemler yapılması, şirketin malvarlığında yer alan unsurlara ilişkin kararlar alınması gibi konular işletmeyi ilgilendirilen kararlardan sayılır ve BJR kural olarak bu tip kararlarda uygulama alanı bulmaktadır.

Alman hukukundaki düzenlemeye göre kararın “işletmenin faaliyeti ile alakalı ticari nitelikte” bir karar olması gerekmektedir. Bu karar, gelecekle ilgili olarak yapılacak tahminlere dayalı olarak alınacaktır⁶⁴⁶. Değişiklik gerekçesinde bu durum, “business judgment rule sadece işletme yönetimi ile alakalı olan kararlar üzerinde kullanım alanı bulacak; sadakat yükümlülüğü, enformasyon yükümlülüğü ve diğer kanuna ve şirket sözleşmesine aykırılıklardan doğan sorumluluklar kapsam dışında olacaktır.” şeklinde açıklanmıştır⁶⁴⁷.

⁶⁴³ Bengi (2009), s. 88.

⁶⁴⁴ Okay (2008), s. 97.

⁶⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Okay (2008), s. 99 vd.

⁶⁴⁶ Kervankıran (2007), s. 255. Ancak 2005 değişikliğinin gerekçesine göre işletme faaliyetleri kapsamında alınan bu kararın sadece alınmış olması yetmemekte, aynı zamanda hukuki işlemlere girişmek gibi yollarla uygulanmış olması da gerekmektedir; bkz. aynı yazar, s. 255.

⁶⁴⁷ Kervankıran (2007), s. 254.

Kervankıran'a göre yönetim kurulundan beklenen, işletmeyi geliştirmek için çalışması olduğundan; yönetim kurulu, yetkilerini risk üstlenmemek adına hareketsiz kalmak şeklinde kullandığı takdirde, bu durum, yönetim kurulunun yükümlülüklerini ihlal ettiği anlamına gelecektir⁶⁴⁸. Ancak Bengi'nin bizim de katıldığımız görüşlerine göre⁶⁴⁹, "Eğer yönetim kurulu, işletmeye yarar sağlayacak işlerin araştırılması, bulunması ve riskin değerlendirilmesi konularında sahip olduğu takdir yetkisini de kullanarak bir işin yapılmamasına karar vermişse; sonradan, geriye dönük yapılan değerlendirmede, yanlış olduğu ortaya çıksa bile, BJR devreye girecek ve şartları yoksa herhangi bir sorumluluğu söz konusu olmayacaktır". Kanaatimizce, ticari risk ihtiva eden bir konuda hareketsiz kalınması durumunda da, ortada ticari konularda alınmış bir kararın bulunmaktadır. Buna göre altın fiyatlarının yükseleceğine dair emareler bulunsa bile, yöneticilerin mevcut yatırım portföylerini bozmamaları mümkündür ve bu tip durumların BJR kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

2.2.5.2. Yöneticilerde alınan kararın şirketin en iyi menfaatleriyle örtüştüğüne dair makul bir inanç bulunmalıdır

Alınan kararda kabul edilebilir düzeyde ticari bir amacın bulunmasının yanı sıra; yönetim kurulu üyelerinin kararın şirketin lehine olacağına ilişkin makul bir inanca sahip olmaları da şarttır⁶⁵⁰. Burada şirketin lehinde ifadesi ile kastettiğimiz Amerikan mahkeme kararlarında da sıkça geçen şirketin en iyi menfaatleriyle örtüştüğüne dair makul inançtır. Yukarıda da gördüğümüz gibi MBCA uyarınca da, verilen kararın şirketin en iyi menfaatleriyle örtüştüğü konusunda yöneticide makul bir inanın olması gerekir (MBCA § 8.31/a-2-ii).

Bu kavram oldukça subjektif bir değer yargısını içermektedir. Zira neyin şirketin en iyi menfaatiyle örtüştüğü hususunun tespiti oldukça zor iken; bir de yöneticilerde bununla ilgili makul inancın bulunup bulunmadığının belirlenmesi, meseleyi daha da çetrefil hale getirmektedir. Hemen belirtelim ki, şirketin en iyi menfaatlerinin ne şekilde belirleneceği ile ilgili bazı kıstaslar da geliştirilmemiş değildir. Örneğin şirketin amaç ve konusu ile ilgili olan; şirketin değerini artırmayı amaçlayan, bütün pay sahiplerinin menfaatlerini gözetken ve farklı menfaatler arasında bir denge oluşturabilen kararların,

⁶⁴⁸ Kervankıran (2007), s. 255.

⁶⁴⁹ Bengi (2009), s. 89 vd.

⁶⁵⁰ Arsht (1979), s. 128; Şehirli Çelik (2008), s. 117.

şirketin en iyi menfaatleriyle örtüşebileceği kabul edilebilir⁶⁵¹. Hemen belirtelim ki, alınan karar şirketin en iyi menfaatleri ile örtüşse bile, kanunlara ya da kamu düzenine aykırı ise, yöneticiler BJR savunmasında bulunamayacaklardır⁶⁵².

Finansal kriz durumlarında yöneticilerin aldıkları birleşme kararlarının, şirketin en iyi menfaatleriyle örtüşüp örtüşmediği konusunu da burada ayrıca incelememiz gerekir⁶⁵³. Bu kapsamda Amerikan mahkemelerinin son finansal krizin ardından, Bear Stearns'ın JP Morgan şirketi ile ve Wachovia'nın da Wells Fargo ile birleşmesi konusunda verdiği kararlardan kısaca bahsetmek uygun olacaktır. Her iki şirketin ortak özelliği de düştükleri likidite krizinden birleşme yolu ile çıkmış olmalarıdır. Bear Stearns davasında davacılar, JP Morgan'ın teklifi haricinde diğer tekliflerin de araştırılması gerektiğini; Wachovia davasında ise, yönetim kurulunun birleşme anlaşması imzalanmadan evvel, Amerikan Kongresinden çıkması beklenen finansal destek paketinin beklenmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir.

Her iki davada da mahkemeler, ekonomik kriz ortamında, yöneticilerin zaman sıkışıklığı, ekonomik ortam ve yönetim baskısı altında aldıkları kararların BJR kapsamında olduklarına hükmetmişlerdir⁶⁵⁴. Wachovia kararında mahkeme ayrıca, mahkemelelerin, finansal destek paketinin uygulamaya konacağına dair söylentilere dayanarak yöneticileri bunu öngörmemeleri nedeniyle sorumlu tutamayacağını da belirtmiştir⁶⁵⁵.

2.2.5.3. Karar bağımsızlık ve tarafsızlık (objektiflik) ilkelerine göre alınmış Olmalıdır

Tarafsızlık ilkesiyle kastedilen, yönetim kurulu üyesinin veya yakınlarının alınan kararın taraflarından birisi olmamasıdır⁶⁵⁶. Bir başka deyişle, yönetim kurulu üyesi veya yakınlarının alınan karar neticesinde şirketle işlem yapmış olması, kararın tarafsız olmadığı

⁶⁵¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Bengi (2009), s. 142 vd. Ayrıca bkz. MBCA gerekçesi, s. 8.69.

⁶⁵² Arsht (1979), s. 129 vd.

⁶⁵³ Ayrıntılı bilgi için bkz. R. Giuffra ve C. Korsmo (2009). The financial crisis and the business judgment rule. *The Corporate Governance Advisor*, 17 (1), s. 9 vd.

⁶⁵⁴ Giuffra ve Korsmo (2009), s. 11.

⁶⁵⁵ Giuffra ve Korsmo (2009), s. 11.

⁶⁵⁶ Arsht (1979), s. 115 vd.; Şehirali Çelik (2008), s. 115; Okay (2008), s. 101; Bengi (2009), s. 90 vd.; Yargıtay 11. HD'nin 17.02.1984 tarih ve 606 Esas ve 835 Karar sayılı kararı: "Banka genel müdürü de YK üyesi sıfatı ile şahsi menfaatine ilişkin idare meclisi toplantısına katılmış ve usulsüz para almış olmakla, bu para genel müdürden geri istenebilir."; Uçar (1994), s. 238.

ğı anlamına gelecektir⁶⁵⁷. Bağımsızlık ise, başta alınan kararlar ilgili menfaat sahipleri olmak üzere, kararın hiç kimsenin tesiri ile alınmamış olmasını ifade eder⁶⁵⁸.

Tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerine aykırı hareket sadakat yükümlülüğünün de ihlal edildiği anlamına gelecektir. Dolayısıyla yönetim kurulu üyeleri bu ilkelere aykırı olarak aldıkları kararlarda, sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket etmiş olacaklarından, bu tip durumlarda BJR uygulanmayacaktır. Ancak bu şekilde hareket eden üye olmasaydı bile kararın alınabildiği hallerde BJR uygulanabilecektir⁶⁵⁹.

2.2.5.4. Karar gereken özen gösterilerek ve iyiniyetle alınmış olmalıdır

Buna göre yönetim kurulu üyeleri, alınacak karar hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olmalı ve karar yeterli bilgiye dayanılarak alınmalıdır⁶⁶⁰. Yönetim kurulu bu kapsamda kararını almadan önce bütün bilgi kaynaklarına ulaşmaya çalışmalı, kararını mümkün olan en yeterli bilgiye ulaştıktan sonra vermeye gayret etmelidir⁶⁶¹. Elde edilecek bilgilerin mahiyeti ve alınacak kararı etkileme derecesi yönetim kurulunun takdirinde olsa da; karar alınmasında ağır ihmalin söz konusu olmaması şarttır⁶⁶².

Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu § 93'ün gerekçesine göre, karar alınırken objektif bilgi kaynaklarının yanı sıra, “içgüdüler, tecrübe ve piyasa şartlarının ne yönde gelişeceğine dair tahmin yeteneği” gibi hususlar da önem arz etmektedir⁶⁶³. Dolayısıyla yönetim kurulu, aldığı kararlarda bilgi kaynaklarını ne düzeyde kullanacağı hususunda

⁶⁵⁷ Şehirali Çelik (2008), s. 115; Okay (2008), s. 101. Ancak alınan kararın aynı zamanda şirket menfaati ile örtüşmesi halinde tarafsızlık zedelenmiş olmayacaktır; bkz. Kervankıran (2007), s. 256.

⁶⁵⁸ Şehirali Çelik (2008), s. 116; Okay (2008), s.104; Bengi (2009), s. 92. Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu § 93'ün gerekçesinde, “Bir yöneticinin şirketin yararına hareket ettiğini kabul edebilmek için kendisinin bu tür etkilerden uzak bir şekilde karar aldığının bilincinde olması gerekmektedir” denilerek, bağımsızlık ilkesinden zımni bir şekilde bahsedilmiştir; bkz. Kervankıran (2007), s. 256.

⁶⁵⁹ Okay (2008), s. 104; Bengi (2009), s. 95. 6102 Sayılı yeni TTK'nın 569. madde gerekçesinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Birinci fıkrada yer alan, şirket menfaatinin dürüstlük kuralına göre gözetilmesi gereğine ilişkin temel özen kuralı 6762 sayılı Kanunda açık olarak öngörülmemiştir. Bu yüküm ile, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatinin, hâkim pay sahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatinin, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hâkim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını ifade eder. Hüküm yönetim kurulu üyesini ayrıca rekabet yasağına uymak dışında şirkete karşı kapsamlı bağlılık yükümü altına sokar; içerden öğrenenlerin ticareti yasağına ve kendi kendisiyle iş (sözleşme) yapmak kurallarına uymasını zorunlu tutar.”

⁶⁶⁰ Şehirali Çelik (2008), s. 116; Kervankıran (2007), s. 256; Kırca (2004), s. 93.

⁶⁶¹ Kervankıran (2007), s. 257; Kırca (2004), s. 93.

⁶⁶² Kervankıran (2007), s. 257; Bengi (2009), s. 95.

⁶⁶³ Kervankıran (2007), s. 257.

ve risk-getiri analizi yaparak en doğru kararı vermek konusunda oldukça geniş bir hareket alanına sahip olmaktadır⁶⁶⁴.

Eğer alınan kararda, yönetim kurulu üyelerinin ağır ihmali söz konusu ise, BJR uygulanmayacaktır⁶⁶⁵. Örneğin Delaware Supreme Court, Smith v. Von Gorkom kararında Trans Union yöneticilerini, sadece iki saatlik bir görüşmenin ardından şirketin satılmasına karar vermeleri sebebiyle ağır kusurlu bulmuştur⁶⁶⁶.

BJR'nin uygulanması için gerekli olan bu şart aslında, yöneticilerin hukuki sorumluluğuna gidilebilmesi için gerekli olan özen yükümlülüğünün de sınırlarını çizmektedir. Burada dikkatlerden kaçmaması gereken nokta, yöneticilerin aldıkları kararın özen yükümlülüklerine aykırılık teşkil ettiği iddiasıyla açılan davalarda; mahkemelerin özen yükümünü BJR'nin tayin ettiği sınırlar dâhilinde incelemek zorunda olmasıdır⁶⁶⁷. Hemen belirtelim ki, Amerikan hukukunda BJR kapsamında özen yükümlülüğüne aykırılık, genellikle, makul derecede bilgiye dayanılarak karar alınıp alınmadığı noktasında somutlaşmaktadır⁶⁶⁸.

Yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkilerinin incelenmesi, karar ne zaman alınmışsa o zamanın şartlarına ve o andan sahip olunan bilgi ve belgelere göre yapılmalıdır⁶⁶⁹. Bunun doğal sonucu olarak da içinde bulunulan şartlara göre *şirketin en iyi menfaatlerine uygun olduğu* kanaatine varılarak alınan bir kararın sonradan olayların başka yönde şekillenmesi nedeniyle olumsuz bir şekle bürünmesi halinde yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarına gidilemeyecektir⁶⁷⁰.

Kararın bilgiye dayalı olarak alınması, bilginin elde edilmesi, incelenmesi ve değerlendirilmesi süreçlerinden oluşan bir bütündür⁶⁷¹. Bilgiye hâkim olma konusunda Amerikan hukukunda biri subjektif ve diğeri objektif olmak üzere iki kıstastan hareket

⁶⁶⁴ Kervankıran (2007), s. 257.

⁶⁶⁵ Şehirali Çelik (2008), s. 116; Bengi (2009), s. 95.

⁶⁶⁶ 488 A. 2d 858 (Del.1985); F.A. Gevurtz (1994). The business judgment rule: Meaningless verbiage or misguided notion. *S. Cal. L. Rev.*, 67, s. 299.; Bu karardan sonra kimsenin Delaware eyaletinde bir anonim şirkette yönetici olmak istemediği belirtilmiştir; bkz. Holland (2008), s. 2.

⁶⁶⁷ Okay (2008), s. 106.

⁶⁶⁸ Okay (2008), s. 107.

⁶⁶⁹ Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp], (2009), s. 341. BJR'nin uygulanabilmesi için ayrıca yönetim kurulu üyelerinin kararı aldıkları esnada iyiniyetli olmaları gerekmektedir; Şehirali Çelik (2008), s. 117. Buna göre kararlar yeterli bilgi kaynaklarına dayanmadan alındığı için olması gerekenden farklı bir sonuç gerçekleşmişse ya da taşıması gereken asgari standartları taşıyor ve tereddüt uyandırıyor, bu kararların iyiniyetle alınmadığı kabul edilebilir; bkz. Kervankıran (2007), s. 257.

⁶⁷⁰ Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp], (2009), s. 341.

⁶⁷¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Okay (2008), s. 108 vd.

edilmektedir⁶⁷². ALI tarafından geliştirilen subjektif kıstasa göre, yönetim kurulu üyeleri karar verirken yeterli bilgiye dayanarak karar verdiklerine dair makul bir inanç (reasonable belief) taşıyorlarsa, aldıkları kararın bilgiye dayandığı kabul edilir. Buna karşılık objektif kıstasa göre, kararın bilgiye dayalı olarak verildiğinin kabul edilmiş sayılması için, makul bir şekilde ulaşılabilecek tüm bilgilere ulaşılmış ve bunların değerlendirilmiş olması gerekmektedir. Objektif kıstas Delaware eyaletinde uygulanmaktadır.

Her iki kıstas bakımından da, yönetim kurulu üyelerinin, yönetim kurulu ve komite toplantılarına katılması; toplantılardan önce toplantıda görüşülecek hususlarla ilgili bilgi sahibi olması ve gerekli raporların kendisine gönderilmesi, mali tablolar, bağımsız denetim raporları gibi belgeleri incelemesi, gerektiğinde uzman bir 3.kişinin görüşlerine başvurması gibi hususlar kararın bilgiye dayalı olarak alındığı anlamına gelmektedir⁶⁷³. Hemen belirtelim ki, her konu hakkında bilgi sahibi olması mümkün olmayan yönetim kurulu üyesi için, uzman kişiye danışma hakkı ve yükümü, özen yükümlülüğünün en doğal sonucudur⁶⁷⁴.

Kırca'ya göre, "gerekli hazırlıklarının yapıldığı, teknik alt yapısının tam olduğu, şirket çıkarlarına yabancı unsurların etkide bulunmadığı" kararların sonuçlarından üyelerin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır⁶⁷⁵.

Çamoğlu, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının belirlenmesi esnasında, kurulun aldığı kararlarda üyelerin gösterecekleri özen derecesinin, mahiyeti itibarıyla özen ölçüsü anlamına geldiğini belirtmiştir⁶⁷⁶. Yazara göre, yönetim kurulu üyeleri, şirketin birimleri tarafından kendilerine sunulan bilgi ve belgelere itimat etmek durumunda olduklarından; bu verilere dayanarak takdir yetkisini kullanıp, karar taslaklarının leh ya da aleyhinde oy kullanmaları durumunda, üyelerin hukuki sorumlulukları söz konusu olmayacaktır. Ancak kararın alınması aşamasında kanuna ya da sözleşmeden doğan bir yükümlülüğe aykırılık tespit edilirse, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna gidilebilecektir. Keza, çeşitli alternatifler arasında bir seçimi ifade eden

⁶⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. Okay (2008), s. 110 vd.

⁶⁷³ Doğrusöz (2010), s. 149.; Kırca (2004), s. 94.; Kaplan (2006), s. 13. Okay, Amerika'da yönetim kurulu üyelerinin şirket personeli ve komiteler tarafından kendilerine sunulan bilgi ve belgelere iyiniyetle güvenmeleri halinde hukuki sorumluluklarının söz konusu olmadığını ifade etmiştir; bkz. Okay (2008), s. 108 vd.; Ayrıca bkz. Kaplan (2006), s. 14.

⁶⁷⁴ Helvacı (2001), s. 46, dp.148; Kırca (2004), s. 94.

⁶⁷⁵ Kırca (2004), s. 95.

⁶⁷⁶ Yazarın görüşleri için bkz. Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp], (2009), s. 340 vd.

takdir yetkisinde hataya düşülmesi halinde; bu hatanın, somut bazı olaylar nedeniyle takdir yetkisinin aşılmasından kaynaklandığı hallerde, somut vakıaların hâkim tarafından gözetilmesi gerekir.

Pulaşlı, Alman hukuk doktrinde yöneticilerin özensizliği ile bağlantılı olarak işletmeyi zarara uğratan kararların dört gruba ayrılarak incelendiğini ifade etmiştir⁶⁷⁷. Buna göre birinci grupta yanlış ve eksik bilgiye dayanılarak alınan kararlar ile bilginin doğru olmasına rağmen, değerlendirmenin sakat olduğu kararlar yer alır. İkinci grupta belirsizlikler nedeniyle, gelecekteki olayların beklentilerin tersine gelişmesinden kaynaklanan zararlar bulunmaktadır. Pulaşlı, bu nedenle yöneticilerin olabilecek en iyi sonuç ile en kötü sonucu kararı alırken tartması gerektiğini belirtmiştir⁶⁷⁸. Yazarın belirttiği üçüncü grupta, kararın hatalı bir şekilde uygulanmasından kaynaklanan zararlar; dördüncü grupta ise BJR yani işadamı kararı olarak anılan kararlardan kaynaklanan zararlar yer almaktadır⁶⁷⁹. Ancak kanaatimizce Pulaşlı'nın belirttiği ilk üç grupta yer alan kararlar da birer işadamı kararıdır. Örneğin bilginin doğru olmasına rağmen, kararın yanlış değerlendirilmesi; değerlendirmenin sakat olduğunu gösterse de, BJR kapsamındadır. Yine yazarın belirttiği ikinci grupta yer alan, olayların beklentilerin tersine gelişmesi de BJR kapsamında ele alınmalıdır.

Walt Disney 2005 kararında Delaware şirketler hukuku bakımından yöneticilerin özen ölçüsünün “dikkatli ve tedbirli üçüncü kişilerin aynı şartlarda göstermesi gereken özen” ve “makul bir şekilde ulaşılabilir bütün maddi bilgi kaynaklarına ulaşmak” olarak ifade edilmiş ve her halükarda yöneticilerin sorumluluğuna gidebilmek için ağır ihmallerinin bulunması gerektiği açık bir şekilde zikredilmiştir⁶⁸⁰. Görüldüğü gibi karar, bilgiye ulaşma konusunda makul bir çabadan bahsetmektedir.

Yine Walt Disney 2005 kararında özen yükümlülüğü bağlamında ağır ihmalden anlaşılması gerekenin, “tehlikeli ve kayıtsız davranışlarla veya şuurlu olarak ihmal etmek suretiyle (deliberate disregard) pay sahiplerinin haklarını ihlal etmek” ya da “mantık sınırlarını zorlayan davranışlar” olarak anlaşılması gerektiği hükme bağlanmıştır⁶⁸¹. Kırcı bu tip durumlara, “ekonomik kriz belirtileri ortaya çıkmasına rağmen dolarla

⁶⁷⁷ Pulaşlı (2009), s. 54 vd.

⁶⁷⁸ Pulaşlı (2009), s. 54.

⁶⁷⁹ Pulaşlı (2009), s. 55.

⁶⁸⁰ Walt Disney 2005, s. 112.

⁶⁸¹ Walt Disney 2005, s. 114.

borçlanmaya devam kararı; şirket için hiçbir getirisi olmayıp da, sırf risk içeren bir işleme yönelik karar; şirketin varlığını tehlikeye düşüren karar” örneklerini vermiştir⁶⁸².

Hansen ise, bu tip durumlara kötü davranış (egregious conduct) adını vermektedir⁶⁸³. Yazar bunlara örnek olarak yöneticilerin, takdir yetkilerinin izin verilebilir sınırlarının dışında kalan ve aşırı derecede mantıksız ve makul olmayan kararların alınmasını, takdir yetkisinin kötüye kullanılmasını, şuurlu ihmâl gibi davranışları örnek vermiştir. Yazara göre, bir davranış makul derecede tedbirli bir iş adamının davranışı ile kıyaslandığında aşikâr bir şekilde kötü bir işletme kararı olarak görülebiliyorsa kötü davranış sayılmalıdır.

Okay, yönetim kurulunun bu konuda ağır ihmali bulunmaktaysa alınan karardan kaynaklanan zarar nedeniyle üyeler hukuken sorumlu olmakta; ancak her halükarda alınan kararın mahkemece yerindelik açısından değerlendirilmeyeceğini savunmaktadır⁶⁸⁴. Buna karşılık Kırca bu tip durumlarda kararın yerindelik incelemesinin yapılabilceği kanaatindedir⁶⁸⁵.

Belirtelim ki, BJR’nin uygulanma şartları ortadan kalktıktan sonra doğacak zararın miktarının ve kimin hangi zarardan ne nispette sorumlu olacağının tespit edilebilmesi, kararın incelemeye tabi tutulmasını gerektirmektedir. Ayrıca Amerikan hukuku bakımından ele alırsak, bir kararın üzerinden ağır ihmâl nedeniyle BJR kalkanının kalkması demek, olayın artık Common Law kapsamına girmesi anlamına gelecektir. Mahkemenin bu durumda meseleyi (tort law-haksız fiil hukuku) bağlamında ve özen yükümlülüğünün ihlâl edilip edilmediğine göre çözmesi gerekir. Bu durumda yerindelik denetimi kaçınılmaz hale gelecektir.

3. Bankacılık Risklerinin Kötü Yönetilmesinde Kusurluluk Durumları

3.1. Kusurlu Davranışın Nedeni Olarak Bankacılıkta Risk Kavramı

Çalışmamızın birinci bölümünde finans doktrininin, Basel düzenlemelerinin ve mevzuatımızın risklere olan bakış açısını ve riskleri ne şekilde sınıflandırdıklarını incelemiştik. Bankacılık risklerinin hukuki sorumluluk ile olan bağlantısını tespit edebilmek

⁶⁸² Kırca (2004), s. 96.

⁶⁸³ Yazarın görüşleri için bkz. Hansen (1993), s. 1366.

⁶⁸⁴ Ancak yazar, Delaware eyaletinde yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne aykırı hareket ettiklerinin ispatlanması halinde mahkemelerin yerindelik denetimi yaptığı bazı mahkeme kararlarından bahsetmektedir; bkz. Okay (2008), s. 113.

⁶⁸⁵ Kırca (2004), s. 95.

için, kanaatimizce finans doktrininin yaptığı onlarca sınıflandırmanın ve Basel II düzenlemesinin üçlü ayrımının hangi temelde yapıldığının ortaya konması gerekmektedir. Bu sınıflandırmalarda bazı hususlar dikkat çekicidir. İlk olarak riskler türlerine göre ayrımlara tabi tutulurken, bankaların esas alındığı açık bir şekilde ortadadır. Bir başka ifadeyle bu sınıflandırmalar, banka zararı hesaba katılarak yapılan sınıflandırmalardır.

Oysa bankacılık riskleri nedeniyle bankalar dışında zarar gören başka kişiler de söz konusu olabilir. Bir başka ifadeyle bankacılık risklerini salt bankaları esas alarak sınıflandırmak, sorumluların tespiti açısından bize doğru sonuçlar vermeyebilecektir. Zira sorumluluk hukuku için çözülmesi gereken en önemli mesele, gerçekleşen zarara kimin katlanacağıdır. Bu açıdan yaklaştığımızda zarara katlanmak durumunda olanın sadece banka değil, başka kişiler de olabileceği açıktır. Hatta bazı durumlarda zarara banka dışında tüm toplum katlanabilmektedir. Ancak finans doktrini ve uluslararası düzenlemelerin yaptıkları sınıflandırmaların banka temelinde olmasını bir eksiklik olarak da görmemek gerekir. Zira bankacılık risklerinden kaynaklanan zararlardan etkilenen mevduat sahiplerinin, kredi kullanan yatırımcının, devletin ve toplumun ortak noktasının banka işletmesinin bizatihi kendisi olması, başka bir çözüm yolu bırakmamaktadır.

Finans bilimcileri tarafından ortaya konulan her bir risk türünü dikkatlice incelediğimizde, hukuki sorumluluk açısından bize ışık tutacak bir durum ortaya çıkmaktadır. Zira her bir risk türü, doğuş nedenlerine ya da kaynaklarına göre incelenmiştir. Bir başka ifadeyle risk türleri ihdas edilirken zarara neden olacak olayın ne olduğuna göre bir ayırım yapıldığını görmekteyiz. Kanaatimizce bu durumdan yola çıkarak hukuki sorumluluğu tespit etmemiz pekâlâ mümkündür.

Bize göre, hukuki sorumluluğun tespit edilebilmesi için riskleri, bir başka ifadeyle zarara uğrama tehlikesini, zarara neden olan olayın kaynağına göre sınıflandırmak şarttır. Gerçekten de, kusur sorumluluğunun şartları hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağıdır. Kusursuz sorumlulukta ise zararın kusurlu fiille gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği önem taşımamaktadır. Görüldüğü üzere sorumluluğun doğabilmesi için zararın, hukuka aykırı bir fiilden kaynaklanması gerekmektedir. Dolayısıyla bankacılık risklerinin hukuki sorumlulukla bağlantısını ortaya koyabilmenin yegâne şartı, hangi hukuka aykırı fiillerin zarar sonucunu doğurduklarının tespit edilmesinden ibarettir.

Bu nedenle kanaatimizce bankacılık risklerini bankacılık işlemlerinden kaynaklanan, bankaların yönetiminden kaynaklanan, bankacılık krizlerinden kaynaklanan riskler olmak üzere üçe ayırmak gerekir.

Bankacılık işlemlerinden kaynaklanan risklere bankaların kredi işlemleri, mevduat işlemlerini ve son zamanlarda güncel bir konu haline gelen internet bankacılığı risklerini örnek vermek mümkündür. Yine banka personelinin usulsüz işlemlerini de bu kapsamda değerlendirebiliriz. Hemen belirtelim ki, bankacılık işlemlerinden kaynaklanan riskler bankanın mali yapısını bozabilecek düzeyde olabileceği gibi, münferit bankacılık işlemleri nedeniyle de ortaya çıkabilir. Örneğin tek kişiye verilebilecek kredi limitlerinde aşım sebebiyet verilmesi ve kredinin geri dönmemesi bankanın mali yapısını ciddi oranda etkileme kapasitesine sahipken; bir banka şubesinde çalışan personelin usulsüz krediler tesis etmesi nedeniyle bankanın uğrayacağı zararın, bankanın mali yapısına etkisi yok denecek kadar azdır. Ancak hukuki anlamda her ikisi de banka için risktir. Zira her ikisinde de banka için zarara uğrama tehlikesi bulunmaktadır.

Bir başka ifadeyle bankanın mali yapısına etkisi ne düzeyde olursa olsun, bankayı zarara uğratma ihtimali olan her fiil, banka için bir risk teşkil etmektedir. Bankaların yönetiminden kaynaklanan riskler ise bankaların kötü yönetiminden kaynaklanabileceği gibi bankaların kötüniyetli yönetilmesinden de kaynaklanabilir. Bankacılık krizlerine gelince; bankacılık krizleri genellikle olağanüstü durumlarda söz konusu olan ve önüne geçme ya da öngörme imkânı olmayan bir riski ifade eder. Ancak bankacılık krizlerinin iyi yönetilememesi nedeniyle de hukuki sorumluluk doğması pekâlâ mümkündür.

3.2. Bankacılık Risklerinden Kaynaklanan Zararın Ana Nedenleri: Kötü Yönetim ve Kötü Niyetli Yönetim

Yukarıda bankacılık risklerini bankacılık işlemlerinden kaynaklanan, bankaların yönetiminden kaynaklanan, bankacılık krizlerinden kaynaklanan riskler olmak üzere üçe ayırmıştık. Dikkat edilecek olursa, yaptığımız bu üçlü sınıflandırmanın merkezinde bankaların yönetiminden kaynaklanan riskler yer almaktadır. Zira gerek bankacılık işlemlerinden kaynaklanan risklerde ve gerekse bankacılık krizlerinden kaynaklanan risklerde asıl sorun bankanın iyi yönetilememesi ya da kötü niyetle yönetilmesidir.

Alman sosyolog Beck, riskin kavram olarak yapılması gerekenleri değil, yapılmaması gerekenleri imgeleyen bir olumsuz emir kipi ihtiva ettiği görüşündedir⁶⁸⁶. Yazara göre insan, hayatını risklere göre şekillendirirse, hareket kabiliyetini kaybedecek ve pek çok konuda karar alamama durumuyla karşı karşıya kalacaktır. Yazarın düşüncesi doğrudur. Ancak risk kavramının menfi olduğu kadar, müspet yönü de bulunur. Gerçekten de, risk, sadece olumsuzluk ifade eden bir kavram değildir. Riskin, olumlu sonuçları da olabilir. Riskin zarara uğrama tehlikesi olarak tanımlanması da bundan ötürüdür.

İMKB’de büyük miktarda hisse senedi satın alan A’yı örnek alalım. A, bu hisse senetlerini satın alırken kâr elde etmek arzusu ile hareket etmiştir. A’nın arzuladığı husus, yani kâr etme olasılığı aslında risk kavramının müspet yönünü bize açıkça göstermektedir. Ancak A’nın satın aldığı hisse senetleri değer kaybına da uğrayabilir. Bu durumda A, zarara uğrayacaktır. Bir başka deyişle A, parasıyla hisse senedi satın alırken zarara uğrama tehlikesini de göze almıştır. İşte bu sonucun gerçekleşmesi de risk kavramının menfi yönünü ifade etmektedir. Kısacası sözlüklerde “zarara uğrama tehlikesi” ile kastedilen aslında risk kavramının menfi yönüdür.

Ancak her zarara uğrama tehlikesi hukuk bilimini ilgilendirmemektedir. Zararın gerçekleşmesi haline, hukukun buna sonuç bağlayabilmesi için, öncelikle zarara uğrama tehlikesini göze alan kişinin bu konuda kusurunun bulunup bulunmadığına ve daha da önemlisi, onun bu kusuru nedeniyle zarara uğrayan bir başka kişi olup olmadığına bakmak gerekir. Bu noktada, “risk” ile “riskli karar” kavramlarının ayırt edilmesi gerekmektedir. Parasıyla hisse senedi satın alan A’nın, satın aldığı hisse senetlerinin değer kaybetmesi halinde, kendi riskli kararından doğan sonuçlara katlanması gerekecektir. Zira onun bu zararı, kural olarak kendi riskli kararının bir neticesidir. Ancak başkasının parasını değerlendirmek üzere elinde bulunduran ve aldığı kararlarla paranın değer kaybetmesine neden olan bir kişi için aynı şeyi söylemek mümkün değildir. Çünkü başkasının parasını değerlendirmek üzere elinde bulunduran kişi, normalde parayı elinde bulunduran kişinin taşıması gereken riski üstlenen kişidir. Bir başka ifadeyle bu kişi, parasını aldığı kişinin riskini yönetmekle yükümlüdür.

İşte kötü yönetim ile kötüniyetli yönetim arasındaki farklılık da tam bu noktada belirginleşmektedir. Bu riski yöneten kişi piyasa koşulları altında, mesleki bilgi birikimini kullanarak, iktisadi tabirle optimal olduğunu düşündüğü bazı kararlar almış olabi-

⁶⁸⁶ Yazarın görüşleri için bkz. Beck (2005), s. 47.

lir. Örneğin piyasadaki yorumları değerlendirip altın fiyatlarının yükseleceğini düşünerek altın almış olabilir. Hatta bu kişi, altın fiyatlarının yükseleceğine dair piyasadaki söylentilere rağmen; piyasaların oldukça karışık olduğunu düşünüp mevcut konumunu bozmamış, bir başka ifadeyle hareketsiz kalmış da olabilir. Bu düşüncelerine rağmen, riski yöneten kişinin öngörülerinin tam tersi vuku bulursa, kötü bir yönetim sergilediği söylenebilecektir. Yine zararın bu kişinin bazı piyasa verilerini değerlendirmeyi ihmal etmiş olması nedeniyle gerçekleşmesinde de aynı durum söz konusudur.

Hemen belirtelim ki, kötü yönetim ve kötünietli yönetim ayrımı doktrinde Battal tarafından da yapılmıştır⁶⁸⁷. Yazar bu ayrımı özel finans kurumlarının (katılım bankalarının) katılma hesabı sahipleri bakımından yapmış olmakla birlikte kanaatimizce bu ayrım bankalar içinde geçerlidir. Dolayısıyla biz yazarın görüşlerini bankaları esas alarak açıklayacağız.

Battal'a göre bir bankada mevduat sahiplerinin ticari risk, kötü (basiretsiz) yönetim riski ve kötünietli yönetim riski olmak üzere üç tür riski bulunmaktadır. Bankanın kârında bir azalmaya ya da zarar etmesine yol açan ticari risk, esasında risklerin çeşitlendirme suretiyle dağıtılması başarılı bir şekilde gerçekleştirilirse en aza indirilebilir. Kötü yönetim ya da basiretsiz yönetim riski ise bankanın, “sağlam bilgiye dayalı risk alınması, riskin dağıtılması, teminatlı işlem yapılması, profesyonel yönetim gibi evrensel bankacılık ilkelerine aykırı yönetiminden” kaynaklanmaktadır⁶⁸⁸. Yazara göre bu tip durumlarda yöneticilerin hukuki sorumluluklarına gitmek mümkündür. Kötünietli yönetim riskine gelince; bu risk Banka hükümlerine aykırı kötü niyetli davranışlar nedeniyle bankanın normalde zarara uğramayacakken, zarara uğratılmasını ifade etmektedir.

Kötü yönetim ve kötünietli yönetim ayrımı doktrinde Tanör tarafından da yapılmıştır⁶⁸⁹. Tanör kötü yönetimin aynı zamanda “yönetimin beceriksizliği” anlamına da geldiğini belirtmiştir. Yazara göre, bir banka, yeterli bilgi birikimine sahip olmayan yöneticilerin risk yönetimi konusunda yanlış kararlar alması nedeniyle çok zor durumlara düşebilecektir. Yazar, bankacılığı, gittikçe karmaşık ve anlaşılması zor bir meslek

⁶⁸⁷ Battal (2004), s. 242; Battal (2009), s. 22 vd.; A. Battal (2004a). *Kredi Kuruluşları Kanun Tasarısı taslağı sempozyum tebliği*.

http://www.ahmetbattal.com/pdf_down/makale/makale35/kkk_sempozium_teblici.pdf (Erişim tarihi: 05.10.2011), s. 5 vd.

⁶⁸⁸ Battal (2004), s. 242.

⁶⁸⁹ R. Tanör (2004). Kurumsal yönetim arayışları doğrultusunda banka yönetim kurulunda bağımsız üyelik. *Bankacılık Sorunları Sempozyumu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 119 vd.

haline gelmesi nedeniyle, “zor zanaat” olarak nitelendirmiş ve bu yaklaşımını, “Bu güçlüklerin altından kalkabilecek yetenek ve donanımda olmayan yönetimlerin, bankayı, iyi niyetli de olsalar, kötü yönetmeleri ve ortaklar ile menfaat sahiplerinin zararlarına yol açmaları mümkündür.” şeklinde ifade etmiştir⁶⁹⁰. Tanör, kötüniyetli yönetimi, “yönetim gücünün kötüye kullanımı” olarak ifade etmektedir⁶⁹¹.

Biz ticari riskleri de kötü yönetimden kaynaklanan riskler içerisinde ele alarak incelemeyi uygun buluyor; her iki riski de içerecek şekilde “karar riskleri” kavramının kullanılması gerektiğini düşünüyoruz. Zira aşağıda detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, her iki durumda da zarar, ticari risk ihtiva eden kararların alınmasından kaynaklanmaktadır.

Kötü yönetim ve kötüniyetli yönetim ayrımını iflas sebepleri bakımından da değerlendirmek gerekir⁶⁹². Buna göre tacirin kusuru olmadan iflas etmesi anlamına da gelen adi iflasın temel nedeni kötü yönetimdir. İflasın ikinci türü ise taksiratlı iflastır ki, taksiratlı iflasta tacirin kusurunun bulunması gerekmektedir. Nihayet tacirin mal kaçırma ya da pasiflerini çoğaltma gibi yöntemler kullanarak; aslında iflas etmeyebilecek olmasına rağmen, bu davranışları nedeniyle iflas etmesine ise hileli iflas denmektedir ki, bu da ancak kötüniyetli bir davranışla gerçekleşebilecektir.

Şu hususu önemle ifade edelim ki, hangi hallerde kötüniyetli yönetimin ve hangi hallerde kötü yönetimin olduğunu belirlemek oldukça zor ve çetrefil bir mesele olup, bu tespitin yapılabilmesi kusur kavramının içeriğinde gizlenmiştir.

3.3. Banka Yöneticilerinden Beklenen Özenin Ölçüsü

Banka yöneticilerinin göstermeleri gereken özenin ölçüsünün ne olduğu konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır.

Çamoğlu, banka yönetim kurulu üyelerinin göstermeleri gereken özen ölçüsü konusunda Alman ve İsviçre hukukundaki modern yaklaşımın, onlardan bilgi birikimleri ve yeteneklerinin gerektirdiğinden fazlasının beklenmemesi şeklinde olduğunu altını çizdikten sonra; 6762 sayılı TTK’da benimsenen karma sistemin, banka yönetim kurulu üyeleri için de geçerli olduğunu savunmuştur⁶⁹³. Yazara göre banka yönetim kurulu

⁶⁹⁰ Tanör (2004), s. 120.

⁶⁹¹ Tanör (2004), s. 119.

⁶⁹² Bu konuda bkz. Battal (2007), s. 96.

⁶⁹³ Yazarın görüşleri için bkz. Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp], (2009), s. 341. Doğrusöz de Çamoğlu ile aynı kanaattir; bkz. Doğrusöz (2010), s. 142.

üyelerinin özen ölçüsü, somut olayda, bankacılık sektöründe faaliyette bulunan ortalama banka yöneticisinin göstermesi gereken özen kadardır⁶⁹⁴. Çamoğlu ayrıca, yöneticinin kusurlu olup olmadığını tayin ederken, tek bir olaya göre değerlendirmede bulunmak yerine; yönetim kurulu üyesinin görev yaptığı süre boyunca gösterdiği davranışların bir bütün halinde ele alınması gerektiği kanaatindedir.

Akdağ Güney, banka yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsünün daha ağır takdir edilmesi gerektiği kanaatindedir⁶⁹⁵. Yazar, yönetim kurulu üyelerinin yarısından bir fazlasının genel müdürde aranan şartlara sahip olması, yani belirli alanlarda yüksek öğrenim görme şartı karşısında bir değerlendirme yapmaktadır. Yazara göre bu tip üyeler konularında uzman ve bilgi birikimine sahip olduklarından, özen ölçülerinin belirlenmesinde bu durum mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Yazar, bu niteliklere sahip olmayan yönetim kurulu üyelerinin ise, en azından danışmanlar yardımıyla, önüne gelen kararın banka için ne gibi sonuçları olabileceğini kavrayabilecek kadar genel bilgi seviyesine ve kültüre sahip olması gerektiğini düşünmektedir.

Doğrusöz de Akdağ Güney gibi banka yönetim kurulu üyelerinden diğer anonim şirket yönetim kurulu üyelerine göre “daha fazla özen” beklenmesi gerektiği kanaatindedir⁶⁹⁶. Yazar, bu düşüncesine gerekçe olarak bankalarda yönetim kurulu üyesi olabilmek için, BanK’nun 23. maddesinde aranan şartlara göndermede bulunmuştur. Doğrusöz’e göre banka yönetim kurulu üyelerinin yetki ve sorumluluklarının oldukça geniş kapsamlı olması; özen yükümlülüklerinin de aynı oranda olmasını gerektirir. Yine kurumsal yönetim ilkelerine göre, bankanın emin bir şekilde çalışabilmesi amacıyla; bankanın gözetimi ve yönetimi bakımından gerekli iç sistemler ve gerekli teşkilat yapısının kurulmasını sağlamak banka yönetim kurulunun temel görevidir. Yazar banka yönetim kurulu üyelerinin özen borcunun TTK md.320 uyarınca karma sisteme göre belirlenmesi gerektiği düşüncesindedir. Yazar banka yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsünün, “objektif ve makul ölçüler dikkate alınarak, aynı koşullar altında bulunan özenli bir banka yönetim kurulu üyesinden beklenen hareket tarzı” şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindedir⁶⁹⁷.

⁶⁹⁴ Bkz. aynı düşüncede Doğrusöz (2010), s. 142.

⁶⁹⁵ Yazarın görüşleri için bkz. Akdağ Güney (2010), s. 78.

⁶⁹⁶ Yazarın görüşleri için bkz. Doğrusöz (2010), s. 144 vd.

⁶⁹⁷ Doğrusöz (2010), s. 145.

Ansay da, banka yöneticilerinin göstermesi gereken özenin ölçüsünün daha ağır olması gerektiğini düşünmektedir⁶⁹⁸.

Akdağ Güney'e göre, özen ölçüsü takdir edilirken kararın alındığı tarihteki şartların göz önünde tutulması gerekir⁶⁹⁹. Örneğin kriz dönemlerinde yönetim kurulunda bulunan bir kişiden, çok daha dikkatli ve öngörülü olması beklenir. Buna karşılık Doğrusöz, ekonomik kriz dönemlerinde tüm hataları yönetim kurulu üyelerine atfetmenin doğru olmadığı; yönetim kurulu üyelerinin işlem ve kararlarının bir bütün halinde, kriz koşulları da göz önünde tutularak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir⁷⁰⁰. Kaplan ise, ekonomik kriz dönemlerinde, yöneticiler tarafından gerçekleştirilen piyasa koşullarına bağlı olarak yapılan işlemlerin, özen yükümlülüğüne aykırı olmayabileceği kanaatindedir⁷⁰¹.

Mimaroglu, banka yöneticilerinden, diğer anonim şirket yöneticilerine göre daha fazla özen beklenilmesi gerektiği şeklindeki görüşe katılmamaktadır⁷⁰². Yazara göre mevzuatta böyle bir hüküm bulunmadığı gibi; banka yönetim kurulu üyelerinden “daha fazla özen” beklenmesi ucu açık bir ifade olduğundan, keyfi yorumlara neden olabilecektir. Ayrıca zaten banka yönetim kurulu üyelerinin kusurlu hareketleri nedeniyle meydana gelecek zararların büyüklüğünü öngören kanun koyucu, bu kişiler için ağır cezai ve hukuki hükümler getirmiştir.

Amerikan hukukunda banka yöneticilerinden diğer anonim şirket yöneticilerine göre daha yüksek bir özen beklenip beklenmeyeceği konusunda 1891 tarihli Briggs v.Spaulding kararı bir dönüm noktası olarak nitelendirilmektedir⁷⁰³. Supreme Court bu kararında, orta düzeyde tedbirli bir kişi aynı şartlar altında nasıl davranacaksa, banka yöneticisinin de öyle davranması gerektiğine hükmetmiştir. Bugün halen bu kıstas varlığını sürdürmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2002 yılında verdiği bir kararında, banka yöneticilerinin özen yükümlülüğü ile ilgili ayrıntılı değerlendirmelerde bulunduktan sonra, yö-

⁶⁹⁸ Ansay (1982), s. 133.

⁶⁹⁹ Akdağ Güney (2010), s. 78.

⁷⁰⁰ Doğrusöz (2010), s. 148.

⁷⁰¹ Kaplan (1996), s. 323.

⁷⁰² Mimaroglu (1967), s. 34.

⁷⁰³ 141 U.S. 132, 165-66; bkz. H. M. Schooner (1994-95). Fiduciary duties' demanding cousin: Bank director liability for unsafe or unsound banking practices. *Geo. Wash. L. Rev.*, 63, s. 181; P. A. McCoy (1995). The notional business judgment rule in banking. *Catholic U. L. Rev.*, 44, s. 1035.

neticilerin hukuki sorumluluğuna gidilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁷⁰⁴. Geniş bir özeti aşağıdaki dipnotta verilen bu kararda Yargıtay'ın yaklaşımını ortaya koyan şu ifadeler dikkat çekicidir: "...banka yöneticilerinin tedbirli, basiretli ve öngörülü bir tacir gibi hareket etme zorunluluğu vardır. Çünkü bu kişiler profesyonel banka yöneticisi olup, banka varlıkları değerlendirilirken görevleri ve konumları gereği ülke ekonomisinin yapısını iyi bilmesi, *özenli ve öngörülü olarak normalin üstünde bilgi ve beceri göstermesi, en az risk taşıyan veya riski bulunmayan işlemler yapması* gereklidir. Buna karşın ekonomi kuralları ve risk faktörleri göz ardı edilerek daha yüksek faiz getirisi elde etmek amacıyla dahi olsa tecrübesiz ve riskli bankalara depo hesabı olarak adlandırılan

⁷⁰⁴ Yargıtay HGK'nın 11.12.2002 tarih ve 2002/4-993 Esas ve 2002/1052 Karar sayılı kararı: "Fon yönetim müdürü ile müdür yardımcısının hesapların açılmasında tedbirli ve basiretli bir tacir gibi davranmadıkları, üzerlerine düşen dikkat ve özen borcunu gereği gibi yerine getirmedikleri ve banka zararlarından sorumlu oldukları hususu kesinleşmiştir. Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık, banka zararından fondan sorumlu genel müdür yardımcısı M'nin sorumlu olup olmadığı noktasında toplanmaktadır.

Fon yönetimi bankaların nakit ve fon durumunu doğrudan etkileyen işlemlerdir. Bu nedenle büyük çaptaki fon hareketlerinin zamanında üst yönetime, bu anlamda genel müdür ve genel müdür yardımcısına iletilmesi bankacılık teamüllerindendir. Somut olayda dava konusu olan zararın oluşmasında banka yönetim kurulunun aldığı 20.8.1992 tarihli karar etkili olmuştur. Bu karar fon yönetim müdürlüğünün önerisi, fondan sorumlu genel müdür yardımcısının uygun görüşü ve genel müdürün havalesi ile yönetim kurulunun önüne gelmiş ve aynen kabul edilmiştir.

Bu karara göre, belirli bir yabancı para kadar limit dâhilinde işlem yapılabilmesi için fon yönetimi müdürlüğüne yetki verilmesi uygun görülmüştür. 20.8.1992 gün ve 27 sayılı banka yönetim kurulu kararı ve buna bağlı öneriler hazırlanırken dikkatli davranılmadığı, yurt dışında yerleşik Türk ve yabancı bankaları mali bünyeleri ve genel ülke-sektör risklerine göre tasnifleyerek, genel ekonomik konjonktürü de dikkate alarak işlem yapılacak banka isimlerinin yer aldığı liste oluşturulmadığı; mali bünyesi her yönden güçlü, likit, sermaye yapısı olumlu, ortakları olumlu tanınır, dünya çapında itibarlı ve sorunsuz bankalarla, mali bünyesi sorunlu olabilecek, likit olmayan, sermayesi küçük, geçmişi bulunmayan, kalitatif faktörleri istenilen düzeyde olmayan banka ayrımının yapılamayarak banka zararının oluşumuna zemin hazırladığı saptanmıştır.

Fon yönetimine yetki veren yönetim kurulu kararında hesap açılacak bankalar yönünden bir ölçüt belirlenmediği gibi banka ismi de saptanmamıştır. Bu nedenle, Fon yönetimi sorumluları olan fon yönetimi müdürü, müdür yardımcısı ve fon yönetiminde sorumlu genel müdür yardımcısının, dilediği banka ile hesap açma ilişkisine girdiği görülmüştür. Öyle ki, K. Yatırım Bankasına, kuruluşundan 75 gün sonra, sermayesinin 3,7 katına ulaşan; E. Yatırım Bankasına ise, sermayesinin % 30'unu aşan miktarda bir hesap açılmıştır.

Davacı banka, ticaret ve banka hukuku kurallarına göre yönetilmekte olup, banka yöneticilerinin tedbirli, basiretli ve öngörülü bir tacir gibi hareket etme zorunluluğu vardır. Çünkü bu kişiler profesyonel banka yöneticisi olup, banka varlıkları değerlendirilirken görevleri ve konumları gereği ülke ekonomisinin yapısını iyi bilmesi, özenli ve öngörülü olarak normalin üstünde bilgi ve beceri göstermesi, *en az risk taşıyan veya riski bulunmayan işlemler yapması* gereklidir. Buna karşın ekonomi kuralları ve risk faktörleri göz ardı edilerek daha yüksek faiz getirisi elde etmek amacıyla dahi olsa tecrübesiz ve riskli bankalara depo hesabı olarak adlandırılan hesaplar açılması ve uzun süre faizinin tahsil edilip anaparanın istenmemesi süreci birlikte değerlendirildiğinde banka yöneticilerinin özenli davranmadığı görülmektedir.

Kendisinden beklenen özen, dikkat ve basireti göstermeyen, emri altında olup bu davada sorumlu oldukları kesinleşmiş bulunan fon yönetimi müdür ve müdür yardımcısının iş ve işlemleri üzerinde yapması gerekli denetim ve gözetim görevini ihmal eden davalı M bakımından haksız eylemin koşulları gerçekleşmiştir. Bu itibarla davalı M'nin her iki bankaya depo hesabı açılması ve uzatılmasından dolayı sorumluluğuna karar verilmesi ve bu yöndeki özel daire bozma kararına uyulmasına karar verilmesi gerekirken direnme kararı verilmesi yerinde değildir. Direnme kararı bozulmalıdır." (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

hesaplar açılması ve uzun süre faizinin tahsil edilip anaparanın istenmemesi süreci birlikte değerlendirildiğinde banka yöneticilerinin özenli davranmadığı görülmektedir.”

Görüldüğü gibi bu kararında Yargıtay banka yöneticilerinden normalin üzerinde bir özen ölçüsü beklenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yine bir başka önemli nokta da, Yargıtay’a göre banka yöneticilerinin en az risk taşıyan ya da riski bulunmayan işlemler yapması gerektiğinin açık bir şekilde belirtilmiş olmasıdır.

Yargıtay 1980 yılında verdiği başka bir kararda ise net bir şekilde tedbirli yönetici kıstasını uygulamıştır⁷⁰⁵:

“Kusurun (ihmalin) saptanmasında objektif bir ölçü kullanılarak, hayat tecrübelerine göre o işteki normal seviyedeki insanların hareket tarzı esas alınmalıdır. Şayet davalının *normal seviyedeki dikkatli, makul, tedbirli bir banka müdürünün zararın meydana gelmemesi için benzer olayda göstermesi gereken özeni* sarf ettiği saptanırsa, gerekli olanı yapmış olacağından, ihmali ve sonuç olarak sorumluluğu olmayacaktır.”

3.4. Kurumsal Yönetim İlkelerinde Yer Alan Davranış Standartları

Plessis/ Hargovan/ Bagarie kurumsal yönetimin, konuyla ilgilenen herkesin ne olması gerektiğini bildiği, ama kimsenin bunların hangi kelimelerle ifade edileceğini bilmediği bir kavram olduğunu ifade etmişlerdir⁷⁰⁶. Kısacası kavram soyuttur. Biz burada kurumsal yönetim ilkelerinin banka yöneticileri açısından bir özen yükümlülüğü ihdas edip etmediği sorusunun cevabını arayacağız.

BDDK tarafından yayınlanan Kurumsal Yönetim Yönetmeliğinin üçüncü ilkesi, “Yönetim kurulu üyeleri, görevlerini etkin bir şekilde yerine getirecek nitelikleri haiz ve

⁷⁰⁵ Yargıtay 4. HD’nin 9.10.1980 tarih ve 9368 Esas ve 11399 Karar sayılı kararı; Karahasan (2003), s. 425 vd.

⁷⁰⁶ Plessis/ Hargovan/ Bagarie (2011), s. 3. Bu noktada bankalarda kurumsal yönetim ile ilgili Akgül’ün yaptığı bazı tespitlere değinmenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Akgül kurumsal yönetimin bankalar hakkında uygulanmasında özellik gösteren bazı durumlar olduğunu altını çizmiştir. Yazara göre bu durumlardan ilki, bankalarda şeffaflığın sağlanmasının, diğer anonim şirketlere göre çok daha güç olmasıdır. Bankaların mali yapılarının anlaşılmasının, diğer ortaklıklara göre farklılıklar arz etmesi ve bankaların risk yapılarının analizindeki zorluklar bankaların kötü yönetilmelerine neden olabilecektir. İkinci olarak bankalarda menfaat sahiplerinin sayıca çok fazla olması menfaat sahiplerinin bankaları denetlemesini engellemektedir. Zira söz konusu olan banka olunca, tek menfaat sahibi pay sahibi olmaktan çıkmakta; devreye devlet ve mevduat sahipleri de girmektedir. Yazara göre kurumsal yönetimin bankalara uygulanmasında karşılaşılan bir diğer güçlük ise, bankacılıkta sistemik riskin çok büyük zararlara yol açma ihtimali nedeniyle, bankaların yoğun bir devlet denetimine tabi olması ve kanuni sınırlamalar nedeniyle piyasa koşullarının işleminin zorluğudur. Bu durumda devreye yeni aktör olarak düzenleyici otoriteler de girmektedir. Yine bankalardan kaynaklanan sistemik riski zararlarının en aza indirilmesi de, bankaların devlet koruması altına girmesini sağlamaktadır; bkz. Akgül (2009), s. 106 vd.

kurumsal yönetimde üstlenmiş oldukları rolün bilincinde olmalı ve banka faaliyetleri hakkında bağımsız değerlendirme yapabilmelidir.” şeklindedir. Üçüncü ilke kapsamında yönetim kurulu üyeleri⁷⁰⁷ ve yönetim kurulu⁷⁰⁸ ile ilgili bazı davranış standartları belirlenmiştir.

KYY’nin yönetim kurulu üyelerinde aradığı davranış standartları arasında ç bendinde kullanılan “Yönetim Kurulu üyesi görevini basiretli bir biçimde ve iyi niyet kuralları çerçevesinde yerine getirmeli” ifadesini ayrıca incelememiz gerekir. Zira görüldüğü gibi burada “basiret” kavramına yer verilmiştir. Yine BankK’nun 67. maddesi g bendinde, bankalar hakkında önlem alınmasını gerektiren hususlardan biri olarak yer alan, “Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle bu Kanun ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması” ifadesini de bu kapsamda değerlendirebiliriz.

Yargıtay, eski tarihli bir kararında, “bankanın yönetim kurulu başkanı, genel müdürü, genel müdür yardımcısı ve personel müdürü olarak görev yaptıkları sırada basiretli bir iş adamı gibi davranmak ve banka menfaatlerini gözetmek durumunda oldukları-

⁷⁰⁷ Buna göre yönetim kurulu üyeleri için belirlenen davranış standartları şunlardır: “Yönetim kurulu üyeleri,

- a) Banka ve hissedarlara karşı sadakatle görevlerini yürütmeli,
- b) Banka gözetimindeki görevlerini anlamalı,
- c) Banka işleri için yeterli zaman ayırmalı ve yönetim kurulu toplantılarına katılmalı,
- ç) Yönetim Kurulu üyesi görevini basiretli bir biçimde ve iyi niyet kuralları çerçevesinde yerine getirmeli,
- d) Bankanın tabi olduğu mevzuatı bilmeli ve bankanın düzenleyici ve denetleyici otoriteleri ile ilişkilerinin etkin olmasını sağlamalı,
- e) Banka aleyhine sonuç doğurabilecek baskılara boyun eğmemeli ve bu amaçla maddi menfaat kabul etmemeli,
- f) Diğer üyeleri yanıltmak amacıyla eksik ve taraflı bilgi vermemelidir.”

⁷⁰⁸ Kurumsal Yönetim Yönetmeliğinin üçüncü ilkesinin yönetim kurulu için belirlediği standartlar ise şöyledir: “Yönetim kurulu;

- a) Faaliyetlerini eşitlikçi, şeffaf, hesap verebilir ve sorumlu bir şekilde yürütmeli,
- b) Düzenli aralıklarla, üyelerin atama ve seçimleri dâhil olmak üzere kendi yönetim uygulamalarının etkinliğini değerlendirmeli, eksikliklerin veya zayıflıkların tespiti halinde gerekli değişiklikleri yapmalı,
- c) Banka üst yönetimini sorgulamalı ve yönetimden yeterli açıklama alabilmeli,
- ç) Tarafsız tavsiyelerde bulunmalı,
- d) Her türlü etkiden ve çıkar çatışmalarından bağımsız olarak karar verilebilmesini teminen yeterli sayı ve kompozisyonda üyeden oluşmalı,
- e) Üye sayısı, üyelerin verimli ve yapıcı çalışmalar yapmalarına, hızlı ve rasyonel kararlar almalarına ve gerekli komitelerin oluşumuna ve çalışmalarını etkin bir şekilde organize etmelerine olanak sağlayacak şekilde belirlenmeli,
- f) Diğer kuruluşlarla olan ilişkilerinde menfaat çatışmalarına ve yükümlülük altına girmekten kaçınmalı,
- g) Banka politikaları ve kurum içi iletişim kanallarının oluşturulması, kurumsal amaçların gerçekleşmesinde kaydedilen ilerlemelerin izlenmesi için üst düzey yönetim ile düzenli olarak toplanmalıdır.” .

dan, yaptıkları her işlemde bankanın zararını önleyecek bütün tedbirleri almakla yükümlüdürler. Aksine davranışlarında sorumlu olurlar” şeklinde hüküm tesis etmiştir⁷⁰⁹.

Her ne kadar BanK, 110. maddesi ile sadece tacirlerin iflasa tabi olduğu hususundaki kurala bir istisna getirmişse de; banka yöneticilerinin, tacir gibi basiretli davranma yükümlülüğünün bulunmadığı kanaatindeyiz.

Doktrinde kabul edilen formülasyonu ile basiretli iş adamı kıstasında da, objektif bir özen ölçüsünün aranıyor olması, bu kavramın yönetim kurulu üyelerinde aranan objektif özen ölçüsüne yaklaşmasına neden olmuştur. Bir başka ifadeyle basiretli iş adamından beklenen özen dikkatli bir şekilde incelendiğinde bunun, yönetim kurulu üyelerinin özen ölçüsünün objektif olarak belirlenmesi gerektiğini benimseyenlerin, üyelerde aradığı özen ölçüsü ile büyük benzerlikler taşıdığı görülecektir. Ancak kanaatimizce basiretli bir iş adamından beklenen özenin objektif olması ile yöneticilerde aranan özenin objektif ölçülere göre değerlendirilmesi başka hususlardır. Zira basiretli iş adamından beklenen; kendisi gibi kıvrak zekâlı, ticari hayatta tecrübe sahibi makul bir tacirden beklenen basireti göstermesidir. Yönetim kurulu üyesinden beklenen ise, tedbirli bir yöneticinin özeniyle davranmasıdır.

Biz, KYY’de ve BanK’nun 67. maddesinde ifade edilen “basiret” kelimesinin, “tedbirli bir yöneticinin özeni” şeklinde anlaşılması gerektiğini düşünmekteyiz. Zira ortaklıklar hukukunun en modern yaklaşımının ürünü olan kurumsal yönetim anlayışı, bu ifadenin “basiret” şeklinde değerlendirilmesine engel olmaktadır. O halde adı “kurumsal yönetim” olan bir yönetmelik, burada neden “basiret” kelimesini kullanmış olabilir?

Şu hususu önemle belirtmek gerekir ki, ülkemizde bankacılıkla ilgili mevzuatın, neredeyse tamamına yakınının, Basel Komitesi metinlerinin çevirisi olması nedeniyle BDDK tarafından çıkartılan yönetmelik ve tebliğlerde pek çok çeviri hatasına rastlamak mümkündür. Basel Komitesi bankalarda kurumsal yönetimin geliştirilmesi ile ilgili biri 2006 yılının şubat ayında ve diğeri de 2010 yılının ekim ayında olmak üzere iki rapor yayınlamıştır⁷¹⁰. Gerek 2006 yılındaki metinde ve gerekse de 2010 yılındaki metinde bu konuyla ilgili olarak “duty of care” ile “duty of loyalty” kavramları kullanılmıştır⁷¹¹. Bu

⁷⁰⁹ Yargıtay 11.HD’nin 07.03.1983 tarih ve 983 Esas ve 1066 Karar sayılı kararı; G. Eriş (2004). *Ticari işletme ve şirketler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 1949 vd.

⁷¹⁰ [BIS] (2006); BIS Basel Bankacılık Denetim Komitesi [BIS] (2010). *Principles for enhancing corporate governance*. Basel: BIS Yayınları.

⁷¹¹ Bkz. BIS (2006), s.6, nr.17; BIS (2010), s. 8, nr.24.

ifadeler ise “özen yükümlülüğü” ve “sadakat yükümlülüğü” kavramlarından başka bir şey değildir.

Bu noktada çok önemli bir hususa daha değinmek gerekir. BIS, 2010 tarihli kurumsal yönetim raporunda özen ve sadakat yükümlülüklerinden ne anlaşılması gerektiği konusunu OECD Kurumsal Yönetim İlkelerine ve bu ilkelerde BJR ile ilgili olarak yer alan bilgilere atıfta bulunarak açıklamıştır⁷¹². Bu açıklamalarımız karşısında BDDK tarafından yayınlanan Kurumsal Yönetim Yönetmeliği’nin “öğüt” olmaktan çok daha fazla özelliklere sahip olduğu düşüncesindeyiz. Zira bu yönetmeliğin büyük oranda mehzazı niteliğinde bulunan Basel Komitesi metninin doğrudan “tedbirli yönetici” kavramına yollamada bulunması, Komitenin banka yöneticilerinin özen yükümlülüklerini tayinde “tedbirli yönetici” kıstasının uygulanmasını istediği şeklinde yorumlanabilecektir.

6102 sayılı TTK, ortaklıklar hukukundaki en güncel yaklaşım olan kurumsal yönetim anlayışını benimsemiş ve yönetim kurulu üyelerinin tedbirli bir yöneticinin özenile hareket etmesi gerektiğini açıkça belirtilmiştir (md. 369). Sonuç olarak BanK’nun 67. maddesi g bendindeki, “Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle” ifadesinin “yönetimin tedbirli bir yönetimden beklenen özenle davranmaması nedeniyle” şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Aynı husus yukarıda açıkladığımız nedenlerle KYY için de geçerlidir.

Tekinalp, KYY’de yer alan davranış standartlarının hukuki müeyyidelerinin olmadığı ve birer “öğüt” olarak değerlendirilmeleri gerektiği kanaatindedir⁷¹³. Yazara göre KYY’ye aykırı hareketlerde bulunmak münferiden kusur ya da özen yükümlülüklerine aykırı davranılmış olduğu anlamına gelmez. Böyle bir durumun söz konusu olabilmesi için KYY ilkelerine aykırılığın, kanunlara aykırılık şeklinde ortaya çıkması gerekir. Yazarın görüşlerine katılamıyoruz. Zira yukarıda açıkladığımız nedenlerden ötürü

⁷¹² BIS raporu, 16 numaralı dipnotunda özen borcu ve sadakat borcunun tanımlarını vererek kısa bazı açıklamalarda bulunmuş ve OECD Kurumsal Yönetim İlkelerinin “Yönetim kurulunun sorumlulukları” başlıklı VI. bölümü A bendine atıfta bulunmuştur; bkz. BIS (2010), s. 8, dp.16. Söz konusu bentte “yönetim kurulu üyelerinin bilgiye dayalı bir şekilde, iyiniyetle ve gereken dikkat ve özeni göstererek; şirket ve pay sahiplerinin en iyi menfaatlerine göre hareket eder.” denildikten sonra bazı açıklamalarda bulunulmuştur; OECD Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (2004). OECD Principles of Corporate Governance. <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>, s. 59. (Erişim tarihi: 17.09.2011). Yine BIS’in atıfta bulunduğu bir başka OECD raporunda da, “özen yükümlülüğü yönetim kurulunun şirket menfaatlerini ilgilendiren kararları alırken tedbirli ve bilgiye dayalı olarak hareket etmesidir. Aynı şekilde yönetim kurulu üyelerinin şirketle olan ilişkileri, genellikle yönetim kurulu üyelerinin “tedbirli bir kişi” gibi davranmaları gerektiği şeklinde yorumlanmaktadır. Özen yükümlülüklerinden sorumluluk birçok ülkede business judgment rule ile hafifletilmiştir.” ifadelerine yer verilmiştir. Bu ifadelerle pek çok ülkede tedbirli yönetici kıstasının geçerli olduğu anlatılmak istenmektedir; bkz. OECD Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (2003). Experiences from the Regional Corporate Governance Roundtables. <http://www.oecd.org/dataoecd/19/26/23742340.pdf>, s. 88. (Erişim tarihi: 17.09.2011).

⁷¹³ Tekinalp (2009), s. 173.

özellikle de KYY üçüncü ilke ç bendindeki ifadelerin, yönetim kurulu üyeleri açısından bir yükümlülük getirdiğini düşünmekteyiz. Ayrıca KYY'nin bir pozitif hukuk metni olması da görüşümüzü kuvvetlendirmektedir.

3.5. Bankacılık Risklerinin Yönetilmesinden Doğan Sorumluluk Tartışmasının Business Judgment Rule İle Aşılması

3.5.1. BJR banka yöneticilerine uygulanabilir mi?

BJR'nin banka yöneticileri hakkında uygulanabilirliği kanunun yürürlük tarihi ile birlikte önemli bir sorun olarak karşımıza çıkabilecektir. Bu bağlamda, kararın bilgiye dayalı olarak alınması hususu, bankacılıkta özellikle kredi kullandırılmasına ilişkin kararların alınması bakımından dikkatlice incelenmelidir.

Amerikan doktrininde hâkim görüş BJR'nin banka yöneticilerine de uygulanabileceği doğrultusundadır⁷¹⁴. Ancak önemle belirtelim ki, Amerikan hukukunda gerek getirilen kanuni hükümler ve gerekse düzenleyici otoritelerin yaptığı pek çok düzenlemelerle, BJR'nin banka yöneticilerine uygulama alanının giderek sınırlandırıldığını görmekteyiz⁷¹⁵. 1991 yılında kabul edilen ve kısaca FDICIA olarak da bilinen Federal Deposit Insurance Corporation Improvement Act ile banka yöneticilerinin sorumluluğu meselesi yeni bir boyut kazanmıştır. Bu kanunla federal düzenleyici otoritelere ikincil düzenlemeler yapma yetkisi verilmiş ve yürürlüğe giren bu ikincil mevzuatta banka yöneticilerinin özen ölçüleri ile ilgili önemli düzenlemeler yer almıştır. Dolayısıyla banka yöneticilerinin bu alt düzenlemelere aykırı hareket etmeleri durumunda, yöneticilerin ağır ihmâl veya kasıtlı hareket ettikleri kabul edildiğinden, bu tip durumlarda BJR uygulanmamaktadır.

Ülkemizde de benzer bir durumun söz konusu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten de, Bank'da ve alt düzenlemeler pek çok düzenleme emredici hüküm-

⁷¹⁴ Schooner (1994-95), s. 186; R. F. Cook ve S. H. Pollock (1988-89). Bank directors: Understanding their role, responsibility and liability. *Mercer L. Rev.*, 40, s. 596.

⁷¹⁵ Büyük bunalım yıllarında dokuz bine yakın bankanın batması 1933 yılında Glass-Steagall Act (GSA) olarak bilinen bankacılık kanununun uygulamaya konmasına neden olmuştur. Bu tarihten itibaren de banka yöneticilerinin sorumluluk davalarında BJR için gerileme döneminin başladığını görmekteyiz. Yine seksenli yıllarda yaşanan ekonomik kriz sonrasında doksanlı yıllara kadar Amerikan mahkemeleri, banka yönetim kurulu kararlarını yerindelik denetimine tabi tutmuştur; Ayrıntılı bilgi için bkz. J. Canfield (2006). The evolution of a more stringent business judgment rule in banking the minimilization of director deference. *Bus. L. J.*, 6 (2),

<http://bizlawjournal.ucdavis.edu/archives/vol-6-no-2/The-Evolution-of-a-More-Stringent-Business-Judgment-Rule-in-Banking.html> (Erişim tarihi: 17.09.2011).

ler ihtiva etmekte olduğundan, bu hükümlere aykırılık halinde ortada kanuna aykırı bir durumun bulunduğu söylenebilecektir. Bir başka ifadeyle ABD’de olduğu gibi, ülkemizde de Bank ve alt düzenlemelere aykırılık durumunda banka yöneticilerinin ağır kusur ya da kasıtlı hareket ettikleri kabul edilmelidir.

Kanaatimizce banka yöneticilerinin işletme riski ihtiva eden kararlarından dolayı BJR hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunu genel kabul görmüş bankacılık ilkelerinden yola çıkarak ve somut olayın şartlarına göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Zira ne zaman kanuna aykırı bir hareket ve ne zaman işletme riski ihtiva eden bir karar ve buna ilişkin bir takdir hakkı bulunduğunu ancak bu takdirde tespit edebiliriz. Bu noktada özellikle istihbaratın sürekliliği, kredi kararları, ek kredi kararları, riskin dağıtılması ve teminatlı işlem ilkeleri çok büyük bir önem arz etmektedir. Şimdi bunları inceleyelim.

3.5.2. İstihbaratın sürekliliği ilkesine aykırılıktan kaynaklanan risklerde

Yukarıda bankacılıkta istihbaratın araştırma aşamasını objektif ve subjektif bilgiler hakkında yapılan istihbarat olarak ikiye ayırmıştık. Kısaca hatırlamak gerekirse, objektif bilgiler hakkında yapılan istihbarat, kredi talebinde bulunan kişinin şahsından bağımsız olarak değerlendirilebilecek vakıaların, tespit edilerek değerlendirilmesidir. Subjektif istihbarat ise, kredi talebinde bulunan kişinin şahsi durumu ve mali tablolarının incelenmesine dayalıdır. Yine istihbaratın araştırma, değerlendirme ve karar vermeden oluşan bir süreç olduğunu da tekrar hatırlatmak gerekir. Bankacılıkta istihbaratı araştırma, değerlendirme ve karar vermeden oluşan bir süreç olarak nitelendirmemizin sorumluluk açısından çok önemli sonuçları bulunmaktadır.

Objektif bilgiler hakkında yapılan istihbarat nedeniyle ilgili kişilerin sorumluluğuna gitmek mümkündür. Bu durumda karşımıza çeşitli ihtimaller çıkmaktadır.

Öncelikle objektif bilgiler hakkında hiç istihbarat yapılmadan kredi kullanırılmış olabilir. Bu durumda kredi kullandıran kişilerin kusurlu oldukları açıktır. İkinci olarak yetersiz istihbarat yapılmış olabilir. Örneğin demir-çelik fiyatlarında, tıpkı döviz kurları gibi sürekli değişkenlik görülmekte ve belirli dönemlerde ciddi düşüşler yaşanmaktadır. Demir-çeliğin rayiç değeri ve ileride gerçekleşebilecek değişimler yeterince araştırılmadan, bu alanda faaliyet gösteren bir işletmeye kredi kullandırılması durumunda istihba-

ratı yapan da yetersiz istihbarata dayanarak krediyi kullandıran da riskin gerçekleşmesi halinde doğacak zarardan sorumlu olacaktır.

Bazı durumlarda ise istihbaratın bilgi toplama aşaması tam olarak yapılmış bile olsa, değerlendirme aşamasında sakatlık bulunduğu için kullandırılan kredinin yüksek risk taşıması mümkün olabilir. Örneğin Konya-Ankara arasında yolcu taşımacılığı faaliyetinde bulunan bir işletmeye yüksek miktarda kredi kullandırılmadan önce hazırlanan istihbarat raporunda, bu bölgedeki hızlı tren inşaatından bahsedilmesine rağmen; söz konusu işletmeye kredi kullandırılmış olabilir. Daha sonra hızlı trenin faaliyete geçmesi ile birlikte bu güzergâhta çalışan işletmeler ciddi zararlara maruz kalarak, kullandıkları kredileri ödeyememişlerse; yapılan istihbaratın değerlendirme aşamasında bir sakatlık var demektir. Böyle bir durumda kredi kullandırımında bulunan kişinin ağır kusurlu olacağı kanaatindeyiz.

Ancak istihbarat raporunda işletmenin, hızlı trenin faaliyete geçmesi halinde hızlı bir müşteri kaybını öngörerek, işletme stratejisini yakın mesafelerden hızlı trene yolcu taşımak olarak değiştirdiği belirtilmiş ve buna rağmen işletmeye kredi kullandırılmışsa sorunun çözümü değişir. Zira artık ortada tıpkı diğer kredilerde olduğu gibi işletme riskinin göze alınması söz konusudur. Bir başka ifadeyle yönetici, riskli de olsa, elindeki bilgileri değerlendirmiş ve kendine göre doğru bir takdirde bulunmuştur.

Konumuz açısından önem taşıyan bir diğer husus da istihbaratın değerlendirme ve karar verme aşamalarıdır. Bankacılıkta kredi kullandırmalarında verilen kararlar büyük oranda takdir yetkisini de içinde barındırır. Ancak bu kararlar alınırken kullanılan takdir yetkisi, içi boş ve yoruma açık bir yetki değildir. Zira kararın arkasında, kredi talebiyle ilgili yapılmış uzun bir istihbarat süreci yatmaktadır. Örneğin istihbarat raporunda kredi kullandırılması yüksek riskli olduğu ifade edilen bir işletmeye, bu bilgiye rağmen büyük miktarda kredi kullandırılması halinde, kararı verenlerin takdir yetkilerini kötüye kullandıkları kabul edilmelidir.

Bir banka yönetim kurulu üyesinden avukat kadar hukuk, mali analist kadar teknik bilgi ya da kambiyo uzmanı kadar kambiyo bilgisine sahip olması beklenemez. Ancak bankanın genel yapı ve işleyişini, işlerin gidişini ve kendisine sunulan teknik bilgiyi anlayabilecek ve sunulan bu bilgilerden en makul kararı alabilecek düzeyde bir genel hayat tecrübesine sahip olması beklenmelidir⁷¹⁶. Bu şekilde, alınan bir kararın mevzuata

⁷¹⁶ Mimaroğlu (1967), s. 31.

da uygun olması halinde, olumlu veya olumsuz sonuçlanması, yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunu gerektirmeyecektir⁷¹⁷.

3.5.3. Kredi kararlarından kaynaklanan risklerde

Kredi kararlarında takdir yetkisinin kötüye kullanıldığı nasıl tespit edilecektir? Çamoğlu, batan bir kredi nedeniyle, yönetim kurulu üyesinin sorumlu tutulabilmesi için, görev yaptığı süre zarfında, kredilerle ilgili verdiği tüm kararların bir bütün halinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir⁷¹⁸. Zira kredi işlemlerinde genellikle geri dönmeme riski her zaman için mevcuttur. Yine yazara göre kredi kullandırmalarında ülkenin mevcut ekonomik yapısı ve konjonktürü de dikkate alınmalıdır. Keza kullandığı kredilerdeki geri dönmeme oranı sektör ortalamasının altında olan bir yönetim kurulu üyesini kast veya ağır ihmal olmadan bir zarardan sorumlu tutmak hakkaniyetle de bağdaşmaz. Bir başka ifadeyle yazara göre, bugüne kadar kullandırılan kredilerdeki geri dönmeme oranı ortalamaların altında seyreden bir yönetim kurulu üyesini, imzaladığı tek bir kredinin geri dönmemesi nedeniyle sorumlu tutmamak gerekir⁷¹⁹.

Bu noktada Akgüç'ün kredi taleplerinin ret nedenleriyle ilgili açıklamaları bize yol gösterici olabilir. Akgüç, bankaların kredi taleplerini reddetme nedenlerini kredi talep edenlerle ilgili olanlar, bankanın kredi politikasına aykırılık ve mevzuata aykırılık olarak üçe ayırmıştır⁷²⁰. Mevzuata ilişkin ret nedenleri genellikle BanK'nun risk gruplarına ilişkin hükümleri ile banka içi ve BanK uyarınca öngörülen kredi sınırları şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bizi burada ilgilendiren kredi talep edenlerle ilgili ret nedenlerinin neler olduğudur. Akgüç'ün belirttiği bu nedenleri biz konumuz açısından objektif ve subjektif olarak ikiye ayırarak belirtmeyi uygun buluyoruz.

Kredi taleplerinin subjektif ret nedenleri aynen aşağıdaki gibidir⁷²¹:

- a- Kredi isteğinin bankaca kabul edilebilir ekonomik bir nedene dayanmaması
- b- İşletmenin geçmiş yıllar faaliyet sonuçlarının yetersiz veya başarısız olduğu kanaatine varılması (kâr oranının çok düşük oluşu veya geçmiş dönemlerde faaliyetlerinin zararlı sonuçlanması)

⁷¹⁷ Mimaroglu (1967), s. 31.

⁷¹⁸ Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp], (2009), s. 341 vd.

⁷¹⁹ Çamoğlu [Poroy/ Tekinalp], (2009), s. 342.

⁷²⁰ Akgüç (2010), s. 453 vd.

⁷²¹ Bkz. Akgüç (2010), s. 453 vd.

- c- İşletme yöneticilerinin kendilerinden beklenen planlama, politika sap-tama, örgütleme, faaliyetler arasında eşgüdüm sağlam, teknik kararlar alma, kontrol, diğer işletmelerle ilişkileri geliştirme gibi fonksiyonları gerçekleştirecek yetenek ve becerilere sahip oldukları konusunda ciddi kuşkuların oluşması
- d- İstihbarat sonucuna göre işletme sahipleri, ortakları ve yöneticilerinin moralitelerinin düşük olduğu izlenimi edinilmesi
- e- İşletmenin gelecek dönemlerde yaratacağı fonların, krediyi geri öde-medeye yetersiz kalacağı olasılığının yüksek olması

Kredi taleplerinin objektif olarak nitelendirebileceğimiz ret nedenleri ise yine ay-nen aşağıdaki gibidir⁷²²:

- a- İşletmenin konjonktürel ekonomik ve politik hareketlerden büyük öl-çüde etkilenmesi, satış hacminin ve faaliyet sonuçlarının istikrarsız olması
- b- İşletmenin geçmiş dönemlerde kredi geri ödemelerinde gecikmeler olması
- c- İşletmenin gösterdiği teminatların, kullanılacak krediye oranla ye-tersiz olması
- d- İşletmenin yeni kurulmuş olması nedeniyle mali tablolarının bulun-maması ve bu nedenle değerlendirme yapılamaması
- e- İşletmenin bankaya verdiği finansal tabloların gerçeği yansıtmadığı kanaatine varılması
- f- Kredi talep edenin hukuki anlamda borçlanma ehliyeti olmaması veya kredi talebinin şirketin yetkili organlarınca yapılmaması
- g- İşletmenin likidite yapısının borç ödemeye elverişli bulunmaması
- h- İşletmenin öz sermayesinin yetersiz, Yabancı Kaynak/ Öz Sermaye oranının aşırı derecede yüksek oluşu ve fiktif bazı işlemlerle işletmenin kârlı ve öz sermayenin yüksek gösterilmesi

Görüldüğü gibi yazar kredi taleplerinin kredi talep eden kişiye göre ret nedenlerini oldukça kapsamlı olarak belirtmiştir. Kanaatimizce yazarın bu sınıflandırması BJR kap-samında kararın bilgiye dayalı olarak alınması kıstası açısından bize yol gösterici nite-liktedir. Buna göre eğer kredinin objektif bilgiler karşısında reddedilmesi gerekiyor ve

⁷²² Bkz. Akgüç (2010), s. 453 vd.

buna rağmen kredi kullandırımında bulunulmuşsa kural olarak ortada ağır kusurun olduğu kabul edilmelidir. Subjektif ret nedenlerinin varlığı halindeyse bilgiye dayalı olarak alınmış riskli bir işletme kararının varlığı kabul edilmelidir. Bu durumda kararın zararlar sonuçlanması, bir başka ifadeyle verilen kredinin geri dönmemesi, özen yükümlülüğüne aykırılık teşkil etmemelidir.

Bankacılıkta otomasyonun gelişmesi ile birlikte artık kredi kullandırma kararları verilmeden önce “skorlama” adı verilen bir sistemden yararlanılmaktadır⁷²³. Bu sistemde kredi talebinde bulunan işletmenin tüm bilgileri sisteme kaydedilmekte, eğer skor olumsuz çıkarsa, işletmeye kredi kullandırılmamaktadır. Ancak kullandırılan kredinin miktarına göre yetkili birimden onay alınmak suretiyle, skor sonucu olumsuz çıksa bile kredi kullandırmak mümkün olabilmektedir. Yine kredi derecelendirme notlarını da aynı şekilde değerlendirmek mümkündür. Bu kapsamda tartışılabilir husus, kredi derece notunun ya da “skorlama” sonucunun olumsuz çıktığı işletmelere buna rağmen kredi kullandırılması durumunda özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş olup olmayacağıdır. Kanaatimizce skor sonucu ya da derece notu olumsuz olan işletmelere buna rağmen kullandırılan kredilerde yöneticilerin ağır kusurlu olduklarının kabul edilmesi gerekir. Zira gerek verilen derece notu ve gerekse skor sonucu, objektif bir ret nedeni niteliğindedir.

Defaatle belirttiğimiz gibi verilen her kredinin doğasında geri dönmeme riski vardır⁷²⁴. Kredi kullandırılan şahsın ekonomik durumunun zamanla bozulması ve hatta bu şahsın sırf kötüniyetle bile kredi ödemelerini ifa etmemesi mümkündür. Dolayısıyla mevzuata uygun olarak kullandırılan kredilerin sonradan geri dönmemesi nedeniyle yönetim kurulu, kredi komitesi üyeleri ve şube müdürlerinin kredi kullandırma kararları nedeniyle sorumlulukları söz konusu olamaz⁷²⁵.

⁷²³ Bu tip karar destek sistemleri hakkında bkz. M. Yazıcı (2010). *Bankacılıkta kredi tahsisi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 116 vd.

⁷²⁴ “Yeterli şahsi kefalet ve gerçek değere uygun munzam gayrimenkul ipoteği teminatı olmasına rağmen, verilen kredinin ödenmemesi durumunda, özen borcuna aykırılıktan söz edilemez.”; bkz. Kaplan (1996), s. 324.

⁷²⁵ Aynı yönde bkz. Mimaroğlu (1967), s. 32. Yargıtay 11. HD’nin 20.09.1991 tarih ve 4575 Esas ve 4673 Karar sayılı kararı: “Kredi verilmemesi gerektiğine ilişkin görüşler var iken, banka genel müdürünün kredi açılması için işlemleri yönetim kuruluna sunması sorumluluğu gerektirir.”; Uçar, (1994), s. 241.

3.5.4. Ek kredi kullandırma kararlarından kaynaklanan risklerde

Bir başka önemli mesele de verilen krediyi geri ödeyemeyen kişiye ek kredi verilmesi halinde bundan sorumluluk doğup doğmayacağıdır. Mimaroglu, ek kredi verilecek kişinin iyiniyetinden emin olması durumunda ek kredi verilebileceği kanaatindedir⁷²⁶. Yazar, böyle bir durumda ek kredi verilebilmesinin, kişinin ekonomik durumun düzeleceğine ve tüm borçlarını geri ödeyebileceğine dair ayrıntılı bir istihbarat raporunun bulunması halinde mümkün olabileceği kanaatindedir. Yine ek kredi verilecek kişinin iyiniyetinin, bankayla daha önceden olan ilişkilerine göre tayin edilmesi gerekir. Sözelimi, bankayla köklü bir geçmişi olan kredi borçlusu ile henüz tanınmayan ve verilen ilk kredide sorunlar yaşanan kredi borçlusu aynı kefiye konmamalıdır. Hemen belirtelim ki, yazara göre bu şartlar altında verilen bir ek kredi geri dönmese bile kredi kullandırma kararını veren yöneticiler sorumlu olmayacaktır⁷²⁷.

Kanaatimizce meseleyi KarşY kapsamında ele almamız gerekir. KarşY'nin 11. maddesi kredilerin yeniden yapılandırılmasına ilişkin oldukça önemli bir düzenleme getirmiştir. Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

“...sınıflandırma esasları kapsamında kredilere ve diğer alacaklara ilişkin olarak bankaya olan ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin geçici likidite sıkıntısından kaynaklanması halinde, borçluya likidite gücü kazandırmak ve banka alacağının tahsilini sağlamak amacıyla gecikmiş faizler de dâhil olmak üzere krediler ve diğer alacaklar, bu maddede belirlenen usul ve esaslara uyulmak kaydıyla, gerektiğinde ilave kredi açılmak suretiyle yeniden yapılandırılabilir ya da yeni bir itfa planına bağlanabilir.”

Görüldüğü gibi yeniden yapılandırma, “bankaya olan ödeme yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin geçici likidite sıkıntısından kaynaklanması halinde” mümkün olabilecektir. “Geçici likidite sıkıntısı” kavramının neyi ifade ettiği ise yönetmeliğin 11. maddesinin ikinci fıkrasında açıklanmıştır. Buna göre geçici likidite sıkıntısı, “yükümlülüklerini zamanında ve eksiksiz olarak yerine getirebilecek ödeme gücüne sahip olan bir kredi borçlusunun normal faaliyetlerden kaynaklanan fon giriş ve çıkışlarının, satış gelirlerinin veya faaliyet gelirlerinin beklenmedik ve geçici bir nedene bağlı olarak dal-

⁷²⁶ Mimaroglu (1967), s. 33 vd.

⁷²⁷ Mimaroglu (1967), s. 34.

galanmasından dolayı düzensiz hale gelmesinden kaynaklanan yönetilebilir bir nakit açığı” anlamına gelmektedir. Bu tanım içerisinde birçok belirsizliği barındırmaktadır.

Yönetmeliğin 11. maddesinin birinci fıkrası yeniden yapılandırmanın amacını, borçluya likidite gücü kazandırmak ve banka alacağının tahsilini sağlamak olarak belirlemiştir. Yeniden yapılandırma ile neyin kast edildiği ise gerektiğinde ilave kredi açmak veya yeni bir ödeme planı hazırlamak şeklinde kanaatimizce sınırlayıcı bir yöntemle tespit edilmiştir.

Hemen belirtelim ki, yeniden yapılandırılacak kredi ve diğer alacaklar üçüncü, dördüncü ve beşinci grupta yer alanlar olmalıdır (KarşY.md. 11/3). Yeniden yapılandırılan kredi ve diğer alacaklar altı ay süreyle izlenecek ve bu süre boyunca, hangi grupta izleniyorlar ise, o gruba uygulanan özel karşılık oranlarında karşılık ayrılmasına devam edilecektir (KarşY.md.11/3)⁷²⁸.

Yönetmeliğin 11. maddesi, 5.fıkrasında yeniden yapılandırılmanın yenilenmesine de imkân tanımıştır. Buna göre, “Bu madde ve yeniden yapılandırmaya ilişkin sözleşme gereği yapılması gereken ödemelerin aksatılması halinde, yeniden yapılandırılan krediler ve diğer alacaklar her yıl kalan anapara borcunun yüzde yirmisinin (% 20) tahsil edilmiş olması kaydıyla, azami bir kez daha yeniden yapılandırılabilir.”

KarşY.’nin 11. maddesinin altıncı fıkrasında yer alan bir düzenlemeye de değinmeyi lüzumlu görmekteyiz. Bu düzenleme bankanın dâhil olduğu risk grubundaki gerçek ve tüzel kişilerden olan kredi alacakları ve diğer alacakların yeniden yapılandırmasıyla ilgilidir. Buna göre, “bankanın dâhil olduğu risk grubundaki gerçek ve tüzel kişilerden olan krediler ve diğer alacaklar, bu maddede belirtilen esaslar dâhilinde ilave kredi açılmaması kaydıyla yeni bir itfa planına bağlanabilir.” Görülüyor ki, bankanın

⁷²⁸ Yönetmeliğin 11. maddesinin dördüncü fıkrasına göre yeniden yapılandırılan krediler, toplam alacak tutarının en az yüzde onbeşinin (%15) geri ödenmiş olması, en az altı ay süreyle izlendikleri grupta takip edilmeleri ve ödemelerin aksatılmaması kaydıyla, bu sürenin sonunda "Yenilenen ve İtfa Planına Bağlanan Krediler Hesabı"na aktarılabilir. "Yenilenen ve İtfa Planına Bağlanan Krediler Hesabı" kavramı mahiyeti itibarıyla hukuki bir kavram olmayıp, muhasebe kavramıdır. Her şeyden önce yeniden yapılandırılan kredilerin, gereken şartları taşısa dahi, bu hesaba aktarılmaları bankanın takdirine bırakılmıştır. Yine yönetmeliğin bu düzenlemesinde sadece “yeniden yapılandırılan krediler” ifadesi kullanılmış, “diğer alacaklar” ifadesi kullanılmamıştır. Bu ifadeye göre yeniden yapılandırılan diğer alacaklara bu fıkra uygulanamasa gerektir. Zira hemen tüm düzenlemelerde “krediler ve diğer alacaklar” ifadesine yer veren yönetmeliğin, 11/4’te bunu unutmuş olduğu düşünülemese gerektir.

Peki, ama yeniden yapılandırılan kredilerin, “Yenilenen ve İtfa Planına Bağlanan Krediler Hesabı”na aktarılmasının hukuki sonucu nedir? KarşY’nin 11. maddesinin 6.fıkrası bu soruyu şöyle cevaplandırmıştır: “Bankalar, "Yenilenen ve İtfa Planına Bağlanan Krediler Hesabı"na intikal eden alacakları, 4 üncü maddede belirtilen sınıflandırma esasları çerçevesinde niteliklerini yeniden değerlendirmek suretiyle belirlenecek gruplar altında sınıflandırabilirler”.

dâhil olduğu risk grubuna kullandırılan krediler ile bu risk grubundan olan alacaklar için sadece yeni bir ödeme planı hazırlanabilecektir.

Bu açıklamalarımız karşısında KarşY'nin 11. maddesindeki şartlara aykırı olarak kullandırılan krediler bakımından, ağır ihmal veya kötüniyetin ayrıca ispatlanmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz. Bir başka ifadeyle 11. maddedeki şartların gerçekleştiğinin ispatı, ağır ihmal veya kastın ispatı açısından yeterlidir.

3.5.5. Yeni açılan işletmelere kullandırılan kredilerden kaynaklanan risklerde

Yeni kurulmuş işletmelere kredi kullandırılması bankacılık uygulamasında yüksek riskli faaliyetlerden biri olarak değerlendirilmektedir. Gerçekten de bankacılıkta işletmelere kredi kullandırılırken, işletmenin geçmiş dönem faaliyetleri, bu faaliyetlerdeki başarı düzeyi, bankalarla olan kredi ilişkilerinde sorunlar yaşanıp yaşanmadığı özellikle dikkat edilmesi gereken hususlardandır. Ancak her yeni kurulmuş işletmenin yüksek riskli olarak da görülmemesi gerekir. Kanaatimizce burada işletmenin sahibinin güvenilirliği ve eğer ortada bir ortaklık varsa, ortakların kredibilitesi karar verme aşamasında göz önünde bulundurulmalıdır.

Amerikan mahkemeleri yeni açılan işletmelere kredi kullandırılması ve geri dönmemesi durumunda yöneticilerin hukuki sorumluluğuna gidilip gidilmeyeceği hususunda istikrarlı değildir. Örneğin FDIC v. Robertson kararında, üç yeni işletmeye kredi kullandırımında mahkeme, bu işletmelerin başarılı olacaklarını ispata yarayacak bir sicilleri olmadığı gerekçesiyle yöneticilerin sorumluluğuna hükmetmiştir⁷²⁹. FDIC v. Stanley kararında ise, işletmenin yeni kurulmuş olmasına rağmen, yeteri kadar teminat alınmışsa ve borçlunun ekonomik durumunda ilerleme olabilecekse, verilen kredi nedeniyle yöneticilerin hukuki sorumluluğuna gidilemeyeceğine karar verilmiştir⁷³⁰.

3.5.6. Riskin dağıtılması ve teminatlî işlem ilkelerine aykırılıktan kaynaklanan risklerde

BanK, riskin dağıtılması ilkesi kapsamında risk grupları ihdas etmiş, banka men-suplarına ve hâkim ortaklara kullandırılacak kredilere sınırlandırmalar getirmiş, genel kredi sınırları tespit etmiş, iştiraklere ve gayrimenkuller üzerindeki işlemlerle ilgili ya-

⁷²⁹ McCoy (1995), s. 1045.

⁷³⁰ McCoy (1995), s. 1045.

sak ve sınırlama hükümleri tesis etmiştir. Bu hükümlere aykırı olarak alınan kararlar kanuna aykırı kararlar niteliğinde olacaktır. Dolayısıyla riskin dağıtılması ilkesi kapsamında belirttiğimiz bu durumlarda kural olarak BJR uygulanmamalıdır⁷³¹.

Teminatlı işlem bakımındansa, meselenin somut olayın şartlarına göre değerlendirilmesi gerekir. Zira bankacılıkta kural, teminata dayalı işlem olsa da çoğu kez özellikle büyük ortaklıklarla girilen kredi ilişkilerinde ortaklığın gücüne güvenilerek teminat alınmamaktadır. Hatta teminat alınsa bile, çoğu kez alınan teminat, verilen krediyi karşılamaya yetecek miktarda olmaz. Bankacılık risk alma üzerine kurulu bir faaliyettir. Ancak sırf kâr elde etme güdüsüyle hareket edilecek bir meslek de değildir. Zira bankaların kullandıkları kredilerin kaynağı, halktan toplanan mevduattır.

Nitekim Yargıtay da vekilin özen borcu ile ilgili olarak, “verilen paranın verimli bir şekilde işletilmesi işi için davalıya tevdi edilen vekâletten dolayı davalı vekilin özen ve sadakat borcu iki ana noktada toplanabilir. İlki, paranın yatırılacağı kişinin veya şirketlerin seçimi, hemen ardından gelen ise paranın yatırılması sırasında alınacak hukuki güvence ve teminatlar ile daha sonra ortaya çıkan ve gelişen olaylardan dolayı icap eden tedbir, işlem ve başvurular zinciridir.” şeklinde açıklamalarda bulunmuştur⁷³². Bu açıklamalardan, banka yöneticilerinin özen yükümlülüklerinin teminata dayalı işlem ilkesi kapsamında da geçerli olabileceği kanaatindeyiz.

Şu durumda banka yöneticilerinin aldıkları kredi kararlarını teminata dayalı işlem ilkesi kapsamında değerlendirilirken somut olayın şartları, kredi kullandırılan şahsın ekonomik durumu, geçmiş faaliyetleri, banka ile olan ilişkileri araştırılmalıdır. Bir başka ifadeyle teminata dayalı işlem ilkesi bakımından yapılan değerlendirmeler, istihbaratın sürekliliği ilkesi kapsamında varılacak bir değer yargısını zorunlu kılmaktadır. Dolayısıyla teminata dayalı işlem ilkesine aykırılık halinde çoğu kez BJR’nin uygulanma imkânının bulunmadığını düşünmekteyiz. Çünkü madem ki kural teminata dayalı işlemdir; o halde bu durumdan sapılmasının haklı gerekçeleri bulunmalıdır⁷³³. Bu gerekçelerin değerlendirilmesi ise, alınan kararın değerlendirilmesini gerektirir.

⁷³¹ Kaplan bu tip durumlarda özen yükümlülüğünün ihlal edilmiş sayılacağı kanaatindedir; bkz. Kaplan (1996), s. 322.

⁷³² Yargıtay 13. HD’nin 5.2.1991 tarihli ve 7902/1070 sayılı kararı; bkz. Battal (2001), s. 82.

⁷³³ Kaplan, teminat alınmadan verilen kredilerde, risk-teminat dengesindeki aşırı farklılıklarda ve birinci derecenin dışında ipotek alınan durumlarda özen borcuna aykırılık olduğu kanaatindedir; bkz. Kaplan (1996), s. 320.

3.6. Yönetimin Devri Halinde Ortaya Çıkan Sorunlar

3.6.1. 6762 Sayılı TTK bakımından yönetimin devri

Yönetimin devredilmiş olması halinde özen ölçüsünün nasıl tespit edileceği de önemli bir meseledir. 6762 Sayılı TTK'nın 336. maddesi yönetim kurulu üyelerini müteselsilen sorumlu tutarken, ikinci fıkrasında bu düzenlemenin bir istisnasından bahsetmiştir. Buna göre, yönetimin yönetim kurulu üyeleri arasında 319. maddeye göre bölünmüş olması halinde artık müteselsil sorumluluktan bahsedilemeyecektir. Ancak bunun için yönetimin geçerli bir şekilde bölünmüş olması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle yönetimin bölünmesi kanuna aykırı olmamalı ve esas sözleşmede bu konuda bir hüküm bulunmalı ve münhasır yetkiler devredilmemelidir⁷³⁴. Esas sözleşmede, bu konuda bir hüküm bulunmamasına rağmen, yönetim yine de üyeler arasında bölünmüş ise; bunun 318. madde anlamında bir iş bölümü olduğu kabul edilecek ve yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumlulukları söz konusu olacaktır⁷³⁵.

Yönetimin geçerli bir şekilde Murahhaslara bırakılması halinde de, Murahhaslar kendi görev ve yetki alanı içindeki işlemler nedeniyle bizzat sorumlu olacak; yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilemeyecektir.

6762 Sayılı TTK'nın 342. maddesi anlamında müdürler de 336. madde hükümlerine tabidir⁷³⁶. Bu husus 342. maddede yer alan “şirket muamelelerinin icra safhasına

⁷³⁴ 6762 sayılı TTK bakımından, münhasır yetkiler konusu tartışmalıdır. Tartışma 6762 sayılı TTK md. 319/2'nin sınırları konusundadır. Zira 6762 Sayılı TTK münhasır yetkiler konusunda herhangi bir düzenleme yapmasa da, kanunun bazı maddelerinde yer alan hükümler, yönetim kurulunun devredemeyeceği bazı görev ve yetkilerin bulunduğu şeklinde yorumlara neden olmuştur. Öncülüğünü Meyer'in yaptığı birinci görüş, münhasır yetkileri tek tek sayma yolunu benimsemiş ve münhasır yetkileri oldukça geniş tutmuştur. Bu görüşün münhasır yetkileri çok geniş tutması karşısında, aynı görüşü, münhasır yetki sayısında azaltmaya giderek kabul edenler de vardır. Buna karşılık ikinci görüş taraftarlarına göre, yönetim kurulunun bütün görev ve yetkilerinin devredilmesi mümkün olmalıdır. Doktrinde hâkim görüş yönetim kurulunun kimseye devredemeyeceği bazı yetki ve görevlerin varlığı yönündedir; Ayrıntılı bilgi için bkz. Arslan (1994), s. 33 vd.; M. Ünal (1982). Anonim ortaklıklarda yönetim ve yönetim görevlerinin Murahhaslara bırakılması. *Batider*, Cilt: XI, Sayı: 3, s. 74 vd. Bu tartışmalar 6102 sayılı yeni TTK ile birlikte sona erecek gibi görünmektedir. Zira münhasır yetkiler 6102 sayılı TTK'da 375. maddede tek tek sayma yöntemiyle açıklanmıştır. Maddenin hükümet gerekçesinde şöyle denilmektedir: “Bu hüküm ile Ticaret Kanununda, organlar arasında işlev ayrımı yapılmış, organlar arasında işlev bağlamında güç yönünden denklik kabul edilmiş, buna karşılık genel kurulun her şeye kadir olduğuna ve bütün kararları alabilme yetkisi ile donatıldığına ilişkin salt yetki teorisi reddedilmiştir. Genel kurulun bir üst organ olduğu anlayışı Ticaret Kanununa yabancıdır. Yönetim kurulu, (münhasır) yetkilerini ne esas sözleşmeyle ne de bir kararla genel kurula veya kurulacak kurullara ve komitelere devredebilir. Yönetim kurulu, bu yetkilerden feragat da edemez.”; Ayrıntılı bilgi için bkz. B. F. Doğan (2011). *Anonim şirket yönetim kurulunun organizasyonu ve yönetim yetkisinin devri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 170 vd.

⁷³⁵ Akdağ Güney (2010), s. 176; Ünal (1982), s. 69.

⁷³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. B. Karaca (2010). *Anonim ortaklıkta müdürler ve hukuki sorumlulukları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 124 vd.; Domaniç (1988), s. 719 vd.

taalluk eden kısmı, esas mukavele veya umumi heyet veya idare meclisi kararıyla idare meclisi azasından veya ortaklardan olmıyan bir müdüre tevdi edildiği takdirde; müdür, kanun veya esas mukavele yahut iş görme şartlarını tesbit eden diğer hükümlerle yükletilen mükellefiyetleri, gereği gibi veya hiç yerine getirmemiş olması halinde idare meclisi azasının mesuliyetlerine ait hükümler gereğince şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklarına karşı mesul olur.” ifadeleriyle açıkça hükme bağlanmıştır. Ancak yönetim kurulu üyelerinin müdürlerin verdiği zararlar nedeniyle sorumluluktan kurtulabilmeleri, tıpkı murahhaslarda olduğu gibi bazı hususları ispat etmelerine bağlıdır. Buna göre yönetim kurulu üyelerinin müdürü seçmede, ona talimat vermede ve gözetiminde gereken dikkat ve özeni gösterdiklerini ispat etmeleri gerekmektedir⁷³⁷.

Battal, BanK açısından yaptığı değerlendirmelerde her halukarda birinci derecede sorumluluğun yönetim kurulunda olduğunu belirtmiştir⁷³⁸. Yazara göre iç sistemlerin ve finansal raporlama sisteminin kurulması ve doğru bir şekilde işletilmesinin sağlanması, banka bünyesinde görev ve yetki dağılımının çerçevesinin net olarak belirlenmesi gibi kurumsal yönetim anlayışının ürünü olarak nitelendirilen hususların da yönetim kurulunun birinci derecede sorumluluğu kapsamında ele alınması gerekmektedir⁷³⁹. Yazar ayrıca yönetim kurulunun BanK md. 23 hükmünde yer alan yetki ve görevlerini, “kendisine bağlı olan alt birimlere dağıtması ya da kendi içinde üyelere devretmiş olması” durumunda dahi müteselsil sorumluluğun devam edeceğinin altını çizmiştir⁷⁴⁰.

Yönetim kurulu üyeleri, müdürün faaliyetlerini gözetmez ve şirketi zarara uğratmalarına göz yumar ya da kendi yetkisinin yetkili olmadığı hususlarda müdürlere yetki vermek suretiyle şirketin zarara uğramasına neden olurlarsa, artık onların sorumluluklarına gidilebilecektir (6762 Sayılı TTK md.346). Yönetim kurulu üyelerinin buradaki sorumluluğunun özelliği, müdürlerin verdikleri zararı tazmin etme şeklinde olması nedeniyle Domaniç, bu sorumluluğun bir tür kefalet niteliğinde olduğunu savunmuştur⁷⁴¹.

Aynı şekilde yönetimin murahhaslara devri halinde de, yönetim kurulu üyelerinden bazı konularda özen yükümlülüğüne uygun davranmaları beklenir. Bir başka ifadeyle, yönetim kurulu üyelerinin, yapılan işin murahhasların görev ve yetki alanında

⁷³⁷ Karaca (2010), s. 137; Akdağ Güney (2010), s. 180; Helvacı (2001), s. 99; Pulaşlı (2009), s. 40; Domaniç (1988), s. 718; Doğan (2011), s. 279.

⁷³⁸ Battal (2007), s. 147.

⁷³⁹ Battal (2007), s. 148.

⁷⁴⁰ Battal (2007), s. 148.

⁷⁴¹ Domaniç (1988), s. 719.

olduğunu ileri sürmeleri sorumluluktan kurtulmaları için yeterli değildir. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulabilmeleri için Murahhasların seçiminde ve gözetiminde gerekli özeni gösterdiklerini ispat etmeleri gerekir⁷⁴². Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin üst gözetim görevini gereken özeni göstererek yerine getirmiş olmaları şarttır. Ayrıca münhasır yetkilere giren konularda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, yönetimin Murahhaslara bırakılmasıyla sona ermemektedir.

Murahhasları seçmede gereken dikkat ve özenin gösterilmesi, bu kişilerin Murahhaslık görevi ile ilgili nitelik ve yetenekleri taşıyıp taşımadıklarının tespitinde kusurlu davranmayı ifade eder⁷⁴³. Ancak bunun için şirketin Murahhasların faaliyetlerinden dolayı bir zararının bulunması şarttır⁷⁴⁴. Talimat vermede gereken dikkat ve özen ise oldukça dikkatli ele alınması gereken bir durumdur. Zira bir yanda yönetim kurulunun münhasır yetkilerinden biri olan şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi ve iç yönergelerin hazırlanması; diğer yanında da Murahhasların şirketi yönetmek hususunda sahip olduğu serbesti mutlaka dikkate alınmalıdır. Doğan, talimat vermenin bilgi verme şeklinde anlaşılması gerektiği kanaatindedir⁷⁴⁵.

3.6.2. 6102 Sayılı TTK bakımından yönetimin devri

6102 Sayılı yeni TTK md.367 uyarınca yönetimin devredilebilmesi için esas sözleşmede bununla ilgili bir hükmün bulunmalı ve ayrıca “iç yönerge” hazırlanmalıdır. İç yönergede nelerin yer alacağı madde metninde, “Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kimle bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler.” şeklinde ifade edilmiştir. Sonuç itibarıyla 6102 sayılı yeni TTK’ya göre yetki devrinin gerçekleşebilmesi için yönetim kurulunun münhasır görev ve yetkisine giren bir yetki devri olmamalı, şirket esas sözleşmesinde yetki devrine dair hüküm bulunmalı ve iç yönergede düzenleme olmalıdır.

6102 Sayılı yeni TTK’nın 553. maddesinin ikinci fıkrası, oldukça önemli bir düzenlemede bulunmuştur.

⁷⁴² Akdağ Güney (2010), s. 177; Mimaroğlu (1967), s. 78; Tekil (1976), s. 277; Ünal (1982), s. 86.

⁷⁴³ Tekil (1976), s. 277, dp. 103; Arslan (1994), s. 105; Doğan (2011), s. 280; Ünal (1982), s. 86.

⁷⁴⁴ Arslan (1994), s. 105.

⁷⁴⁵ Doğan (2011), s. 278.

“Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar.”⁷⁴⁶

Bu düzenlemedeki en dikkat çekici husus ispat yükünün yöneticilerde değil karşı tarafta olduğudur⁷⁴⁷.

6102 Sayılı yeni TTK’nın 369. maddesi gerekçesindeki, *“Tedbirli yönetici”* terimi *bir taraftan kusurda ölçü rolü oynar, diğer taraftan da karar ve eylemlerde nesnel davranışı ifade eder, ancak bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamaz.*” ifadesi doktrinde Akdağ Güney ve Pulaşlı tarafından derin eleştirilere konu olmuştur⁷⁴⁸. Zira bu ifadeler yeni TTK’nın 553. maddesinin üçüncü fıkrasında fiilen birer hukuk normu haline getirilmiştir. 553/3 şöyledir:

“Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz.”⁷⁴⁹

⁷⁴⁶ “...Birinci fıkra devredene seçimde makûl özen yükümü yüklemiştir... İsviçre/Türk öğretisinde ege-men olan "delegasyon/yetki devri" bugün de geçerli olup bu kavramı, 6762 sayılı Kanunun 342 nci maddesinin anlamında ifanın devri şeklinde yorumlamaya olanak yoktur. İsviçre öğretisinde de işaret edildiği üzere devredilen organsal işlev (fonksiyon)'dir. İsviçre hükmü seçimde özen yükümü yanında "talimat" ve "gözetim" özenine de yer verir. "Delegasyon"da gözetim görevinin devredende olduğu şüphesizdir. Ancak Tasarı bu görevi hükmün üçüncü fıkrasında değişik bir çözüme bağlamıştır. Anılan hüküm gözetim görevini (yükümünü) açıkça tanımakta, ancak buna İsviçre'de bulunmayan bir sınır getirmektedir.” (6102 Sayılı TTK md.553/2 Hükümet Gerekçesi).

⁷⁴⁷ TTK md. 553’ün ikinci fıkrası hükümet tarafından sunulan kanun tasarısında, “Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde akla yatkın derecede özen gösterdiklerini ispat ettikleri takdirde, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmaz” şeklinde idi. Bu hüküm daha sonar TBMM Adalet Komisyonu tarafından değiştirilmiş ve değiştirilmiş haliyle kanunlaşmıştır.

⁷⁴⁸ Yazarın eleştirileri için bkz. Akdağ Güney (2010), s. 84 vd.

⁷⁴⁹ Bu fıkra madde gerekçesinde şu ifadelerle savunulmuştur: “Üçüncü fıkra yönetim organının, organsal işlevi ister kanuna göre devredilmiş olsun, ister organın kendisinde kalsın üyelerin gözetim yükümlerini tanımakta, ancak bu yükümün kontrol dışında kalan olgu ve konularda bulunmadığını hükme bağlamaktadır. Bu hüküm yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür. Çünkü uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takatinin üstünde bir gözetim anlayışıyla şirketteki her türlü kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutuldukları gözlemlenmiştir”.

Akdağ Güney, bu düzenleme ile yönetim kurulu üyelerinin münhasır yetkileri arasında zikredilen üst gözetim görevinin fiilen etkisiz hale getirildiğini savunmaktadır. Yazara göre özellikle banka gibi çok büyük işletmelerde, işlerin kolaylıkla yönetim kurulunun kontrolü dışına çıkması mümkündür. Ancak özen yükümlülüğünün ağırlaştığı bu tip durumlarda yapılması gereken, sorumluluğu hafifletmek değil; bilakis işlerin yönetim kurulunun kontrolü altında kalmasını sağlayacak sistemleri kurmaktır. Bu durumda yönetim kurulunun, hem kendisinin ve hem de yöneticilerin şirket işlerini en iyi idare edecek ve kontrol altında tutabilecek şartların oluşturulmasını sağlaması gerekmektedir.

Yazara göre herkes kontrol alanı ile sınırlı olarak sorumlu tutulursa; kontrol altına alınamayan işlerden kimseyi sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Örneğin banka yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü, ezcümle bir şubedeki muhasebe kayıtlarının doğru tutulup tutulmadığını bilemeyeceğini ve dolayısıyla banka bilançosunun gerçeği yansıtmamasından sorumlu olmayacağını pekâlâ ileri sürebilecektir. Yine yönetim kurulu, görev ve yetkilerini devrettiğini dolayısıyla kontrol alanında bulunmadığını ileri sürerek, şubede gerçekleştirilen usulsüz işlemlerden haberinin olmasının mümkün olmadığını savunabilecektir. Yazar, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarına gidilmesindeki amacın, onların sorumluluktan kurtulması için çareler aramak değil; en iyi yönetimi gerçekleştirmelerini sağlamak olması gerektiğinin de altını çizmiştir.

Pulaşlı, bu düzenlemenin BanK’na karşı duyulan bir tepkinin eseri olduğunu, ancak sorunları da beraberinde getireceğini belirtmiştir⁷⁵⁰. Yazara göre üst gözetim yetkisi devredilemez, ama bu şekilde sınırlandırıldığı takdirde de fonksiyonunu kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalınır. Ancak yine de yazar bu düzenlemenin, kanundan doğan bir sorumluluk olan üst gözetim yükümlülüğünü ortadan kaldırmadığını düşünmektedir. Yazar, “devredilen yetki ve görevlerde gözetim görevinin yerine getirilmesinde özensiz davranılması” durumunda, kontrol alanı dışındaki işlerden de sorumluluk doğabileceği kanaatindedir⁷⁵¹.

Şu hususu önemle belirtelim ki, mülkiyet ve kontrolün birbirinden ayrıştırılması noktasında, kimin hangi husustan sorumlu olacağının belirlenmesi esasen modern ortak-

⁷⁵⁰ Yazarın görüşleri için bkz. Pulaşlı (2009), s. 41 vd.

⁷⁵¹ Pulaşlı (2009), s. 42.

lıklar hukukunun en temel problemlerinden birisidir⁷⁵². Nitekim Paslı, “anonim şirket örgütü” ile “işletme örgütü” kavramlarının farklılığına dikkat çekmiş ve işletme örgütünün temel görevinin günlük işlerin yürütülmesi olduğunun, bu bağlamda yönetim kurulunun görevinin bir futbol takımının teknik direktörünün görevine benzediğinin altını çizmiştir⁷⁵³. Yazar, oyunu oynayanların işletme örgütü olduğu, yönetim kurulunun da tıpkı teknik direktör gibi doğru zamanda müdahalede bulunmak ve gerekirse örgüt içinde değişikliğe gitmekle yükümlü olduğu kanaatinde⁷⁵⁴. Bu bakımdan anonim şirketlerde kurumsal yönetim anlayışının temelinde de Paslı’nın deyişiyle, “görev dağılımının net kurallara bağlanması” meselesinin çözümü yatmaktadır⁷⁵⁵. Dolayısıyla, anonim şirketlerde görev ve sorumluluğun ayrıştırılmasının, kontrol alanında boşlukların olabileceği şeklinde yorumlanmaması gerektiği kanaatindeyiz.

Bu açıklamalarımızın ışığı altında kanaatimizce, 6102 sayılı yeni TTK’nın 553. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında yer alan ifadeler, işlerin yönetim kurulunun kontrolünden çıkabileceği ve kontrol altına alınamayan işlerden kimsenin sorumlu tutulamayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Zira bu görüş kabul edilirse anonim şirketlerde görev ve yetki devrinin keyfi ve iradi bir niteliğe sahip olduğu sonucuna ulaşılabılır. Oysa bu devir keyfi ve iradi değil; bilakis iş yükü ve organizasyon büyüklüğü karşısında zorunluluk arzeden bir devir niteliğindedir. Kaldı ki, banka hukuku açısından meseleye yaklaştığımızda, bu devre bizzat Bank tarafından izin verilmiş olduğunu görmekteyiz. Keza Bank’na dayanılarak çıkartılan alt düzenlemeler de yönetimin devri tüm ayrıntılarıyla düzenlenmiş, genel müdürden en alt kademedeki personele kadar tüm görev ve sorumluluklar tek tek belirtilmiş ve ortada kontrol altına alınamayan bir iş bırakılmamıştır. Bir başka ifadeyle, kimin hangi hususta görevli olduğu ve kimin hangi iş nedeniyle sorumlu olabileceği Bank’na dayanılarak çıkartılan alt düzenlemelerde tereddüte yer vermeyecek şekilde düzenlenmiştir.

⁷⁵² Bu hususta bkz. A. Paslı (2005). *Anonim ortaklık kurumsal yönetimi*. İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, s. 288 vd.

⁷⁵³ Paslı (2005), s. 291.

⁷⁵⁴ Paslı (2005), s. 291.

⁷⁵⁵ Paslı (2005), s. 288.

3.6.3. Bankacılık risklerinin üst gözetimi

3.6.3.1. Üst gözetim kavramı

6102 sayılı TTK md.375/1-e bendine göre “Yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi” hususu, yönetim kurulunun devredemeyeceği ve vazgeçemeyeceği görev ve yetkiler arasında zikredilmektedir. Madde gerekçesine göre, üst gözetim ile kastedilen, “hem kuramsal açıdan hem de işletme iktisadî yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimidir. Yoksa yönetim kurulu bir kontrol ve denetim organı değildir. Üst gözetimin normatif niteliği hükmün bizzat kendisinden anlaşılmaktadır.” 6762 Sayılı TTK’da yönetim kurulunun gözetim görevinden bahsedilmemişse de doktrin ve Yargıtay bu görevin varlığı konusunda hemfikir⁷⁵⁶.

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre “gözetim” kelimesi çeşitli anlamlara sahiptir. Bu anlamlardan ilkinde göre gözetim, “gözetme işi, himaye” anlamına gelmektedir. TDK Sözlüğü, gözetim kelimesinin bu anlamına örnek olarak 1982 Anayasası’nın 24. maddesinde yer alan, “Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır.” cümlesini göstermiştir. TDK, Medeni Hukuk Terimleri Sözlüğünde ise gözetimi, “nezaret, nezaret makamı, nezaret kat’ı” şeklinde tanımlamaktadır. Kanaatimizce çalışma konumuz bakımından en doğru tanım TDK Yöntembilim Terimleri Sözlüğünde yer alan, “Bir çalışma ya da uygulama sürecini etkinlik ve amaca uygunluk bakımından yakından denetleme” şeklindeki ifadedir⁷⁵⁷. Önder ise gözetimi, “Görevli bir makamın görevi gereği iş ve işlemlerin başlamasından sona ermesine kadar takip edilmesi” olarak tanımlamış; bu anlamıyla gözetimin denetim kavramından da geniş olabileceğinin altını çizmiştir⁷⁵⁸.

Atasoy gözetim kavramının nezaret kavramı ile eşdeğerde olduğunu ve pasif bir hareket olarak değerlendirilebileceğini ancak aynı zamanda önleyici nitelikte aktif bir davranış biçimini de kapsadığını ifade etmiştir⁷⁵⁹.

Tekil’e göre gözetim, şirket işlerinin yürütülmesine engel olacak bir şekilde gerçekleştirilmemelidir⁷⁶⁰. Yazara göre denetimden anlaşılan, düzenli raporlar yoluyla şir-

⁷⁵⁶ Bkz. Akdağ Güney (2010), s. 172.

⁷⁵⁷ Tüm bu tanımlar için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Erişim tarihi: 06.08.2011).

⁷⁵⁸ Önder (2008), s. 4.

⁷⁵⁹ Atasoy (1984), s. 103.

⁷⁶⁰ Tekil (1976), s. 277, dp. 103; Aynı yönde bkz. Doğan (2011), s. 283.

ket işlerinin muntazaman takip edilmesi ve çetrefil konularda uzmanlara başvurulmasıdır.

Yönetim kurulunun gözetim yükümlülüğü MBCA § 8.01.paragrafin c bendinde 8 madde halinde sayılmıştır. Hemen belirtelim ki burada bahsedilen gözetim yükümlülükleri halka açık anonim şirketler için söz konusudur. Buna göre halka açık bir anonim şirketin yönetim kurulunun gözetim sorumlulukları şu hususlarda dikkatli olmayı gerektirmektedir:

- 1- İşletmenin plan ve performansı konularında
- 2- İşletmenin maruz kaldığı ya da maruz kalabileceği belli başlı riskler konusunda
- 3- Üst düzey yönetimin performans ve ücret durumlarının belirlenmesinde
- 4- Şirketin hukuk ve ahlak kurallarına uygun davranmasını teşvik etmeye yönelik politika ve usullerin belirlenmesinde
- 5- Kamuya açıklanacak finansal tabloların hazırlanmasında
- 6- Etkin bir iç kontrol sistemi oluşturmak hususunda
- 7- Yöneticilerin yeterli bilgiye zamanında ulaşmalarını sağlayacak düzenlemelerde
- 8- Yönetim kurulu ve komitelerin, bağımsız yöneticilerin önemini göz önünde tutmak suretiyle teşekkül ettirilmesinde

Arslan, gözetim yetkisinin aynı zamanda görev olarak da değerlendirilmesi gerektiğini ve gözetim yetkisinin temel amacının yönetim kurulunun saf dışı bırakılmasını önlemek olduğunu açıklıkla belirtmiştir⁷⁶¹. Yazar büyük anonim şirketlerde işlerin murahhas ya da müdürler eliyle yürütülmesinin zorunluluk olduğunu; kanunda murahhas ve müdürlük sistemlerine yer verilmesinin doğal sonucunun da bunların keyfi davranmalarının önüne geçmek için, gözetim yetkisi ihdas etmek olduğunu belirtmiştir. Hatta yazar, bu bağlamda yönetim kurulunun yegâne münhasır yetkisinin, gözetim yetkisi olduğunu düşünmektedir⁷⁶².

3.6.3.2. Banka yönetim kurulunun üst gözetiminin kapsamı: kontrol altında tutma

Konuya bankalar bakımından yaklaştığımızda gözetim, banka yönetim kurulunun, bankanın faaliyetlerini her aşamada kontrol altında tutabilmesi olarak tanımlanabilir.

⁷⁶¹ Arslan (1994), s. 38 vd.

⁷⁶² Arslan (1994), s. 111.

Burada kullandığımız “kontrol altında tutma” ifadesi bünyesinde bazı unsurları barındırmaktadır.

Bir şeyi kontrol altında tutabilmemiz için, öncelikle o şey hakkında yeteri kadar bilgi sahibi olmamız gerekir. BanK’nun, banka yönetim kurulu üyesi olunması için üyelerin yarısından bir fazlasında aradığı nitelikler, bu kişilerin bilgi sahibi olmaya ehil sayılmaları içindir (BanK md.23). Ancak bilgi ve dolayısıyla işletmenin işleri hakkında fikir sahibi olabilmek için, yönetim kurulunun, düzenli ve doğru bilgi akışını sağlayacak mekanizmaları tesis etmesi de gerekir⁷⁶³.

6762 sayılı TTK md.331 ve 6102 sayılı yeni TTK’nın 392. maddesinde düzenlenen yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkının, gözetim yetkisi bakımından ayrıca ele alınması gerekmektedir. 6762 Sayılı TTK’nın 331. maddesi, “İdare meclisi toplantılarında azalar, şirketi temsile ve şirket işlerini görmeye memur olan kimse-lerden işlerin gidişi veya muayyen bazı işler hakkında izahat istemek hakkını haizdirler. İdare meclisi, defter ve dosyaların kendisine ibrazına dahi karar verebilir.” şeklindedir.

6102 Sayılı yeni TTK’nın yönetim kurulu üyesinin bilgi alma ve inceleme hakkı başlıklı 392. maddesi 6762 sayılı TTK’nın düzenlemesinden oldukça farklıdır.

392. maddeye göre, her yönetim kurulu üyesi, şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir (6102 Sayılı TTK md. 392). Bir üyenin istediği, herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirilmesi, kurulca veya üyeler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konu ile ilgili yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez (6102 Sayılı TTK md.392/1). Tekil, yönetim kurulu üyelerinin defter ve belgeleri incelemede kusurlarının bulunması halinin özellikle de yıllık bilançonun hazırlanması ve kâr dağıtımı konuları bakımından doğrudan sonuçları olduğunu belirtmiştir⁷⁶⁴.

6102 Sayılı TTK’nın 392. maddesinin ikinci fıkrasına göre, yönetim kurulu toplantılarında, yönetim kurulunun bütün üyeleri gibi, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de bilgi vermekle yükümlüdür (6102 Sayılı TTK md. 392/2). He-men belirtelim ki, yönetim kurulu üyesinin bu hakları kısıtlanamaz, kaldırılamaz (6102 Sayılı TTK md.392/6). Ancak esas sözleşme ve yönetim kurulu kararıyla, genişletilmesi mümkündür (6102 Sayılı TTK md.392/6).

⁷⁶³ Akdağ Güney (2010), s. 174.

⁷⁶⁴ Tekil (1976), s. 278, dp. 103.

Kontrol altında tutma ifadesinin ikinci unsuru aslında ilk unsurun, yani bilgi sahibi olma unsurunun bir sonucudur. Buna göre bilgi sahibi olunmasının doğal sonucu, hatalı ve yanlış görülen hallerde gerekli talimatların verilebilmesidir. Kontrol altında tutma ifadesinin son unsuru ise, kontrolden çıkmanın önüne geçilmesidir ki, bu da düzenli ve sürekli denetim ile mümkün olabilir. Üst gözetim kavramının neyi ifade ettiği böylelikle ortaya çıkmış olmaktadır.

Bu noktada Doğan'ın, "Yönetim Kurulu üst gözetim yetkisi kapsamında kural olarak doğrudan yönetim kurulunun altında faaliyet gösteren yöneticileri gözetler. Zira özellikle büyük anonim şirketlerde çok sayıda müdür görev yaptığından bunların hepsinin yönetim kurulu tarafından gözetlenmesi mümkün değildir." şeklindeki ifadelerine, özellikle banka hukuku açısından katılamadığımızı da belirtmek isteriz⁷⁶⁵. Zira yönetim kurulunun üst gözetimi, hiyerarşik bir yapıyla açıklanamaz. Bu görüş kabul edildiği takdirde, yönetim kurulunun gözetim yetkisi, hiyerarşik bir şekilde tabana devredilmiş olacaktır. Yine büyük anonim şirketlerde her yöneticinin münferit olarak gözetlenmesinin mümkün olmadığı şeklindeki görüşe de katılmak mümkün değildir. Zira "üst gözetim" zaten kavram olarak, özellikle de büyük anonim şirketlerde uygulanmak üzere geliştirilmiş bir kavramdır. Bu ifadelerimizle yönetim kurulunun kendi astlarını gözetmemesi gerektiğini ifade etmemekteyiz. Zira zaten insanı da içeren bir organizasyonda her yönetim aynı zamanda astları gözetimdir ve her yönetim devri astları gözetim yetkisini de içerir. Bizim burada kastettiğimiz aşağıda da açıklayacağımız gibi, yönetim kurulunun üst gözetiminin, salt astların gözetimine indirgenemeyeceğidir.

Üst gözetim, kendisine görev ve yetki devrinde bulunan kişilerin tüm işlemlerinin kontrol edilmesi olarak da değerlendirilmemelidir⁷⁶⁶. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi de, bir kararında yönetim kurulunun yapılan işlerle ilgili bilgi almasını, yöneticilerden düzenli olarak rapor gelmesini sağlayarak bu raporları değerlendirmesini, iç kontrol sistemi kurarak bunun doğru işlemlerini sağlamasını ve eksik ya da yanlış görüldüğü konularda ek bilgi talep ederek meseleye açıklık kazandırılmasını gözetim görevinin yerine getirilmesi için yeterli görmüştür⁷⁶⁷.

Yanlı, İsviçre hukuku bakımından üst gözetimin, "sürekli olmayan, ancak uygun bir ölçüde yapılan bir gözetim ve tüm yönetim kurulunun bu gözetimin sonucundan

⁷⁶⁵ Bkz. Doğan (2011), s. 196.

⁷⁶⁶ Akdağ Güney (2010), s. 173.

⁷⁶⁷ Akdağ Güney (2010), s. 173.

bilgilendirilmesi” anlamına geldiğini belirtmektedir⁷⁶⁸. Yazara göre, bu gözetim, hukuka uygunluk ve yerindelik denetimini bir bütün olarak içermektedir. Yazar, İsviçre kanun koyucusunun münhasıran yönetim kuruluna bıraktığı gözetim yetkisinin, üst gözetim olduğunu; diğer gözetim yetkilerinin komiteler aracılığı ile kullanılabileceğini ifade etmiştir⁷⁶⁹.

Akdağ Güney, üst gözetimin yönetim kurulu üyelerinin işlerin gidişini uzaktan gözlemleri anlamına gelmediğini, zira yönetim kurulunun denetim organı olmadığını belirtmiştir⁷⁷⁰. Yazara göre yönetim kurulu işlerin gidişini kontrol etmeli ve gereken hallerde de tedbir alabilmelidir. Bir başka ifadeyle üst gözetimden anlaşılması gereken; “yönetim kurulu üyesinin idare ile görevlendirilen kimselerin yaptıkları işleri mümkün olduğunca fazla zaman aralığı bırakmadan gözlemesi, yapılan işlere ilişkin kritik sorular sorması ve gerektiği takdirde müdahale etmesidir.”⁷⁷¹

Benzer şekilde Ünal da yönetim kurulunun, işletmenin faaliyetlerinin genel işletme politikasına uygun bir şekilde yerine getirilmesine nezaret etmesi gerektiğini belirtmiş ancak bunun hiçbir zaman bütün işlemlerin tek tek incelenmesi olarak anlaşılmaması gerektiğini ileri sürmüştür⁷⁷². Yazara göre yönetim kurulunun gözetim yetkisini kullanması “işlerin gidişi hakkında genel bir bilgi edinme ve gerekli tedbirleri alma” şeklinde tezahür etmelidir.

Kanaatimizce yönetim kurulu üyelerinin üst gözetiminin kapsamını dar bir çerçeve ile sınırlandırmamak gerekir. Nitekim Pulaşlı’ya göre, her ne kadar yönetim kurulu üyeleri ile şirket yöneticileri arasındaki ilişki güven temeli üzerine oturmuş olsa da, kural her zaman için, “güven iyidir, kontrol etmek ondan daha iyidir.” olmalıdır⁷⁷³. Yönetim kurulu üyelerinin tedbir alma yükümlülüklerini de bu kapsamda ele almak gerekir. Yazar, buradaki tedbir ifadesinin sadece mevzuata uygunluğun sağlanması değil, aynı zamanda yöneticilerin aldıkları kararların amaca uygunluk bakımından denetlenmesini de içereceği kanaatindedir.

Yönetim kurulunun gözetimde kusurlu sayılabilmesi için, kendisine düzenli olarak gelen raporların dikkatli bir şekilde değerlendirilmemiş olması, gereken durumlarda

⁷⁶⁸ V. Yanlı (1997). İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda “işbölümü ilkesi” ve yönetim kurulunun münhasır yetkileri. *İÜHFM*, LV (3), s. 267.

⁷⁶⁹ Yanlı (1997), s. 267.

⁷⁷⁰ Akdağ Güney (2010), s. 86.

⁷⁷¹ Akdağ Güney (2010), s. 87.

⁷⁷² Ünal (1982), s. 87.

⁷⁷³ Pulaşlı (2009), s. 42; Bkz. aynı yönde Kaplan (2006), s. 14.

sorular sorup ek açıklamaların istenmemiş olması gerekir⁷⁷⁴. Yine şirket içerisindeki usulsüz işlemlere derhal müdahale etmenin yanı sıra bu usulsüzlükleri önleyici etkili tedbirlerin alınması hususu da bu kapsamda ele alınmalıdır⁷⁷⁵.

Örneğin banka işletmelerinin, üst gözetim görevini yerine getirmesi için sahip olması gerekli yapıyı, bizzat BanK kurmuştur. BanK'na göre, denetim komitesi ve iç sistemler, yönetim kurulunun üst gözetim görevini yerine getirmesi için birer vasıta niteliğindedir. BanK'na göre iç sistemler, denetim komitesi aracılığı ile doğrudan yönetim kuruluna bağlı olarak çalışırlar. Ancak yönetim kurulunun, denetim komitesi ve iç sistemlerini teşekkül ettirmesi ve bunların çalışmalarını düzenli olarak kontrol etmesi ile üst gözetim görevi yerine getirilmiş sayılamaz⁷⁷⁶. Aksi takdirde yönetim kurulunun hukuki sorumluluğunu sadece bu sistemleri kurup kurmadığına indirgemiş oluruz.

Denetim komitesi ve iç sistemlerin kurulma amacı, yönetim kurulunun üst gözetimi için gerekli altyapının oluşturulmasıdır. Yönetim kurulunun, üst gözetimde bu anlamda iki görevi bulunmaktadır. Birincisi üst gözetim için gerekli alt yapıyı kurmaktır. BanK açısından bu altyapı denetim komitesi ve iç sistemlerin kurulmasıdır. Bu altyapının kurulmasıyla ve denetlenmesiyle üst gözetim tamamlanmıştır denilemez. Bilakis, bu altyapının ne için kurulduğu sorusunun sorulması icap eder. Pulaşlı, Alman hukukundaki yaklaşımın kusursuz bir üst yönetim yapılanmasının yanı sıra ayrıntılı bir iş dağılımını da gerekli kıldığını ifade etmektedir. Buna göre yönetici kurul, aldığı kararların yetkili kişilerce doğru olarak uygulanıp uygulanmadığını özellikle de mali ve ekonomik etkilerinin ne olduğunu kontrol etmelidir⁷⁷⁷. Pulaşlı'nın Alman hukukunda yönetici kurulla ilgili belirttiği hususların; Türk hukukunda yönetim kurulunun üst gözetim yetki ve görevi bakımından da uygulanabileceği kanaatindeyiz.

Burada üst gözetim bağlamında yönetim kurulunun ikinci görevi karşımıza çıkmaktadır. Denetim komitesi ve iç sistemler, yönetim kurulu adına bankanın denetim görevini üstlenmişlerdir. Denetim komitesi ve iç sistemler, bir nevi yönetim kurulunun uzvu gibidirler. Bu denetim kapsamında iç sistemler kapsamındaki her birim düzenli olarak raporlar hazırlamakta ve denetim komitesine sunmaktadır. BİSHY'in md. 7/2-s bendine göre denetim komitesi de, altı aylık dönemi aşmamak kaydıyla, dönem içeri-

⁷⁷⁴ Tekil (1976), s. 278, dp. 103; Doğan (2011), s. 283.

⁷⁷⁵ Tekil (1976), s. 278, dp. 103.

⁷⁷⁶ Aksi görüş için bkz. Doğan (2011), s. 197.

⁷⁷⁷ Pulaşlı (2009), s. 53.

sinde icra ettiği faaliyetlerin sonuçlarını yönetim kuruluna raporlamak, raporda bankada alınması gereken önlemlere, yapılmasına ihtiyaç duyulan uygulamalara ve bankanın faaliyetlerinin güven içinde sürdürölmesi bakımından önemli gördüğü diğler hususlara ilişkin görüşlerine yer vermek durumundadır.

Görölldüğü gibi riskli görölün hususlar düzenli raporlarla yönetim kuruluna sunulmaktadır. Ancak son söz yönetim kuruluna aittir. Banka, yönetim kurulu adına incelenmiş ve denetlenmiş; riskli bir durum varsa yönetim kuruluna durum bildirilmiştir. Bu riskli durum genel anlamda bankanın likidite yapısı ve kredi riskinin artması olabileceğı gibi; küçük bir şubede vuku bulan mevduat ya da kredi usulsüzlüğüne ilişkin de olabilir. Örneğın, yönetim kuruluna sunulan raporda, bankanın kısa süreli likidite sıkışıklığına düşebileceğı belirtilmesine rağmen, yönetim kurulu gerekli önlemleri almaz veya alınmasına yönelik talimatlar vermez ise; yönetim kurulu acaba sırf risk yönetim birimini kurduğı, iyi işlediğini denetlediğı ve üst gözetimi bu şekilde yerine getirdiğı savunmasında bulunarak, hukuki sorumluluktan kurtulabilir mi?

Yukarıda belirttiğimiz gibi, üst gözetim için gerekli altyapının kurulup, mevzuata uygun işleminin sağlanmasıyla; yönetim kurulunun, üst gözetim görevini ifa ettiğı söylenemez⁷⁷⁸. Zira yönetim kurulu, bankanın likidite sıkışıklığı gibi banka genelini ilgilendiren konulardan başlayıp küçük bir şubedeki işlerin gidişatına kadar, bankanın tüm yönetim kademelerinde, üst gözetim görevini yerine getirebilmektedir.

Kaplan, bankalarda yönetim kurulunun üst gözetimini oldukça kapsamlı bir bakış açısıyla ele almıştır⁷⁷⁹. Yazar, üst gözetimin kapsamında bankacılık faaliyetlerinin mevzuata uygunluk bakımından değlerlendirilmesi, bankanın hesaplarının incelenmesi, büyük kredilerin incelenmesi, kredi raporlarının incelenerek risk değlerlendirilmesi yapılması, sermaye artırımı, bankanın teknolojik altyapısının yenilenmesi gibi hususların yer aldığını belirtmiştir. Yazar ayrıca üst düzey yönetimin denetiminin de üst gözetim kapsamında olduğunu belirtmiştir⁷⁸⁰.

Tartışılması gereken bir husus da, banka personeline ilişkin kararları nedeniyle yönetim kurulu üyelerinin sorumlu olup olmayacaklarıdır. Örneğın bir banka şubesi müdürü usulsüz krediler kullanırmak suretiyle bankanın yüksek miktarda zarara uğramasına neden olmuş olsun. Yönetim kurulu adına düzenli teftiş görevini ifa eden müfet-

⁷⁷⁸ Bkz. aynı kanaatte, Akdağ Güney (2010), s. 174.

⁷⁷⁹ Kaplan (2006), s. 12 vd.

⁷⁸⁰ Kaplan (2006), s. 13.

tiş, bu hususla ilgili soruşturma raporu hazırlasın. Rapor, denetim komitesi raporu olarak yönetim kurulunun önüne gelsin. Yönetim kurulu, çeşitli nedenlerle şube müdürünün iş akdini feshetmeyip, onu başka bir şubede görevlendirebilir. Hemen belirtelim ki, özellikle kamu sermayeli bankalarda, siyasilerin de devreye girmesiyle bu tip durumlarla sıkça karşılaşılmaktadır. Şahıs sermayeli (özel) bankalarda ise, daha ziyade hatır ilişkisi nedeniyle benzer durumlarla karşılaşılır. Peki, başka şubede görevlendirilen şube müdürü, o şubede de usulsüz işlemler tesis etse, acaba yönetim kurulunun, üst gözetim görevini ihlal etmiş olduğundan söz edilebilecek midir?

Mimaroğlu meseleye personelin istihdamı bakımından yaklaşmış ve banka yönetim kurulunun bu kişiyi işe alırken mevzuata ve banka içi düzenlemelere uymuş olmasında, yönetim kurulunun aldığı karar nedeniyle sorumlu olduğu kanaatine varmıştır⁷⁸¹. Yazara göre banka personel yönetmeliği bu personel hakkında araştırma yapılmasını öngörmüş ve yönetim kurulu buna rağmen araştırma yapmamış ya da araştırma raporunun olumsuz sonuçlanmasını dikkate almamışsa yine sorumlu olacaktır.

Bankacılık uygulamasında genellikle düşük miktartlı zimmetlerde banka personelinin zarar tazmin edilmekte ve bu personel hakkında şikâyetçi olunmamaktadır. Hatta yukarıda belirttiğimiz hatır ilişkisi ve siyasi nedenlerle personelin iş akdi de feshedilmemekte, günlük yaşamda “sürgün” olarak tabir edilen uzak şubelerde kendilerine görevler verilmektedir. Kanaatimizce banka personelinin zimmet suçunu işlediği yapılan soruşturma sonucunda müfettiş raporu ile sabitse; yönetim kurulunun buna rağmen iş akdini feshetmemesi ve aynı personelin bu kez daha büyük bir zarara neden olması durumunda, yönetim kurulu gözetim yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmalı ve oluşan zararı tazmin yükümlülüğü olmalıdır.

Sonuç olarak 6102 Sayılı yeni TTK’nın 369. maddesinin gerekçesindeki, “*bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında kalan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbiri kapsamaz.*” ifadesi ile 553. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*Hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz.*” ifadelerinin açıklamalarımız kapsamında yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁷⁸¹ Mimaroğlu (1967), s. 31 vd.

3.6.3.3. Yönetim kurulunun risk yönetimine ilişkin yetki ve sorumlulukları

Yönetim kurulunun bankacılık risklerinin yönetimi konusundaki yetki ve sorumlulukları BİSHY md. 5'te ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Yönetim kurulunun bankacılık risklerinin gözetimi hususunda üst gözetiminin kapsamını ve sınırlarını tespit edebilmemiz için, bu yönetmelikte yönetim kurulunun yetki ve sorumluluğunda olduğu belirtilen hususların da incelenmesi gerekmektedir. Buna göre BİSHY'nin 5. maddesi uyarınca yönetim kurulunun bankacılık risklerinin yönetilmesi hususundaki yetki ve sorumlulukları şunlardır:

-Bankanın maruz kaldığı riskler ve bu risklerin ölçüm yöntemleri ile yönetimi konusunda bilgi sahibi olmak (BİSHY md.5/2-g):

Yönetmelik “bilgi sahibi olmak” ifadesini kullanmaktadır. Bilgi sahibi olunacak hususlar ise iki türdür: Maruz kalınan riskler ve bu risklerin ölçüm yöntemleri. Bilgi sahibi olunacak hususların önemi karşısında bilgi sahibi olmak ifadesinden neyin anlaşılması gerektiğini ortaya koymamız gerekiyor. Kanaatimizce buradaki bilgi sahibi olmak ifadesi, sadece “haberdar olma” anlamında değerlendirilmemelidir. Bir başka ifadeyle bilgi sahibi olmayı geniş anlamda ele almamız gerekir. Zira risklerden ve risk ölçüm yöntemlerinden haberdar olmak demek, hatalı görünen durumlara müdahale edebilmek anlamına gelmektedir. Haberdar olmamak veya haberdar olmak ancak müdahale edebilecekken etmemek ise sorumluluk gerektirecektir. Binaenaleyh, fıkranın yeniden düzenlenerek, “bilgi sahibi olmak ve önlem alınmasını gerektirecek hallerin varlığında gerekli önlemleri almak” şeklinde bir eklemenin yapılması uygun olacaktır.

Ayrıca belirtelim ki yönetmeliğin bu düzenlemesi, özellikle 6102 sayılı TTK md. 392 hükmüyle birlikte değerlendirilmelidir. Zira maruz kalınan risklerin ağır zararlara neden olması ihtimali her zaman için mevcuttur. Dolayısıyla “maruz kaldığı riskler ve bu risklerin ölçüm yöntemleri ile yönetimi konusunda bilgi sahibi olmak” ifadesini aktif yetkileri bünyesinde barındıran bir kavram olarak düşünmemiz gerekir.

-Bankanın genel olarak ve her bir risk türü itibarıyla risk yönetimine ilişkin politika ve stratejilerini, alabileceği risk seviyesini ve bunlara ilişkin uygulama usullerini yazılı olarak belirlemek, birimler ve yöneticileri ya da bu birimlerde çalışan personel itibarıyla azami risk limitleri tahsis etmek (BİSHY md.5/2-ğ):

Belirtilen durumları yapabilmek özel uzmanlık gerektiren bir iştir. Dolayısıyla burada sayılan hallerde, yönetim kurulunun esas fonksiyonu yönlendirici olmaktır. Bir

başka ifadeyle yönetim kurulu, risk yönetimine ilişkin gerekli düzenlemelerin, risk yönetim birimi tarafından gerçekleştirilmesini bizzat sağlamalıdır. Yoksa politika ve strateji belirlemek, risk limitleri ihdas etmek yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında sayılamaz. Yönetim kurulunun buradaki fonksiyonu kanaatimizce sadece kontrol ve onay olmalıdır. Risk yönetiminin karmaşıklığı karşısında yönetim kurulundan beklenen, kontrol ve onaydır. Aslında yönetmeliğin kast ettiği de budur. Ancak kullanılan ifadeden, kastedilen anlaşılamamaktadır.

Yönetim kurulu, risk yönetim birimi tarafından hazırlanan politika, strateji ve risk limitlerinin güvenilir olup olmadığını nasıl anlayacaktır? Kanaatimizce yönetim kurulu, bu bilgilerin doğruluğu ve güvenilirliği hususunda, konunun uzmanı bir kişiye danışabilmelidir. Zira strateji, politika ve limitlerin doğruluğundan birinci derecede sorumlu olan yönetim kurulunun, önüne sunulan verilerin doğruluğu konusunda kesin kanaatinin bulunması gerekir.

Bu noktada karşımıza bağımsız denetim olgusu çıkmaktadır. Çünkü SPK tarafından çıkarılan Bağımsız Denetim Yönetmeliği'nin⁷⁸² 35.maddesi, bağımsız denetim kuruluşlarının bankaların risk yönetim sistemlerini de denetleyeceğini açıkça hükme bağlamıştır. Yine BDY'nin 36.maddesinin birinci fıkrası, "Bağımsız denetçi, bankanın kontrol etmediği veya kontrollerin yetersiz kaldığı ve buna bağlı olarak önemlilik arz edecek ölçüde yanlış beyan riskinin oluştuğunu ya da bankanın risk değerlendirme sisteminde bir zayıflık olduğunu tespit etmesi durumunda, banka yönetim kurulunun bilgilendirilmesini sağlamak üzere banka denetim komitesini ve BDDK'ya ivedi olarak bilgi verilmesi için ilgili sorumlu ortak baş denetçiyi bilgilendirir." hükmüne yer vermiştir.

-Bankanın gelir ve giderlerini önemli ölçüde etkileyecek risklerin alınmasına, izlenmesine, yönetilmesine ve raporlanmasına ilişkin politikaları ve bu politikalardaki değişiklikleri onaylamak ve bunların uygulanmasını gözetmek (BİSHY md.5/2-h):

Dikkat edilirse yönetim kurulunun görev ve sorumluluğunda olan husus, bankanın mali yapısını bozabilecek önemli riskleri yönetmek değildir. Yönetim kurulu bu tip risklerin yönetilmesine ilişkin politikalar belirleyip, bu politikaların uygulanıp uygulanmadığı gözetlemekle görevlidir. Yönetim kurulu riskleri yönetmekle görevli değildir ama; riskleri değerlendirmek ve gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

⁷⁸² Bankalarda Bağımsız Denetim Gerçekleştirecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi Ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik; 01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı RG.

-Bankanın, üstlenilen risk düzeyi ile ilişkili özkaynak seviyesini belirleyen bir süreç ve özkaynak yönetim stratejilerine sahip olmasını temin etmek (BİSHY md.5/2-ı):

“Strateji” kelimesi harp sanatından gelmektedir. Strateji, TDK sözlüğüne göre, “izleme, takip, önceden belirlenen bir amaca ulaşmak için tutulan yol” anlamındadır. Burada “Strateji” yerine “plan” kelimesinin kullanılması akla gelse de, bu iki kelime birbirinden farklı anlamlara gelmektedir. TDK Sözlüğüne göre plan, “İktisadi karar birimlerinin belli bir dönemde belirledikleri hedeflere ulaşmak için izleyecekleri yol haritası” manasına gelmektedir. Keza “Planlama” kelimesi için de aynı husus geçerlidir. Ayrıca bu kelimenin özellikle idare hukukunda farklı bir anlamı bulunmaktadır.

Fıkra kullanılarak “süreç” kelimesini de tahlil etmek gerekir. Zira fıkra anlatılmak istenen risk-özkaynak dengesinin sağlanmasıdır. Bir başka ifadeyle risk-özkaynak dengesinin sağlanması için gerekli usûlden bahsedilmektedir. Dolayısıyla burada “usûl” kelimesinin kullanılması daha doğru olacaktır.

-Üst düzey yönetimin bankanın karşı karşıya olduğu önemli riskler konusunda kendisine zamanında ve güvenilir raporlamalar vermesini sağlamak (BİSHY md.5/2-i)

Bu hususla ilgili olarak yukarıda üst gözetimin kapsamı ile ilgili olarak yaptığımız açıklamalara bakılmalıdır.

-Risk yönetim sistemlerinin etkinliğini izlemek (BİSHY md.5/2-j):

“Etkin” kelimesi TDK sözlüğüne göre, “Hareketli, işleyen, çalışan, etkili, faal, aktif, dinamik, fiilde bulunan” gibi anlamlara sahiptir. Etkinliğin ise pek çok anlamı vardır. Etkin olma durumu, müessiriyet, bir işletmenin, bir kurumun belli bir alandaki eylemi, faaliyet, aktivite bunlar arasında sayılabilir. Yine, “Eylem gücü, etki gücü; eylemde bulunanın, etkin olanın niteliği; etkide bulunmak için yapılan atılım; eylemden ayrılığı, eylemin daha somut oluşu” anlamlarının yanı sıra, “En az çaba veya maliyet ile en çok sonuç elde etme kapasitesi” anlamında da kullanılmaktadır⁷⁸³.

Ayrıca “risk yönetim sistemleri” hatalı bir ibaredir. Zira bankada risk yönetim sistemleri değil, risk yönetim sistemi yer alır.

Kanaatimizce bu fıkra anlatılmak istenen husus, risk yönetim sisteminin tüm riskleri kapsayacak şekilde, doğru verilere dayalı olarak ve gerçekçi bir yaklaşımı ortaya koyacak şekilde işleyip işlemediğinin izlenmesi olsa gerektir.

⁷⁸³ Tüm bu anlamlar için bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bts/> (Son Erişim: 14.08.2011).

Görüldüğü gibi BİSHY, bankacılık risklerinin yönetilmesi ile ilgili olarak yönetim kuruluna çok önemli birtakım yükümlülükler yüklemiştir. Yönetim kurulunun bankacılık riskleri konusundaki bu yetki ve sorumlulukları dikkatlice incelendiğinde, yönetim kurulunun bankacılık risklerini üst gözetiminin, aktif yetkileri de bünyesinde barındıran ve gerektiğinde müdahaleci bir mahiyet taşıdığı hemen anlaşılacaktır.

3.6.4. Denetim komitesinin durumu

Komitelerin genel olarak işlevi icra görevini üstlenen yönetim kurulu üyeleri ile şirket çalışanlarının faaliyetlerinin takip edilerek, keyfi kararlar vermelerinin önüne geçmektir⁷⁸⁴. Denetim komitesi anonim şirketlerde ve özellikle bankalarda, mali yapı ve karşı karşıya kalınan riskler hakkında yönetim kurulu ve pay sahiplerinin bilgi almasını sağlayan ve bu yönüyle yönetim kurulu ve pay sahipleri açısından köprü fonksiyonuna sahip bir komitedir⁷⁸⁵.

⁷⁸⁴ Ö. Korkut (2007). *Anonim şirketlerde inançlı yönetim kurulu üyeliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, s. 95. 6102 Sayılı TTK'nın 366. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Yönetim kurulu, işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda rapor hazırlamak, kararlarını uygulamak veya iç denetim amacıyla işlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar kurabilir." Bu madde 6762 sayılı TTK'nın 318. maddesinin ikinci fıkrasının karşılığıdır. 6762 Sayılı TTK md.318/2, "İdare meclisi, işlerin gidişine bakmak, kendisine arz olunacak hususları hazırlamak, bütün önemli meseleler hususiyle bilançonun tanzimi hakkında rapor vermek ve kararlarının tatbikine nezaret etmek üzere, azalardan lüzumu kadar komite veya komisyon kurabilir" şeklindedir.

İki düzenleme arasında bazı farklılıklar vardır. Bu farklılıklardan ilki, lâfzî olarak "iç denetim" olmak üzere iki kelimeden ibaret gibi gözükmemektedir. Ancak bu iki kelimenin, 6102 sayılı yeni TTK ile 6762 sayılı TTK arasındaki çok önemli bir farklılığı ortaya koyduğunu da belirtmemiz gerekiyor. Zira kurulacak komiteler arasına, 6102 sayılı yeni TTK ile birlikte "iç denetim komitesi" adı altında yeni bir komite eklenmiş olmaktadır. Bu komitenin, 6102 sayılı yeni TTK'nın yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinin düzenlendiği 375. maddesinin birinci fıkrasının "c" bendinde yer alan, muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması görev ve yetkisini münhasıran yönetim kuruluna bırakan düzenlemeyle çok yakın bir ilişkisi bulunmaktadır. Her iki düzenlemeyi bir bütün olarak değerlendirdiğimizde, 6102 sayılı yeni TTK'nın bir iç denetim mekanizması kurulmasını istediği sonucuna varabiliriz.

6762 sayılı TTK md. 318/2 ile 6102 sayılı TTK md.366/2 arasında önemli bir farklılık daha göze batmaktadır. 6762 Sayılı TTK md.318/2 uyarınca kurulacak komite ve komisyonların üyeleri, aynı anda yönetim kurulu üyesi de olmak zorundadır. Ancak 6102 sayılı yeni TTK md.366/2, "işlerinde yönetim kurulu üyelerinin de bulunabileceği komiteler ve komisyonlar" diyerek, yönetim kurulu üyesi olmayan kişilere de komite ve komisyonlara üye olma kapısını açık bırakmıştır; bkz. Doğan (2011), s. 78 vd.

⁷⁸⁵ Benzer görüş için bkz. Doğan (2011), s. 82 ve s. 87. Ayrıntılı bilgi için bkz. S. A. Altay (2009). Anonim ortaklıklar hukukunda denetim komitesinin hukuki işlevleri. *Batider*, 25 (4), s. 597 vd. Denetim komitesi uygulamasının kökleri Amerikan hukukuna dayanmaktadır. İcraçı olmayan yönetim kurulu üyelerinden müteşekkil bir denetim komitesi fikri, ABD'de ilk olarak 1940'lı yıllarda New York Borsası'nda önerilmiş ve SEC tarafından da bu fikir desteklenmiştir; bkz. C. C. Verschoor (2008). *Audit committee essentials*. New Jersey: John Wiley & Sons Inc., s. 1. Uzun bir gelişim süreci gösteren denetim komitesi olgusunun önemi, özellikle 1980'li yıllarda ABD'deki bankacılık skandallarıyla bir kez daha artmıştır. Hatta o dönem yayınlanan bir raporda, en büyük bankaların mevcut denetim komitelerinin dahi bağımsız olmadığı, üyelerinin yetki ve sorumluluklarının gereğini yerine getirecek tecrübeden yoksun olduğu açıkça belirtilmiştir; bkz. aynı yazar, s. 5.

SPK Kurumsal Yönetim İlkelerinde de, “finansal ve operasyonel faaliyetlerin sağlıklı bir şekilde gözetilmelerini teminen denetimden sorumlu komite kurulur.” hükmüne yer verilmiştir (Bölüm 4; m.5.6.). SPK’nın Seri: X No:22 sayılı tebliğinin 25. maddesinin 9.fıkrasında ise konumuzla doğrudan ilgili çok önemli bir hükme yer verilmiştir. Bu hükme göre, denetimden sorumlu komitenin görev ve sorumluluğu, yönetim kurulunun TTK’dan doğan sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Hemen belirtelim ki, BanK’nun 24. maddesi, diğer anonim şirketlerden farklı olarak bankaların, denetim komitesi kurmalarını zorunlu hale getirmiştir. BanK md.24’ün hükümet gerekçesinde denetim komitesinin banka içerisindeki rolü ile ilgili olarak sorununa ışık tutacak ifadeler vardır⁷⁸⁶.

Bu düzenlemeler karşısında cevabını bulmamız gereken çok önemli bir soruyla karşı karşıyayız. Acaba yönetim kurulu, BanK md.24 karşısında gözetim görevini, denetim komitesine devretmiş olabilir mi?

⁷⁸⁶ “Denetim ve gözetim faaliyeti, kuruluşa meydana gelebilecek yolsuzluk, suiistimal ve mevzuata aykırı uygulamaların tespit edilmesi, önlenmesi ve sistemin iyileştirilmesi bakımından, *yönetim kurulunun* önemli fonksiyonlarından biridir. Bu fonksiyonun yeterli meslekî niteliklere sahip olan kişiler tarafından yerine getirilmesi kadar bu kişilerin tarafsız bir değerlendirme yapabilmeleri de önemlidir.

Uluslararası uygulamalara paralel olarak, maddede, *yönetim kurulunun görevleri arasında yer alan banka içi denetim ve gözetim faaliyetlerinin* ikiden az olmamak üzere icraî görevi bulunmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşan denetim komitesi tarafından icra edilmesi öngörülmüştür.

Denetim komitesi tarafından icra edilecek faaliyetler uluslararası uygulamalara paralel olarak; kuruluşun iç sistemlerinin etkinliğini ve yeterliliğini, bu sistemler ile muhasebe ve raporlama sistemlerinin BanK ve ilgili düzenlemeler çerçevesinde işleyişini ve üretilen bilgilerin bütünlüğünü gözetmek, bağımsız denetim kuruluşlarının yönetim kurulu tarafından seçilmesinde bu kuruluşların yeterliliği konusunda ön değerlendirmeleri yapmak ve bağımsız denetim kuruluşlarının kuruluşa icra ettikleri faaliyet süresince bağımsızlıklarını ve yeterliliklerini düzenli olarak izlemek, ana ortaklık niteliğindeki bankalar ile bunların konsolide denetime tâbi ortaklıklarında iç denetim işlevlerinin sürdürülmesini ve eşgüdümünü sağlamak olarak belirlenmiştir.

...*Denetim komitesi ile yönetim kurulu arasındaki ilişkilerin belirlenmesi, denetim komitesinin performansının izlenebilmesi ve yönetim kurulu tarafından denetim ve gözetim fonksiyonu çerçevesinde tespit edilen hususlara ilişkin zamanında karar alınabilmesi* amacıyla komitenin, icra ettiği faaliyetlerin sonuçlarını altı aylık dönemleri aşmamak kaydıyla periyodik olarak raporlaması; faaliyetlerinin icrasında tespit ettiği sorunlar ile bankanın verimliliği, denetim ve gözetiminin etkinliği, faaliyetlerinin emin ve güvenilir bir şekilde icra edilmesi açısından önem arz eden hususları ise yönetim kuruluna bildirmesi öngörülmüştür.

Denetim komitesinin, gözetim ve denetim fonksiyonunu gereğince yerine getirebilmesi amacıyla, kuruluşun tüm birimlerinden, anlaşmalı destek hizmeti kuruluşları ve bağımsız denetim kuruluşundan bilgi ve belge alabilmesi öngörülmüş, yeterli bilgi ve deneyime sahip olmadığı alanlarda bedeli kuruluş tarafından karşılanmak suretiyle konularında ihtisas sahibi kişilerden danışmanlık hizmeti sağlayabilmesi hüküm altına alınmıştır.

Yönetimde şeffaflığın sağlanabilmesi ve *yetki, görev ve sorumlulukların açık olmasını teminen, komitenin görev, yetki ve sorumlulukları ile toplanma ve karar alma usûl ve esaslarının Yönetim kurulunca düzenlemesi zorunlu kılınmıştır*”; (BanK md. 24 Hükümet Gerekçesi).

Bu konuyla ilgili olarak Akdağ Güney'e göre⁷⁸⁷ BanK'nun bu düzenlemesinden 6762 sayılı TTK md.319 anlamında bir görev devrinin mevzu bahis olup olmadığı anlaşılamamaktadır. Ancak yazar bu belirsizliğe rağmen, kanun koyucunun denetim komitesi üyelerinin icracı olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşmasını zorunlu kılması karşısında; gözetim görevinin uzman ve tarafsız kişilere bırakılmasını arzu ettiğini savunmuştur. Yazar görüşlerinin devamında şu ifadelere yer vermiştir⁷⁸⁸:

“BanK'daki bu düzenlemenin TTK md.319 anlamında bir görev ve yetki paylaşımı olduğu kabul edildiği takdirde, banka yönetim kurulu üyeleri aleyhine TTK md.336 vd. maddelerine istinaden açılacak sorumluluk davalarında, denetimle görevlendirilen üyeler dışında kalan yönetim kurulu üyelerinin, devredilmesi mümkün olmayan gözetim görevleri dolayısıyla sorumluluk tutulmaları söz konusu olmayacaktır”

Bir başka ifadeyle yazara göre burada gözetim görevinin devredildiği kabul edildiği takdirde gözetim görevinden dolayı sadece denetim komitesi üyeleri sorumlu olacak; diğer yönetim kurulu üyelerini bu nedenden dolayı sorumlu tutmak mümkün olmayacaktır. Yazar böyle bir durumun da, TTK hükümlerine istinaden açılacak hukuki sorumluluk davalarında diğer anonim şirketler ile bankalar arasında çok önemli bir farklılığa neden olacağını ifade etmektedir.

Doğrusöz ise, meseleye illiyet bağı açısından yaklaşmış ve denetim komitesi üyelerinin kendilerine yüklenen görevleri ifa etmemelerinin kusurlu hareketlerinden kaynaklanması halinde sorumlu olacaklarını ifade etmiştir⁷⁸⁹. Yazara göre denetim komitesi üyeleri, kendi yetkileri kapsamında gerekli tedbirleri almış ve yönetim kurulu üyelerine gerekli uyarılarda bulunmuşlarsa artık kendileri açısından illiyet bağı ortadan kalkmış olacaktır. Aynı husus murahhas azanın varlığı halinde, diğer yönetim kurulu üyeleri açısından da geçerlidir.

Battal'ın görüşleri ise oldukça dikkat çekicidir. Yazar, BanK'nun kurumsal yönetim anlayışı nedeniyle meseleye organ kavramını merkez alarak değil; yönetimi esas

⁷⁸⁷ Yazarın bu konudaki görüşleri için bkz. Akdağ Güney (2010), s. 192.

⁷⁸⁸ Akdağ Güney (2010), s. 192.

⁷⁸⁹ Doğrusöz (2010), s. 133.

olarak yaklaştığını belirtmiştir⁷⁹⁰. Battal, denetim komitesinin “yönetim kurulunun alt-iç komisyonu” niteliğinde olduğunu savunmaktadır. Yazara göre, BanK, yönetim kurulunun icracı üyeleri ile bunlara bağlı birimler karşısında denetleyicilik vasfını yitirmemesi adına; denetim komitesinin, doğrudan doğruya yönetim kuruluna karşı sorumluluğunun bulunduğu dair herhangi bir hüküm sevk etmemiştir⁷⁹¹. Bir başka ifadeyle denetim komitesi, yönetim kurulundaki icracı üyeler ile bunlara bağlı birimler üzerinde denetleyicilik vasfını haizdir. Yazar, bu özelliği nedeniyle denetim komitesinin iç organ niteliğinde olduğunu savunmuştur. Battal, BanK md. 24’te yer alan “yardımcı olmak” ibaresi karşısında denetim yetkisinin yönetim kurulunda olduğunun altını çizmişse de, yardımcı olmanın şu şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir:

“Denetim komitesi bir yandan yönetim kurulunun icracı üyelerini de denetleyecek ve gerektiğinde bu kurulun iş ve işlemleri hakkında yönetim kurulunu, genel kurulu ve Kurumu bilgilendirecektir. Diğer yandan denetim komitesi bağımsız niteliği yardımıyla yönetim kurulunun profesyonel kadro üzerinde yapacağı denetimi pekiştirecektir”

Aslında Battal’ın denetim komitesine atfettiği bu rolün temelinde, yazarın BanK’nun denetim komitesine ilişkin hükümleri karşısında artık; 6762 sayılı TTK md. 347 uyarınca denetçi ya da denetim kuruluna gerek kalmadığı yönündeki yaklaşımının yattığını belirtmemiz gerekir⁷⁹². Yazarın bu görüşü doktrinde taraftar bulmamışsa da, kanaatimizce 6102 sayılı TTK hükümleri karşısında Battal’a hak vermek gerekmektedir. Zira yeni TTK, bir organ olarak denetçiye yer vermemiş ama denetim komitesine ya da iç denetim olgusuna ayrı bir önem atfetmiştir. Yazarın BanK açısından yaptığı bu değerlendirmelere katılmayanlar, kanaatimizce BanK’nun, ortaklıklar hukukunun modern yaklaşımını, 6102 sayılı TTK’dan daha önce uygulamaya soktuğunu gözden kaçırmışlardır⁷⁹³. Zira BanK’nun yürürlüğe girdiği 2005 yılında, 6102 sayılı TTK henüz

⁷⁹⁰ Battal (2007), s. 144.

⁷⁹¹ Yazarın görüşleri için bkz. Battal (2007), s. 150.

⁷⁹² Battal (2007), s. 144.

⁷⁹³ Bu yazarlardan Akdağ Güney, Battal’ın bu düşüncesine katılmadığını belirtmiş ve BanK’da hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümlerinin uygulanacağını altını çizmiştir. Yazara göre BanK’da denetim kuruluna yer verilmemiş olması, bankalarda denetim kurulunun bulunmadığı şeklinde yorumlanamaz. Zira bankaların anonim şeklinde kurulması zorunludur; bkz. Akdağ Güney (2010), s. 26. Özkorkut ise Battal’a kısmen hak vermiş ve Battal’ın görüşlerinin o zaman tasarı halinde olan 6102 sayılı TTK

tasarı aşamasındaydı ve BankK'nun öngördüğü yönetim anlayışı ile büyük benzerlikler taşıyordu. Bu bakımdan, 6102 Sayılı TTK gibi, modern ortaklıklar hukuku öğretisine göre hazırlanan 5411 sayılı BankK'nun, denetçi gibi bir organa yer vermemesi kadar normal bir husus olamazdı.

Tekinalp, yönetim kurulunun özen yükümlülüğünün, iç sistemleri de içine almasıyla birlikte oldukça kapsamlı bir boyut kazandığını; sorumluluk bakımından bu tek taraflı ağırlığın komiteler bakımından dengelenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁷⁹⁴. Yazar, “yönetim kurulunun iç kontrol sistemlerindeki sorumluluğunu komiteler, özellikle de denetim komitesi bakımından bu sistemlerin işlerliğini gözetlemeye özgüleyici olmalı, her komite kendi hukuki sorumluluğunu yüklenmelidir.” ifadelerini kullanmıştır.

Ancak Altay ise tam tersini düşünmektedir⁷⁹⁵. Altay'a göre, denetim komitesinin kurulması ile ne yönetim kurulunun gözetim yetkisi sınırlandırılmıştır; ne de bu gözetim yetkisi iç sistemlerin kurulup, muntazam bir şekilde işlemesine hasredilmiştir. Yazara göre, yönetim kurulu, denetim komitesi vasıtasıyla bankanın emin bir şekilde çalışmasını sağlamakta ve denetim komitesi tarafından kendisine sunulan bilgilerle, gözetim fonksiyonunu yerine getirmektedir.

Altay ayrıca denetim komitesi üyelerinin bankanın yönetimi nedeniyle bankanın uğradığı zararlardan sorumlu olmadığını savunmuştur⁷⁹⁶. Yazara göre denetim komitesi üyeleri iç sistemler kapsamında kendilerine tevdi edilen görevleri gereken özenle yerine getirdikçe sorumlulukları da söz konusu olmayacaktır⁷⁹⁷.

açısından doğru; ama yürürlükteki hukuk açısından yanlış bir tespit olduğunu savunmuştur. Yazar şu ifadelerle yer vermiştir: “Battal’ın yaptığı tespit şu açıdan doğrudur. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 4389 sayılı Bankalar Kanunundaki yaklaşımı sürdürerek işlevini yerine getiremeyen denetim kuruluna hiç yer vermemiş; bankaların finansal tablolarının denetiminde, tamamiyle bağımsız denetim kuruluşlarınca yapılacak bağımsız dış denetimi esas almıştır. Ancak gözden kaçmaması gereken önemli birkaç hususu burada hemen ele almakta yarar bulunmaktadır. Bir kere Bankacılık Kanunu -6762 sayılı- TTK’nın hükümleri ile birlikte değerlendirilmesi gereken bir kanundur. Bu açıdan Bankacılık Kanunu -6762 sayılı- TTK’daki anonim şirketin zorunlu organı olan denetim organından hiç söz etmiyor ise bundan -6762 sayılı- TTK’daki denetim organının kaldırılmış olduğu sonucunu çıkarmak bugün için mümkün olmayacaktır. Zira Bankacılık Kanunu m.2/3’te yer alan, bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler tatbik olunur, şeklindeki hüküm ve bankaların birer anonim şirket oluşu, yürürlükteki TTK’nın denetime ilişkin hükümlerinin bankalar için de uygulanmaya devam edeceğini açıkça göstermektedir”; bkz. K. Özkorkut (2007). *Bağımsız yönetim kurulu üyeleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 179 vd.

⁷⁹⁴ Tekinalp (2009), s. 183.

⁷⁹⁵ Yazarın görüşleri için bkz. Altay (2009), s. 601.

⁷⁹⁶ Altay (2009), s. 606.

⁷⁹⁷ Altay (2009), s. 607.

Kanaatimizce denetim komitesinin sahip olduğu yetki ve sorumluluklar karşısında, komitenin BanK anlamında yardımcı birim olmaktan çok öte bir fonksiyonu bulunmaktadır⁷⁹⁸. Herşeyden önce BanK’da denetim komitesi bankaların kurmakla zorunlu olduğu organlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca BanK’nun 24. maddesi ve BİSHY’in denetim komitesi ile ilgili 7. maddesi incelendiğinde bazı tespitler yapmamız kolaylaşacaktır⁷⁹⁹.

BanK’nun 24. maddesinin üçüncü fıkrası, “görevli ve sorumludur” şeklinde; dördüncü ve beşinci fıkraları ise, “yönetim kuruluna bildirmekle yükümlüdür” şeklinde ifadeler kullanmıştır. Şu durumda kanun metnini lâfzen yorumladığımızda denetim komitesi üyelerinin 24. maddenin üçüncü fıkrasındaki durumlar nedeniyle kusurlu davranışlarından dolayı sorumlu olacakları kanaatindeyiz. Ancak aynı maddenin dört ve beşinci fıkraları bakımından kanaatimizce denetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, yönetim kuruluna bildirmekle yükümlü oldukları hususları bildirmemeleri halinde sözkonusu olabilecektir.

⁷⁹⁸ Burada önem taşıyan bir konu da denetim komitesi üyelerinin nitelikleridir. BanK’nun 24. maddesi, denetim komitesi üyelerinin icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyeleri arasından seçileceğini ve en az iki üyeden oluşacağını belirtmiştir. BİSHY’in md. 3/1-e bendinde icrai görevi olmayan yönetim kurulu üyesi, kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunmayan yönetim kurulu üyesi; icrai mahiyette faaliyet gösteren birim ise f bendinde doğrudan gelir getirici faaliyetlerin icra edildiği birim olarak tanımlanmıştır. Acaba icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi ile bağımsız üyeler mi kastedilmektedir? BİSHY’e baktığımızda bu yönetmelikte bağımsız üye kavramına yer verilmediğini görüyoruz. Doktrinde bağımsız yönetim kurulu üyeleri, “görevlerini hiçbir etki altında kalmadan icra etme niteliğine ve potansiyeline sahip olan üyeler” şeklinde tanımlanmıştır; bkz. Korkut (2007), s. 95. Bağımsız üyelere ilişkin olarak SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri bazı düzenlemeler içermektedir. Buna göre yönetim kurulu üyeleri içerisinde, görevlerini hiç bir etki altında kalmaksızın icra etme niteliğine ve potansiyeline sahip bağımsız üyeler bulunacaktır (IV- 3.3.). SPK Kurumsal Yönetim İlkelerinde tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerini temin etmek amacıyla bağımsız üyeler için aranan nitelikler ayrıntılı olarak düzenlenmiştir (IV- 3.3.5./a-g). Yine ABD’de yaşanan skandallar sonrası 2002 yılında yürürlüğe giren meşhur Sarbanes-Oxley Act, denetim komitesi ile ilgili önemli düzenlemeler içermektedir. Bu yasada özellikle Section 301, denetim komitesi üyelerinin bağımsızlığını hüküm altına almıştır. Ayrıca New York Borsası Kurallarında ve Nasdaq Borsası Kurallarında denetim komitesinin bağımsızlığı ile ilgili çok önemli düzenlemeler yer almaktadır; bkz. Verschoor (2008), s. 78.

BİSHY’in denetim komitesi üyeleri için aradığı nitelikleri; bağımsız üyeliğin düzenlendiği SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri ve ABD hukukundaki düzenlemeler ile karşılaştırdığımızda, banka denetim komitesi üyelerinin bağımsız üyeler arasından seçilmesi gerektiği sonucuna varmaktayız; bkz. Özkorkut (2007), s. 183 vd.

Nitekim SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri komite başkanlarının bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmesini öngörmektedir (IV-5,2.). Aynı ilkelere göre eğer komitede sadece iki üye varsa her ikisinin de icrada görevli olmayan üye olması; ikide fazla üyeli bir komiteyse üyelerin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üye olması şarttır (IV-5,3.). Bu nedenle iki üyeli komitelerde her iki üyenin de bağımsız yönetim kurulu üyesi olması gerekmektedir; bkz. Özkorkut (2007), s. 151.

⁷⁹⁹ BİSHY’in 7. maddesinin ikinci fıkrası denetim komitesinin görevli ve yetkili olduğu hususları oldukça kapsamlı olarak maddeler halinde belirtmiştir. Bu görev ve yetkilerin, bilgi verme ve tavsiyelerde bulunmaya ilişkin olanlar, iç sistemlerle ilgili olanlar, izleme, değerlendirme ve raporlama niteliğindeki faaliyetler ve finansal raporlama sistemini ilgilendirenler şeklinde sınıflandırılması mümkündür.

Ayrıca denetim komitesi üyelerinin BankK'nun 110. maddesi bakımından haklarında şahsi iflas davası açılabilir kişilerden olması da, BankK anlamında denetim komitesinin fonksiyonunun, TTK'ya göre kurulan denetim komitelerinden çok farklı olduğunu ortaya koymaktadır.

Ancak denetim komitesinin sahip olduğu bu nitelikler kanaatimizce sadece onların sorumlulukları sonucunu doğurmalı; yönetim kurulu üyelerinin sorumsuz oldukları şeklinde anlaşılmamalıdır. Bir başka ifadeyle, denetim kurulunun ağır kusurlu hareketi nedeniyle; yönetim kurulu risklerden haberdar olamamış ve banka zarara uğramış bile olsa yönetim kurulunun sorumluluğu devam etmelidir. Zira gözetim yetki ve görevi münhasıran yönetim kuruluna aittir.

Nitekim Yargıtay Ceza Genel Kurulu bir kararında banka şubesinde personel tarafından gerçekleştirilen zimmeti, bankanın BankK'na göre gerekli iç sistemleri kurmaması ve şubede usulsüz işlemlerin yapılmasına zemin hazırlaması nedeniyle nitelikli zimmet değil, basit zimmet olarak nitelendirmiştir. Bu kararın yorumundan etkin bir iç denetim sisteminin kurulması durumunda, suçun nitelikli zimmet olacağı sonucuna ulaşmaktayız⁸⁰⁰. Dolayısıyla bu tip nedenlerden kaynaklanabilecek riskler nedeniyle gerçekleşen zararlardan denetim komitesi üyelerinin sorumlu olması gerekmektedir.

Acaba BankK'nun denetim komitesine atfettiği bu rol karşısında, kanun koyucunun banka yönetim kurulları bakımından Almanya'da uygulanan düalist sistemi esas almış olduğunu söyleyebilir miyiz?

⁸⁰⁰ Yargıtay CGK'nın 27.1.2009 tarih ve 2008/7-151 Esas ve 2009/9 Karar sayılı kararı: "...nitelikli zimmet suçundaki hileli davranışların, fiilin ortaya çıkmamasını sağlamaya yönelik olmasının yanında bu sonucu gerçekleştirmeye elverişli olacak nitelikte yoğun ve aldatıcı olması gerekir. Kaba, herkes tarafından anlaşılabilir ve özünde aldatıcı niteliği bulunmayan bir davranış hileli bir davranış olarak değerlendirilemeyecektir. Eylemin açığa çıkmaması için kullanılan bir yöntemin, denetim ve gözetim görevi verilmiş kişilerin dikkatsizliği ve özensizliğinden kaynaklanan nedenlerle bu suçun ortaya çıkmasını engellemesi bu tür davranışlara hileli davranış vasfını kazandırmayacağı gibi nitelikli zimmet suçunun da oluşmasına yol açmayacaktır. Aksinin kabulü halinde nitelikli zimmet suçunun kapsamı oldukça genişlerken, basit zimmet suçunun kapsamı oldukça daralacaktır ki yasa koyucunun bunu amaçladığı kuşkuludur.

Öte yandan, 5411 sayılı Bankacılık Yasasının "İç sistemlere ilişkin yükümlülükler" başlıklı 29. maddesinde, "İç kontrol sistemi" başlıklı 30. maddesinde ve "İç denetim sistemi" başlıklı 32. maddesinde bankalara iç denetim yükümlülükleri getirilmiş bulunmaktadır.

Banka müfettişi tarafından bile açıkça ifade edildiği gibi, *sanığın görev yaptığı banka şubesinde yürürlükte bulunan bankacılık mevzuatına aykırı olarak iç denetim ve gözetim görevi yerine getirilmemiş, bu husus şubede usulsüzlüğe açık bir ortam yaratmıştır*. Bunun sonucunda da, sanığın aldatıcı özelliğe sahip olmayan ve bu suçun ortaya çıkmasını engellemeye elverişli bulunmayan dolayısıyla da hileli davranış niteliğinden yoksun yöntem kullanmasına karşın, yeterli ve gerekli denetimin yapılmaması nedeniyle suç, uzun süre ortaya çıkmamıştır. Bu itibarla, sanığın eylemini basit zimmet suçu olarak kabul eden Yerel Mahkeme kararı isabetlidir" (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

Gerçekten de BanK’na göre bankaların denetim komitesi kurma zorunluluğu karşısında, sistemin düalist sisteme yaklaştığı söylenebilir. Ancak düalist sistemde gözetim kurulu üyeleri genel kurul tarafından seçilmektedir. BanK anlamında denetim komitesi üyeleri yönetim kurulu üyelerince, üstelik yönetim kurulu üyeleri arasından seçilir. Oysa düalist sistemde gözetim kurulu üyeleri, aynı anda yönetim kurulu üyesi olamamaktadır. Dolayısıyla BanK anlamında yönetim kurulunun düalist bir yapısı olmak bir yana, ondan büyük farklılıklar gösterdiği de ortadadır.

Ancak BanK’nun sistemini saf bir monist sistem olarak da nitelendiremeyiz. BanK ve buna dayanılarak çıkartılan yönetmelikleri incelediğimizde denetim komitesi, kredi komitesi, ücretlendirme komitesi⁸⁰¹, kurumsal yönetim komitesi gibi komitelere;

⁸⁰¹ Ücretlendirme komitesi hukuki dayanağını Kurumsal Yönetim Yönetmeliğinde yer alan altıncı ilkede bulmaktadır. Ancak hemen belirtelim ki, bankalar için ücretlendirme komite kurulması 1 Ocak 2012 tarihinden sonrası için zorunluluk arz etmektedir. Zira BDDK Kurumsal Yönetim İlkelerinden altıncı ilkede 9 Haziran 2011 tarihinde değişikliğe gidilmiş ve altıncı ilkenin yeni halinin 1 Ocak 2012 tarihinden itibaren geçerli olacağı hükme bağlanmıştır (09.06.2011 tarih ve 27959 sayılı RG). İlkede yapılan bu değişiklik ile ücretlendirme komitesi çalışmamız açısından önem taşıyor bir konuma yerleşmiştir.

BDDK Kurumsal Yönetim İlkelerinden altıncısı, “Ücret politikalarının bankanın etik değerleri, stratejik hedefleri ve iç dengeleri ile uyumu sağlanmalıdır.” şeklindedir. Yeni düzenleme ile birlikte bankanın diğer tüm politikaları gibi ücretlendirme politikası da risk odaklı bir yapıya kavuşmuştur. Şöyle ki; altıncı ilkenin birinci fıkrasına göre, bankalar, faaliyetlerinin kapsamı ve yapısı ile stratejileri, uzun vadeli hedefleri ve risk yönetim yapılarına uyumlu, aşırı risk alımını önleyici ve etkin risk yönetimine katkı sağlayacak yazılı bir ücretlendirme politikası oluşturulmalıdır. Bu ifade, kanaatimizce bankalara biri olumlu ve biri olumsuz olmak üzere iki konuda yükümlülük yüklemektedir.

Bankalar risk yönetim yapılarıyla uyumlu, aşırı risk alımını önleyici ücretlendirme politikası oluşturmak zorundadır. Ücretlendirme politikasının, bankanın riskleriyle ilişkilendirilmesi demek, yüksek tutardaki ücretlerin bankalar için risk kalemlerinden biri olduğu anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bankalar aşırı yüksek ücretlendirme politikaları belirlemeyeceklerdir. Bu durum bankalar için bir yapmama yükümlülüğü olarak nitelendirilebilir.

İkinci olarak ücretlendirme politikasının etkin risk yönetimine katkı sağlaması gerekmektedir. Buna göre bankalar aşırı yüksek ücretlendirme politikası belirlemeyeceği gibi, bunun tersi de mümkün olmayacaktır. Bu düzenleme banka personelinin korunması açısından olumlu bir durumu ifade etmektedir. Ayrıca, ücretlerin dengeli olmasıyla, banka personelinin teşvik edilmesi de sağlanacaktır.

Altıncı ilkenin ikinci fıkrası ise ücretlendirme komitesine ilişkindir. Bu düzenlemeye göre bankalarda, ücretlendirme uygulamalarının yönetim kurulu adına izlenmesi ve denetlenmesi amacıyla en az iki kişiden oluşan ücretlendirme komitesi kurulmalıdır. Amaç ücret politikasının izlenip denetlenmesidir. Aynı düzenlemeye göre, ücretlendirme komitesi, ücretlendirme politikası ve uygulamalarının risk yönetimi çerçevesinde değerlendirecek ve bunlara ilişkin önerilerini her yıl rapor halinde yönetim kuruluna sunacaktır.

BDDK Kurumsal Yönetim İlkeleri’ne göre yönetim kurulu, ücretlendirme politikasının etkinliğinin sağlanmasını temin etmek amacıyla ücretlendirme politikasını yılda en az bir kez gözden geçirmelidir (6. ilke, 1. fıkra). Keza BDDK Kurumsal Yönetim İlkelerine göre iç sistemler yönetici ve personeline yapılacak ödemeler denetim ya da gözetimde bulundukları veya kontrol ettikleri faaliyet biriminin performansından bağımsız olacak şekilde, ilgili personelin kendi fonksiyonuna ilişkin performansı dikkate alınarak belirlenmelidir (6. ilke, 5. fıkra). BDDK Kurumsal Yönetim İlkeleri yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yönetime yapılacak performans ödemelerinde, ödenecek miktarın önceden garanti edilmemesi gerektiğini açıkça hükme bağlamıştır. Keza bu tip ödemelerin alınan risklerin vadesi dikkate alınmak suretiyle, tak-sitler halinde yapılması gerekmektedir (6. ilke, 4. fıkra).

Üçüncü fıkraya göre yönetim kurulu üyelerinden oluşan komitelerin üyelerine, üstlendikleri sorumluluklar dikkate alınmak suretiyle ücretlendirme yapılacaktır. Altıncı ilkenin sekizinci fıkrasında ise, “Yö-

genel müdürlük gibi diğer anonim şirketlerde yer almayan bir organa ve icrai görevi olan yönetim kurulu üyesi ile icrai görevi olmayan yönetim kurulu üyesi ayrımlarına yer verilerek monist sistemin oldukça yumuşatıldığını görmekteyiz. Esasen bu sayılanların pek çoğu ABD kökenli kavramlar olduğundan, BanK anlamında Amerikan tarzı bir monist sistemin benimsendiği kanaatindeyiz.

3.6.5. Risk komitesinin durumu

6102 Sayılı TTK, risk kavramına ayrı bir önem atfetmiştir. Kanunun “Riskin erken saptanması ve yönetimi” başlıklı 378. maddesi şöyledir:

“(1) Pay senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kurulu, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi, bunun için gerekli önlemler ile çarelerin uygulanması ve riskin yönetilmesi amacıyla, uzman bir komite kurmak, sistemi çalıştırmak ve geliştirmekle yükümlüdür. Diğer şirketlerde bu komite denetçinin gerekli görüp bunu yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesi hâlinde derhal kurulur ve ilk raporunu kurulmasını izleyen bir ayın sonunda verir.

(2) Komite, yönetim kuruluna her iki ayda bir vereceği raporda durumu değerlendirir, varsa tehlikelere işaret eder, çareleri gösterir.”

Madde gerekçesinde bu düzenlemenin hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerde kurumsal yönetim ilkelerinin bir uygulaması olduğu ve tüm anonim şirketler için öngörülmüş bulunan finans denetimi (TTK md.375/bent c) ve denetim komitesi (auditing committee) yanında bir diğer iç kontrol mekanizması olarak düzenlendiği belirtilmiştir. Gerekçeye göre denetim komitesi yönetimi gözetim altında tutarken, bu komite sadece risklere odaklanmıştır. Yine madde gerekçesine göre, “Denetim geçmişe yönelik bir inceleme olduğu halde, risk teşhisi gelecek ve geleceğin yorumuyla ilgilidir. Denetimin yönetilmesi söz konusu olmadığı halde, risk yönetilebilir ve yönetilmelidir. Amaç, yönetimi, yönetim kurulunu ve genel kurulu devamlı uyanıklık (teyakkuz) altın-

netim kurulunca, faaliyetleri sonucu bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürdükleri ya da bankanın mali bünyesinin bozulmasından sorumlu oldukları tespit edilenler hakkında performansa dayalı ödemelerin iptal edilmesi de dâhil, ödemeleriyle ilgili gerekli işlemler tesis edilmelidir.” hükmüne yer verilmiştir. Son olarak bankanın ücretlendirme politikasına, yıllık faaliyet raporlarında da yer verilmesi gerekmektedir (6. ilke, 9. fıkra).

da tutmak, gereğinde organlarca derhal etkili önlemlerin alınmasını sağlamaktır. Bu sebeple komite sorumluluk sisteminin merkezinde yer alır.”

Kanun erken uyarı sistemine istisnâ bir önem verdiğinden bu konuda denetçileri de özel olarak görevlendirmiştir. Bu önem 398 inci maddenin ikinci fıkrasının son cümlesiyle, dördüncü fıkrasından, 402 nci maddenin son fıkrasından ve 403 üncü maddenin ikinci fıkrasından açıkça anlaşılmaktadır. Tehlikelerin erken teşhisi komitesi, bazı yönetim kurulu üyelerinin görevlendirilmeleri suretiyle kurulabileceği gibi, tamamen üçüncü kişilerden de oluşabilir. Komitenin yönetim kurulu üyelerinden meydana gelmesi veya bu üyelerden bir kaçının da komitede bulunması halinde Amerika Birleşik Devletleri'nde geçerli olan board sisteminde executive/non-executive üye ayırımına benzer bir durum ortaya çıkabilir. Denetçinin bir diğer önemli görevi de gereklilik ortaya çıktığı takdirde komitenin kurulmasını, hisse senetleri borsada işlem görmeyen bir şirketten de istemesidir.” Görüldüğü gibi bugüne kadar işletme biliminin konusunu teşkil eden ve herhangi bir düzenlemeden yoksun olan risk ve risk yönetimi kavramları böylece hukuki bir zemine oturtulmuş olmaktadır⁸⁰².

Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi denetim komitesi ile risklerin erken teşhisi komitesi fonksiyonları itibarıyla birbirinden farklıdır. Risklerin erken teşhisi komitesi risklere odaklanmıştır⁸⁰³. Denetim komitesi ise bir bütün halinde iç sistemlerin koordinasyonu ve etkin bir şekilde işleyişinden sorumludur⁸⁰⁴. Ayrıca denetim komitesinin bağımsız denetimle ilgili önemli görevleri de bulunmaktadır.

⁸⁰² 6102 sayılı TTK md.398/4'ün bağımsız denetçiye risklerle ilgili bazı yükümlülükler yüklediğini görmekteyiz. Bu fıkra göre denetçi, yönetim kurulunun şirketi tehdit eden veya edebilecek nitelikteki riskleri zamanında teşhis edebilmek ve risk yönetimini gerçekleştirebilmek için risk yönetim sistemi ile risklerin erken teşhisi ve yönetimi komitesini (6102 Sayılı TTK md.378/1) kurup kurmadığını ayrı bir rapor şeklinde yönetim kuruluna sunmalıdır. Yine aynı fıkra uyarınca denetçi, eğer böyle bir sistem varsa bunun yapısı ile komitenin uygulamalarını açıklayan, ayrı bir rapor düzenleyerek, denetim raporuyla birlikte, yönetim kuruluna sunacaktır.

Ayrıca 6102 Sayılı TTK md.514 uyarınca, anonim şirketlerde yönetim kurulu, bilanço gününü izleyen hesap döneminin ilk üç ayı içinde, geçmiş hesap dönemine ait yıllık faaliyet raporu hazırlayıp genel kurula sunmakla yükümlüdür. Yıllık faaliyet raporunun hazırlanması aynı zamanda yönetim kurulunun devredilemez yetkileri ve görevleri arasında düzenlenmiştir (6102 Sayılı TTK md.375/1 bent f). Yıllık faaliyet raporunda hangi hususlara yer verileceği 6102 sayılı TTK'nın 516. maddesinde düzenlenmiştir. Madde'nin birinci fıkrasına göre yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, şirketin, o yıla ait faaliyetlerinin akışı ile her yönüyle finansal durumunu, doğru, eksiksiz, dolambaçsız, gerçeğe uygun ve dürüst bir şekilde yansıtmalıdır. Aynı fıkra da yıllık faaliyet raporunda şirketin finansal durumunun finansal tablolara göre değerlendirileceği de hükme bağlanmıştır. Yine md.516/1 uyarınca yıllık faaliyet raporunda ayrıca, şirketin gelişmesine ve karşılaşması muhtemel risklere de açıkça işaret olunacağı gibi, bu konulara ilişkin yönetim kurulunun değerlendirmesine de raporda yer verilecektir.

⁸⁰³ Altay (2009), s. 614.

⁸⁰⁴ Halka açık anonim şirketlerde denetim komitesinin işlevleri için bkz. Altay (2009), s. 607 vd.

Yeni TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte hisse senetlerini halka arzetmiş bankaların risk komitesi kurmaları zorunlu hale gelecektir. Ancak bu durumda, bankalardaki risk yönetim birimlerinin durumunun ne olacağı belirsizdir. Her ne kadar risk yönetim birimleri doğrudan yönetim kuruluna bağlı olarak faaliyet gösterse de, mevcut sistemde bu birimden sorumlu komite denetim komitesidir. Kanaatimizce, risk yönetim birimlerinin, yeni TTK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte risk komitesine bağlı olarak faaliyet göstermeleri, özellikle de kurumsal yönetim anlayışı bakımından daha uygun olacaktır.

3.6.6. Amerikan mahkemelerinin konuya yaklaşımı

Amerika uygulamasında gözetim yükümlülüğü ile ilgili olarak *Caremark, Stone v. Ritter ve Citigroup* olmak üzere üç önemli karar bulunmaktadır.

Bu kararlardan birincisi Caremark kararıdır⁸⁰⁵. Bir ilaç tedarikçisi olan bu şirkette, şirket çalışanlarının kanuna aykırı fiilleri neticesinde şirkete soruşturma açılmış ve sonuçta şirket ceza ve tazminat gibi çeşitli niteliklerde toplamda 250 milyon Amerikan Doları ödemede bulunmak zorunda kalmıştır. Daha sonra yöneticiler aleyhine açılan davada şirket yöneticilerinin, çalışanların kanuna aykırı hareket ettiklerini bilmeleri gerektiği ileri sürülmüştür. Chancellor Allen bu davada özen yükümlülüğü ve BJR kavramlarına değindikten sonra meseleyi gözetim yükümlülükleri bakımından değerlendirmiştir.

Bu kararda Chancellor Allen, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk ölçüsünü ikiye ayırarak ele almıştır. Bunlardan birincisi tedbirsiz ya da ihmali bir yönetim kurulu kararına dayanır. Tedbirsiz ya da ihmali bir yönetim kurulu kararı nedeniyle ortada bir zarar bulunmaktadır. Bu tip yönetim kurulu kararlarında; eğer karar, mantıklı bir karar alma süreci içerisinde, makul bir şekilde ulaşabilecekleri bilgiye dayalı olarak alınmışsa BJR uygulanacak ve yönetim kurulu kararı mahkemece yerindelik denetimine tabi tutulmayacaktır.

İkincisi ise, içinde bulunulan hal ve şartlar itibarıyla gereken dikkatle davranılıp davranılmadığının tartışmalı olduğu hallerde; yönetim kurulunun göz önünde tutulamayan bir başarısızlığının bulunduğu hallerdir. Bir başka ifadeyle bu tip durumlarda zara-

⁸⁰⁵ In re Caremark Int'l Inc. Derivative Litig., 698 A.2d 959 (Del. Ch. 1996). http://en.wikisource.org/wiki/In_re_Caremark_International_Inc._Derivative_Litigation/Opinion_of_the_Court (Erişim tarihi: 21.09.2011).

rın nedeni, bir yönetim kurulu kararı değil, bilakis bazı durumların göz önünde bulundurulmaması nedeniyle hareketsiz kaldığı hallerdir.

İşte böyle durumlarda yönetim kurulunun kontrol faaliyetinde bir başarısızlığının söz konusu olabilmesi ve iyiniyetinin ortadan kalkması için; *makul derecede bir bilgiye ulaşım ve raporlama sistemlerinin oluşturulmasındaki kesin başarısızlık örneği gibi, gözetim yükümlülüğündeki sürekli ve sistematik bir başarısızlığının* söz konusu olması gerekir. Bir başka ifadeyle gözetim yükümlülüğünün ihlali nedeniyle yönetim kurulunu sorumlu tutabilmenin yegâne şartı, bu yükümlülüğün ifasında sürekli ve sistematik bir başarısızlıktır.

Delaware Supreme Court, *Stone v. Ritter* davasında banka yönetim kurulu üyelerinin gözetim sorumluluğu konusunda verdiği kararında ise; yönetim kurulu üyelerinin iç sistemlerin işleyişi konusunda (raporlama ve bilgi kontrol sistemleri) kesin bir başarısızlığı olmadıkça, doğan zarardan sorumlu olmayacaklarına hükmetmiştir⁸⁰⁶. Karara konu olan olayda gözetim yetkisi kapsamında kanunların öngördüğü bütün koşullar yerine getirilmiş olmasına rağmen (iç sistemler kurulmuş vs.), pek çok çalışanın usulsüz işlemleri nedeniyle banka ciddi bir zarara maruz kalmış ve pay sahipleri yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüklerini yerine getirmedikleri, sanki uykuya dalmış gibi olan bitenin farkına varamadıkları gerekçesiyle dava açmıştı⁸⁰⁷.

Mahkemeye göre, bir sistemin kurulması, onu kontrol etme yükümlülüğünü de getirir. *Bir şeyin çalışmadığının biliniyor olması gibi bir durum söz konusu olmadıkça* yöneticiler sorumlu olmaz⁸⁰⁸. Ortada kötü sonuçlanmış bazı hususların bulunması, kötüniyet bulunduğu anlamına gelmez. Yöneticilerin her işi tek tek incelemesi ile cezai davranışların önlenmesi mümkün değildir. Tehlike çanları çalmadığı sürece, yöneticilerin görevi, makul bir sistem kurmak ve onun iyi işlemesini sağlamaktır. Bir başka ifadeyle tehlike çanları çalmadığı sürece, yöneticilerin iyiniyeti ancak iç sistemlerini kurup makul bir şekilde işletip işletmediğinin tespiti ile anlaşılabilecektir⁸⁰⁹.

Meselenin açıklığa kavuşturulması açısından, son finansal krizin hemen akabinde Delaware Chancery Court'un, Citigroup ile ilgili olarak verdiği kararına da değinmenin

⁸⁰⁶ 911 A.2d at 370 <http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=84060> (Erişim tarihi: 21.09.2011); Holland, bu kararın yönetim kurulu üyelerini rahatlattığını ifade etmiştir. Yazarın karar hakkındaki yorumları için bkz. Holland (2008), s. 3.

⁸⁰⁷ Holland (2008), s. 3.

⁸⁰⁸ Holland (2008), s. 3.

⁸⁰⁹ Stone v. Ritter, s. 23; Ayrıca bkz. Holland (2008), s. 3.

faydalı olduğunu düşünüyoruz⁸¹⁰. Ancak önemle belirtelim ki bu karar yukarıdakilerden farklı olarak, işletme risklerinin gözetimindeki ihlal iddiasına ilişkindir.

“...Business judgment rule, ticari bir kararın, iyiniyetle, yeterli bilgiye dayalı olarak ve şirketin en iyi menfaatleri gözetilerek alındığına dair bir karinedir⁸¹¹.

...Yöneticilerin uygun bir risk değerlendirmesi yaparak, şirket için doğru olan işletme kararı aldığı hususunda karar verebilmek, bir mahkeme için neredeyse imkânsızdır. Bir yatırım yapıldığında umulandan az bir getirisinin olup olmayacağı şansa bağlıdır. Ancak genellikle, umulandan çok daha az bir getiri olabileceği ise daha düşük bir şans eseridir. İşler ters gidip yatırımlar başarısız olduğunda; bu büyük zarar nedeniyle –ki zararın küçük olması da pekâlâ mümkündür-, karar vericilerin kararlarının doğru olduğunu, ama şansın yaver gitmediğini söylememiz mümkün olsa gerektir. Usulsüz bir risk değerlendirmesi yapılarak şirketin büyük zarar görmüş olma olasılığı da vardır.

İş dünyasında karar vericiler, çoğu zaman yetersiz bilgi, sınırlı kaynaklar ve belirsiz bir gelecek içinde, gerçek yaşamla ilgili kararlar almaktadır. Yöneticileri, iş hayatıyla ilgili aldıkları yanlış kararlar nedeniyle sorumlu kılmak; onların işletme risklerini üstlenerek yatırımcıların kazanç elde etmelerini sağlama konusunda; heveslerini ortadan kaldıracaktır. Zaten BJR, ticari kararlarla ilgili bu tarz sonradan fikir yürütmelerin önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Bu mahkeme, Delaware’de uygulanmakta olan güvene dayalı özen yükümlülükleri ile ilgili sağlam ilkelerden vazgeçmeyecektir...

...Bu davada davacılar, Citigroup’un riskli menkul kıymet işlemleri nedeniyle karşı karşıya kaldığı riskleri makul bir şekilde kontrol edememelerinden dolayı davalıların sorumlu olduğunu ileri sürmektedir. *Davacılar, Citigroup’un maruz kaldığı büyük zararın, elindeki riskli varlıklar nedeniyle*

⁸¹⁰ *In re Citigroup Inc. S’holder Derivative Litig.*, 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009). Söz konusu kararın tam metni için bkz. <http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=118110> (Erişim tarihi: 21.09.2011).

⁸¹¹ Kararla ilgili Amerikan hukuku ekseninde yapılan değerlendirmeler için bkz. R. Sprague ve A.J. Lyttle (2010). Shareholder primacy and the business judgment rule: arguments for expanded corporate democracy. *Stan. J. L. Bus. & Fin.*, 16, 2010, s. 14 vd.; J.T. Laster ve T. B. Davey (2009). The business judgment rule controls in Delaware- even in times of economic crises, *Insights*, 23 (4) , s. 16 vd.

ortaya çıkan işletme riskinden kaynaklandığını; bununla ilgili öncü sarsıntıların çok önceleri kendini gösterdiğini (tehlike çanlarının çaldığını), davalıların gereken önlemleri almış olmaları gerektiğini belirtmişlerdir. Davalılara göre; davacıların şirketin ticari risklerden kaynaklanan belirsizlikleri önlemedeki başarısızlıkları; bilinçli bir şekilde öncü sarsıntıları göz ardı etmiş olmaları veya güvene dayalı yükümlülüklerin bir gereği olan şirketin risklerini kontrol etmekteki kasti başarısızlıkları nedeniyledir...

...Davacıların, şirkette risk yönetimi konusunda gerekli sistemlerin varlığı hususunda bir itirazları yoktur. Gerçekten de, şirkette kurulu bulunan ARM (Audit Risk Management) komitesinin temel amaçları, risk yönetimi ve değerlendirmesi hususlarıyla ilgili politikalarda, gözetim görevinin yerine getirilmesi amacıyla yönetim kuruluna yardımcı olmaktır. Davacıların itirazları bunların, alanında uzman kişiler olarak, gözetim görevini yerine getirmedikleri ve kötünietli oldukları yönündedir. Davacılar yöneticilerin gözetim yükümlülüklerini yerine getirmediklerini, çünkü gözetim mekanizmalarının yetersiz olduğunu ve yöneticilerin de gözetim usullerini tesis etme konusunda iyiniyetli bir çaba içinde olmadıklarını iddia etmişlerdir.

Davacılar, bunu ispatlamak için 2005 yılından beri ekonomide gerçekleşen tehlike çanlarını delil göstermişlerdir...

Ancak tehlike çanlarının çalması (öncü sarsıntıların vuku bulması) yöneticilerin şuurulu bir şekilde yükümlülüklerini ihlal ettikleri veya kötünietli olduklarına dair delil olarak nitelendirilemez. Bunlar olsa olsa, yöneticilerin kötü kararlar aldığının delili olabilir. Ayrıca burada işaret edilen tehlike çanları (red flags) esasen kamuya açık bilgiler niteliğinde olan mortgage piyasasındaki ve genel ekonomik durumdaki risklerdir...

Yöneticileri, gözetim yükümlülüklerini ihlal ettikleri gerekçesiyle sorumlu tutabilmek için, yöneticiler ya güvene dayalı yükümlülüklerini ihlal ettiklerini bilmeli ya da bilinen bir kanuna aykırı hareket gibi şuurulu bir ihmal içinde olmalıdır. Bir başka ifadeyle kötünieti belli etmek, gözetim yükümlülüğünün ihlali için temel bir şart niteliğindedir.

Yöneticilerin alanında uzman olmaları, onlardan gözetim yükümlülüğünü ifa ettikleri esnada daha yüksek bir dikkat ölçüsü beklendiği şeklinde yo-

rumlanamaz. Denetim komitesinde yer almanın, şirket risklerinin gözetimi görevi ve bu risklerle ilgili ilave bazı sorumlulukları gerektirdiği doğrudur. Ancak bu durum, onların gözetim yükümlülüğü bağlamında daha ağır dikkat ölçüsüne göre hareket etmelerini gerektirmez.

...Yöneticilerin gözetim yükümlülüğü ile ilgili bu itirazlara itibar etmek BJR'yi zayıflatmak anlamına gelecektir. Bir şirketin üstlendiği ticari riskler nedeniyle zarara maruz kalması –tirajik zararlar bile olsa- yöneticilerin kötüniyetli oldukları anlamına gelmediği gibi, onları hukuken sorumlu tutmak için de, gerekçe teşkil etmez.”

Caremark ve Stone v. Ritter kararları ile Citigroup kararı arasındaki en temel farklılık “gözetim” kavramının içeriği ile ilgilidir. Zira Citigroup kararı, işletme riskinin gözetiminin ihlal edildiği yolunda pay sahiplerince ileri sürülen iddialara ilişkin bir karardır. Nitekim “Ekonomik kriz zamanlarında bile BJR, Delaware’i kontrol altında tutuyor” adlı makalelerinde Citigroup kararını değerlendiren Laster ve Davey de, bu hususa işaret etmişlerdir⁸¹².

Yazarlar, Citigroup kararında meseleye kötüniyet açısından yaklaşıldığını, esasen her üç kararın da ortak noktasının kötüniyet iddiaları olduğunu belirtmişlerdir. Ancak Citigroup kararından anlaşıldığı kadarıyla Chancellor Chandler bu durumun farkındadır. Hatta kararda şu düşünceler dile getirilmiştir⁸¹³: “Stone kararında yüksek mahkeme yöneticilerin iç sistemlerle ilgili kontrol ve uygulamaya yönelik gözetim yükümlülükleri bulunduğundan bahsetmiştir. Bununla birlikte bu yükümlülük BJR’nin öz (temel) korumasının dışında değildir.” Görüldüğü gibi bu kararda yönetim kurulunun gözetim yükümlülüklerinin de BJR’nin temel koruma mantığı kapsamında değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Kanaatimizce mahkeme, pay sahiplerinin, “gözetim mekanizmalarının yetersiz olduğu ve yöneticilerin de gözetim usullerini tesis etme konusunda iyiniyetli bir çaba içinde olmadıkları” şeklindeki iddiaları karşısında bu tür bir yaklaşım sergilemiştir.

“Yöneticilerin gözetim yükümlülükleri, makul bir şekilde raporlama ve bilgi sistemlerinin kurulmasını ve yöneticilerin, zarara neden olabilecek ko-

⁸¹² Laster ve Davey (2009) , s. 19.

⁸¹³ Citigroup, s. 29.

nularda gerekli önlemlerin alınması konusunda yetki verilmesini ihtiva eder. Çalışanların kötünietli ve cezai sorumluluk gerektiren davranışlarının gözetiminde başarısız olmak ile işletme risklerinin gözetiminde başarısız olmak arasında önemli farklılıklar vardır. Citigroup, risk üstlenen, yatırımları yöneten ve daha başka risklere maruz kalan bir işletmedir.”⁸¹⁴

Son olarak Citigroup kararında, “gözetim yükümlülükleri, alanında uzman yöneticiler bile olsa, bu kişilerin işletme risklerini tahmin ve değerlendirmedeki yanılmaları nedeniyle hukuki sorumluluklarına gidilmesine gerekçe teşkil etmez.” ifadelerine yer verilmiştir⁸¹⁵.

Her üç karara göre yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüklerini ihlal ettikleri gerekçesiyle sorumlu tutulabilmeleri için kötünietli olmaları gerekmektedir⁸¹⁶. Kötüniet şartı kararlarda, gerekli olan şart (necessary condition) şeklinde ifade edilmiştir. Hemen belirtelim ki kötüniet ile neyin kastedildiği Walt Disney 2006 kararında, “kasıtlı olarak şirketin menfaatlerine aykırı hareket etmek, kanunlara aykırılık, kasıtlı olarak özen yükümlülüklerine aykırı hareket ve yükümlülüklerini şuurlu olarak ihmal etmek” şeklinde özetlenmiştir⁸¹⁷.

Görüldüğü gibi, Citigroup kararında mahkeme, öncü göstergeleri delil olarak nitelendirmese de, Citigroup yöneticilerinin, risklerin öngörülmesi ve yönetilmesinden sorumlu olduklarına; ancak risklerin yanlış yönetilmesi konusunda alınan yanlış kararların yöneticilerin hukuki sorumluluğunu gerektirmediğine hükmetmiştir. Daha da önemlisi mahkeme, risklerin yönetimi esnasında alınan kararları BJR kapsamında değerlendirmiştir.

Kanaatimizce Citigroup kararında davacıların ileri sürdüğü öncü göstergelerin öngörülebilirlik kıstası ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Bir başka ifadeyle öncü göstergeler, riskin gerçekleşme olasılığının çok yüksek olduğu; riskin gerçekleşmesinin öngörülebilir nitelikte olduğu sonucunu doğuracaktır. Zararın öngörülebilir olduğu durumlarda ise, mahkeme özen yükümlülüğünü, gereken önlemlerin alınıp alınmadığı noktasında incelemelidir. Eğer riskin gerçekleşeceği ve zararın doğacağı öngörülmüş;

⁸¹⁴ Citigroup, s. 40.

⁸¹⁵ Citigroup, s. 41.

⁸¹⁶ Citigroup, s. 23.

⁸¹⁷ In re Walt Disney Co. Derivative Litig., 906 A.2d 27, 67 (Del. 2006). <http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=84060> (Erişim tarihi: 14.08.2011), s. 65 vd.

bunun önüne geçmek için gereken tüm tedbirler alınmış, buna rağmen zarar kaçınılmaz bir riskin sonucu olarak ortaya çıkmış ise, yöneticilerin sorumluluğuna gidilememesi gerekir.

Öngörülebilirlik kıstasının içeriğini belirlemede Yargıtay'ın bazı kararları bize yol gösterebilir. Yargıtay banka hukukunu doğrudan ilgilendirmeyen haksız fiillerle ilgili bir kararında, “Kusurun tartışılabilmesi için her şeyden önce somut olayda özenin beklenebilir olması gerekir. Olayın sorumlusu olduğu iddia edilen kişiden özen beklenmeyen hallerde kusurdan söz edilemez. *Özenin yokluğu ise sonucun önceden tahmini gerekli ve mümkün iken, tahmin edilmemiş olmasıyla ortaya çıkar. Zira önceden tahmin edilemeyecek olan sonucu tahmin etmesi kimseden istenemez ve beklenemez.*” şeklindeki ifadeleriyle öngörülebilirlik kıstasını kullanmıştır⁸¹⁸.

Yargıtay 1984 yılında verdiği bir başka kararında ise, öngörülebilirlik kıstası ile ilgili daha detaylı açıklamalarda bulunmuş ve bu kıstasa önlenebilirlik unsurunu da eklemiştir⁸¹⁹.

“Kusurun belirlenmesinde tehlikeli sonucun önceden öngörülebilir (tahmin edilebilir) ve önlenebilir olması kurucu unsurdur. Hal ve durumun gerektirdiği tüm özene uyulmasına karşın önceden tahmin edilmesi ve bilinmesi mümkün olmayan hususlardan dolayı kişinin kusurlu kabul edilmesi düşünülemez. Ancak bu tek başına yeterli değildir; bilinebilmenin, zararlı sonucun önlenebilir olması ile birlikte bulunmasına bağlıdır. Kişiyi, iradesiyle önleyemeyeceği bir sonuçtan sorumlu tutmak olanağı yoktur. Buna karşın böyle bir sonucun meydana gelmesi onun, gereken dikkati sarf etmemesi ya da önlem almaması yüzünden gerçekleşmişse, davalı kusurlu sayılacaktır.”

Yargıtay bu açıklamalarından sonra kaçınılmaz risk kavramına değinmiştir:

“Süpermarket şeklinde malların açık sergilendiği yerlerde, bütün önlemler alınsa dahi belirli bir açığın gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirlenmeli-

⁸¹⁸ Yargıtay 4. HD'nin 20.11.1980 tarih ve 10380 Esas ve 13359 Karar sayılı kararı; Sanlı (2007), s. 252.

⁸¹⁹ Yargıtay 4. HD'nin 2.10.1984 tarih ve 5417 Esas ve 7216 Karar sayılı kararı; Karahasan (2003), s. 421 vd.

dir. Bu tip yerlerde türlü nedenlere dayalı *kaçınılmaz riskin varlığı* söylenebilir... İşletmenin normal işleyişinin yarattığı kaçınılmaz bir riskin... Önlenbilir bir durumun olup olmadığı tespit edilmelidir.”

Yargıtay’ın yukarıda belirttiğimiz kararlarında yer alan öngörülebilirlik ve kaçınılmaz risk kavramlarının, banka yöneticileri için de geçerli olabileceğini düşünüyoruz. Riskin öngörülebilir olduğu hallerde; zarar kaçınılmaz bir riskin sonucu olarak karşımıza çıkacaksa, yöneticilerin zararı en aza indirmek için gereken özeni gösterip göstermediği incelenmeli ve gereken özen gösterilmiş ise yöneticilerin sorumluluğuna gidilememelidir. Yöneticilerin gereken özeni göstermiş sayılması için “orta düzeyde, makul ve tedbirli bir banka yöneticisi” esas alınmalıdır. Ancak bankacılık konusunda uzman olmayan bir yönetim kurulu üyesi de varsa, bu kişinin özeninin, “kendisi ile benzer niteliklere sahip olan orta düzeyli, tedbirli bir banka yöneticisi”nin özeni olarak anlaşılması gerektiği kanaatinde olduğumuzu belirtelim.

Son olarak Citigroup kararındaki ifadelerle, Tekinalp’in, “Her zarar özensizliğin sonucu sayılamayacağı gibi, tüm yanlış kararlar da –zarar doğursalar bile- sorumluluğa neden olamaz. Hele hatalı/yanlış olduğunun sonradan anlaşıldığı karar ve işlemler için ilgili kişi kusurlu kabul edilemez.” ifadelerinin birbirine olan yakın benzerliğine de dikkat çekmeyi faydalı görüyoruz⁸²⁰.

3.7. Ağır İhmal ve Kastın Belirlenmesi

Ülkemizde banka hukukunda ağır kusur ve kastın nasıl belirleneceği konusundaki temel bir düzenleme BanK’nun 110. maddesinde yer almaktadır.

BanK’nun “Şahsi Sorumluluk” başlıklı 110. maddesi şöyledir: “Bir bankanın yöneticilerinin ve denetçilerinin kanuna aykırı karar ve işlemleriyle banka hakkında 71 inci madde hükümlerinin uygulanmasına neden olduklarının tespiti hâlinde, bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilerek, Fon Kurulu kararına istinaden ve Fonun talebi üzerine doğrudan şahsen iflaslarına mahkemece karar verilebilir. Bu karar ve işlemler bankanın hâkim ortaklarına menfaat temini amacıyla yapıldığı takdirde, menfaat temin eden ortaklar hakkında da temin ettikleri menfaat üzerinden uygulanır. Bu suretle tahsil edilen tutarın Fon tarafından ödenen

⁸²⁰ Tekinalp (2009), s. 293.

mevduat ve katılım fonu tutarı ve fer'ileri mahsup edildikten sonra bakiye kısmı tasfiye hâlindeki veya iflasa tâbi bankaya iade edilir.”

Görüldüğü gibi BanK md.110'un banka yöneticileri hakkında uygulanabilmesi için, bu kişilerin kanuna aykırı karar ve işlemlerinden dolayı, banka hakkında 71. maddenin uygulanmasına neden olmaları gerekmektedir⁸²¹.

Kanuna aykırılık ifadesinden neyin anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde farklı düşünceler mevcuttur. Tekinalp, kanuna aykırılık ile BanK'nun kastedildiğini, ancak TTK'nın da bu kapsamda sayılabileceği ifade etmiştir⁸²².

Doğrusöz'e göre, kanuna aykırılık ifadesinden anlaşılması gereken, kararların alındığı ve işlemlerin uygulamaya konulduğu tarihte yürürlükte olan ve bankacılığı doğrudan ilgilendiren kanunlardır⁸²³. Dolayısıyla kanuna aykırılık ile kastedilen, BanK ve ona dayanılarak çıkartılan yönetmelik, tebliğ gibi düzenleyici mevzuat olmalı; TTK, SPK gibi diğer kanunlar ve ikincil mevzuat ise, ancak uyumsuzlukla ilgisi olduğu oranda uygulanmalıdır. Yazar ayrıca özen yükümlülüklerine aykırı davranışın kanuna aykırılık olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindedir. Zira yazara göre özen yükümlülüklerine aykırılık, yerine göre sorumluluk gerektiren kusurlu bir davranış olsa da; somut olayda şahsi iflasın şartları oluşmamış olabilir. Bir başka ifadeyle özen yükümlülüğüne aykırı davranış yerine göre sözleşmeye aykırılık kapsamında da değerlendirilebilir. Bu durumda sorumluluk genel hükümlere tabi olabilecektir.

Yine yazara göre bankacılık ilke ve teamüllerine aykırılık da kanuna aykırılık kapsamında değerlendirilmemeli ve bunlara aykırılık halinde genel hükümlere gidilmelidir⁸²⁴.

⁸²¹ Bir kişiye şahsi iflas davasının açılabilmesi için o kişinin banka yöneticisi ve denetçisi olması gerekir. BanK'nun 110. maddesi kapsamında şahsi iflas davası açılabilecek kişiler yöneticiler ve denetçiler ile hâkim ortaklardır. Yöneticinin kim olduğu BanK'nun 3. maddesinde oldukça geniş bir perspektifle ele alınmıştır. Buna göre banka yöneticileri ile kastedilen bankanın yönetim kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları ve imza yetkisine sahip mensuplarından; bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticileridir.

⁸²² Tekinalp (2009), s. 291.

⁸²³ Yazarın görüşleri için bkz. Doğrusöz (2010), s. 105 vd.

⁸²⁴ Yazarın kredi kullandırma aşamasındaki "...İncelemeler yapılırken bir takım formalite eksikliklerinin olması, dosya düzeni, mali analiz ve kullandırım sonrası takip konularında eksiklik ve özensizlik bulunması ise, tek başına rutinlik ve kredibilite değerlendirme ve kanaatlerini belirleyici bir unsur olarak değerlendirilmemelidir." şeklindeki ifadelerine katılamıyoruz. Zira bu durumda kredi müşterisinin mali durumu hakkında eksik bilgilere dayanılarak kredi kullandırılması söz konusu olur ki, bu durum bankacılık ilke ve teamüllerine değil, bizzat özen yükümlülüklerine aykırılık anlamına gelir; bkz. Doğrusöz (2010), s. 107.

Şahsi iflas davasının bir diğer şartı da, kanuna aykırı karar ve işlemler neticesinde BanK'nun 71. maddesinin uygulanmasıdır. BanK'nun 71. maddesi, kötüniyetli yönetimi belirleyebilmemiz açısından temel hukuk normu niteliğindedir.

BanK'nun 71. maddesine göre denetimler sonucunda aşağıdaki durumlar tespit edilirse BDDK en az beş üyenin oyu ile bankanın faaliyet iznini kaldırma veya bankanın ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini TMSF'ye devretme yetkisine sahiptir.

- a- Kısıtlayıcı tedbirlerin verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç on iki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, malî bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi malî bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi (md. 71/1 a bendi)
- b- Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve malî sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması (md. 71/1 b bendi)
- c- Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi (md. 71/1 c bendi)
- d- Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması (md. 71/1 d bendi)
- e- Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması (md. 71/1 e bendi)

Doğrusöz'e göre, BanK'nun 110. maddesinin, 71. maddeyle birlikte ele alınması gerekir. Yazara göre 71. maddenin mali bünyedeki bozukluklarla ilgili a,b,c ve d bentlerindeki durumların gerçekleşmesine, “bankanın ağır kusurlu kötü yönetimi sebep olabileceği gibi; yöneticilerin ekonomik göstergeleri iyi anlayamaması, risk analizlerini doğru yapamaması gibi özensiz yani ihmali davranışları” da sebebiyet verebilir⁸²⁵. Yazar, BanK'nun 71. maddesinin uygulanmasına, ihmali davranışların neden olması halinde, illiyet bağının da bulunması kaydıyla, ihmalleri bulunan yöneticiler ve denetçileri hakkında da şahsi iflas davası açılabilirliğini düşünmektedir.

⁸²⁵ Yazarın görüşleri için bkz. Doğrusöz (2010), s. 136.

Ortada kanuna aykırı bir durum yoksa yapılan işlemler neticesinde bankanın iflasına hükmedilmiş olsa bile, yöneticilerin şahsi iflaslarına karar verilemeyecektir⁸²⁶. Ancak kanuna aykırı karar ve işlemlerin söz konusu olduğu durumlarda ise, kural olarak BJR uygulanamayacaktır. Esasen Amerikan hukukunda da ağır ihmal, şuurlu ihmal ve kast durumları BJR'nin kapsamı dışındadır. Dolayısıyla BanK'nun 110. maddesinde düzenlenen şahsi iflas davasında yöneticilerin karar ve işlemlerinin kanuna aykırı olduğunun tespit edilmesi durumunda BJR'nin uygulanması mümkün değildir. Ancak Doğrusöz'ün de haklı olarak belirttiği gibi, 71. maddede yer alan mali yapının bozulması ile ilgili durumlara, banka yöneticilerinin kötü kararları da neden olabilir. Dolayısıyla BanK'nun 71. maddesinin a, b, c ve d bentlerindeki durumlarda istisnai olarak BJR'nin uygulanabileceği kanaatindeyiz. Her halükarda bu bentlerde sayılan durumların gerçekleşmesine, yöneticilerin ağır kusuru, şuurlu ihmali ya da kastı neden olmuşsa BJR uygulanamayacaktır.

Ancak 71. maddenin e bendinde yer alan; hâkim ortak ve yöneticilere haksız menfaat temin ettiklerinin tespit edilmesi durumlarında yöneticilerin özel bir amaçla hareket etmeleri nedeniyle, en azından ağır kusurlu oldukları kabul edilmelidir. Bir başka ifadeyle ağır kusurun, BanK md. 71/1-e bendine göre tayin edilmesi oldukça kolaydır. “menfaat temin ettiklerinin tespit edilmesi” ifadesinden anlaşılması gereken budur⁸²⁷. Ayrıca bu madde doğrudan kötüniyete atıf yapmakla kalmamış; aynı zamanda kötüniyetten ne anlaşılması gerektiği konusunda bazı emareler de ortaya koymuştur. Bu emareler şunlardır:

Banka kaynaklarının, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde;

- Doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanılması veya
- Dolanlı olarak kaynak kullandırılması ve bankanın bu suretle zarara uğratılması

Bu düzenlemenin BanK'nun “Banka Kaynaklarının İstismarı” başlıklı 108. maddesi hükmüyle birlikte ele alınması gerekir. Zira dolanlı kaynaktan ne anlaşılması gerektiği 108. maddenin ikinci fıkrasında ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır.

⁸²⁶ Tekinalp (2009), s. 291.

⁸²⁷ Doğrusöz (2010), s. 136.

“Bu maddenin uygulanmasında, bankaların hâkim ortaklarının ve yöneticilerinin; yönetim kurulu, kredi komiteleri, yöneticiler, şubeler ve diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle, banka kaynaklarını ve varlıklarını;

- Banka kaynaklarını ve varlıklarını rehnetmek, teminat göstermek, açıldığı tarih itibarıyla kredibilitesi olmadığı aşikâr bulunan kişilere kredi vermek,
- Karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak,
- Yurt içi ve yurt dışı banka ve malî kuruluşlar nezdinde depo ve sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek
- Sair şekillerde doğrudan veya dolaylı olarak kendileri veya başkaları lehine para, mal, her türlü hak ve alacak temini amacıyla kullandıkları veya başkalarına kullandırdıkları banka kaynakları ve varlıkları, dolanlı kaynak olarak kullanılmış sayılır.”

Aslında BanK’nun 71. maddesinin e bendinde belirtilen hallerde, aşağıda görüleceği gibi genellikle kasti bir davranış söz konusudur. Bir başka ifadeyle kötünietli yönetimden kural olarak karşımıza kasti hareketlerle çıkmaktadır.

Örneğin Yargıtay Ceza Genel Kurulunun⁸²⁸ kararında, “Usulsüz kısmen karşılıksız ve bu itibarla geri dönüşü olmayıp bankaya zarar veren kredilerde banka genel müdürlüğü yetkilileri ile yönetim kurulunun bilinçli tavır ve davranışlarının etkili oluşu sonucu kredilerin firmalar yararına şekillendiği, banka üst yetkili ve sorumlularının bankanın hükmi şahsiyetini temsilde ve mal varlığını korumada bilinçli ve eylemli şekilde kusurlu bulundukları” şeklindeki ifadeler ile kanaatimizce aynı zamanda kasta dayanan kötünietli yönetimin de tanımı yapılmıştır. Aynı kararda şu ifadelere de yer verilmiştir:

“...dövizi natık teminat kredilerinin Banka Genel Müdürlüğünün bilgi ve kabulü sonrasında Yönetim Kurulunca onaylandığı, *olumsuz istihbarat raporlarının anılan üst yönetimlerce önemsenmediği, her bir kredi için ayrı istihbarat raporu düzenlenmesi iç mevzuat uyarınca gerekli ve zorunlu iken buna uyulmayarak daha önceki istihbarat raporları ile yetinildiği, kredilere teminat olarak alınan hatta bir kısmı %200 fazlalıkla alınmış gibi gösterilen ipoteklerin güncel değerlerinin gözetilmediği, aynı*

⁸²⁸ Yargıtay CGK’nın 31.5.2005 tarih ve 2004/11-158 Esas ve 2005/58 Karar sayılı kararı; (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

taşınmazlar üzerine başka kurum ve kuruluşlarca da ipotek konmuş olmasına rağmen önceden ve değişik derecelerde konulan bu ipoteklerin varlığının yeni tesis edilen kredi dilimlerini teminatsız hali sokma ölçülerinin denetsiz bırakıldığı, ithalat ve ihracat kredilerinin gerçek niteliğine uygun kullanılıp kullanılmadığının araştırılmadığı bu kredi dilimlerinin kullanılmasında adı geçen firmaların gerçek olup olmadığının ve bunlar tarafından ithalat için düzenlenen faturaların sahil nitelik taşıyıp taşımadığının kontrolsüz bırakılması nedeniyle bir yandan banka riske sokulurken diğeryandan da kredilerin amacı dışında kullanılmasına neden olunduğı, kullandırılan kredilerin geri dönmeme riski açıkça ortaya çıktığı evrede geri ödemeleri sağlayabilmek amacıyla kredilendirme talimatları da aşılarak yeni krediler tesis edildiğı ve bu tür depasmanlı işlemlerle riskin ve banka zararının artırıldığı, anılan işlemlerin banka Genel Müdürlüğünün ve Yönetim Kurulunun bilgisi tahtında ve izin ve icazeti kapsamında yapılmış olduğu sonucuna varılmaktadır.”

Yine Yargıtay bir başka kararında bankanın fona devrinden önce hâkim ortağı ve yönetim kurulu başkanı olan kişinin kendisine ait şirketi bankaya riskleriyle ve değerinin üzerinde satması ve bu suretle kendi grubuna ait şirketlerin bankaya olan borçlarını hiçbir ödeme yapmadan kapatması işleminin kötü niyetli ve muvazaalı olduğuna hükmetmiştir⁸²⁹.

Kötüniyetli yönetimin belirlenmesi bakımından ülkemizde, yönetimi TMSF'ye geçen bankaların durumlarını da incelemek gerekir.

Bu bankalar içerisinde, gerçekleştirilen kötüniyetli işlemlerin niteliğı yönünden aynı zamanda dünyada da tek örnek olan İmar Bankası'nın, ayrı bir yeri vardır. İmar bankasının yönetiminin TMSF'ye devir nedenleri kısaca; kayıt dışı mevduat toplanması ve gerçek mevduat miktarının ayrı bir bilgisayar programı yardımı ile izlenip gizlenerek banka bilançosundan anlaşılmaması, zorunlu karşılık oranlarının eksik hesaplanması, bankanın nakdi kredilerinin tamamının ve gayri nakdi kredilerinin ise yüzde doksan dokuzunun hâkim ortak Uzan grubuna kullandırılması, İmar Off-Shore aracılığı ile dolanlı kaynak kullanımı ve paravan şirketler kurularak hâkim ortaklara kaynak aktarımı

⁸²⁹ Yargıtay 19. HD'nin 25.10.2004 tarih ve 2004/602 Esas ve 2004/10593 Karar sayılı kararı; (Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası).

şeklinde belirtebiliriz⁸³⁰. Görüldüğü gibi İmar Bankası olayında hâkim ortaklar kasti bir şekilde sistematik olarak banka kaynaklarını şahsi menfaatleri için kullanmışlardır⁸³¹.

Toprakbank'ın TMSF'ye devredilme nedeni ise genel olarak hâkim ortağa çeşitli yollarla kredi kullandırılmasıdır⁸³². Bu yöntemler içerisinde en dikkat çekici olanı, off-shore hesapları kullanılarak sistematik olarak Toprak grubuna aktarılan kaynaklardır. TMSF raporunda bu sistem şöyle açıklanmaktadır:

“Toprak Grubu firmalarının Toprak Off-Shore üzerinden kredilendirilmesi; Toprakbank tarafından Toprak Off-Shore'a depo yapılması, Toprak Off-Shore ile kredi kullanılacak Toprak Grubu firmaları arasında aynı gün kredi sözleşmesi düzenlenmesi ve daha sonra Toprak Off-Shore tarafından Bankaya yazı yazılarak, kredi tutarının Toprak Grubu firmalarının mevduat hesaplarına virman ya da havale yoluyla aktarılması suretiyle gerçekleştirilmiştir.”⁸³³

Sümerbank'taki işlemlerin de bu kapsamda ayrı bir yeri bulunmaktadır⁸³⁴. Bu bankanın ilk özelliği banka kaynaklarının kullanılarak özelleştirme bedelinin ödenmiş olmasıdır. Yine karşılıklı krediler (back to back) yoluyla kredi sınırları ve risk grupları önündeki engeller aşılmış ve böylelikle bankanın gerçek risk durumu gizlenmiştir. TMSF raporuna göre, “Sümerbank ve Garipoğlu Grubu, Esbank-Zeytinoğlu Grubu ile 23,6 milyon USD, Egebank-Demirel Grubu ile 20,2 milyon USD, İnterbank-Nergis Grubu ile 9,8 milyon USD tutarında nakdi ve gayrinakdi karşılıklı (back to back) kredi ilişkisine girmiştir.” Görüldüğü gibi kendi kötüye kullanımlarını gizlemek üzere birden

⁸³⁰ TMSF Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (2009). Raf Temizliği-19. İstanbul: TMSF Yayınları, s. 53 vd.

⁸³¹ TMSF raporunda mevduat işlemlerinin gizlenmesi şöyle açıklanmıştır: “Banka şubelerinde yapılan tüm işlemler Merkez Yatırım'daki ana belleğe transfer edilmiş, bu bilgiler daha sonra sadece birkaç kişinin kullanımında olan bir bilgisayar programı vasıtasıyla değiştirilmiştir. Bu işlemlerin sonucu olarak şubelere gönderilen muavin defterlerde mevduat kalemlerinde büyük montanlı hesap kapama ve ödeme işlemlerinin olduğu ancak açıklama kısımlarının boş olduğu görülmüştür. Mevduat hesaplarına yapılan ters kayıtlarda, işlemin muhasebesel anlamda karşı bacağına ne şekilde oluşturulduğu ise belirlenememiştir. Sonuç olarak resmi raporlardaki mevduat rakamları ile tespit edilen mevduat rakamları arasındaki farkın yaratılmasında bankanın muhasebe sistemi kullanılmıştır.”; bkz. TMSF (2009), s. 55.

⁸³² TMSF Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (2009a). Raf Temizliği-5. İstanbul: TMSF Yayınları, s. 32 vd.

⁸³³ TMSF (2009a), s. 34.

⁸³⁴ TMSF Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (2009b). Raf Temizliği-16. İstanbul: TMSF Yayınları, s. 34 vd.

fazla bankanın hâkim ortak ve yöneticilerinin, birlikte hareket etmesi de mümkün olabilmektedir.

Sonuç

1-Risk kavramının ilk olarak ne zaman ortaya çıktığı konusunda hâkim görüş, kavramın deniz ticaretinden kaynaklanan tehlikelerin sigorta hukuku kapsamına alınması ile ortaya çıktığı yönündedir. Risk kavramı çoğunlukla finans bilimi tarafından ele alınıp işlenen bir kavram olsa da, esasında bir finans kavramı değildir. Kavram hukuki ve sosyolojik boyutları olan ve teorik derinliğe sahip, çetrefil bir kavramdır. Kavrama teorik altyapıyı kazandıran finans bilim adamları değil; sosyologlar olmuştur. Alman sosyolog Ulrich Beck 1986 yılında çağımızın bir “risk toplumu” olduğu görüşünü ortaya atmış; Niklas Luhmann ve Antony Giddens ise risk ve tehlike kavramları hakkında derin açıklamalarda bulunmuştur.

Pek çok yazar tarafından “zarara uğrama tehlikesi” olarak tanımlanan risk kavramı, belirsizliği ve tehlikeyi bünyesinde barındıran ve genellikle olumsuzluk ifade eden bir durumu anlatan kavram olarak değerlendirilmektedir. Riski açıklamak üzere kullanılan kavramlar genellikle belirsizlik ve tehlike kavramlarıdır. Her iki kelimenin de negatif anlamlara sahip olduğu kuşkusuzdur. Durum böyle olmakla birlikte göze alınan riskin gerçekleşmemesi halinde, kavram hemen pozitif bir mahiyete kavuşacaktır. Dolayısıyla riski, zarara uğrama tehlikesini göze almak şeklinde tanımlamak mümkündür. Bu tanımdan risk kavramının tehlike kavramı ile olan yakın ilişkisi belirgin bir şekilde ortaya çıkmaktadır. Bu iki kavram arasındaki ilişki hukuk biliminin de gözünden kaçmamış ve bazı durumlarda kişiler tehlikenin gerçekleşmesinden, sırf riski göze almış olmaları nedeniyle, kusurları olmasa bile sorumlu tutulmuşlardır.

2-5411 Sayılı BanK ile birlikte risk kavramı, banka hukuku bakımından özel önemi olan bir kavram haline gelmiştir. Aslında zarara neden olabilecek her türlü olayın bankalar açısından birer risk teşkil ettiğini düşündüğümüzde, yüzlerce riski ayrı ayrı tanımlamak gerektiği sonucuna ulaşırız. Nitekim BanK’na dayanılarak çıkarılan yönetmeliklerde oldukça kazuistik bir yöntemle, pek çok riskin tanımına yer verilmiştir. Kanaatimizce bankalar açısından en önemli risk, bankaların alacakları ile borçları arasındaki vade uyumsuzluğundan kaynaklanan tehacüm riskidir. Halkın bankalara hücum etmesi anlamına gelen, bankaların likidite sıkışıklığına maruz kalmasına neden olan tehacüm riski, bankacılık krizlerinin de başlıca nedenidir. Bir banka hakkından yapılan en ufak bir dedikodu bile (gerçek olmasa da) bu riskin gerçekleşmesine neden olabilir.

Tehacüm riski o kadar önemlidir ki, tek bir bankanın krizi, hızlı bir şekilde tüm bankacılık sektörünün ve hatta tüm toplumun krizi haline gelebilir.

3-Bankaların karşı karşıya kaldıkları risklerin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkacak zarar hem miktar olarak çok büyük olacak ve hem de tüm toplumu etkileyebilecektir. Dolayısıyla bankaların risklerin gerçekleşmesini önleyici politikaların yanı sıra; gerçekleşen risklerin zararının en aza indirilmesine yönelik koruyucu politikalarının da bulunması gerekmektedir. Bunun için bankaların risklerini en iyi şekilde yönetmeleri şarttır. BanK, bankaların risklerini en iyi şekilde yönetmeleri için risk yönetim birimleri kurulmasını zorunlu hale getirmiştir. Ancak tek başına risk yönetim biriminin kurulması ve bu birimin bankanın risk yapısını ortaya koyması, bir bankanın risklerinin iyi yönetildiği sonucuna ulaşmak için yeterli değildir. Ayrıca banka yönetiminin, bankanın mali yapısını koruyucu bazı tedbirleri alması şarttır. Ezcümle bankaların risklerini karşılamaya yetecek nispette bir sermayeye ve likiditeye sahip olması, risklerini dağıtması ve çeşitlendirmesi, teminatlı işlem ilkesine uygun davranması gerekmektedir.

Bankacılık risklerinden kaynaklanan zararın tüm toplumu etkileyebilecek büyüklükte olması nedeniyle kanun koyucu bankaları yoğun bir denetime tabi tutmuştur. Bu denetim önleyici tedbirlerin alınıp alınmadıklarının düzenli olarak kontrol edilmesi şeklinde rutin bir denetim olabileceği gibi; bazı durumlarda müdahaleci bir niteliğe de bürünebilmektedir. Örneğin BanK, bankanın mali yapısının risklere karşı dayanıksız hale gelmesi ve bu durumun kronikleşmesi ile banka kaynaklarının kötüye kullanılması hallerinde bankanın faaliyet izninin kaldırılması ve yönetiminin TMSF'ye devrine kadar varan kademeli bir önlemler paketi hazırlamıştır. Bütün bu yoğun denetimin yegâne amacı zararın toplumun üzerinde kalmasının önüne geçilmesidir.

Zararın toplumun üzerinde kalmaması adına mevduat sigorta sisteminin yapısının değiştirilmesi, bankalara sermaye yardımı yapılmaması gibi öneriler geliştirilmiştir. Biz, bankacılık sisteminden kaynaklanan zararlar nedeniyle mevduat sahiplerinin yalnız bırakılmalarının sosyal devlet ilkesi ile bağdaşmadığını düşünmekteyiz. Kanaatimizce kamu bankacılığının geliştirilmesi ve bankacılık sektöründeki payının artırılması yoluyla bu sorunların önüne geçmek mümkündür. Yine mevduat bankalarının, katılım bankalarının çalışma sistemi esas alınarak yeniden yapılandırılması da, düşünülebilecek çözüm yollarından bir diğeridir.

4-Kanaatimizce bankacılık risklerinden kaynaklanan zararın en önemli nedeni ticari risk ihtiva eden kararların alınması nedeniyle bankacılık risklerinin kötü yönetilmesidir. Bankacılık bir risk yönetim mesleğidir. Riskleri yönetebilmek ise bazı kararların alınmasını zorunlu kılmaktadır. Bankalar halktan topladıkları mevduatı, yüksek getirili faaliyetlerle kullanıp kazanç elde eden kuruluşlardır. Yüksek getiri elde etmek için alınan kararlar ise, her zaman için çeşitli riskleri bünyesinde barındırır. Acaba alınan bu kararların bankanın zararına neden olması halinde, banka yöneticilerini bu kararlar nedeniyle sorumlu tutmak mümkün müdür?

Bu konuyla ilgili olarak Amerikan hukukunda doğan ve giderek tüm dünyada kabul görmeye başlayan modern yaklaşım; kararın iyiniyetle, makul bir şekilde yeterli bilgiye dayanılarak ve şahsi menfaatler gözetilmeden alınmış olması halinde, yöneticilerin sorumluluğuna gidilmemesi gerektiği yönündedir. Amerikan hukukunda “business judgment rule”, 6102 sayılı TTK’nın 369. maddesinin hükümet gerekçesinde “iş adamı kararı” olarak adlandırılan bu yaklaşımın özünde, risklerle dolu olan ticari hayatta yöneticilerin iyi niyetli olarak aldıkları zarar doğurucu kararların sonucuna şirketin katlanması gerektiği düşüncesi yatmaktadır. Yine bu yaklaşıma göre ticari kararlar alınırken yöneticilerin içinde bulundukları ortamın karmaşıklığı, bu kararların daha sonra yerinde delik denetimine tabi tutulmasına engel olmaktadır.

Bu modern yaklaşım 6102 sayılı TTK ile birlikte Türk hukukunda da yerini almıştır. Ancak biz BJR’nin pozitif hukukumuzda dayanağının bulunmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki;

- a- 6102 Sayılı TTK’nın 369. maddesinin birinci fıkrasında, “Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.” hükmüne yer verilmiş ve aynı fıkranın hükümet gerekçesinde tedbirli bir yöneticinin iş adamı kararı alabileceği ve riskin bundan kaynaklandığı hallerde bu yöneticinin sorumluluğunun söz konusu olmayacağı açıklamasında bulunulmuştur. Oysa 369. maddenin birinci fıkrasındaki düzenleme yöneticilerin özen yükümlülüklerine ilişkin bir düzenlemedir. Buna göre yöneticilerin, şirket işlerinin görülmesinde kendileri ile aynı konumdaki orta derecede, makul, tedbirli bir yöneticinin özeni ile hareket etmeleri gerekmektedir.

- b- Doktrinde yöneticilerin göstermesi gereken özen konusunda hâkim görüş, yöneticilerden “iyi aile babasının” göstermesi gereken özenin aranması gerektiği şeklindedir. 6102 Sayılı TTK md.369’un hükümet gerekçesinde bir kişiden uzman bilgisi aranmayacağı ifade edilmiş; ancak madde metninde bunu tam olarak karşılayan “tedbirli kişi” yerine “tedbirli yönetici” kavramı kullanılmıştır. Amerikan hukukunda ise “makul yönetici” yerine “makul kişi” kıstası kabul edilmektedir. Şu haliyle 6102 sayılı TTK’da ifadesini bulan “tedbirli yönetici” kıstası Amerikan hukukundaki özen kavramını karşılamamakta; bilakis 6762 sayılı TTK’nın yaptığı atıflar neticesinde doktrin ve uygulamanın ulaştığı objektif özen kıstasının farklı bir ifadesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

Şu durumda Türk hukukunda özellikle de alanında uzman olmayan yönetim kurulu üyeleri bakımından, kendilerinden beklenenin ötesinde, daha ağır bir özen ölçüsünün benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bize göre alanında uzman olmayan bir yönetim kurulu üyesinin göstermekle yükümlü olduğu özenin belirlenmesinde, “aynı faaliyet kolunda yönetim kurulu üyeliği görevinde bulunan ve alanında uzman olmayan bir yönetim kurulu üyesi” esas alınarak bu özen ölçüsü yumuşatılabilir. Yine de olması gereken hukuk açısından en doğru kıstasın “tedbirli kişi” kıstası olduğu kanaatindeyiz.

- c- Yöneticilerin ticari risk ihtiva eden kararlarının varlığı durumunda, bu kararların sonuçlarından bazı şartların varlığı halinde sorumlu olmayacağı anlamına gelen BJR ise, yöneticilerin özen yükümlülüğü ve yöneticilerde aranan özen ölçüsünden farklı bir hususu ifade etmektedir. Bu konuyla ilgili olarak Amerikan, Alman ve Avusturya hukuklarında yapılan düzenleme yöneticilerin özen ölçüsünü belirledikten sonra; BJR’ye ilişkin hükümler sevk etme şeklindedir. Oysa Türk hukukunda 6102 sayılı TTK, sadece yöneticilerin özen ölçüsünü düzenlemiş; BJR ile ilgili hiçbir düzenlemede bulunmamıştır. Bu nedenle 369. maddeye ek bir düzenleme yapılarak BJR ile ilgili hükümler sevk edilmesi uygun olacaktır.

5-Banka yöneticilerinden beklenen özenin ölçüsüne gelince; kanaatimizce “orta düzeyde tedbirli bir banka yöneticisi aynı şartlar altında nasıl davranacaksa” banka yöneticisinin de öyle davranması gerekmektedir. Ancak 6762 sayılı ve 6102 sayılı TTK bakımından geçerli olabilecek bu yorumun oldukça ağır bir özen ölçüsü getirdiği kana-

tindeyiz. Bize göre olması gereken hukuk açısından “orta düzeyde tedbirli bir kişi” kıstas alınmalıdır.

6-Türk pozitif hukukunda yer alıp almadığı tartışmalı olan BJR’nin, ticari risk ihtiva eden kararların alınması bakımından banka yöneticilerine uygulanmasına temkinli yaklaşmak gerekir. Zira Türk hukukunda gerek BanK ve gerekse bu kanuna dayanılarak çıkartılan yönetmelikler pek çok emredici düzenleme içermekte ve yöneticilerin takdir yetkilerini aşırı derecede sınırlandıran hükümler ihtiva etmektedir. Amerikan hukukunda, BJR, ağır kusur ve kastın varlığı halinde uygulanmamaktadır. Dolayısıyla kanuna aykırılık hallerinde kural olarak BJR’nin uygulanmaması gerekir. Örneğin ek kredi kullandırma şartları Karşılıklar Yönetmeliğinde ayrıntılı olarak açıklandığından, banka yöneticilerinin ek kredi kullandırma kararlarında bu yönetmelik hükümlerine aykırı kararlar almaları halinde ağır kusurlu oldukları kabul edilmelidir.

Eğer ticari risk ihtiva eden kararların alınmasında, yöneticilerin takdir yetkileri, kanunun emredici hükümleri ile sınırlandırılmamış ise, BJR’nin uygulanabilmesi mümkün olacaktır. Bunun için somut olayın şartlarına göre bir değerlendirme yapılması gerekir.

7-Yönetimin devri halinde yönetim kurulunun üst gözetim yetki ve görevinin kapsamının geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bize göre bir bankada iç sistemlerin kurulması ve iyi işleminin sağlanması ile gözetim yetkisi yerine getirilmiş sayılamaz. Bu ifademizle yönetim kurulunun, bankada olan tüm faaliyetleri tek tek incelemesi gerektiğini kastetmiyoruz. Bununla kastettiğimiz, yönetim kurulunun, bankanın faaliyetlerini her aşamada kontrol etmesi gerekliliğidir. Kontrol etmek ifadesi bilgi sahibi olma ve gerekli müdahalelerde bulunmayı içerecek bir şekilde anlaşılmalı; temel ilke her zaman için “güven iyidir, kontrol etmek ondan daha iyidir” olmalıdır.

Kaynakça

- Abaç, S. (1962). Bankacılıkta risk. *Batider* , I (4), 543-553.
- Acar, H. (2009). *Uluslararası satışlarda hasar riskinin geçişi*. İstanbul: Kazancı Yayıncılık.
- Akdağ Güney, N. (2010). *Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Akgüç, Ö. (2010). *Kredi taleplerinin değerlendirilmesi*. İstanbul: Arayış Basım ve Yayıncılık.
- Akgül, B. (2009). Kurumsal yönetim ilkeleri uyarınca banka yönetim kurulunun yapısı ve işleyişi. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi.
- Akıntürk, T. (1966). *Satım akdinde hasarın intikali*. Ankara: AÜHF Yayınları.
- Aksoy, T. (2007). *Basel II ve iç kontrol*. Ankara: Ankara Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası yayını.
- Akyürek, B. (2006). Bankacılık sektöründe risk odaklı iç denetim sistemi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi
- Alantar, D. (2008). Küresel finansal kriz: nedenleri ve sonuçları üzerine bir değerlendirme. *Maliye Finans Yazıları*, (81).
- Alışkan, M. (2004). *Türk banka hukukunda mevduat sigortası*. İstanbul: Beta Basım Yayın.
- Altan, M. (2001). *Fonksiyonlar ve işlemler açısından bankacılık*. İstanbul: Beta Yayın.
- Altaş, S. (2011). *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na göre şirket denetimi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- Altay, A. (2009). Anonim ortaklıklar hukukunda denetim komitesinin hukuki işlevleri. *Batider* , XXV (4), 595-619.
- Altay, S. (2008). *Satım sözleşmesinde hasarın geçişi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Altıntaş, A. (2006). *Bankacılıkta risk yönetimi ve sermaye yeterliliği*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Aman, T. M. (2010-11). Cost-benefit analysis of the business judgment rule: a critique in light of the financial meltdown. *Alb. L. Rev.* , 74, 1-45.

- Ansay, T. (1982). *Anonim şirketler hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Aral, F. (2007). *Borçlar hukuku özel borç ilişkileri*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Arkan, S. (2007). *Ticari işletme hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Arsht, S. S. (1979). The Business Judgment Rule revisited. *Hofstra L. Rev*, (8), 93-134.
- Arslan, İ. (1994). *Anonim şirketlerde yönetim yetkisinin sınırlandırılması*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Arslan, İ. (2007). Basel kriterleri ve Türk bankacılık sektörüne etkileri. *SÜSBED* (18), 49-66.
- Arslanlı, H. (1960). *Anonim şirketler*, Cilt. II-III. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Arslanlı, H. (1961). *Anonim şirketler*, Cilt. IV-V. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Ataay, A. (1995). *Borçlar hukukunun genel teorisi*. İstanbul: Der Yayınları.
- Atamer, Y. M. (2005). *Uluslararası satım sözleşmelerine ilişkin Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) uyarınca satıcının yükümlülükleri ve sözleşmeye aykırılığın sonuçları*. İstanbul: Beta Yayın.
- Atan, T. (1967). *Anonim şirketlerde idare meclisi azalarının hukuki mesuliyeti*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Atasoy, Ö. A. (1984). *Anonim ortaklıkların denetlenmesinde hâkim olan esaslar ve Türk hukukunda denetleme organının görevleri*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- Ayan, E. (2007). *Bankacılık risklerinin yönetiminde Basel- II uzlaşısı*. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Aydeniz, Ş. (2008). *İşletmelerde gelecek (futures) ve opsiyon sözleşmeleri ile risk yönetimi*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım.
- Ayiter, N. (1987). *Eşya hukuku kısa ders kitabı*. Ankara: Savaş Yayınları.
- Ayoğlu, T. (2002). Bankalar hukukunda mali yapının bozulması kavramı ve mali yapısı bozulan bankaların temettü avansı müessesesinden yararlanma imkânı. Ömer Teoman'a 55.yaş günü armağanı, (Cilt I, s. 69-98). içinde İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Babuşcu, Ş. (2005). *Basel II düzenlemeleri çerçevesinde bankalarda risk yönetimi*. Ankara: Akademi Consulting & Training.

- Bağcıoğlu, A. E. (2008). Tüketici hukukunda kefalet. *Bankacılar Dergisi*, (67).
- Bainbridge, S. M. (2004). The Business Judgment Rule as abstention doctrine. *Vand. L. Rev.*, 57 (1), 83-130.
- Banks, E. (2005). *Liquidity risk, managing asset and funding risk*. New York: Palgrave Macmillan Publishing.
- Battal, A. (2007). *Bankacılık Kanunu şerhi*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Battal, A. (1999). *Bankalarla karşılaştırmalı olarak hukuki yönden özel finans kurumları*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Battal, A. (2001). *Güven kurumu nitelendirmesi ışığında bankaların hukuki sorumluluğu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Battal, A. (2009). İktisadi buhranlar ve sosyal değişim. *Köprü Dergisi*, (107).
- Battal, A. (2009a). Katılım bankacılığında kırmızı çizgiler; Kalkıyor mu? Kalkmalı mı? *Active Bankacılık ve Finans Dergisi*, 62, 6-17.
- Battal, A. (2004a). *Kredi Kuruluşları Kanun Tasarısı taslağı sempozyum tebliği*. http://www.ahmetbattal.com/pdf_down/makale/makale35/kkk_sempozium_teblici.pdf (Erişim tarihi: 05.10.2011)
- Battal, A. (2004). Sosyal devletin liberal ekonomideki eli: TMSF nasıl kuruldu? Nasıl algılanıyor? Nasıl tasarlanmalı?. *Bankacılık Sorunları Sempozyumu* (s. 223-246). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Battal, A. (2007a). Ticari işletme hukuku. Ankara: Gazi Kitabevi.
- Beck, U. (2005). *Siyasallığın icadı*. (Çev: N. Ülner). İstanbul: İletişim Yayınları.
- Bektaş, Z. (2006). Türk bankacılık sektöründe risk yönetimi ve Basel II kriterleri. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Gazi Üniversitesi
- Bengi, A. (2009). Yönetim kurulu üyelerinin işlemlerinin hukuka uygunluk denetiminde yeni bir kriter: Business Judgment Rule (Yöneticinin hukuka uygunluk kuralları). Yayınlanmamış Doktora Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi
- Berger, A. (1953). *Encyclopedic dictionary of Roman law*. Philadelphia: The American Philosophical Society.
- Berting, J. (2011). *Avrupa (Miras-meydan okuma-vaat)*. (Çev: H. İnaç). Bursa: MKM Yayıncılık.
- Bessis, J. (2002). *Risk Management in Banking*. West Sussex England: John Wiley & Sons Ltd. Publishing.

- Bilge, M. E. (2000). Bankalar Kanunu'nun 14.maddesine göre bankalar hakkında tedbir alınmasını gerektiren durumlar ve öngörülen tedbirler. *AÜEHFD* , IV (1-2), s. 379-412.
- Bilgili, F. (2004). *Yeni gelişmelerle İsviçre ve Alman hukuklarında anonim ortaklıkların organlarının davranışlarından dolayı üçüncü kişiler karşısındaki sorumluluğu ve organların tazminat borcu*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Birsel, M. T. (1973). *Anonim şirketler hukukunda kâr kavramı*. İzmir: Ege Üniversitesi İTBF Yayınları.
- Bleier, M. (2004). Operational risk in Basel II. *N. C. Banking Inst.*, (8), 101-118.
- Bolak, M. (2004). *Risk ve yönetimi*. İstanbul: Birsen Yayınevi.
- Bolgün, E. A. (2009). *Risk yönetimi*. İstanbul: Scala Yayıncılık.
- Bölükbaşı, A. G., & Pamukçu, E. (2009). *Sigortanın temel prensipleri*. İstanbul: Türkmen Kitabevi.
- Borge, D. (2001). *The book of risk*. New- York: John Wiley& Sons, Inc. Publishing.
- Bozer, A. (1965). *Sigorta hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Bozkurt, C. (2010). Risk, kurumsal risk yönetimi ve iç denetim. *Denetışim Dergisi*, (4), 17-30.
- Çamoğlu, E. (2007). *Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Can, E. (2003). *Operasyonel risk ve yönetimi*, SPK Yeterlik Etüdü. Ankara: SPK Yayınları
- Can, M. (2009). *Türk özel sigorta hukuku*. Ankara: İmaj Yayınevi.
- Candan, H., & Özün, A. (2006). *Bankalarda risk yönetimi ve Basel II*. İstanbul: İş Bankası Kültür Yayınları.
- Canfield, J. (2006). The evolution of a more stringent business judgment rule in banking the minimilization of director deference. *Bus. L. J.* , 6 (2).
- Çatalca, H. A. (2008). *Ticari bankalarda piyasa riski yönetimi*. Ankara: Siyasal Kitabevi.
- Çelebi, A. (2001). Risk ve olumsuzluk: Sosyal teori- Sosyal felsefe ilişkisini anlamaya yönelik iki anahtar kavram. *AÜSBFD* , 56 (1), 23-52.
- Çelebican, G. (1984). *Bankalarda sermaye yeterliği sorunu*. Ankara: TBB Yayınları.

- Cengiz, D. (2007). 5411 Sayılı Bankacılık Kanunu sisteminde bankaların verebilecekleri kredilerin sınırlandırılması. *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan* (Cilt 2, s. 1271-1333). içinde İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Çiloğlu, E. (1988). *Bankacılıkta istihbarat*. Ankara: Türkiye Bankalar Birliği Yayınları.
- Cook, R. F. ve Pollock, S. H. (1988-89). Bank directors: understanding their role, responsibility and liability. *Mercer L. Rev.* , 40, 587-617.
- Coşkun, Y. (2008). *Bankalarda öz disiplin süreçlerinin etkinliğinin değerlendirilmesi*. Ankara: SPK Yayınları.
- Davey, J. T. ve Davey, T. B. (2009). The business judgment rule controls in Delaware- Even in times of economic crisis. *Insights* , 23 (4).
- Davran, B. (1972). *Rehin hukuku dersleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- de Plessis, J. J. (2011). *Principles of contemporary corporate governance*. New York: Cambridge University Press.
- Demireli, E. T. (2009). Risk yönetiminde riske maruz değer yöntemleri ve bir uygulama. *SDÜ İİBF Dergisi* , 14 (3), 127-148.
- Denney, D. (2005). *Risk & Society*. London: Sage Publications.
- Doğan, B. F. (2011). *Anonim şirket yönetim kurulunun organizasyonu ve yönetim yetkisinin devri*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Doğan, M. (2008). Teslime bağlı olmayan sicilli motorlu taşıt rehni. *EÜHFD* , XII (3-4), 181-207.
- Doğrusöz, H. (2010). *Banka yöneticilerinin ve hakim ortaklarının şahsi sorumluluğu*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Domaniç, H. (1988). *Anonim şirketler hukuku ve uygulaması*. İstanbul: Temel Yayınları.
- du Plessis, J. ve Saenger, I. (2007). The general meeting and the management board as company organs. *German corporate governance in international and European context* (s. 37-64). içinde Berlin: Springer.
- Eken, M. *Basel II ve Risk Yönetimi*. http://www.finanskulup.org.tr/assets/makale/M_Hasan_Eken_Basel_II_ve_Risk_Yonetimi.pdf (Erişim tarihi: 05.01.2011)
- Emhan, A. (2009). Risk yönetim süreci ve risk yönetmekte kullanılan teknikler. *AÜİİBD* , 23 (3), 209-220.

- Er, S. (2007). Devletin bankacılık sektöründeki düzenleyici ve denetleyici görevi ve Türkiye uygulaması, Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi.
- Erdoğan, M. (2008). Bankacılık sektöründe asimetrik bilgi: sorunlar ve çözüm önerileri. *DPÜ Sosyal Bilimler Dergisi* (20).
- Erdoğan, M. (2005). *Fıkıh ve hukuk terimleri sözlüğü*. İstanbul: Ensar Neşriyat.
- Erdoğmuş, B. (2004). *Hukukta Latince teknik terimler sözlüğü*. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- Eren, F. (2008). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Beta Yayın.
- Erlaçın, Ş. F. (1972). *Banka işletmeciliği ve banka politikası*. İzmir: Ege Üniversitesi Matbaası.
- Ertürk, H. (2010). Bankacılık Sektörünün Karşılaştığı Riskler ve Risk Yönetimi. *Denetim Dergisi* (4), 62-70.
- Esener, T. ve Güven, K. (1996). *Eşya hukuku*. Ankara: Gazi Büro Kitabevi.
- Fidan, M. (2011). Kobi kredi piyasasında asimetrik bilgi ve ahlaki tehlike: Laleli örneği. *Maliye Finans Yazıları* (90).
- Freund's Latin dictionary*. (1958). Oxford: Clarendon Press.
- Gevurtz, F. A. (1994). The business judgment rule: Meaningless verbiage or misguided notion. *S. Cal. L. Rev.* , 67, 287-337.
- Giddens, A. (2004). *Modernliğin sonuçları*. (Çev: E. Kuşdil). Ankara: Ayrıntı Yayınları.
- Giddens, A. (1999). Risk and responsibility. *The Modern Law Review* , 62 (1), 1-10.
- Giuffra, R. ve Korsmo, C. (2009). The financial crisis and the business judgment rule. *The Corporate Governance Advisor* , 17 (1), 9-11.
- Gold, A. S. (2007). A decision theory approach to the business judgment rule: Reflections on Disney, good faith and judicial uncertainty. *Maryland Law Review*, (66).
- Gözler, K. (2003). *İdare hukuku*, Cilt. II. Bursa: Ekin Yayınları.
- Griffiths, P. (2005). *Risk-based auditing*. England: Gower Publishing.
- Gümüş, M. A. (2010). *Borçlar hukuku özel hükümler*, Cilt. 2. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Gümüş, M. A. (2001). *Türk- İsviçre borçlar hukukunda vekilin özen borcu*. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Gürsoy, M. (2009). *Ekonomik ve finansal krizler dünü bugünü*. İstanbul: MG Yayınları.
- Hansen, C. (1993). The duty of care, the business judgment rule and The American Law Institute Corporate Governance Project. *The Business Lawyer*, (48), 1355-1376.
- Hatemi, H.; Serozan, R. ve Arpacı, A. (1991). *Eşya hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Helvacı, M. (2001). *Anonim ortaklıkta yönetim kurulu üyesinin hukuki sorumluluğu*. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Hiçşaşmaz, M. (1963). Anonim şirketlerde ihtiyat tefriki ile alâkalı meseleler. *III. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını.
- Holland, R. J. (2008). Delaware courts and the business judgment rule. *The Corporate Board* , 1-4.
- Horsey, H. (1994). The duty of care component of the Delaware business judgment rule. *Del. J. Corp. L.*, (19), 971-998.
- Hubbard, D. (2009). *The failure of risk management, why it's broken and how to fix it*. USA: John Wiley& Sons, Inc. Publishing.
- İmregün, O. (1957). *Mevduatı koruma bakımından bankalara devlet müdahalesi*. İstanbul: Sulhi Garan Matbaası.
- İmregün, O. (1989). *Anonim Ortaklıklar*. Ankara: Yasa Yayıncılık.
- Johnson, L. P. Q. (2005). Corporate officers and the business judgment rule. *The Business Lawyer*, 60, 439-469.
- Kaner, İ. (1994). Zarar sigortalarında sigorta ettirenin tehlike ile ilgili görevleri. *İÜHFM*, LIV.
- Kaneti, S. (2007). *Haksız fiilde hukuka aykırılık unsuru*. İstanbul: Kazancı Yayıncılık.
- Kaplan, İ. (1996). *Banka sözleşmeleri hukuku*, Cilt. 1. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları.
- Kaplan, İ. (2006). Bankaların gözetimi, denetimi ve hukuki sorumluluk. *Batider* , XXIII (3), 3-29.
- Karaca, B. (2010). *Anonim ortaklıkta müdürler ve hukuki sorumlulukları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- Karacan, A. İ. (1999). Sunuş. [Goldstein ve Turner. *Yükselen ekonomilerde bankacılık krizleri*] içinde. İstanbul: Dünya Yayınları.
- Karahan, S. (2007). *Ticari işletme hukuku*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Karahasan, M. R. (2003). *Sorumluluk hukuku*. İstanbul: Beta Yayın.
- Karayalçın, Y. (2004). Bankacılık riskleri ve sigorta hukuku açısından tasarruf mevduatı sigortası. *Bankacılık Sorunları Sempozyumu*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Karayalçın, Y. (1979). *Bilanço hukuku*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Karayalçın, Y. (1972). Kredi düzeninin korunması. *Batider*, VI (3), 539-573.
- Karayalçın, Y. (1984). *Risk- Sigorta- Risk yönetimi özel sigorta hukukuna giriş*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Kaval, H. (2000). *Bankalarda risk yönetimi*. Ankara: Yaklaşım Yayınları.
- Kayahan, C. (2010). *Risk Felsefesi*. Bursa: Ekin Yayınları.
- Kayar, İ. (1997). *Anonim ortaklıkta mali durumun bozulması ve alınacak tedbirler*. Konya: Mimoza Yayınları.
- Kayar, İ. (2008). *Ticari işletme hukuku*. Ankara: Detay Yayıncılık.
- Keleş, A. (2009). Basel Kriterlerinin iç kontrol açısından Türk bankacılık sektörüne etkileri ve öneriler. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi.
- Kervankıran, E. (2007). Alman hukukunda Business Judgment Rule'nin kodifikasyonu- Türk ve Amerikan hukuku ile karşılaştırmalı bir değerlendirme. *Hüseyin Ülgen'e Armağan* (Cilt 2, s. 249-263). içinde İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Keskin, D. (2010). İşletmelerin sürekliliğini sağlamada kritik öneme sahip risk yönetimi ve risk odaklı denetim yaklaşımı. *Denetışim Dergisi*, (4), 38-46.
- Kılıçoğlu, A. (2007). *Borçlar hukuku genel hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi.
- Kır, H. (2010). Stratejik denetim ve denetimde risk odaklılık. *Denetışim Dergisi*, (4), s. 47-61.
- Kırca, İ. (2004). Anonim şirket yönetim kurulu kararlarında takdir yetkisi- özen borcu. *Batider*, XXII (3), 85-96.
- Kırı, E. (2007). Anayasal açıdan Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: Marmara Üniversitesi.
- Köksal, A. (2009). *Bağımsız denetim sözleşmesi*. İstanbul: Beta Basım Yayım.

- Korkut, Ö. (2007). *Anonim şirketlerde inançlı yönetim kurulu üyeliği*. Ankara: Adalet Yayınevi.
- Kubilay, H. (2003). *Uygulamalı özel sigorta hukuku*. İzmir: Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi.
- Kurnaz, N. (2006). Kurumsal yönetim ekseninde risk odaklı iç denetim: Türkiye'nin 500 büyük sanayi işletmesinde risk odaklı iç denetim uygulama analizi. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Kütahya: Dumlupınar Üniversitesi
- Laster, J., & Davey, T. B. (2009). (2009). The business judgment rule controls in Delaware- even in times of economic crises. *Insights*, 23 (4), 16-20.
- Lee, D. (2003). The business judgment rule: should it protect nonprofit directors? *Colombia Law Review*, 103, 925-968.
- Lehman, J. P. (2005). *West's encyclopedia of American law* (Second Edition). USA: Thomson & Gale Publishing.
- Luhmann, N. (2006). *Risk a sociological theory* (Second Edition in English). New Jersey: Aldine Transaction.
- Macey, J. (1988-89). The political science of regulating bank risk. *Ohio St. L. J.*, (49), 1277-1298.
- Mandacı, P. (2003). Türk Bankacılık Sektörünün Taşıdığı Riskler ve Finansal Krizi Aşmada Kullanılan Risk Ölçüm Teknikleri. *DEÜ SBED*, 5 (1), 67-84.
- McCoy, P. A. (1995). The notional business judgment rule in banking. *Catholic U. L. Rev.*, 44, 1031-1080.
- McMurray, M. M. (1987). An historical perspective on the duty of care, the duty of loyalty, and the business judgment rule. *Vand. L. Rev.*, (40), 605-629.
- Meriç, İ. (1980). *Türk ticaret banka işletmelerinde işletme riski ve ekonomik kârlılık*. Ankara: Orta Doğu Teknik Üniversitesi Yayınları.
- Mimaroğlu, S. K. (1967). *Anonim şirketlerde idare meclisi azalarının hukuki mes'uliyeti*. Ankara: Sevinç Matbaası.
- Oğuzman, M. K. ve Öz, T. (2006). *Borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Oğuzman, M. K.; Seliçi, Ö. ve Özdemir, S. O. (2009). *Eşya hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi.

- Okay, O. (2008). Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcundan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sınırlanması. Ankara: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Omağ, M. (1985). *Türk sigorta hukukunda rizikonun ağırlaşması sorunu*. İstanbul: Sigorta Hukuku Türk Derneği Yayınları .
- Önder, M. F. (2008). *Türk hukukunda iç denetim ve uluslararası standartlara uyumu*. Isparta: Adil Yayın Dağıtım.
- Onur, V. (1957). *Bankalarda ticari krediler ve başlıca hizmet muameleleri*. Ankara.
- Oxford Latin dictionary*. (1968). Oxford: Clarendon Press.
- Ozanoğlu, H. S. (2001). Türk Medeni Kanununun 940. maddesinin II. fıkrası (motorlu araç rehni) üzerine. *GÜHFD*, V (1-2), 20-35.
- Özdemir, N. (1966). *Kredi sigortası*. Ankara: Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları.
- Özen, B. (2008). *Kefalet sözleşmesi*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Özkorkut, K. (2007). *Bağımsız yönetim kurulu üyeleri*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Paslı, A. (2005). *Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi Corporate Governance*. İstanbul: Çağa Hukuk Vakfı Yayınları.
- Poroy, R.; Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2009). *Ortaklıklar ve kooperatif hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Power, M. (2003). *The Invention of Operational Risk*. ESRC Centre for Analysis of Risk and Regulation, Discussion Paper No: 16.
- Pulaşlı, H. (1989). *Şarta bağlı işlemler ve hukuki sonuçları*. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları.
- Pulaşlı, H. (2009). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na göre anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğü ve müteselsil sorumluluğu. *Batider*, XXV (1), 25-63.
- Reisoğlu, S. (2003). *Banka teminat mektupları ve kontrgarantiler*. Ankara: Cem Web Ofset.
- Reisoğlu, S. (2007). *Bankacılık Kanunu şerhi*, Cilt. I. Ankara: Cem Web Ofset.
- Rodoplu, G. A. (2008). Basel II uzlaşısında piyasa riski yönetimi ve Türkiye açısından faiz riskine ilişkin bir uygulama. *SDÜ İİBFD*, 13 (2), 1-28.

- Saita, F. (2007). *Value at risk and bank capital management*. USA: Elsevier Inc. Publishing.
- Şanata, E. (2009). Basel II'nin Türk bankacılık sektörünün mali yapısı üzerine etkileri. Yayınlanmamış Doktora Tezi. İstanbul: İstanbul Üniversitesi
- Şimşek, K.Ç. (2007). Bankacılıkta risk ve risk ölçüm yöntemleri. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi
- Sanlı, K. C. (2007). *Haksız fiil hukukunun ekonomik analizi, hukuk ve ekonomi öğretisi*. İstanbul: Arıkan Basım Yayım.
- Sayım, F. (2006). *Bankalarda kredi karşılıkları sistemi ve vergisel incelemesi*. İstanbul : TBB Yayınları.
- Sayım, F. ve Er, S. (2009). Risk kavramı ve bankacılıkta risk. *TMSF Çatı Dergisi*, (22).
- Schooner, H. M. (1994-95). Fiduciary duties' demanding cousin: Bank director liability for unsafe or unsound banking practices. *Geo. Wash. L. Rev.* , 63, 175-220.
- Schwarz, A. (1948). *Borçlar hukuku dersleri*, Cilt. I. (Çev: B. Davran). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları.
- Şehirli Çelik, F. H. (2008). *Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Şen, A. (2006). Asimetrik Bilgi- Finansal Kriz İlişkisi. *DPÜ Sosyal Bilimler Dergisi* (14).
- Seval, B. (1990). *Kredilendirme süreci ve kredi yönetimi*. İstanbul: Muhasebe Enstitüsü Eğitim ve Araştırma Vakfı Yayınları.
- Sirmen, A. L. (1992). *Türk özel hukukunda şart*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Sprague, R. ve Lyttle, A. (2010). Shareholder primacy and the business judgment rule: arguments for expanded corporate democracy. *Stan. J. L. Bus. & Fin.* , 16, 1-42.
- Steele, J. (2004). *Risks and legal theory*. Oxford: Hart Publishing.
- Stewart, W. ve Burgess, R. (2001). *Collins dictionary of law* (Second Edition). USA: Perfect Bound Publishing.
- Takan, M. ve Boyacıoğlu, M. A. (2010). *Bankacılık teori uygulama yöntem*. Ankara: Nobel Yayıncılık.

- Tanç, A. (2009). Risk odaklı iç denetim yaklaşımı ve tekstil sektöründe bilgisayar destekli bir uygulama. Yayınlanmamış Doktora Tezi. Kayseri: Erciyes Üniversitesi.
- Tandoğan, H. (1961). *Türk mes'uliyet hukuku*. Ankara: Ajans-Türk Matbaası.
- Tanör, R. (2004). Kurumsal yönetim arayışları doğrultusunda banka yönetim kurulunda bağımsız üyelik. *Bankacılık Sorunları Sempozyumu* (s. 103-136). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- Tanör, R. (2009). Risk yönetimi ve denetiminde sorumluluk paylaşımı ve Caveat Emptor. *Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan* (Cilt: II, s. 1497-1542). içinde İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tekil, F. (1976). *Şirketler hukuku, anonim şirketler*, Cilt. 2. İstanbul: Yörük Matbaası.
- Tekinalp, Ü. (1979). *Anonim ortaklığın bilançosu ve yedek akçeleri*. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- Tekinalp, Ü. (2009a). Bankacılık Kanunu'nun kredi düzeninin merkez kavramı risk ile bundan doğan sorumluluk üzerine notlar. *Bankacılar Dergisi* (71), 61-65.
- Tekinalp, Ü. (1985). Bankalarda mevduatı koruyucu ve mali bünyeyi güçlendirici tedbirler. *İktisat ve Maliye*, XXXI (12), s. 515-523.
- Tekinalp, Ü. (2009). *Ünal Tekinalp'in banka hukukunun esasları*. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Tekinay, S.; Akman, S.; Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). *Tekinay borçlar hukuku genel hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- Tuğlacı, P. (2002). *Ekonomi ve hukuk terimleri sözlüğü*. İstanbul: Remzi Kitabevi.
- Tung, F. (2010). Bonding bankers: notes toward a governance approach to risk regulation. *Entrepreneurial Business Law Journal*, 4 (2), 467-477.
- Türk, A. (2002). Anonim ortaklıkta gizli yedek akçeler. *DEÜHFD*, 4 (2), 173-233.
- Türk, A. (1999). *Anonim ortaklıkta sermaye kaybı ve borca batıklığın hukuki sonuçları*. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım.
- Turşucu, İ. (2006). Bankacılıkta Risk Yönetimi. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Ankara: Ankara Üniversitesi
- Uçar, S. (1994). *Hukukumuzda yönetim kurulu ve denetçiler ile sorumluluk halleri*. İstanbul: Alfa Basım Yayın Dağıtım.

- Ünal, M. (1982). Anonim ortaklıklarda yönetim ve yönetim görevlerinin murahhaslara bırakılması. *Batider* , XI (3), 49-89.
- Ünan, S. (1998). *İsteğe bağlı genel sorumluluk sigortasında riziko*. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Ünay, V. (1985). *3182 Sayılı Bankalar Kanunu gereğince bankalarca iç ticaretin ve sanayiinin finanse edilmesi usulleri*. İstanbul: Es Yayınları.
- Van Greuning, H. B. (2003). *Analyzing and managing banking risk, a framework for assessing corporate governance and financial risk*. Washington: The World Bank Publishing.
- Verschoor, C. (2008). *Audit committee essentials*. New Jersey : John Wiley & Sons Inc.
- Von Tuhr, A. (1983). *Borçlar hukukunun umumi kısmı*, Cilt. 1-2, (Çev: C. Edege). Ankara: Olgaç Matbaası, Yargıtay Yayınları.
- Wild, S. (2006). *Websters's new world law dictionary*. USA: Wiley Publishing.
- Yanlı, V. (1997). İsviçre anonim ortaklıklar hukukunda “işbölümü ilkesi” ve yönetim kurulunun münhasır yetkileri. *İÜHFM* , LV (3).
- Yavuz, C. (2008). *Borçlar hukuku dersleri, özel hükümler*. İstanbul: Beta Basım Yayım.
- Yazıcı, M. (2010). *Bankacılıkta kredi tahsis*. Ankara: Seçkin Yayınları.
- Yıldırım, M. (2008). *Banka muhasebesi*. İstanbul: TBB Yayınları.
- Yılmaz, E. (1996). *Hukuk sözlüğü*. Ankara: Yetkin Yayınları.
- Zimmermann, R. (1996). *The law of obligations- Roman foundations of the civilian tradition*. Oxford: Oxford University Press.
- Zinn, J. (2008). *Social theories of risk and uncertainty, an introduction*. USA: Blackwell Publishing.

Raporlar ve Diğer Yayınlar

- Operasyonel Risk (2006), Bankacılar Dergisi, 58, s. 95- 206
- History of The Basel Committee and its Membership, BIS Yayını, 2001, www.bis.org
- Basel Bankacılık Denetim Komitesi Uluslararası Ödemeler Bankası [BIS] (2004). Basel II'nin uygulanması için göz önünde tutulması gereken hususlar. (Çev: BDDK). Ankara: BDDK Yayınları

- Basel Bankacılık Denetim Komitesi. Uluslararası Ödemeler Bankası [BIS] (2007). Sermaye ölçümü ve sermaye standartlarının uluslar arası düzeyde uyumlaştırılması. Çeviri: BDDK. Ankara: BDDK Yayınları
- BIS Basel Bankacılık Denetim Komitesi [BIS] (2006). Enhancing corporate governance for banking organizations. Basel: BIS Yayınları
- BIS Basel Bankacılık Denetim Komitesi [BIS] (2010). Principles for enhancing corporate governance. Basel: BIS Yayınları
- OECD Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (2004). OECD Principles of Corporate Governance. <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf> (Erişim tarihi: 17.09.2011).
- OECD Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (2003). Experiences from the Regional Corporate Governance Roundtables. <http://www.oecd.org/dataoecd/19/26/23742340.pdf> (Erişim tarihi: 17.09.2011)
- Türkiye Bankalar Birliği [TBB] (1963). Bankaların İstihbarat Yönetmeliklerinin İhtiva Edeceği Asgari Esaslar. İstanbul
- Kurumsal Risk Yönetimi (2008). İstanbul: TÜSİAD.
- TMSF Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (2009). Raf Temizliği-19. İstanbul: TMSF Yayınları
- TMSF Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (2009a). Raf Temizliği-5. İstanbul: TMSF Yayınları
- TMSF Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (2009b). Raf Temizliği-16. İstanbul: TMSF Yayınları

İnternet Adresleri

- <http://www.bddk.org.tr/WebSitesi/default.aspx>
- <http://www.bis.org/>
- <http://courts.delaware.gov>
- <http://bizlawjournal.ucdavis.edu/archives/vol-6-no-2/The-Evolution-of-a-More-Stringent-Business-Judgment-Rule-in-Banking.html> (Erişim tarihi: 17.09.2011).
- http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_act/ca2001172/

http://en.wikisource.org/wiki/In_re_Caremark_International,_Inc._Derivative_Litigation/Opinion_of_the_Court. (Erişim tarihi: 21.09.2011)

www.kazanci.com Kazancı Mevzuat ve İçtihat Bilişim Bankası.

www.legifrance.gouv.fr.

In re Walt Disney Co. Derivative Litig., 906 A.2d 27, 67 (Del. 2006).
<http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=84060> (Erişim tarihi: 14.08.2011)

In re The Walt Disney Company Derivative Litig., 2005 WL 20566651, (Del. Ch. Aug. 9, 2005) <http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=64510> (Erişim tarihi: 10.08.2011),

In re Citigroup Inc. S'holder Derivative Litig., 964 A.2d 106 (Del. Ch. 2009).
<http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=118110> (Erişim tarihi: 21.09.2011)

911 A.2d at 370 <http://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=84060> (Erişim tarihi: 21.09.2011)