

**AÇILIŞ KONUŞMALARI
BİLDİRİLERİN YAZILI
METİNLERİ**

Daha şeffaf bir hukuk sistemine ihtiyaç var

Prof. Dr. Nazım EKREN'in konuşma metni

Devlet Bakanı ve Başbakan Yardımcısı

Son dönemlerde hukuk literatüründe ve uygulamada sıkça gündeme gelen perdenin aralanması, diğer bir tabirle örtünün kaldırılması konusunun hukukçu akademisyen ve uygulamacılarla ele alınmasına imkan sağlamış olmaları nedeniyle Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun yöneticilerine özellikle teşekkür ediyorum.

Günümüz dünyasında giderek daha karmaşık ve kritik bir yapı kazanan ekonomik ve finansal ilişkilerin, yönelişlerin, farklı alanlara yönelik bir dizi hukuksal düzenleme gündeme gelmektedir. Bu düzenlemelerin dayandığı teorik görüş ve yorumların; hukukçuların, akademisyenlerin ve uygulamacıların katılımıyla tartışıldığı bu tür platformların artması ekonomi ve finans hukukunun gelişmesine, derinleşmesine ve etkinleşmesine ciddi katkı sağlayacaktır.

Bankaların rol ve fonksiyonunun nispeten yüksek olduğu finansal hizmetler sektörü, yoğun ileri ve geri bağlantıları nedeniyle ekonomik yapı ve ilişkiler sisteminde tipik bir konuma sahiptir. Fon toplama, fon kullandırma olarak adlandırılan finansal aracılık sürecinde taraflar, işlemler, tutarların özellikleri yanında finansal kurumların tüzel kişiliği ile sahip ve yöneticiler arasındaki ilişkiler, her zaman gündemde yer alan konuların başında olmuştur. Ulusal finansman sistemin operasyonel ve hukuksal yapısı ve özelliğinin yanında, uluslar arası finansman sistemin mimarisinin de üretebileceği riskleri en aza indirebilen, buna karşılık ihtiyaç duyulan yeni açılımlara imkan sağlayan bir içeriğin olması son derece önemlidir. Bu hassas dengenin oluşturulması ve korunması, buna uygun hukuk teorisi ve uygulaması ile mümkün olacaktır.

Tüzel kişiler ile sahip ve/veya yöneticiler arasındaki ilişkiler, prensip olarak söz konusu gerçek ve tüzel kişilerin hukuklarından ayrı ayrı ele alınması gerekir. Hukuksal seçimlerde kullanılan şekli ile ancak, karşılaşılan ba-

zı uygulamalar ve örnekler, bu temel prensip ve ilkelerin ihtisasının oluşturulmasına neden olmuştur. Bu konuda hukuk sistemimizde oldukça farklı örnekler vardır. Son Bankalar Kanunu, Sosyal Sigortalar Kanunu, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Kanun'un ilgili maddeleri, gerçekten bunlara örnektir.

Konu ile ilgili bir dizi argüman geliştirilebilir. En önemlilerinden birisi, şüphesiz, şeffaflık eksikliği ve dolayısıyla da ahlaki riziko, ya da etik rizikodur. Bunlar ekonomik ve finansal yapı ilişkiler sisteminin kalitesini de şekillendirmektedir. Etik riziko ekonomik birimlerin evrensel kurallar ve prensiplere aykırı olarak diğerlerinin zararlarına kendi faydalarının maksimize etme eğilimi olarak ta tanımlanabilir. Etik riziko terminolojisi bir tahlilde de farklı şekillerde ele alınmaktadır. Yaygın olan yaklaşım, etik rizikonun izlenmiş eylem ve davranışlarla yakın ilişki içinde olduğudur.

Toplumsal ve bireysel değer yargularıyla, ekonomik eylemlerin gözlemlenebilirliği ve doğrulanabilirliği arasındaki farklılık, ekonomik ve finansal ilişkilerin, organizasyondaki zorluklar yanında bilgiye sınırlı ulaşabilmek, etik rizikonun çerçeve koşullarında oluşmaktadır. Etik rizikonun doğuşunu gelişimini ve etki sürecinin yapısını büyük ölçüde gizlenmiş eylemlerle birlikte, gizlenmiş veri ve bilgilerle şekillendirmektedir. Sahip olunan ve/veya yönetiminde etkili olunan kamusal ya da özel imkan ve kaynakların bireysel ve kurumsal tercih ve öncelikler ile amaçlara yönelik olarak kullanımı kamu özel hukukla özel bir konuma sahip olacaktır.

Ön görülebilir, şeffaf, güvenli ve istikrarlı bir ekonomi ve finansal ortam için bunu sağlayıcı yetkinliğe sahip hukuk sistemine ihtiyaç kaçınılmazdır. Sermaye hareketliliğinin ülkeler arasında dolaşımının tamamen serbest hale geldiği gelişmiş bilgi teknolojileri sayesinde her gün, trilyonlarca finansal işlemin gerçekleştiği günümüz dünyasında sürecin sorun yaratma potansiyelinin minimuma indirilmesi, ancak bu gelişim ve bileşimi kendi dinamikleri ışığında değerlendiren ve şeklin özünü kavrayan bir hukuk yaklaşımının benimsenmesi ve uygulanması ile mümkün olacaktır.

Finansal kurumların standart ürün ve hizmetlerin işlevleri etrafında kendine özgü bir hukuk teorisi ve uygulaması oluşmuş bulunmaktadır. Yeni enstrümanlara, teknolojik hızlı değişimlere ve kolaylıklara bağlı olarak gündeme gelen bazı gelişmeler, bu alanda yeni yorum ve uygulama arayışlarını da arttırmıştır. Finansal kurumlar ve özellikle bankalar, temelde güven kurumlarıdır. Ekonominin kaynak ihtiyacını karşılamada, varılan risklerin yönetiminde, sağlıklı bir ödemeler sisteminin oluşumunda önemli rol oynayan kendine emanet eden kamu konularını, mevduatı yöneten bankalar her zaman bu özel-

likleri nedeniyle istisnai düzenlemelere muhatap olmuştur. Finansal piyasalardaki dengesizlik, istikrarsızlık, sayısız ihtilafın ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Büyük ekonomik finansal ve toplumsal maliyetler söz konusu olmaktadır. Bu noktada etkinliği ve alternatif maliyetleri dikkate alarak bir hukuk yaklaşımı, son derece önem kazanmaktadır.

Ekonomik ve finansal ilişkiler, doğası gereği birçok gelişmenin ürettiği sistemle etkilenmektedir. Bu risklerin algılanması, etkinliğin minimize edilmesine yönelik düzenlemenin etkinliği konusunda tartışmalar, özellikle son küresel dalgalanmadan sonra önemini daha da arttırmış bulunmaktadır. Bu riskleri ve gelişmeleri dikkate alan finansal otoriteler, genel olarak finans sektöründe ve bankacılık alanında ortaya çıkabilecek belirsizleri azaltıcı veya terk edici yaptırımlara ağırlık veren değişik politikalar üretmeye başlamıştır. Bu çerçevedeki en önemli düzenleme 1980'li yılların başlarında ortaya çıkan bankerlik sürecinde yürürlüğe konulan 35 sayılı Kanun Hükmündeki Kararname'dir.

Ekonomik, finansal ve siyasi istikrarsızlıkların bir sonucu olarak TMSF'ye aktarılan özel bankalar yanında kamu bankalarında görev zararları nedeniyle yeniden yapılandırılması sonucunda kamuya yüklediği maliyet, ciddi boyutlara ulaşmıştır. Bu işlemlerin ve operasyonların bir görüntünün arkasında gerçekleştirilmiş olması, perdeyi kaldırma teorisinin diğer ülkelerde olduğu gibi Türk hukukunda da yeterli bir şekilde ele alınmasının önemini ve gerekliliğini de ortaya koymaktadır.

2003 yılından itibaren Bankacılık Kanunu'nda hükümetlerimiz tarafından gerçekleştirilen, perdenin kaldırılması ilkesinin uygulanmasını esas alan düzenlemelerdir. Bu düzenlemeler etik riziko nedeniyle. Kaybolan banka kaynağının geri kazanılmasında son derece hayati bir rol oynamıştır. Yapılan düzenlemelerin istisnai özellikleri farklı değerlendirmelere neden olmuştur. Esasen perdenin kaldırılmasının önemini gündeme getirebilecek içerikte işlem ve operasyonların, ünitenin hukuksal yaptırımların, fillerin hukuksal yaptırımları bertaraf edecek şekilde organize edilmesini hukuk sistemi tarafından korunması da düşünülemez.

Literatürde ve uygulamada genel bir kabul gören perdenin kaldırılması veya perdenin aralanması kavramının temel esprisinin etik rizikoda ortadan kaldırılmasını veya en aza indirilmesini sağlamak oldu açıktır. Bu hem kamu düzenini korumak hem özel hukuku güçlendirmek hem de tüzel ve gerçek kişiler arasındaki ilişkileri sağlıklı temele oturtmak açısından da zorunludur.

Birinci Uluslar arası Ticaret Hukuku Sempozyumu, tüzel kişilik perdesinin aralanması konulu sempozyum teorik çerçevenin yanında şirketler huku-

ku, icra iflas hukuku, vergi hukuku ve bankacılık hukuku gibi konunun önem kazandığı alanları yeterli şekilde ele alınan oturumlar düzenlemekteyiz. Perdenin kaldırılması kurumunun Türk hukukunda daha geniş bir biçimde tartışılmasına ve konu ile ilgili teknik değerlendirmelerin yapılmasını imkan sağlayan bu sempozyumun düzenlenmesinde emeği geçenleri tebrik ediyor saygılarımı sunuyorum.

Soygunu görmek için perdenin arkasına bakalım

* *Ahmet ERTÜRK'ün konuşma metni*
(TMSF Başkanı)

Bankaların içinin boşaltılması suretinin hangi ince yöntemlerle ve hangi dolambaçlı yollarla gerçekleştirildiği bilinmeden ve bunlar anlaşılmadan TMSF'nin yetkilerinin tartışılması bizi yanlış sonuçlara ulaştırır.

Perdeyi kaldırma ilkesi, bilindiği gibi tüzel kişilerin iyi niyet kurallarına aykırı şekilde yaptıkları fiillerden dolayı ortakların ve yöneticilerin sorumluluktan kaçınmalarını engellemek için Anglosakson ve Kara Avrupası hukukunda geliştirilmiş bir kavramdır.

Teoriye bu ismin verilmesinin sebebi hukuki sorumluluktan kaçınmak amacıyla, farklı tüzel kişilik savunması yapan kişilerin tüzel kişilik perdesi arkasına saklanmaya çalışmalarına karşılık, tüzel kişiliğin yok sayılmasıyla veya bu perdenin aralanması suretiyle perdenin arkasındaki gerçek yükümlünün borçtan sorumlu tutulabilmesidir.

Perdeyi kaldırma teorisi vasıtasıyla tüzel kişinin borçlarının, üyelerine izafesi mümkün olduğu gibi üyelerin borçlarından dolayı tüzel kişinin sorumlu tutulması da olanak dahilindedir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, sorumluluk hukukuna ilişkin bir kararında kanunun verdiği bir hakkın kullanımında başkalarının korunan haklarına müdahale edecek düzeyde sınırların aşılmasının, hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğini vurgulamaktan ve bahane hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz.

Batı hukuk uygulamalarında yerini bulduğu üzere, perdenin kaldırılması yöntemiyle izlenen amaç ve eylem çıkartılıp sergilenerek sorumluluk belirlenmelidir; yorumunu getirmektedir. Tüzel kişinin kendisini oluşturan kişilerden ayrı bağımsız bir kişilik kazanması bazen kanunun tüzel kişilerin kurulmasına izin verme amacıyla bağdaşmayan sonuçların doğmasına yol açtığından hukukun yasakladığı bir sonucu elde etmek veya getirilmiş olan bir yükümlükten

kurtulmak amacıyla tüzel kişiliğin bu bağımsız yapısının arkasına saklanılması olarak da tarif edilebilecek olan tüzel kişi perdesi arkasına gizlenilerek yasanın dolanılması Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesine de aykırı olduğu şüphesizdir. Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesi, bütün bu hukukumuz bakımından geçerli ve önemli iki kural getirmektedir. Bunlardan birincisi her somut olayda hakların kullanılmasının kapsam ve içeriğini sınırlayan dürüst davranmak, ikincisi hakların kötü kullanılmasının sonucunu gösteren ve bunun hukuk tarafından korunmayacağını bildiren, hakkın kötüye kullanımındır.

Modern ekonomik yaşamda ortaya çıkan yeni ticaret biçimleri tüzel kişilik teorilerinde bazı değişikliklere neden olmuş ve tüzel kişilik perdelerinin kaldırılarak tüzel kişiliğin arkasındaki kişilerin ve ilişkilerini tespitini gerekli kılmıştır. Bankacılık alanında kurumların ve kuralların yerleştirilmesi amacının güdüldüğü temel düzenleme olarak karşımıza çıkan 4389 sayılı Kanun'da da kanundan kaynaklanan perdeyi kaldırma örnekleri mevcuttur.

4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun TMSF'ye ilişkin bölümü ülkemizde 90'lı yılların son ikici yarısında başlayıp 2000'li yılların başında derinleşen banka krizleri nedeniyle ortaya çıkan ve kamuoyunda "banka hortumlanmaları" veya "bankalarının içinin boşaltılması" olarak adlandırılan banka kaynaklarının usulsüz kullanılması eylemlerinden doğan kamu zararlarının tazmin ve tahsilini amaçlamıştır. Daha sonra 4491, 4672 ve daha sonra yapılan yasal düzenlemelerde ve en çıkarılan 5411 sayılı kanunla da 4389 sayılı Kanunla da bu temel amacı korumuş ve hatta belli ölçülerde geliştirilmiştir.

Ülkemizde Tasarruf Mevduatına tanınmış olan sınırsız mevduat güvenesi nedeniyle bazı müteşebbisler tarafından sırf kendi grup şirketlerine kaynak aktarmak ve sınırsız ve teminatsız kredi vermek için özel bankalar kurulmuş, bu bankaların hakim ortaklarıyla yöneticileri yaptıkları gerçeğe uymayan reklamlarla mevduat sahiplerinin ilgi odağı haline gelmiş ve kapı arkasında yaptıkları yüksek faiz anlaşmalarıyla halkın parasının mevduat olarak toplanmasını sağlamış, bu paraların neredeyse tamamının kendilerine, eş ve çocuklarına ve yakın akrabalarına ait müesseselere, şirketlere, Off Shore bankalarına ve sadece kağıt üzerinde varlığı bulunan tabela şirketlerine kaynak olarak aktarmışlardır. Böylece kanundaki tanımıyla banka kaynaklarının bankanın emin şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde kullanıldıklarının tespit olunması üzerine Bankacılık Düzeleme ve Denetleme Kurumu tarafından bu bankaların Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilmeleri ya da faaliyet izinlerinin kaldırılması suretiyle tasfiyeye sokulmaları şeklinde önlemler alınmıştır.

Fona devredilen bu bankaların biraz önce bahsettiğimiz tüzel kişilik perdesi arkasında ve hileli dolanım işlemlerle gerçekleştirilen kaynak aktarımlarının artık peşine düşen TMSF bu defa hukuk düzeninin yetersizlikleriyle karşı karşıya kalmıştır. Ve bu yetersizlikleri gidermeyi amaçlayan biraz önce bahsettiğimiz yasal düzenlemeler kamuoyunda önemli tartışmalara yol açmış ve TMSF'nin aşırı yetkilendirilmiş olup olmadığı gibi kuşkulara yol açmıştır.

Burada çok kısa şunu söylemek isterim bankaların içinin boşaltılması suretinin hangi ince yöntemlerle ve hangi dolambaçlı yollarla gerçekleştirildiği bilinmeden ve bunlar anlaşılmadan TMSF'nin yetkilerinin tartışılması bizi yanlış sonuçlara ulaştırır. Ve bu yasal düzenlemelerin zamanında yapılmaması sonucunda bankaların içinin boşaltılması topluma 60 milyar - 70 milyar maliyet yüklemiştir. Bu maliyet her gün artıyor çünkü sürekli faiz işletiliyor. Bugün elimizde olan yasal imkanlar olmasaydı, bu maliyetin en azından bir kısmının geri kazanılabilmesi mümkün olamazdı.

Bu tartışmaları bugün yaparken bu gerçekleri dikkate almamızda büyük yarar vardır. Ben sözlerimi daha fazla uzatmadan bu sempozyumda ortaya çıkan görüş ve önerilerden uygulamacı tarafı olarak yararlanacağımızı ve bu bunun arzusu içinde olduğumuzu belirtmek istedim.

