

SPK'NIN, YÖNETİM KURULUNDA BAĞIMSIZ ÜYE BULUNDURULMASINA İLİŞKİN KURUMSAL YÖNETİM İLKESİNİN HİSSE SENETLERİ HALKA ARZEDİLMİŞ OLAN BANKALARA UYGULANMASININ KURUMSAL YÖNETİM (CORPORATE GOVERNANCE) ARAYIŞLARININ AMACINA UYGUNLUĞU VE HUKUK DÜZENİNE ETKİLERİ

REHA TANÖR

Galatasaray Üniversitesi Öğretim Görevlisi

GİRİŞ VE SUNUM¹

Sermaye Piyasası Kurulu, uluslararası finans sisteminin içinde yer almayan bir sermaye piyasasının, ülkenin ekonomik kalkınmasına yeterince katkı sağlayamayacağını bilincinde olduğunu ifade ederek, Temmuz 2003’de, Kurumsal Yönetim İlkeleri başlığı altında ve halka açık şirketler öncelikli olmak üzere, özel sektör ve kamuda faaliyet gösteren tüm anonim ortaklıklar tarafından uygulanabilecek geniş bir ilkeler yelpazesi yayımladı.

Bir çok ülkede yapılan benzer çalışmalara paralel olarak biçimlendirilen “İlkeler” in uygulanıp uygulanmaması aynı genel doğrultuda isteğe bağlı kılındı. Ancak uygulamayacak olanların da, bunu gerekçeleriyle birlikte kamuya açıklamaları zorunlu tutuldu. İlkelerin aynı zamanda “mevzuatta yapılması gerekli değişiklikler için yol gösterici” olduğu belirtildi². Böylelikle, “gönüllü uygulama”dan zaman içinde “uyulması zorunlu kurala” dönüşebilecek ayrıntılı bir ilke / kural zincirinin geniş bir uygulayıcı kitlesini içine alması gündeme gelmiş oldu.

“Henüz” öneri niteliğinde olmakla birlikte yine de belirli sorumluluklar yüklemekten geri kalmayan ve üstelik zamanla ağır yaptırımlar taşıyan kurallara da dönüşebilecek gibi duran ilkelerin ve bunların uygulama alanı içinde yer alan kuruluşların sayıca çokluğu göz önüne alındığında, SPK tarafından ayrıntılı biçimde ifade edilen bu ilkelerdeki “isabet derecesi”nin de büyük önem kazandığı kuşkudan uzaktır. İlkelerin geniş kesimleri etkileyecek olması bakımından bunların isabet derecesinin KY arayışlarının amacına uygunluğu açısından ölçülmesi, sorgulanması, değerlendirilmesi gereği de ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Bu çalışma, kurumsal yönetim (corporate governance) terminolojisi altında yürütülen evrensel arayışların bir parçası olan SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri’nin, bu arayışların amacına uygunluğu ve dolayısıyla isabetliliği doğrultusunda küçük bir bölümünü ışık altına almayı hedeflemektedir. Bu aydınlatma çalışması, KYİ’nin dördüncü bölümünde yer verilen yönetim kurulunun oluşumu çerçevesinde bu kurulda yer alması önerilen “bağımsız üyeler”

¹ Bu çalışmayı yaparken bana destek verenlere teşekkür ederim. Bu kapsamda özellikle, halka açık bankaların ortaklık ve piyasa verilerine ilişkin bilgileri derleyen, Garanti Yatırım AŞ.’nin araştırmadan sorumlu genel müdür yardımcısı Mahmut Kaya ‘yı, yabancı kaynakların taranmasına katkıda bulunan Doğu Holding’ten Özlem Denizmen ve Özge Esen’i, Türk sermaye piyasasında Kurumsal Yönetim kavramının algılanması üzerine küçük bir anket çalışması gerçekleştiren Marmara Üniversitesi Bankacılık Enstitüsü’nde yüksek lisans öğrencileri olan Murat Ayyıldız, Togay Çetin, Hülya Cengiz ve Ekin Bingöl’ü ve Bir HAAO olan Demirbank’ın Fon’a alınmasına ilişkin BDDK tasarrufunun iptalini konu alan dava dosyasını tüm ayrıntılarıyla incelememi sağlayan davacı vekili avukat Ahmet Kurutluoğlu’nu öne çıkartmak isterim.

² SPK KYİ “Giriş” bölümü.

üzerine odaklanacaktır. Konu, hisse senetleri halka arz edilmiş olmakla Sermaye Piyasası Kanunu hükümlerine tabi kılınan bankaların yönetim kurulu ile sınırlandırılmıştır. Hisse senetleri İMKB’de işlem gören bankaların yönetim kurullarında KYİ’nde belirlenen ölçülerde bağımsız üye bulunmasının, kurumsal yönetim arayışlarının evrensel amacına uygunluğunun ve bu tür tasarrufların hukuk düzeni üzerindeki yansımalarının değerlendirilmesi, dört bölümde yapılacaktır.

Birinci başlık altında kurumsal yönetim arayışlarının amacının ne olduğu, nasıl tanımlandığı ve tarihsel süreç içinde nasıl geliştiği görülecektir.

İkinci başlık çerçevesinde, evrensel plandaki arayışlar doğrultusunda yönetim kurulunda bağımsız üye bulundurulmasına ilişkin olarak öngörülen başlıca ilkeler yer alacaktır.

Üçüncü bölüm kendi içinde üçe bölünmüştür. İlk altbaşlıkta SPK KYİ’nin YK’da bağımsız üye bulundurulmasına ilişkin öngörülerini açıklanacak, izleyen altbaşlıkta bunların yürürlükteki mevzuatımız açısından , üçüncü altbaşlıkta da kurumsal yönetim arayışlarının evrensel amacına uygunluğu ve hukuk düzenine etkileri açısından değerlendirilmesi yapılacaktır.

Dördüncü ve son bölümde ise, yapılan değerlendirmelerden elde edilen sonuçlar ile konu kapsamındaki öneriler yer alacaktır.

İÇİNDEKİLER

BİRİNCİ BAŞLIK : KURUMSAL YÖNETİM ARAYIŞLARININ AMACI

- I) Arayışların Tarihsel Süreç İçindeki Gelişimi
- II) Arayışların Kalıplandırılması
- III) Arayışların İvme Kazanması

İKİNCİ BAŞLIK : YÖNETİM KURULUNDA BAĞIMSIZ ÜYE BULUNDURULMASINA İLİŞKİN BAŞLICA KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ

- I) Kurumsal Yönetim Arayışları Açısından Yönetim Kurulunun Önemi
- II) Yönetim Kurulunda Bağımsız Üye Bulundurulması Doğrultusunda Başlıca Yaklaşımlar
 - 1) Uluslararası İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD)
 - 2) Avrupa Birliği ve Birliğe Üye ülkeler
 - 2.2.1) AB geneli
 - 2.2.2) İngiltere
 - 2.2.3) Fransa
 - 2.2.4) Almanya
 - 2.2.5) İtalya
 - 2.2.6) İsviçre
 - 3) Basel Bankacılık Gözetim Komitesi (Basel Committee on Banking Supervision)
 - 4) New York Menkul Kıymetler Borsası (NYSE)
 - 5) Bankalar
 - 5.1) The Hongkong and Shanghai Banking Co.Ltd.(HSBC)
 - 5.2) Union Bank of Switzerland (U.B.S.)
 - 5.3) Deutsche Bank
 - 5.4) JP Morgan Chase

ÜÇÜNCÜ BAŞLIK : SPK KYİ'NİN BAĞIMSIZ ÜYELİK KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMI

- I) SPK KYİ'nin YK'da bağımsız üye bulundurulmasına ilişkin hükümlerinin bağımsızlık kavramı açısından değerlendirilmesi
 - 1) Genel Yaklaşım
 - 2) YK'nın Oluşumu ve Seçimi
 - 3) Bağımsızlık Ölçütleri
- II) SPK KYİ'nin YK'da bağımsız üye bulundurulmasına ilişkin hükümlerinin yürürlükteki mevzuat açısından değerlendirilmesi
 - 1) Bankalar Kanunu
 - 2) Türk Ticaret Kanunu

- III) SPK KYİ'nin YK'da bağımsız üye bulundurulması yönündeki yaklaşımının Kurumsal Yönetim arayışlarının amacına uygunluğu ve hukuk düzenine etkileri açısından değerlendirilmesi
- 1) YK'da bağımsız üye bulundurulması yönündeki yaklaşımın kaynağı çıkar çatışmasında yönetim gücünün kötüye kullanımının önlenmesi gereksinimidir.
- 1.1) Çıkar çatışması kimler arasında ve nasıl olur ?
 - 1.2) "İstenilmeyen durum"a düşülmesinin tek nedeni yönetim gücünün kötüye kullanımı mıdır ?
 - 2) YK'da bağımsız üye bulundurulması yönündeki yaklaşım, çıkar çatışmasında yönetim gücünün kötüye kullanımını önleme doğrultusunda işletme açısından uygun çözüm müdür ?
 - 2.1) Bağımsızlığın, üzerinde uzlaşmış bir ölçütü bulunmamaktadır.
 - 2.2) Bağımsız üyenin oranı ve sayısı üzerinde bir uzlaşma mevcut değildir.
 - 2.3) Bağımsız üye bulundurmanın "Kıymet- i harbiyesi" de yoktur.
 - 2.4) Bu tür yaklaşımların işletme yönetimi açısından sakıncası vardır.
 - 3) YK'da bağımsız üye bulundurulması yönündeki yaklaşım, çıkar çatışmasında yönetim gücünün kötüye kullanımını önleme doğrultusunda hukuk açısından uygun çözüm müdür ?
 - 3.1) Ortaklık organları yönünden
 - 3.2) Yürürlükteki kurallar yönünden
 - 3.3) Hukuk kuralının işlevi yönünden

DÖRDÜNCÜ BAŞLIK : Sonuç ve Öneriler

KISALTMALAR

BanK : 4389 Sayılı Bankalar Kanunu
BDDK : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
CG : Corporate Governance (Kurumsal Yönetim)
GK : Anonim Ortaklık Genel Kurulu
HAAO : Halka Açık Anonim Ortaklık
KY : Kurumsal Yönetim (Corporate Governance)
SEC : Securities Exchange Commission
SPK : Sermaye Piyasası Kurulu
SPKn. : 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK KYİ : Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkeleri
KURUL : Sermaye Piyasası Kurulu
TMSF : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu
TK : 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
YK : Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu

BİRİNCİ BAŞLIK : KURUMSAL YÖNETİM (CORPORATE GOVERNANCE) ARAYIŞLARININ AMACI

I) Arayışların tarihsel süreç içindeki gelişimi

İnsanoğlunu akçeli işler yapmaya yönelten temel dürtü (saik), maddi kazanç elde etmektir. Yardımlaşma, hayırseverlik, sosyo-politik tutum gibi nedenlerle yapılan maddi girişimler bir yana bırakıldığında, görülen odur ki, kişilerde önceleri hayatta ve ayakta kalabilmek içgüdüleriyle varolan ve zaman içindeki tarihsel evrimi paralelinde kısaca “para kazanmak” olarak adlandırabileceğimiz, bilimsel literatürde “iktisadi zenginleşme” biçiminde ifade edilen bir itici güç, geçmişin kapalı pazar ekonomisinden günümüzün küresel serbest piyasa ekonomisine kadarki süreçte sosyo – ekonomik yaşantının motoru olagelmiştir.

İnsanları bireysel olarak para kazanmaya ve kazanılanı biriktirme ve harcama doğrultusunda kullanmaya yönelten etkenler ile para kazanmak için bireyleri bir araya gelerek kurumsal şemsiyeler altında toplanmaya yönlendiren dürtüler arasında farklılık yoktur. İster tek tek , ister birlikte olsun, yürüyüş aynı hedefe yani varlık artırmaya, zenginleşmeye yöneliktir. Ancak, hedef aynı olmakla birlikte, oraya varabilmek için nisbeten basit yapıdaki ekonomik sistemlerde bireysel adımlar atmak, “ferdi teşebbüs”lerde bulunmak yeterli olur iken, sistemlerin gelişmesi ve karmaşıklaşması ile “ölçek ekonomisi”ne geçme gerekliliği hatta zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu gereklilik / zorunluluk, bireyleri kurumsal çatılar altında toplanarak birlikte hareket etmeye yönlendirmiş, koşulların zorlaması tarihsel perspektif içinde bireysel girişimcilikten kurumsal yatırımcılığa geçiş eğilimini güçlendirmiştir. Bireysel girişimcilikten vazgeçilerek onun yerine kollektif hareketin tercih edilmesi, başlıca iki gereksinimin karşılanması amacıyla olmuştur. Bunlardan birincisi, bireyin kişisel gücünün, yapmayı tasarladığı işi tek başına gerçekleştirmesinin , ulaşmayı hedeflediği noktaya yalnız başına varmak için zamanla yeterli olmamaya başlamasıdır. Gidilmek istenen noktaya

girişimciyi götürmeye yarayacak “Kaynak” gereksinimi, ekonomik yaşamın sade çizgiler içinde cereyan etmesinin sonlanması ölçüsünde, yola çıkarken ya da yolun belirli bir noktasında başka destekleri ve başkalarının da katkılarını gerekli kılacak ölçüde artmıştır.

Girişimcileri kollektif harekete yönelten ikinci ana etken ise birlikte davranmak suretiyle, sırtlanılan yükleri paylaşıp yayarak, riskleri dağıtarak, yol boyunca karşılaşılabilecek tehlikelere birlikte daha güçlü biçimde karşı koyarak, olabildiğince sağlam ve “güvenli” bir ortamda yol alabilme gereksinimi olmuştur. “Birlikten kuvvet doğar” deyişi, ekonomik yaşamda verimlilik açısından kaynakların birleştirilerek artırılması kadar güvenilirlik açısından risklerin paylaşılarak azaltılmasını da ifade eder.

Para kazanmak için risk alma, alınan riskle kaynak yaratma sürecinde, yaratılmaya çalışılan kaynakları artırmak için başkalarının da katkısına başvurmak verimlilik ve güvenilirlik açılarından kaçınılmaz hale gelince, bu katkıları davet etmek için de cazip bir çalışma ortaya koymak, bu çerçevede birşeyler isteyebilmek için birşeyler verebilmek, ya da eski deyişle, “iltifata mazhar olabilmek için marifet göstermek”, ekonomik yaşam sürecinin, bireysel girişimciliğin ilk adımlarından günümüzün gelişmiş örgütlenmelerine kadar süregelen yolculuktaki değişmez kilometre taşları olmuştur.

İnsanoğlunun ekonomik evriminde, bireysel çabaların yanında kollektif davranışların da ortaya çıkması, bu bir araya gelmelerin giderek bireysel girişimciliğe yeğlenmesi ile ticari ortaklık anlayışı doğmuş ve bu doğrultudaki girişimlerin kurumsallaşmaya başlaması ile de ticari örgütlenmenin hukuksal yapılanması gelişme ivmesi kazanmıştır.

Ticari ve ekonomik örgütlenme, biraraya gelerek ortaklık yapmak isteyenlerin sayısı, öngördükleri sermaye yapısı, işbölümü, sorumluluk esasları gibi farklı ihtiyaç ve tercihlerine yanıt verecek biçimde her ülkenin kendi bakış açısına uygun biçimde genellikle ticaret ya da ortaklıklar hukuku çerçevesinde yasalaştırılmıştır. Ülkemizde de, Borçlar Kanunu’nun adi şirkete ilişkin düzenlemelerinin dışında, esas olarak TK’nın “Ticaret Şirketleri” başlığını taşıyan “İkinci Kitap”ı bu ihtiyaç ve tercihler çerçevesinde kollektif, komandit, limited ve anonim şirket yapılanmalarının ilk hukuksal çerçevesini çizmiştir. Daha sonraları, 1980’li yılların başında SPKn ile bu ticari örgütlenmeler için daha gelişmiş bir hukuksal zemin oluşturulmuş ve bu doğrultuda mevzuata eklenen HAAO da şirketleşmenin en yeni modeli olarak literatür ve uygulamadaki yerini almıştır.

Ortakların sorumluluğunu sadece taahhüt ettikleri sermaye ile sınırlı tutan, bu yüzden de küçük katılımcıların da büyük havuza çekinmeden girmelerini sağlayan anonim ortaklık felsefesi, zaman içinde ekonomik ve finansal yaşamın getirdiği değişik gereksinim ve çeşitli olanaklar karşısında yenilenme gereğini ortaya çıkartmıştır. Bu doğrultuda, alışlagelmiş AO’dan daha yaygın bir yatırımcı kitlesinin katılımının çeşitli olanaklarla özendirildiği, buna karşılık geniş katılımların güvenli bir zeminde hareket edebilmesini teminen de klasik anonim ortaklıktan daha farklı ve daha geniş sorumluluklarla donatılan halka açık şirket modeli gelişmiştir. Sermaye piyasası mevzuatımızda HAAO adıyla yer alan bu ortaklık türü, girişimleri için kaynak gereksinimi duyan lider atılımcılarla, birikimlerini bu doğrultuda onlara aktarmayı uygun bulan tasarruf sahiplerini buluşturan gemidir. Tarafların içerdeki sayıları, paylaştıkları ayrıcalıklar, yüklendikleri sorumluluklar tekmeden tekneye farklı olabilmekle birlikte, gemilerin rotaları doğrultusunda istedikleri limanlara ulaşabilmelerini kolaylaştıran bazı olanaklar ile içindekilerin uymakla yükümlü kılındıkları kimi kısıtlamalar salt bu sisteme özgü biçimde kurallaştırılmıştır.

Yatırımlar için gerekli kaynakların zaman içinde kişilerin ya da sınırlı sayıda ortağı bulunan şirketlerin tek başlarına üstlenebilecekleri miktarları çok aşacak derecelerde büyümesi, risklerin de buna paralel biçimde çeşitlenmesiyle ivme kazanan, “başkalarının kaynağına ve desteğine” başvurma ihtiyacı, teknolojinin sağladığı küresel iletişim, ulaşım, ileri programlama olanakları, hukuk düzeninin sağladığı sermayenin sınır tanımadan dolaşım özgürlüğü ile birleşince, sergileyeceği marifeti bulunan bir halka açık ortaklığa dünyanın her tarafından iltifat temin edebilme olanağını getirmiştir.

Verimli yürüyen ya da yürümeye başladığında verimli olacağıının işaretlerini veren ekonomik projelerin üretecekleri değerleri paylaşma, buralara aktarılacak kaynak karşılığında doyurucu gelir elde etme olanağı ve olasılığı, dünyanın neresinde olursa olsun tüm tasarruf sahiplerinin ilgisini çeker. Bankalar, aracı kurumlar, yatırım fonları, yatırım ortaklıkları, portföy yönetim şirketleri, yatırım danışmanlık kuruluşları gibi finansal hizmet sunan kurumlar tarafından, kaynak arayışında olan kurumlar hakkındaki ayrıntılı analiz ve bilgilerin en seri biçimde ilgililere duyurulabilmesi sayesinde bireysel ya da kurumsal birikimlerin dünyanın bir ucundan ötekine süratle yönelmesi mümkündür.

Bireysel ve kurumsal yatırımcıların, bilgi yağmuru altında karar verip, birikimlerini yönlendirmeleri iki ana etmene bağlıdır. Bunlardan birincisi; tasarruflarını plase edecekleri kuruluşun verimli biçimde faaliyet göstererek yüksek piyasa değerine ulaşmak suretiyle kendilerine en yüksek düzeyde hissedar değeri (shareholder value) oluşturması ve elde edilen kazançtan yüksek temettü geliri sağlamasıdır.

İkincisi ise ortaklık kompozisyonu yaygınlaştıkça, ortaklıklar evrenselleştikçe, yönetim ve denetime doğrudan katılma olanaklarını azalan yatırımcıların, kurumun yönetim ve denetim mekanizmalarının yatırdıkları birikimleri tehlikeye sokmayacak biçimde çalışmasından emin olmasıdır. Kaynak gereksiniminin küresel boyutta karşılanabilmesi ve bunun amaçlanması, halka açık ortaklık yönetimlerine, şirketlerini hem verimli biçimde çalıştırarak piyasa değerini yükseltmeleri ödevini verir hem de şirket içinde olup biteni izleme, yönlendirme, denetleme olanağı ve/veya gücü bulunmayan yatırımcıların haklarının gözetilmesi sorumluluğunu yükler.

Büyük kaynaklara ulaşmak büyük gözetilme gerektirir³. Özellikle yaygın ortaklık yapısı bulunan kuruluşlarda yönetici konumunda olanlar öncelikle ortakların (shareholders) şirketten beklendikleri verimlilik ve güvenilirliği karşılamak durumundadırlar. Millstein, kurumsal yönetim konusundaki tanımlamaların ortak paydasını şirket yönetimi ile paydaşlar arasındaki ilişkilerin oluşturduğunu söyler. Yönetim kurulunun paydaşların vekili sıfatıyla şirketin onların çıkarları doğrultusunda çalıştırılmasından sorumlu olduğunu ifadeyle, paradigmanın basit olduğunu vurgular : İdareciler yönetim kuruluna hesap verir, yönetim kurulu da paydaşlara !⁴

Yönetimin paydaşlara karşı olan sorumluluk ve yükümlülükleri ortaklık alacaklılarına, çalışanlarına, ondan çeşitli hukuksal ilişki biçimleri doğrultusunda oluşan niteliklerde menfaat sahibi olanlara (stakeholders) karşı da vardır. Özellikle Kara Avrupa’ında görüldüğü üzere

³ Halka arzlar ve bu yoldan yüklenen sorumluluklar için bkz. TANÖR, Reha. Türk Sermaye Piyasası 2.Cilt : Halka Arz. Beta ,2000,s.192 vd.

⁴ İra M. Millstein’in 2 Şubat 1998 tarihinde Davos’ta Dünya Ekonomik Forumu’nda yaptığı “The Evolution of the Corporate Governance in the United States” başlıklı sunumdan aktaran GREGORY, Holly J. Building the Legal and Regulatory Framework : Discussion. Building an İnfrastructure for Financial Stability. Federal Reserve Bank of Boston. Conference Series no : 44. s.4. June, 2000.

şirket çalışanlarının ve onları temsilen sendika gibi örgütlerin de ortaklık üzerinde sahip oldukları ağırlığın etkisinin yanısıra, müşteri - ortaklık ilişkilerinde kaydedilen gelişmeler, şirket alacaklılarının konumlarının arzettiği önem gibi etmenler ile sorumluluk kapsamı, taraflar açısından da zaman içinde genişleme göstermiştir. Bu bağlamda, bankaların ekonomi ve finans sistemi içindeki hassas rolü nedeniyle bunların gözetim ve denetimini yapan kurumlar bile menfaat sahipleri (stakeholders) arasında sayılmıştır⁵.

Gözaltı burada da bitmez. Yöneticilerin, ortaklığın faaliyetlerinden etkilenebilecek değişik toplumsal katmanlara karşı da faaliyet sürecinin ve sonuçlarının kendileriyle ilgili yanları çerçevesinde toplumsal sorumlulukları vardır (Social responsibility). Toplumsal değerlerin yüceltilmesine verilen önem gelişip yaygınlaştıkça bu doğrultudaki sorumlulukların da arttığı gözlenmektedir. Artık firmanın “ne kazandığı” kadar, “nasıl kazandığı” da sorgulanmaktadır. Doğayı koruyan, küçük ve kaçak işçi çalıştırmayan, silah ve sigara gibi “istenilmeyen” ürünlere yatırım yapmayan şirketlerin tercih edilmeye başlandığı, bu doğrultuda geliştirdikleri kriterlerle şirketleri zorlayan kurumsal yatırımcıların sayısının arttığı, halka açık şirketlerin bu yöndeki tutum ve tavırlarını halka açıklamalarının da kamunun aydınlatılmasına ilişkin zorunlu mali açıklamalar arasına alınması taleplerinin düzenleyici ve denetleyici mercilerin gündeminde öne çıkmaya başladığı izlenmektedir⁶.

Para kazanmak, para kazanmak için öncül kaynağı oluşturmak, bu kaynağı oluşturmak için bir araya gelmek, bir araya gelebilmek ve bunu sürdürülebilmek için bu birlikteliğin albenisini yaratmak, corporate governance arayışlarına götüren adımlardır. Bir araya gelmenin birbirini hiç tanımayan kişi ve kurumlar arasında gerçekleşebilmesi, üstelik bunun küresel yaygınlıkta olabilmesi de güvenilirlik ve verimlilik öğelerinden oluşan albeninin sağlanması, korunması ve geliştirilmesi doğrultusundaki sistemik düzenlemelerin ve uygulamaların yenilenmesini, güçlendirilmesini gerektirmiştir.

Bu saptamadan hareketle formüle etmek gerekirse; bir kuruluşun güvenli ve verimli biçimde çalışmasını sağlayan mekanizmaların kurulması ve yaşatılması kurumsal yönetim arayışlarının amacını oluşturur. Arayışların değişmeyen hedefi ise güvenilirlik ve verimliliğin birlikte yakalanması ve sürdürülmesidir.

II) Arayışların kalıplandırılması

“Güvenilirlik” , iş yaşamının gerektirdiği temel niteliklerden biridir. “İşin özünde” yer alır. Bu nedenle, güven sağlamaya yönelik arayışların yeni olması mümkün değildir. Tüm ülkelerin hukuk düzenleri, en eski yasalardan başlayarak günümüze kadar, ticari kuruluşların içinde ve onların etki alanı dahilinde güven ve istikrar ortamını sağlamaya yönelik kurullarla dolu olduğu gibi etik kurullar da bu doğrultuda tamamlayıcı katkı yapar. Kar amaçlı müesseselerde üretim sorumluluğunun, kazanç dağılımının, ortaklık haklarının adil ölçütler içinde paylaşımı esas alınır. Yönetim ve denetim mekanizmalarının ilgililerin olan bitenler konusunda zamanında ve tam olarak bilgilendirilmesini, atılan her adımın hesabının verilmesini sağlaması ölçüsünde de kuruluş yatırımcılarına, diğer ilgililere ve topluma güven verir.

“Verimlilik” ise iş yaşamında girişimciyi yönlendiren temel dürtüdür. Bu da “işin özünde” yer alır. Bu nedenle bu doğrultudaki arayışların da yeni olması mümkün değildir. Tüm ticari kuruluşlar iş hayatının değişen koşullarına uyum sağlayacak işletme yönetimi sanatını

⁵ The Basel Committee Report :Enhancing Corporate Governance For Banking Organisations. Septembre 1999.

⁶ Should the SEC Expand Nonfinancial Disclosure Requirements. HARVARD LAW REVIEW. March 2002,s.1433 vd.

(management) öğretide geliştirilen yöntemleri dikkate alarak ve bunlara kendi tarz ve deneyimlerini ekleyerek yaptıkları uygulamalarla verimli çalışmayı, yüksek üretkenliği esas alırlar. Bunun sonucunda ortaklığın piyasa değeri yükselir, temettü geliri artar, daha çok vergi öder, çalışanlarına daha iyi koşullar sağlar, topluma çeşitli yönlerden katkıda bulunma olanakları çoğalır.

İş yaşamında, sosyo-ekonomik ilişkilerin en başından beri gerektirdiği güvenilirlik ve verimlilik çerçevesindeki arayışları bu nedenle 20.yüzyılın sonlarında ortaya çıkan bir gelişme olarak değerlendirmek mümkün değildir. Bu arayışlar, o tarihlerden itibaren ekonomi ve hukuk literatüründe hızla yer edinmeye başlayan corporate governance ilkelerinin telaffuz edilmeye başlamasıyla ortaya çıkmış değildir. Kurumsal yönetim kavramı ile yaygın biçimde gündeme gelen yeniliğin işin “özü”ne değil, bu doğrultudaki “adlandırma” ile “kapsam”a ilişkin olduğunu söylemek kanımca daha doğru olur.

Varolan arayışlar, aşağıda görüleceği üzere küresel piyasalarda ortaya çıkan dönemsel gereksinimler nedeniyle 20.yüzyılın sonlarında nitelik ve nicelik itibarıyla güç ve ivme kazanırken bu arayışlara, onları evrensel bir parola gibi ifade etmesi amaçlanan bir ad da kazandırılmıştır : Corporate Governance. Ancak arayışların kapsamı, konusu ve tarafları açılarından ortak bir mutabakatın sağlanamamış olması nedeniyle, “Kurumsal yönetim” adlandırmasının tam olarak neyi belirlediği hususunda, kavramın ortaya çıkışından bu yana üzerinde ittifak sağlanmış bir tanım bulunmamaktadır. Bu konuda yapılan değişik denemeler ve yaklaşımlar, “maksat bir rivayet muhtelif” deyişini andırırçasına birbirine yakın olmakla birlikte aynıyet taşımayan ifadeler halinde literatürde yer almakta, zaman içindeki uygulamanın bunlarda yaptığı düzeltmelerle kurumsal yönetim kavramı, tarihsel süreç içinde başlangıca oranla kimi zaman daha daralarak örneğin ortaklık içindeki yönetim ilişkilerine odaklanma eğilimi gösteren kimi yerde ise örneğin kurumsal sosyal sorumlulukta olduğu gibi aksi yönde genişleyerek nerede başlayıp nerede sonlandığı tereddüt uyandıran bir gelişim sergilemektedir.

Kavramın bir tanımlama kalıbına dökülmesi çerçevesindeki deneme ve yaklaşımlarda ifadesini bulanlar, bu gelişimi ortaya koymaktadır. Bu çerçevede birkaç temel örnek göstermek gerekirse, konunun öncülerinden Cadbury komitesine kulak vermekle başlamak doğru olur. Corporate Governance alanında öncül çalışmalardan birini Sir Adrian Cadbury başkanlığında gerçekleştirmiş olan komitenin tanımı kısadır : “Kurumsal yönetim, ortaklıkların yönetimine ve denetimine ilişkin sistemdir”⁷ .

Bu tanım, OECD tarafından da benimsenmiştir. Kurumsal yönetimi ekonomik verimliliğin artırılmasında anahtar olarak gören OECD raporu bu alanda devletlerin üye bulunduğu bir örgüt tarafından yayımlanmış olmakla ayrı bir öneme sahiptir. OECD’nin konuya yaklaşımında da kurumsal yönetim, ortaklık yönetimi, yönetim kurulu, paydaşlar ve menfaat sahipleri arasındaki yönetsel ve denimsel ilişkileri içerir⁸.

Adı, corporate governance kavramıyla özdeşleşenlerden Millstein, yerli ve yabancı kaynakların hareketlendirilmesinin yerel ekonomileri canlandıracağını, bunun ise dünya genelini gelişmişliğe ve siyasal istikrara kavuşturacağını ifadeyle iç ve dış kaynakları harekete geçirmede büyük rolü olduğunu söylediği modern kurumsal yönetimi , etkin ve rekabetçi

⁷ Report of the Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance”. (2.5)Gee and.co.ltd.London, 1992.

⁸ OECD Principles of Corporate Governance. Directorate For Financial, Fiscal And Entreprise Affairs. 19 April 1999. OECD’nin kurumsal yönetim ilkeleri Ocak, 2004’te güncelleştirilerek yeniden yayımlanmıştır.

verimlilik için gerekli kurumsal faaliyetleri ve kurumla ilişkileri adil biçimde düzenleyen yasalar, düzenlemeler, kotasyon koşulları ve özel sektörün gönüllü uygulamaları bileşiminin oluşturduğunu söyler⁹.

Gregory, kaynak sağlamak, verimli çalışmak, kurumsal gayeyi gerçekleştirmek, yasal yükümlülükler ile toplumsal beklentilere uyumlu yanıt vermek için yukarıda belirtilen bileşimle geniş açıdan tanımladığı kurumsal yönetimin, dar anlamda da ortaklığı idare edenlerle yönetim kurulu üyeleri ve ortaklığa kaynak aktaranlar arasındaki ilişkileri konu aldığını ifade eder¹⁰.

Gospel, corporate governance tanımlaması çerçevesinde geniş ve dar anlam ayırımı yapanlardandır. Yazara göre, dar anlamda yönetim kurulunun yapısı ve işleyişi ile yöneticilerin ortaklara karşı olan sorumluluklarına ilişkin olan kurumsal yönetim, geniş anlamda, ortaklıkla ilgisi bulunan ortaklar, yöneticiler, çeşitli menfaat sahipleri gibi tüm unsurlar arasındaki ilişkileri kapsar¹¹.

Nobel ödülü sahibi iktisatçı Milton Friedman açısından kurumsal yönetim, amacı para kazanmak olan iş sahipleri ve ortakların isteklerini toplumun yasalar ve yerel adetlerle kendini gösteren temel kurallar ile uyumlaştırarak yönetme sanatıdır¹². Piyasa değerinin ençoklaştırılmasına dayalı bu tanımın eksik bıraktığı menfaat sahiplerine ilişkin hakların ise zaman içinde kendilerini göstererek tanımları genişlettiklerini eklemek gerekir.

Dünya Bankası Başkanı J. Wolfensohn, kurumsal yönetimin, adalet, saydamlık ve hesap verilebilirliğin kurum düzleminde geliştirilmesine ilişkin olduğunu söyler¹³.

Bankaların ekonomi geneli içindeki çok önemli konumu nedeniyle bu kuruluşların güçlü bir kurumsal yönetim anlayışı içinde yönetilmelerinin yaşamsal değerde olduğunu ifadeyle konuyu “Banka kurumsal yönetimi” başlığı altında değerlendirmiş olan Basel Komitesi, bankacılık perspektifi içinde kurumsal yönetimin, kuruluşların her birinin işlerinin ve ilişkilerinin yönetim kurulu ve üst yönetim tarafından yerine getiriliş biçimine odaklandığını belirtir. Basel komitesi, bankaların kurumsal hedeflerinin, günlük faaliyetlerinin mevzuata uygunluk içinde güvenli bir ortamda gerçekleşmesinin, menfaat sahiplerinin çıkarlarının gözetilmesinin, mevduat sahiplerinin haklarının korunmasının bu yönetim tarzına göre biçimleneceğini ekleyerek, menfaat sahipleri kavramını da bankalar açısından açarak, İdare'nin ve denetim işlevini yerine getirenlerin de bu kavram içinde yer aldıklarının altını çizer¹⁴.

Ticari ortaklığın güvenli ve verimli biçimde çalışmasını sağlayacak mekanizmalara ilişkin olarak ortaklıkla ilişkili olan kesimler arasındaki bağlantıların adil, saydam ve sorumluluk ilkeleri çerçevesinde oluşumunu hedefleyen kurumsal yönetim, çeşitli yaklaşımlarda yer alan dar anlamdaki bağlantıların yanında gelişen evrensel değerler paralelinde genişleyerek zaman

⁹ MİLLSTEİN, M. İra : The Evolution Of Corporate Governance İn The United States – Briefly Told. Background Paper For Meeting of The Forum for US-EU Legal-Economic Affairs. Rome, İtaly, September 12-15,2001,s.1 ve 2.

¹⁰ GREGORY, J. Holly : The Globalisation Of Corporate Governance. September and October 2000 issues of Global Counsel.

¹¹ GOSPEL, Howard – PENDLETON, Andrew : Financial Markets, Corporate Governance, and the Rol of Business in Society. İLO, International Institute for Labour Studies Business and Society Programme, 1999

¹² FRİEDMAN, Milton : What İs Corporate Governance ? İndia İnfoline. November 26, 2001.

¹³ Financial Times, June 21, 1999.

¹⁴ BASEL COMİTTEE REPORT : agr.

içinde daha kapsamlı bir bağlantı dairesi çizmeye de başlamıştır. Bu cümleden olmak üzere, sosyal sorumluluk da kapsama eklenmiş ve tanımlamaların içinde yer almaya başlamıştır. Yatırımların toplumsal ve çevresel sonuçlarını da gözeten ve bu nedenle sosyal sorumluluk taşıyan yatırımlar olarak adlandırılan girişimleri gerçekleştiren ortaklıkların ve bu yönde talepte bulunan yatırımcıların sayısı giderek artarken, kuruluşların mali analizlerinin yanında sosyal ve kurumsal yönetim değerlendirmeleri de bunlara ilişkin ölçütlerle birlikte gelişmeye ve ilgi çekmeye başlamıştır¹⁵.

Arayışların yukarıda belirtmiş olduğum üzere yeni olmamasına karşılık, corporate governance teriminin yaygınlaşmaya başlamasından sonraki evrede tanımlamaların farklı içeriklere yönelir biçimde gelişmesi, tek bir kalıp içine alınamaması, kanımca, kurumsal yönetim arayışlarının özellikle kapsamı üzerinde yoğunlaşan ve arayışların çıkış noktası ile varış arasını kısaltmak yerine yolu zaman zaman karmaşık hale getiren, bu nedenle de amaca varmayı güçleştirici kimi sakıncalara yol açmaktadır. Arayışlar ile ortaklığın güvenli ve verimli çalışan bir mekanizmaya sahip kılınması suretiyle tüm ilgililerin çıkarlarının gözetildiği sonuçlar elde etmenin amaçlamasına karşılık, bu yöndeki çalışmaların neleri içermesi gerektiği, kurumsal yönetim sınırlarının nerede başlayıp nerede bittiği ve sonuçta kurumsal sorumluluğu düzenlemeyi hedefleyen önerileri kural, ilke, uygulama kodu gibi isimler altında önerenlerin bunların sonuçlarından sorumlu olup olmayacakları gibi hususların yanıtlarının açıklığa kavuşmamış olması nedeniyle, doğru bir arayışı simgeleyen bu çok yaygınlaşmış kavramın etrafında oluşan kimi belirsizliklerin hukuksal ve yönetsel olumsuzluklara yol açması riski de böylece artmış olmaktadır.

Finansal piyasaların evrensel kalitesini yükseltecek unsurları oluşturması ve pekiştirmesi yönünden büyük önem taşıyan, amacına kimsenin itiraz edemeyeceği arayışların peşindeki kurumsal yönetim çalışmaları düzleminde bu ad altında atılan kimi adımların kategorizasyona olanak bırakmayacak farklı nitelikler taşıması, bu bağlamda bunların sorgulanarak oluşan soru işaretlerinin yanıtlanması gereğini doğurmaktadır. Arayışların sağlığı ve oluşan sonuçların ilerde taraflar açısından ortaya koyacağı hoşnutluk / hoşnutsuzluk dolayısıyla corporate governance'ın da terminolojik geleceğini belirleyecek olması açısından önem taşıyan bu farklılıklar kanımca büyük çapta bu konuda yapılmış tanımlamalarda "kapsam" a ilişkin boyutların net olarak belirlenememiş olmasından kaynaklanmaktadır.

Kurumsal yönetimin kapsamını birkaç yönden ele almak, sorgulanması ve yanıtlanması gerekenleri o uzantılardaki sorularla belirlemek mümkündür. Görüşüme göre, bu çerçevede, kapsam konusuna dogmatik açıdan, taraflar açısından ve yapısalık açısından bakılabilir.

Dogmatik açıdan bakıldığında, yanıtlanması öncelikle gerekenler arasında , "kurumsal yönetim kapsamını yasalar ve onların alt mevzuatı mı oluşturur / oluşturmalıdır yoksa esas sözleşmeler mi ön planda tutulmalıdır ya da ilke, tavsiye ve etik kuralların benimsetilmesiyle mi yetinilmelidir veya bunların hepsi mi kavram içinde yer almalıdır, bu doğrultuda zorunluluk / gönüllülük ve yaptırımlara ilişkin dengeler nasıl kurulmalıdır" gibi sorular yer alır .

Nitekim, arayışların amacı doğrultusunda bir ortak payda temin edilmiş görünmesine karşın, bu doğrultudaki çabaların hangi yollardan yaşama geçirileceği yolunda oluşmuş bir ortak anlayışın bulunmaması, kapsam konusunu dogmatik açıdan zorlayıcı unsurların başında gelmektedir. Bu konuda atılması gereken adımlar yasalar ve onlara bağlı yönetmelikler,

¹⁵ 2001 SOCIAL INVESTMENT FORUM Ltd. : 2001 Report on Socially Responsible Investing Trends in the United States. Nov. 28, 2001 s.4 vd.

tebliğler gibi alt mevzuat tarafından mı oluşturulmalıdır ?..Öyle ise ortakların ve menfaat sahiplerinin (shareholders ve stakeholders) çıkarına olacak hususlar hangi hukuk dallarını ya da kanunları içermelidir ?..Bir kurumun güvenli ve verimli bir mekanizmaya sahip kılınması ve bu mekanizmanın istikrarlı biçimde işletilmesi doğrultusunda yapılacak önerilerin, ticaret hukukundan borçlar hukukuna, sermaye piyasası hukukundan ceza hukukuna, vergi hukukundan iflas hukukuna kadar çok geniş bir yelpazeye dağılması gerekir. Bu durumda kurumsal yönetim tüm bu hukuk disiplinlerini mi kendine faaliyet alanı seçmiş olmaktadır ? Bu kadar geniş bir uzmanlık ormanında atılan her adım kurumsal yönetim faaliyeti olarak mı adlandırılacaktır ? Kurumsal yönetim çalışmaları, kanunkoyucuya ve düzenleyici kuruluşlara “mevzuat önerme faaliyeti” midir ? Bu yönden bakıldığında, tüm hukuk sistemlerinde iyi ya da kötü yaygın bir mevzuat zaten mevcut olduğuna göre, kurumsal yönetimin kendisine konu olarak mevzuattaki eksiklikleri giderme misyonunu biçtiğini mi söylemek gerekecektir ?

Kurumsal yönetim arayışlarına normatif açıdan bakmaya devam edildiğinde, kapsamın ortaklıklara ait “esas sözleşme” hükümleri içinde yapılacak düzenleme ve iyileştirmelerle sınırlı tutulmasıyla daha dar ve mütevazı ama daha somut ve gerçekçi bir çerçeve çizilmiş olunmaz mı, sorusu akla gelebilir. Dar alandaki derinlik , geniş alandaki sığılıktan daha verimli olabilir. Yasaların, çok geniş bir alana yayılmakla birlikte bir ortaklıktaki ortaklık anlayışının bir başka deyişle ortak akıl ve ortak çıkarın taraflar açısından en verimli sonuçlar doğuracak biçimde kullanılmasına dönük kurallarını koymak vazı-ı kanunun görev ve yetkisi içinde olduğuna göre adeta bir mezhep mensubu gibi literatür ve uygulamada farklı yönlerden gelerek çoğalan kurumsal yönetim taraftarlarının bilgi, istek ve enerjilerini ortaklığın anayasası niteliğindeki esas sözleşmesine odaklayarak, “olması gerekenleri” orada gerçekleştirmeyle çerçevelenen ama o oranda da niteliksel etkinliği geniş olabilecek bir kapsam içinde faaliyet göstermeleri daha makul görülebilir mi ? Böylelikle farklı çevrelerin farklı çevrelerden farklı yöndeki istekleri genel uygulamanın doğal akışına bırakılmak suretiyle kurumsal yönetimin başı sonu belli olmayan, bu yüzden de etkinliğini yitirme riski yükselen bir arayış olmasının önüne geçilmiş olunmaz mı ? Bir nevi esas sözleşme hukuku olarak adlandırılabilir bir kapsam içerisinde ortaklar ve menfaat sahiplerini ilgilendiren mekanizmalar daha etkin uzmanlık becerisi içinde yaşama geçirilmiş olmaz mı ?

Etik kurallar da kurumsal yönetime ilişkin normlar manzumesi içinde yer almalı mıdır ? Bu takdirde de yasalar, ilke kuralları ve etik kurallar dışında bir şeyin neredeyse kalmaması, üstelik bu kural bölümlerinin herbirinin de mali durum açıklamasından çevre saygısına kadar çok yaygın bir yelpazeyi kapsamak zorunda olması nedeniyle ortaklıkla ilgili akla gelebilecek ya da bundan sonra ortaya çıkacak her hususun kurumsal yönetim başlığı altında değerlendirilmesi, diğer tüm disiplinlerin yok sayılmasını sonuçlamaz mı ?

Uygulama, uyulması isteğe bağlı gönüllü ilke kurallarıyla mı sınırlandırılmalıdır ? O takdirde, arayışların sonuçlandırılması doğrultusunda yasalar ve onlara bağlı alt mevzuat çerçevesinde yaşama geçirilmesi gereken kurallar, kurumsal yönetimin kapsamı dışına itilmiş olmayacak mıdır ? Hem yasalar hem de gönüllü uygulamalar kurumsal yönetim çatısı altında yer alacaksa bu takdirde de yasalara tabi olmakla, gönüllü kurallara uyum göstermek arasındaki yaptırım farklılığı nasıl dengelenecek, sonuçlar nasıl aynı kavram çatısı altına sığdırılacaktır ?

Corporate governance’ı tanımlama çeşitliliği bu soruların yanıtını güçleştirmekte ve aynı başlık altında uygulama farklılıkları doğurmaktadır. Örneğin aynı terminoloji çerçevesinde ABD’de Sarbanes-Oxley yasası gibi mali sorumlulukları genişleten ve hukukun temel vasıflarından biri olan “ölçülülüğü” zedelediği yönünde eleştirilere tabi olacak kadar ağır

cezai yaptırımlara bağlayan bir kanun yürürlüğe konulurken, aynı nitelikteki kuruluşların benzer sorumlulukları konusunda Kıt'a Avrupa'sında gönüllü uygulamalar ve İngiltere'de Combined Code örneğinde olduğu gibi düzenleyici kuruluşların yönlendirmeleri öne çıkmaktadır. Tanımlama genişletildiğinde kapsamın da genişlemesi gerekmekte, bu da neredeyse ortaklıkları yakından uzaktan ilgilendiren her konuda herşeyin kurumsal yönetim başlığı altında ele alınması gibi bir anlamsızlığa yol açmakta ve hem hukuksal hem de sosyo-ekonomik açılardan sakınca üretmektedir. Tanımlama daraltılarak, konu ortaklık içinde adillik, saydamlık ve hesap verebilirlik gibi ilkelere indirildiğinde ise bu kez tanımlamaların ortak paydasında öngörülmüş ve ortaya sürülmüş hedeflerin bir bölümünün açıkta kaldığı görülmektedir. Daha da daraltılarak yönetim kurulunun oluşumunu, çalışmasını ve sorumluluklarını biçimlendirme doğrultusunda öne çıkartıldığında, bu kez de kapsam açısından literatürde ileriye sürülmüş hususların büyük bir bölümünden vazgeçmenin yanısıra ortaklık yönetiminin sadece hukuksal çerçeveye değil en az onun kadar iş yönetiminde (management) beceriye de dayanan ve bu konuda da ayrı bir maharet gerektiren yapısına aşağıda görüleceği üzere haksız, yersiz ve kurumsal yönetim arayışlarının özünden ve amacından uzaklaşan bir müdahaleciliğe geçit vermenin ciddi sakıncaları ortaya çıkmaktadır.

Konunun tarafları açısından da benzer sıkıntılar bulunmaktadır. Bu bağlamdaki öncelikli sorular da basitçe şunlardır : Bu kurallar kimler içindir ve bu kuralların sahibi kimdir ya da var mıdır, olmalı mıdır ? Corporate governance kurallarının tatbik olunacağı kurumlar üzerinde tam bir mutabakat bulunmadığı gibi (halka açık anonim ortaklık, diğer ortaklık nev'ileri, ortaklık niteliğinde olmayan menkul / gayrimenkul yatırım fonları, KİT'ler...) bunlara uygulanacak kuralların kimler tarafından önerilmesi gerektiği de üzerinde görüş birliği sağlanmış bir husus değildir¹⁶. Oysa hukuksal anlamda taraf olmanın çok büyük bir önemi vardır zira taraf olan kişi sorumluluk alanı içine girmiş olur. Ortaklıklar hakkında “tavsiyeden, ilerde yasa kuralına dönüşebilecek olan ilke” ye kadar çeşitli önermeler yapma hakkı, derneklerden, sivil toplum örgütlerine kadar her kesime ait olmalı mıdır ?..Ortaklıklar üzerinde azımsanmayacak hukuksal ve cezai sorumluluk yaratan ve başta hukuksal ve yönetsel olmak üzere her biri farklı uzmanlık alanlarına ait olması gereken bu ilke, görüş, tavsiye ve diğerlerinin kurallaştırılarak uygulamaya konmasının ardından istenilen sonucu elde etmek yerine tersine durumların ortaya çıkması halinde, arayışların ana odağı olan güven ve verimlilik sağlanamaz, sosyo-ekonomik açıdan yeni olumsuzluklar meydana gelirse bunun sorumluluğu kime ait olacaktır ya da hiç olmayacak mıdır ? Bir kurumsal yatırım biriminin, örneğin bir yatırım fonunun hisse senetlerini satın alacağı ortaklıklara dönük olarak kendi istemlerini code ya da başka bir ad altında listelemesi ve ortaklık içinde yönetim ve denetim mekanizmalarına ilişkin olarak esas sözleşmede ve uygulamada görmek istediklerini yatırım yapma koşulu olarak belirlemesi, sorumluluğun sahiplenilmesi açısından çok anlaşılır bir durumdur. Her kurumsal yatırımcının, değerlerine yatırım yapmayı düşündüğü ortaklıktan beklentilerini liste olarak açıklaması ne kadar haklı ise hiçbir sorumluluk taşımadan talep edici konumunda bulunanların kendi farklı tercihlerine göre oluşturdukları ve bu nedenle değişik öncelikler taşıyan istemlerle ortaklıkları zorlaması da ticari ve finansal sistemin geleceği ve hukukun evrensel sorumluluk ilkeleri açılarından o ölçüde sakıncalıdır. Listesindeki tercihleri yerine getiren kuruluşlara yatırım yapan fon böylelikle müşterisine önceden belirttiği ölçütler çerçevesinde yatırım yaptığı kuruluşun niteliklerini seçmektedir. Bu tercihte bir yanılma olursa, örneğin sosyal sorumluluğu ön planda tutan ve bu yöndeki tercihlerine uygun kuruluşlara yatırım yapan bir fon verimlilik açısından emsallerine oranla

¹⁶ SPK tarafından yayımlanmış bulunan KYİ paralelinde birer uygulama paketi de örneğin BDDK, EPDK, RTÜK vb. kurumlar tarafından yayımlanıp, bunların herbirinin içeriğinin HAAO'lar tarafından uygulanması “tavsiye” edilecek midir ? Bu doğrultudaki tavsiyeler; haksız rekabetin önlenmesi, telif haklarına saygı gösterilmesi, kalitenin artırılması, İSO standartlarına uyulması gibi konularda genişleyecek midir ?

düşük bir temettü geliri ile yetinmek zorunda kalırsa, bu yöndeki istemlerinin faturasını kendi katılımcısını kaybederek ticari bir yaptırımla ödemiş olur. Kendi seçiminin ve bu doğrultudaki talebinin sonucuna kendisi katlanır. İşin bu tarz sahiplenilmesi de hem taleplerin gerçekçi olmasını sağlar, ortaklıklar üzerinde olur olmaz taleplerin odaklaşmasının önünü keser hem de birşey talep etmenin de bedelinin bulunduğunu hatırlatarak istem / talep dengesini piyasaların kendi mekanizmalarından doğan yaptırımlarla kurmuş olur. Kaynak isteyenlere kaynak sunan kurumsal yatırımcıların kendi kodlarını geliştirmeleriyle bunlara uygunluk çerçevesinde oluşturulacak derecelendirme ölçütleriyle de yine piyasanın doğasına uygun bir denetim sağlanmış olur. Kurumsal yatırımcılar tarafından “ısrarla ve çoklukla” öne sürülen talepler de yasa koyucu veya düzenleyici kuruluşlar tarafından genelleştirilerek uyulması zorunlu kurallar haline getirilir. Bu da kural koyma yetkisini taşıyan kurumları ilke ve tavsiye kararı önermek gibi çeşitli sivil toplum örgütlerinin yaptıkları faaliyetleri tekrarlamış olmaktan da kurtarır.

Yapısallık açısından irdelenmesi gerekenlerin başında ise kanımca şu soru yer alır : Arayışlar, amaç doğrultusunda verilen mücadeleler, bu doğrultuda önerilen / konan kurallar, ortaklığın kendi içinden yani yapısal konumundan kaynaklanan zaafiyetlerin ortadan kaldırılmasına mı dönüktür yoksa bu arayışlar çerçevesinde literatürde yaygın kabul gören biçimiyle, nihai amaç ortaklıklara “kaynak teminine uygun zemin yaratmak” ise söz konusu kaynakların ortaklıklara ulaşmasını engelleyen dış etkenlerin ortadan kaldırılmasını da içine alır mı ? Ortaklıkların güvenli ve verimli çalışarak shareholderlarını ve stakeholderlarını¹⁷ memnun etmelerine, toplumsal sorumluluklarını yerine getirmelerine mani olan hususlar varsa, bunlar kuşkusuz sadece kendi yapılarından kaynaklanan sorunlardan ileri gelmez. Aksine, antidamping yasalarından rüşvet, yolsuzluk ve kayıt dışılığın önlenememesinin getirdiği haksız rekabet koşullarına, hissedarlar ve menfaat sahiplerinin haklarının yasa ile bile ihlal edilmesi¹⁸ ve uyuşmazlık ve yargı sistemindeki yetersizliklerle yeni haksızlıkların doğumuna neden olunmasına kadar varan bir dizi dış etken de işletmeyi ve onun ilgililerini doğrudan ve olumsuz biçimde etkilerken, KY çerçevesinde sürdürülen çalışmalar, bu dış ve çok belirleyici olumsuz etkenler karşısında sessiz kalıp, ortaklık içinde kurulması gereken komitelerin sayısı ile meşgul olmak gibi göreceli olarak ikinci planda yer alan yapısal özellikleri öne çıkartmak suretiyle mi arayışlara daha uygun yanıtlar bulmuş olacaktır ?

Kurumsal yönetime ilişkin amaç – kapsam ilişkisi , başka bir makalede tek başına ele alınması gereken önemde bir konu olduğundan, burada bu açıdan kimi soru işaretlerine sadece gönderme yapmış olmakla yetiniyorum.

Değişik tanımlamaların konusu olan corporate governance’a dönük arayışlarda aslında yeni olan unsurun daha çok bu arayışlara takılan ad olduğunun yoksa dar ya da geniş anlamda bir ortaklık kültürü çerçevesinde üretmek, kazanmak, paylaşmak doğrultusunda güvenli ve verimli bir ortaklık mekanizması yaratma ve yaşatma için gerekli düzlemi gerçekleştirme çalışmalarının tarihsel süreç içinde ekonomik faaliyet alanında hep mevcut olageldiğinin altını birkez daha çizdikten sonra şimdi bu arayışların ne zaman ve neden hızlanarak öğreti ve uygulamada ön plana çıktığına göz atalım.

¹⁷ Kurumsal yönetim kavramının ortaya yeni çıktığı dönemlerde stakeholder kapsamı içinde sayılanlar daha çok; tedarikçiler, çalışanlar ve alacaklılar iken bu kapsamın zaman içinde denetleyicilerden sivil toplum örgütlerine kadar varan bir gelişme göstermiş olduğunu da bu arada unutmamak gerekir.

¹⁸ Yasa ile hak ihlalinin en çarpıcı örneği, TMSF’na devrolunan halka açık bankaların hisse senetlerini her türlü hukuksal merasime riayet ederek halka açık borsadan satın almış ve bilahare bankanın Fon’a devrinde hiç bir kusuru bulunmayan yatırımcılarının elinden yargı kararı olmaksızın ve kendilerine herhangi bir tazminat ödenmeksizin alınmasının Bankalar Kanunu’nun 14/3.maddesi hükmü uyarınca gerçekleştirilmiş olmasıdır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. TANÖR, Reha : Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası. TSPAKB yayımı. 2003.

III) Arayışların ivme kazanması

Kurumların güvenli ve verimli bir yapıya sahip kılınmaları doğrultusundaki arayışların corporate governance adı altında toplanarak ivme kazanması sermaye piyasalarının küreselleşmesi ile koşutluk arzeder. Başta Kuzey Amerika olmak üzere bu pazarlardaki hareketlenmenin ve bereketlenmenin artmasıyla, evrensel yaygınlıktaki tasarrufları toplama amacına yönelik ortaklıkların sürdürdükleri sermaye kazanımı mücadelesinde başarılı olmaları için ilk koşul olan yatırımcı haklarının korunması ve geliştirilmesi amacıyla yapılması ve gösterilmesi gereken çabalar, bu bağlamda ilk uygulamaları oluşturmuştur.

Ardından, kurumsal yatırımcılığın gelişerek zaman içinde piyasalardaki ağırlığını artırması ile bu örgütlenmelerin, kaynak ihtiyacı olan kuruluşların sermayelerine katılma ya da onları fonlama karşılığında kendilerinden verimlilik talep etmelerinin yanında ortak ya da menfaat sahibi sıfatıyla hak ve çıkarlarının güvence altında olmasını yatırım yapmalarının önkoşulu olarak direktmeleriyle, yeni bir kurumsallaşma modelinin yapı taşları ortaya çıkmaya başlamıştır¹⁹.

Buna ortaklıkların ekonomik faaliyetlerinde ekolojik çevrenin korunması , kuruluşların insan haklarına saygı göstermesi, etik değerlere önem vermesi gibi özellikle gelişmiş toplumların artan duyarlılıktaki talepleri eklenince, kurumların sosyal sorumlulukları da artmış ve çalışmalar bu yönde de ivme kazanmıştır. Bu çerçevede, Birleşmiş Milletler tarafından insan hakları, işgücü ve çevre konularında ortaklık faaliyetlerinin de olumlu destekler sağlanmasını öngören Küresel Sorumluluk Anlaşması (Global Compact)²⁰, ortaklıkların sosyal sorumlulukları çerçevesindeki bilgilerin kamuya açıklanmasının zorunlu kılınması yönündeki SEC uygulamaları²¹ gibi uluslararası etkileri olan resmi / yarı resmi kurum tasarrufları da corporate governance bağlamındaki arayışlara etkinlik katmıştır²².

1980’li yıllarla birlikte Asya krizi, onun ardından gelen Rusya ve Brezilya bunalımları, ABD ile Avrupa’da yaşanan ve büyük etkileri dalga dalga tüm piyasaları olumsuz biçimde saran finansal skandallar, hiç kuşku yoktur ki bu doğrultudaki arayışları en çok tetikleyen, onlara ivedilik kazandıran ve güçlendiren etmenler olmuştur. Bu çerçevede İngiltere’de Polly Peck, BCCI, Maxwell²³, ABD’de Enron, WorldCom., Fransa’da Vivendi Universal, İtalya’da Parmalat gibi firmaların çöküşü büyük sarsıntılara yol açmış, yalnızca bu kuruluşlarla doğrudan maddi ilişkileri olanlar değil, denetim kuruluşları başta olmak üzere, zararın oluşumundan ve sonuçlarından doğrudan ya da dolaylı yoldan etkilenen pekçok kesim sıkıntıya girmiştir.

Sermayenin serbest dolaşım olanaklarının genişlediği ölçüde güçlenmeye başlayan para akımlarının küresel dolaşım sürecinde bu gelgitlerin dünyanın dört bir yanına ulaşırken gördüğü kolaylık, yatırım yapılan kuruluşlarda olup bitenin izlenmesinin ve denetlenmesinin aynı rahatlık ve etkinlik içinde gerçekleşmemesinin sıkıntısıyla setlenince, sistemin devamlılığını sağlamak, bunu evrensel yaygınlıkta gerçekleştirmek ve bu ihtiyaçtan hareketle birbirleriyle uyumlaştırılmış hukuk düzenleri içinde adeta tüm piyasaları “aynı dili”

¹⁹ TANÖR, Reha : Corporate Governance. Arayışlar Doğru Yönde Mi ? Dünya Gazetesi. 29.3.2002

²⁰ ARGÜDEN, Yılmaz : Kurumsal Sosyal Sorumluluk. Arge Danışmanlık yayını. 2002,s.25

²¹ HARVARD LAW REVİEV : Agm.s.1433 vd.

²² TANÖR, Reha : Sosyal Açıklamanın Hukuksallaştırılmasının Yolsuzlukla Mücadeleye Katkısı. Dünya Gazetesi.26.4.2002

²³ SMİTH, Herbert : A Review Of Corporate Governanca in The UK. www.iflr.com

konuşabilir bir ortama getirmek, piyasanın taraflarını, düzenleme / denetleme işlevini sürdüren kamu otoritelerini, sivil toplum örgütlerini ve bilim odaklarını doğrudan ya da dolaylı olarak ilgilendirmiş ve bunları harekete geçirmiştir. Avrupa’da 90’lı yılların başında patlak veren Avrupa Para Sistemindeki (SME) krizi izleyen devalüasyonlar, özsermayeleri azalmış ortaklıkları kaçınılmaz kredi kısıtlamaları içinde yönlendirdiği uluslararası sermaye piyasalarında kaynak peşinde koşarken yeterli düzenlemelerden yoksun kalmış bir rekabet ortamı içinde hukuksal çerçevesinin yetersizliği nedeniyle tıknafes edince, küreselleşmenin anatomisini tehlikeye sokan tüm aksaklıklar, “küreselleşmenin biraz tehlikeli olmaya başladığı” yolunda yükselen seslerle ifade edilmeye başlanmıştır²⁴. Bunun üzerine sistemin varlığını ve geleceğini korumak için Güneydoğu Asya, Latin Amerika, Çin ve Hindistan’ın da dahil olduğu bir uluslararası işbölümü içinde aksaklıkların tamiri yoluna hızla gidilmeye başlanmıştır. Bu hareketlilikte, büyük ve güvenilir oldukları o zamana kadar varsayılmış²⁵ bulunan piyasalarda dikkatleri başka noktalara kaydırma telaşı da rol oynamamış değildir. Bir nevi “cambaza bak” politikası ile dikkatler batan kuruluşlar ile bu batışlarda dolaylı suçlu bulunanlardan uzaklaştırılırken kazanılmaya çalışılan zaman içinde sistemin genelinde daha büyük yaraların açılmaması için süratle etkin tamir yolları arayışları geliştirilmiştir. Bu doğrultuda bir yandan yasalarda değişikliklere gidilerek, adillik, saydamlık ve hesap verebilirlik başta olmak üzere piyasaların güvenli ve verimli çalışmasını sağlayacak çeşitli ilkeler kurallaştırılarak, yeni ve ağır yaptırımlarla takviye edilirken bir yandan da ortaklık kültürünü geliştirici, kazanırken ve paylaşırken ortak çıkarı toplumu da içine alacak biçimde dikkate alan çözümler öneren gönüllü uygulamalar yaygınlaşmıştır.

Kabul etmek gereki ki, serbest piyasa sisteminin kalıcılığı açısından kendi kendini yenilemesi ve geliştirmesi ne kadar gerekli ve bu doğrultudaki arayışlar hangi ölçüde yararlıysa, bunları aniden patlayan olumsuzluk kasırgalarından korunmak isterken acul önlemlerle yapmaya çalışmanın da o ölçüde sakıncaları bulunmaktadır. Kanımca, bunlardan bir tanesi de hukuksal güvenilirlik ve yönetsel verimlilik açılarından aşağıda etraflıca irdelenecek olan bir hususta , yönetim kurullarında bağımsız üye bulundurulması yolunda SPK tarafından Kurumsal Yönetim İlkesi haline getirilmiş bulunan kuralın isabeti konusunda kendisini göstermektedir.

İKİNCİ BAŞLIK :

YÖNETİM KURULUNDA BAĞIMSIZ ÜYE BULUNDURULMASINA İLİŞKİN BAŞLICA KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ

I) Kurumsal Yönetim Arayışları Açısından Yönetim Kurulunun Önemi :

90’lı Yıllarda göze batıcı biçimde su yüzüne çıkan şirket çöküşleri üzerinde yapılan gözlemler, küresel finansal piyasalar sisteminin sağlığını sarsacak boyutlara varan bu gelişmelerin çoklukla yönetim kurullarından kaynaklanan olumsuzluklardan meydana geldiği

²⁴ LORDON, Frédéric : Küreselleşmenin Aynası. Le Monde Diplomatique – Vatan. 22-28 Şubat 2004

²⁵ La Porta vd. Tarafından yazılan ve hukuk ve finans literatürlerinde pek çok atıfa mazhar olmuş bulunan Law and Finance (Journal of Political Economy, 1998) ve Legal Determinants of External Finance (Journal of Finance, 1997) adlı makalelerde öne sürülen ve ABD, İngiltere gibi common law sistemlerine sahip ülkelerde yatırımcı haklarının civil law sistemini uygulayan ve aralarında bizim de bulunduğumuz kıt’a Avrupası ülkelerine oranlara daha iyi korunduğu yönündeki sav da bu gelişmeler üzerine kanımca büyük darbe almıştır.

sonucunu ortaya koymuştur. YK, bir kurumun yönetilmesi açısından kurumun önde gelen organı, özellikle yukarıda bir gemiye benzettiğim halka açık anonim ortaklıkların adeta kaptan köşküdür. Kurumu hedeflerine götürecektir strateji, rota, yöntemler burada belirlenir, gemi buradan yönetilir, dışarıyla ilişki buradan kurulur, içeride değişik görevlerdeki personel buradan yönlendirilir ve izlenir. Kaptan köşkünde ehil görevliler bulunur ve bunlar görevlerini işin gereğine uygun kurallar çerçevesinde kendi uzmanlık beceri ve deneyimleri ile yerine getirirlerse, hedefe ulaşmak kolaylaşır. Bunun tersi durumlarda ise kayalıklara vurma ve parçalanarak batma olasılığı yükselir.

Tekneyi güvenli ve becerikli biçimde yöneterek istenilen limanlara, hedeflenen zamanlarda ulaştırma sorumluluğunu üstlenen kaptan köşkünün hem hangi niteliklere sahip kişilerden oluşacağı hem de bunların uymakla yükümlü oldukları kurallar, bu açıdan büyük önem arzeder. Ticaret Kanunumuz, anonim ortaklıkların yönetim kurulu tarafından idare ve temsil edilmesini hükme bağlamıştır.(TK.317) Anonim ortaklıklar hukukumuzdaki yönetim kurulu – genel kurul ilişkisi, parlamenter demokrasilerdeki Bakanlar Kurulu – Millet Meclisi ilişkisindeki işbölümünü çağrıştıran bir yapıdadır. Genel Kurul, ortaklığın sahiplerinden ve temsilcilerinden oluşmakla ulusal egemenliği temsil eden yasama organına benzer. Son söz orada söylenir. En önemli kararlar orada alınır. Buna karşılık yönetim kurulu, yürütme organı olan Bakanlar Kurulu gibi yasama organı tarafından kendisine tanınan yetki çerçevesinde ve onun istekleri doğrultusunda günlük politikaları oluşturur ve yönetir. Son sözü söyleyecek olan genel kurul olmakla birlikte, iş yaşamının sürat ve ehliyet gerektiren buzlu sularında yapılması gerekenleri saptayan ve genel kurulu bu saptamalar doğrultusunda karar almaya yönlendiren yönetim kuruludur. Özellikle gelişmiş ekonomilerde anonim ortaklıkların paydaşlık yapılarında meydana gelen tabana yayılma doğrultusunda şirketlerin neredeyse sahipsiz hale gelmeleri söz konusu olduğunda, yönetim kurulunun bu yönlendirme ve yönetme gücünün zaman zaman genel kurulun temsil ettiği gücün bile önüne çıktığı gözlenmektedir. Bu nedendir ki, klasik teoride alt-üst ilişkisi olarak değerlendirilen genel kurul – yönetim kurulu arasındaki ilişkide aslında genel kurulun değil, yönetim kurulunun üst organ sayılması gerektiği de doktrinde giderek taraftar bulmaya başlamıştır²⁶.

Yönetim kurulları, ülkelerin kabul etmiş oldukları sistemler çerçevesinde değişik açılardan farklı yapılar arzedebilir. Yönetim ve gözetim işlevlerini aynı kurul içine alan, denetim işlevi için ayrı bir iç organ öngörmeyen tekli Anglo-Saxon sistemi (one-tier) ile yürütme ve gözetim işlevlerini iki ayrı organa veren Alman modeli (two-tier) gibi farklılıklar arzeden sistemlerin²⁷ (Anglo-Saxon modelinde iç denetim konusunun güçlendirilmesi, Fransa ve İtalya uygulamalarında karma yolların denenmeye başlanması gibi yeni gelişmelerle bu ayırımları belirleyen karakteristiklerin değişmesi olasılığı da gözardı edilmemelidir) kurumsal yönetim arayışları çerçevesinde yönetim kurullarının oluşumu, görevleri ve sorumluluklarına ilişkin yaklaşımları da benzer farklılıklara sahne olmakla birlikte, tümünün üzerinde mutabakat sağladığı husus, bu arayışlar doğrultusunda en önemli, en belirleyici organın yönetim kurulu olduğudur.

Ortaklık bünyesinde güvenli ve verimli çalışan bir mekanizma oluşturma ve yaşatma doğrultusunda yönetim kurulunun en önemli, en belirleyici organ olarak kabul edilmesi nedeniyle bu kurulun oluşumu, üyelerin nitelikleri, aralarındaki işbölümü ve çalışma esasları ile taşıdıkları sorumluluklar gibi konular doğal olarak teori ve pratikteki çalışmaların odağı

²⁶ PASLI, Ali : AO Kurumsal Yönetimi. Beta, İstanbul, 2004,s.196

²⁷ Kurumsal yönetim sistemleri hakkında şematik bilgi için bkz. Bunların yönetim kurulu yapıları, mülkiyet yapıları, denetim mekanizmaları, anonim ortaklığa yaklaşım açılarından gruplandırıldığı : PASLI, Ali age.s.37 vd.

olmuştur. Bu çerçevede önerilen yenilikler arasında zaman içinde artan oranda gündeme geldiği gözlenen bir husus da yönetim kurulunda bağımsız üye bulundurulması keyfiyetidir. Bağımsız üyeliğin HAAO'lar kapsamında, hisse senetleri halka arz edilmiş bankaların YK'larında da bulundurulmasının, KY arayışlarına uygunluğunun ve hukuksal yapı üzerindeki etkisinin değerlendirildiği bu çalışmada, SPK KYİ'ne geçmeden önce bu çerçevedeki evrensel düşünce ve uygulamaların nasıl bir seyir izlediğine, neleri içerdiğine genel hatlarıyla bakmakta yarar vardır.

II) Yönetim Kurulunda Bağımsız Üye Bulundurulması Doğrultusunda Başlıca Yaklaşımlar :

Kurumsal Yönetim konusunda uluslararası örgütler, siyasal birlikler, Borsalar , bankacılığa özgü kurumlar, düzenleyici kuruluşlar, kurumsal yatırımcılar, ortaklıklar ve hatta sivil toplum örgütleri tarafından yayımlanmış ve yukarda işaret ettiğim üzere, konuyu adeta körlerin fili tarifi gibi herbiri kendi algılaması doğrultusunda farklılık gösteren çözümler içinde değerlendiren kural, tavsiye, görüş, ilke vb. biçimde adlandırılacak yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu yaklaşımların ortak paydası yönetim kurulunun kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanması doğrultusunda taşıdığı öncül önemdir. Ancak paradoksal olarak bu önem üzerinde sağlanan yaygın mutabakata karşın yönetim kurulunda bulunması önerilen bağımsız üyelerin sayısı, oranı, bağımsızlık kriterleri üzerinde gözlemlenen ortak nokta ise belirli bir mutabakatın olmaması, tam tersine bu doğrultuda farklı görüşlerin ortaya atılmasıdır. Konu genelinin bu çok önemli özeline ilişkin boyutlarda mutabakat olmadığı gibi bağımsız üye bulundurulması gerekliliğinin hangi somut verilere dayanılarak önerilmiş olduğuna ilişkin doyurucu gerekçeler de mevcut değildir. Keza bağımsızlıktan ne anlaşılması gerektiği üzerinde de bir uzlaşma mevcut bulunmamakta, yönetim kurulunda bulunmasını önerdikleri bağımsız üyelerin oranını hatta sayısını bile veren çeşitli yaklaşımlar, bağımsızlıktan ne anladıkları konusunda farklı tutumlar sergilemekte, ortaya değişik bağımsızlık ölçütleri koymaktadırlar²⁸.

Kurumsal yönetim konusunda başlıca uluslararası örgüt, birlik, kurum ve kuruluşlar düzleminde öne çıkan yaklaşımların, yönetim kurulunda bağımsız üye bulundurulması doğrultusunda ortaya koydukları öngörüler ana hatlarıyla aşağıdadır :

1) İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD)

İlki, OECD'ye üye ülkelerin bakanları tarafından Mayıs 1999 yılında imzalanarak yayımlanan ve sonradan gözden geçirilerek Ocak 2004'te yeni şekliyle sunuma hazır hale getirilen OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri (OECD Corporate Governance Principles) bu alanda en geniş kabul gören yaklaşımdır. Yalnız OECD ülkeleri arasında değil, üye olmayan ülkeler düzleminde de kurumsal yönetim arayışları açısından adeta bir uluslararası benchmark²⁹ haline gelmiş bulunan OECD İlkeleri, gelişmeler karşısında kendini yenileme olanağı bulunan, bu nedenle katı kurallar manzumesi halinde değil, esnek ve yol gösterici kavramsal yanı ile geniş taraftar kitlesi bulmuştur. Kurumsal Yönetim arayışlarının kalıplandırılması çerçevesinde yukarda değinilmiş bulunan OECD İlkeleri, yönetim kurulunda bağımsız üye bulundurulmasını "Kurulun sorumlulukları" başlığı altında ele almıştır. Bu bağlamda V/E'de

²⁸ SPK'nın Seri VI, 11 no.lu tebliği uyarınca bağımsızlık, "Taraflar arasında son 2 yıl içerisinde istihdam, sermaye veya ticari anlamda doğrudan veya dolaylı bir ilişki kurulmamış olması ve eş dahil üçüncü dereceye kadar kan veya sıhrî hısımlık bulunmaması halidir". SPK KYİ'nin bağımsızlık ölçütü ise aşağıda görüleceği üzere daha farklıdır.

²⁹ NESTOR, Stilpon : Corporate Governance Trends in the OECD Area : Where Do We Go From Here ?.s.5

YK'nın idareden, baskın ortaklardan ve ortaklığı etkileyebilecek (yönlendirebilecek) diğer kişilerden bağımsız biçimde şirket işlerinde objektif karar alabilme yeteneğine sahip olması öngörülmüştür. (1999 metninde sadece idareden –management- dan bağımsız olmak yeterli sayılıyordu). Bunu sağlamak için V/E-1'de önerilen de, çıkar çatışması olasılığının bulunması durumlarında bağımsız muhakeme yapabilecek, karar alabilecek yeterli sayıda icra görevi üstlenmeyen üyenin YK'da bulundurulmasını gözönüne almaktan ibarettir. Görüldüğü gibi bağımsız üye adedi/oranı konusunda herhangi bir somut ölçüt konmamakta, çıkar çatışmasının olabilmesi ihtimaline karşılık bunun dışında kalabilecek “yeterli sayıda” üyenin YK'da bulundurulmasının “gözönünde bulundurulması” tavsiyesiyle yetinilmektedir.

2) Avrupa Birliği ve Birliğe Üye Ülkeler

2.2.1) AB Genel

Avrupa Birliği, ikincil hukuku oluşturan kaynaklardan özellikle yönerge (directive) ve tavsiyeleri (recommendations) ile desteklediği tek pasaportla tek bir piyasada işlem yapma olanağını taraflar açısından güvenli ve verimli biçimde gerçekleştirmek amacıyla Birlik hukuku çerçevesinde çeşitli mevzuat çalışmaları yürütmektedir. Bunun yanısıra Birlik üyesi ülkeler de ayrıca kendi iç hukuklarında, piyasalarını Birliğin varmak istediği standartlara yaklaştırmayı ve uyumlaştırmayı hedefleyen ve kurumlarının küresel kaynaklardan daha fazla yararlanabilmeleri için yatırımcı haklarını güçlendirmeyi özellikle ön plana çıkartan yapılaşma çalışmaları doğrultusunda yeni hukuksal boyutlar oluşturmakta ve bunları uygulamaya koymaktadırlar.

Bu çerçeve içinde AB hukuku genel başlığı altında ortaklıklar hukukunun ekonomik ve finansal yaşamın ortaya çıkarttığı yeni gelişmelere ayak uydurabilmesi amacıyla yapılan çalışmalara ek olarak CG başlığı altında da özellikle sermaye piyasalarına dönük arayışlar ilgili çevrelerde yaygın tartışma konusu olmaktadır.

Bu çalışmalar arasında konumuz açısından en dikkat çekici olanı, “AB’de Ortaklıklar Hukukunun Yenilenmesi ve Kurumsal Yönetimin Güçlendirilmesi” başlığını taşıyan ve Mayıs 2003’de kabul edilen Avrupa Komisyonu Eylem Planı çerçevesinde yer alan arayışlardır³⁰. Burada hedeflenen, tarafımdan yukarıda “güvenli ve verimli” olarak tanımlanan olması gereken piyasa niteliklerini, Plan’da, “yatırımcılar ile üçüncü kişilerin haklarını güçlendiren ve etkin rekabet ve verimliliği teşvik eden” biçiminde ifade olunan bir modern Avrupa mevzuatı çerçevesine oturtmaktır. (Par. 1,2) İlginçtir ki, söz konusu hukuksal çerçevenin nasıl olması gerektiği doğrultusunda Avrupa çapında sektör temsilcileri, kurumsal yatırımcılar, aracı kurumlar, denetim kurumları, mali uzmanlar, hukukçular arasında yapılan geniş katılımlı anketlere yanıt verme konusunda en az istekli ve ilgili olan kesim, en fazla “korunmaya çalışılan” yatırımcılar olduğu gibi (Par.1.) genel eğilim de AB için ortak bir KY kodunun gerekmediği biçiminde kendini göstermiştir (Par. 3). Daha çok piyasalardaki gelişmelerin doğal akışı içinde ortaklık büyüklüklerini, halka açıklık oranlarını dikkate alarak, iş verimliliğini geliştirici ve yatırımcı haklarını güçlendirici doğrultudaki ilkeler çerçevesinde esnek kurallaşmaların uygun olacağı yönündeki görüşler dikkati çekmektedir.

³⁰ Synthesis of the responses to the Communication of the Commission to the Council and the European Parliament. “Modernising Company Law and Enhancing Corporate Governance in the European Union – A Plan to Move Forward”- COM (2003) 284 Final of 21 May 2003. A working Document of DG Internal Market. 15 November 2003.

Bu bağlamda YK'nın modernizasyonunun büyük önem arzettiği açıktır. Ekonomik yaşama katılanların niteliği, ortaklıkların değişen yapısı, rekabet koşullarının küreselleşen güçlükleri, ortaklıkların idaresinde de bazı yenileştirmeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Avrupa Komisyonu, bu çerçevede YK'da icrai görevi olmayan, daha çok gözetim işlevi yerine getiren bağımsız üyeler bulundurulmasını tavsiye etmeyi, YK oluşumundaki ölçütleri, kurulun oluşumunun, üyelerin görevlerinin, ücretlendirme biçiminin ve bağımsız denetime ilişkin kuralların AB düzleminde tanımlanmasını, üye devletler tarafından da yaşama geçirilerek uygulanmasını, uygulanmaması durumunda da bunun nedenlerinin açıklanmasını öngörmektedir. (Bizde SPK tarafından yürürlüğe konan da bu “uygula ya da açıkla”, ‘Comply or explain’ sistemidir).

Komisyon'un bu konuda esnek olarak nitelendirilebilecek yaklaşımı dahi çalışmalara katılan çevrelerin ciddi eleştirileri ile karşılaşmıştır. Hızlı bir devinime sahne olan küresel ekonomide bağımsızlığı gerçek anlamda tanımlamanın güçlüğü bu eleştirilerin başında gelmektedir. Bağımsızlık temeli üzerine inşa edilen bir binanın akıbetinin bağımsızlık ölçütlerinin belirsizliğine bağlı olması, eleştirileri haklı gösterir niteliktedir. Objektif ve tarafsız davranabilecek kapasitede insanların yönetimde bulunması gereksinimi nedeniyle bağımsızlık üzerinde bu kadar yoğunlaşmanın, gerçek anlamda “objektif değerlendirme” yapabilecek kapasitedeki insanı sayısal açıdan bulabilme olasılığı ile doğru orantıda olmadığı da bu bağlamda ileri sürülmektedir. YK'nın tekli / ikili sistemde olması da yapısal yenileştirmede gözönüne alınmadan ortaklık üzerindeki egemenliğin olumsuz yanlarının tek bir reçete ile halledilmeye kalkışılması da sakıncalı görülmektedir. AB'nin “uluslarüstü” nitelikteki hukuk yapısının üye devletlere müdahaleci kurallar önermesi yerine, her üye devleti belirli ilkeler etrafında kendi hukuk sistemi içinde “sağlam ortaklık yapısı” oluşturmasının piyasanın ihtiyaç duyduğu esnekliğe daha uygun bir sağlıklılık taşıyacağı kanaati bunlar ve benzeri gerekçelerle giderek artacağı benzeyen sayıda taraftar bulmaktadır. Aynı eksende, piyasanın taraflarını birincil dereceden ilgilendiren bu önemli konunun hükümetler ve düzenleyici kurullar tarafından değil, ihraççı ve yatırımcı gibi piyasanın öncül değerdeki taraflarınca değerlendirilmesi gereği de ortaya atılmaktadır. Nitekim bu gerçeği ortaya koyan bir araştırmada da üye devletlerin KY çabalarının bir ortak Avrupa KY Forumu tarafından koordine edilmesi önerisini ankete katılanların sadece % 20 dolayında bir kısmı onaylarken % 60'a yaklaşan ve en yüksek oranı ifade eden yanıtın ise “yorum yok” biçiminde dışavurulan bir olumsuzluğu tescillemesi dikkat çekicidir (Par.3.4).

Birlik hukuku düzleminde, konuya esnek yaklaşım ihtiyacının ihmal edilemeyecek oranda dile getirilmesine karşılık, üye devletlerin iç hukuk sistemlerine eklenen KY çalışmalarında, KY kavramı çerçevesinde konuyla doğrudan ya da dolaylı bağlantılı çeşitli çıkar çevreleri tarafından da tetiklenen girişimlerin etkisiyle de olsa gerek, YK üyelerinin bağımsızlığı doğrultusunda oran ve hatta sayı öneren yaklaşımların bulunduğunu belirtmek gerekir. “Uluslarüstü Birlik Hukuku”nun oluşumuna paralel biçimde üye ülkelerin iç hukuk düzlemlerinde yer almak suretiyle piyasaların evrenselleşmesi sürecinin bir parçası olarak “uluslararası hukuk” öğeleri arasına yerleşmeye başlayan bu yaklaşımlardan en önemlileri şunlardır:

2.2.2) İngiltere

Tekli modelin uygulandığı İngiltere'de, evrensel finans piyasalarının önde gelen merkezlerinden biri olan Londra Menkul Kıymetler Borsası'nda (London Stock Exchange /

LSE) uygulanan KY kurallarını içeren The Combine Code On Corporate Governance³¹, ortaklıklara ayırdığı 1.Bölümünde YK hakkında esas ilkeyi koyarken ortaklığın başarısından müteselsilen sorumlu olduğunu ifade ettiği (A.1) YK üyelerinin bu sorumluluklarının karar verme gücünün sınırsız biçimde birlerinde toplanmasına olanak tanımayacak biçimde dağıtılmasını şart koşmakta (A.2), bunun ilk adımı olarak da YK Başkanı (Chairman) ile İcra'nın bizim sistemimizdeki genel müdüre karşılık gelebilecek olan başının (CEO) ayrı kişiler olmasını öngörmektedir. The Combine Code, YK'nda denge ve bağımsızlık konusunu kurallattığı Sec.1, A.3'te ise YK üyelerinin ortaklığın günlük yönetimine (management) bakan, (bir bakıma bizdeki murahhas) icracı üyelerle, icra görevi bulunmayan üyeler biçiminde ayrılmasını, bu sonuncuların bağımsız olmasını ve her halde hiç kimse ya da küçük bir grubun kararları kendi lehlerine almalarına olanak tanımayan bir dengeyi oluşturmasını temel ilke olarak benimsemiştir. Daha da ileri giderek, küçük ortaklıklar dışındakilerde, YK Başkanı dışındaki üyelerden en az yarısının icrada görev almayan bağımsız üyelerden oluşmasını, küçük ortaklıkların ise en az iki bağımsız icra dışı üyeyi YK'da bulundurmasını öngörmüştür (A.3.2 ve A.3.3). The Combine Code'un küçük ortaklıklarda kaç YK üyesi bulunduğuna bakmaksızın mutlak biçimde "iki üyenin" bağımsızlığını talep etmesine, bağımsız üyelerin kendi içlerinden birini Kıdemli Bağımsız Üye olarak seçmesine, bu üyenin ortaklarla olan ilişkilerinin ayrıntılandırılmasına kadar varan müdahaleci yaklaşımını "uygula ya da açıkla" prensibinin içerdiği esneklik ile bağdaşmayacak üstü örtülü bir zorlama, günlük dildeki deyişle, bir kol bükme olarak nitelendirmenin yanlış olmayacağı kanısındayım. Keza YK'yı, ortaklığın, bir bacağını da verimliliğin oluşturduğu başarısından müteselsilen sorumlu kıldıktan sonra bu sorumluluğu yüklenen bir bölüm üyeyi işlerin fiilen dışında bırakmak suretiyle karar alma süreçlerini sadece kendilerine ve çoğunlukla sonradan verilen (verilmesi istenen) rapor ve bilgilerle sınırlı tutarak bunların etkinliğini sorumluluklarıyla ters orantılı olarak biçimlendirmenin, ekonomik verimlilik açısından amaca uygun olduğunu, hukuksal sorumluluk yönünden de AB hukukunda önem taşıyan "ölçülülük" genel ilkesi ile bağdaştığını söylemenin kolay olmadığı görüşümdedir.

2.2.3) Fransa

YK'da görev ve sorumlulukların ayrıştırılması ve ortaklık yapısı içinde güçlerin dengelenmesi doğrultusunda kurulda bağımsız üye bulundurulması da dahil olmak üzere çeşitli çözümler içeren hükümlerin yer aldığı üye devletler iç hukuk düzenlemelerinden birinin yer aldığı Fransa'da, KY başlığı altındaki çalışmalar nisbeten geç başlamıştır. (1995 yılında Vienot raporu bu anlamda KY reformunun öncülüğünü yapmıştır³²) Bu bağlamdaki yenilikler Mayıs 2001'de yürürlüğe giren Nouvelles Réglementations Economique adlı yasal düzenleme çerçevesinde yaşama geçirilmiştir. Yasa, geleneksel tekli sistemi öngörmekle birlikte, hem icranın hem de YK'nın başı olan Président Directeur Général (PDG)'nin tek elde topladığı icra ve denetim yetkilerini ayırmak suretiyle bir "Üçüncü model"e ışık yakmıştır³³. Ortaklık içindeki güçler dengesini kurmayı, saydamlığı sağlamayı, küçük yatırımcıların haklarını güçlendirmeyi, yeni iletişim olanaklarının kullanımını kolaylaştırmayı hedefleyen hükümleri çerçevesinde, YK içindeki görev bölüşümünün Alman modeline yaklaşan biçimde gözetim ve icra işlevlerinin ayrı kişilerde oluşacak yapıda gerçekleştirilmesini öngörmüş ancak bu yapı

³¹ The Combined Code On Corporate Governance. Haziran 2003'de yürürlüğe giren bu metin, daha önceden KY konusunun önemli metinleri arasında yer tutan üç önemli KY komitesinin raporlarının ürünü olarak ortaya çıkan 1998 tarihli Combined Code'un yerini almıştır. Söz konusu üç komite, Cadbury, Greenbury ve Hampel komiteleridir.

³² ANDERSEN Legal : Corporate Governance in France. – the NRE Act. www.iflr.com

³³ HOPT, J. Klaus – LEYENS, C. Patrick : Board Models In Europe. Recent Development of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, Italy. Law Working Paper no: 18/2004, Jan.2004,s.16

içinde kaç ya da hangi orandaki üyenin hangi niteliklere sahip olması doğrultusunda herhangi bir hüküm koymamıştır. Buna karşılık, Ekim 2003’de yürürlüğe giren ve kote ortaklıklara yönelik KYİ (Principes de gouvernement d’entreprise) YK üyelerinin yetkinliğinin ve deneyimliliğinin anahtar nitelikte olduğunu belirtirken bunların bağımsızlığına da vurgu yapmış ve YK üyelerinin yarısının bağımsız olmasını öngörmüştür. Fransız kodu, bağımsız üyelere ilişkin koyduğu oranlama sistemini komitelere de yaygınlaştırmıştır.

Fransa uygulaması, ortaklık yapısı içinde, çalışan kesimin ağırlığını da güçler dengesi içinde önemli bir yere oturtmakta, çalışanları temsil eden komitelere YK’na ve GK’a katılma hakkından, dava hakkına kadar uzanan geniş bir haklar yelpazesi açmaktadır. KY arayışlarının ivme kazanmasına neden olan şirket çöküntülerinde dikkat çeken yönetici ücretlerinin aşırılığına karşı verilen tepkiler arasında YK üyelerinin ücretlerinin GK’da onaylanmasının yanısıra çalışanları temsil eden komiteler (Comités d’entreprise) tarafından da onaylanmasının düzenleme altına alınmış olması da sistemik dengelerin kurulması arayışları açısından dikkat çekicidir.

2.2.4) Almanya

Halka açık ortaklıkların büyüklüğüne, küçüklüğüne bakmaksızın yönetim ile denetimi ayrı ellere bırakan ikili Alman modelinde dikkati çeken başlıca husus, YK üyelerini atayan, denetleyen ve görevden alan Gözetim komitesinde ortakların yanında çalışanların temsilcilerine de önemli oranda yer verilmesidir³⁴. Pek çok ortaklıkta, kurumun verimliliğini sağlama doğrultusunda Gözetim komitesinde eski yöneticilere ya da faaliyet alanının uzmanlarına öncelikle yer verilmesi, bağımsızlık, tarafsızlık ve çıkar çatışması açılarından kimi sorunlara yol açmakla birlikte geniş uygulama alanı bulmaktadır. Ortaklar, menfaat sahipleri, çalışanlar ve kamu arasındaki çıkar çatışmasını önlemenin uygun modeli olarak çalışanların etkin katılımı sonucu oluşan bir “çıkartlar koalisyonu”nu³⁵ öngören sistemde, ortaklıklar hukukunun bağımsız üye bulundurulması doğrultusunda emredici bir hükmünün bulunmamasına karşın KYİ çerçevesinde, YK’nın ortaklığın bağımsız biçimde yönetmesi, Gözetim Kurulunun bağımsız değerlendirme yapması ve YK üzerinde bu nitelikte bir gözetim uygulaması amacıyla bu doğrultuda çeşitli kural, tavsiye ve yönlendirmeler de mevcut bulunmaktadır³⁶. Bunlardan bazıları, özellikle ortaklıktan kamunun aydınlatılması doğrultusunda yapması istenen açıklamalara ilişkin olan Kodex tavsiyeleri, yasalara da kural şeklinde yansıtılmıştır³⁷.

2.2.5) İtalya

İtalya’da halka açık ortaklıklara ilişkin Testo Unico’nun (1998) içerdiği temel yasal düzenlemelerin yanısıra KYİ’ne dönük olarak İtalya Menkul Kıymetler Borsası tarafından yürürlüğe konan Codici di Autodisciplina, her ortaklığın halka açıklık yapısına uygun biçimde kendi belirleyeceği sayıda, “yeterli oranda” icradan sorumlu olmayan YK üyesi bulundurmasını öngörmüştür. Ocak 2003 ‘te çıkartılan bir kararname ile ise ortaklıklara

³⁴ Halka açık Alman ortaklıklarına dönük KY ilkeleri başlıca üç düzenleme içinde yer almaktadır : German Stock Corporation Act. (Aktiengesetz), German Co-Determination Act. (Mitbestimmungsgesetz) ve German CG Code.(Deutcher Corporate Governance Kodex). Bu mevzuat çerçevesinde örneğin Bayer firması çalışanları Denetim Komitesinde üye sayısının yarısı oranında sandalyeye sahip olma hakkını ellerinde bulundurmaktadırlar. Bayer AG. German Corporate Governance Practices.

³⁵ HOPT-LEYENS . agm.s.7

³⁶ German Corporate Governace Code m. 3, 4 ve 5.

³⁷ PULAŞLI, Hasan : Corporate Governance. Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü. Ankara 2003, s. 110

içdenetim dengelerini sağlamak amacıyla üç modelden birini seçme hakkı tanınmıştır. Geleneksel modele ek olarak getirilen ve KY açısından önem arzeden seçeneklerden birincisi, ortaklığın ikili Alman modeline dönük olarak yönetimini ve onun gözetimini iki ayrı organa bırakan modeldir. İkincisi ise tekli Anglo-Saxon modelini uygulamaktır. Ortaklığın bu sonuncuyu seçmesi durumunda bağımsız üyelik kavramı ortaya çıkmakta olup, bu durumda YK'nın en az üçte bir oranındaki üyesinin bağımsız nitelikte olması şartı getirilmekte ve bu oran komitelere dönük olarak yagınlaştırılmaktadır³⁸.

2.2.6) İsviçre

YK'da bağımsız üye bulundurulması konusunu İsviçre hukukuna taşıyan “İsviçre KY İçin En İyi Uygulama Kodu”³⁹, KY çalışmalarının genelde gönüllü uygulamaları öngören ancak kuralları incelendiğinde yarı zorunlu hükümler içerdikleri gözlemlenen çeşitli KYİ ile özellikle kotasyon mevzuatı içinde uyulması zorunlu hale gelmiş bulunan hukuk kurallarına karşı açık bir söylemle, “İsviçre kodunun amacının ortaklıklara dar bir ceket giymeye zorlamak olmadığını”, her ortaklığın yapılanma ve örgütlenme bağlamında kendi tercihlerini uygulama özgürlüğüne sahip bulunduğunu net bir biçimde vurgulamıştır. Kanımca, aynı isabetle vurgulanan bir başka husus da şirket içindeki son sözün ortak sıfatıyla yatırımcılara ait olmasıdır. (I/1) Genel Kurulun önemini ortaya çıkartan bu yaklaşımı, ilerki bölümlerde yapılacak değerlendirmeler açısından da hatırdta tutmakta yarar vardır. İsviçre Kodu, çıkar çatışmasını önleme amacıyla TK'na da alınmış bulunan rekabet yasağı ve şirketle iş yapma yasağı gibi düzenlemeleri ön plana aldıktan sonra (d/16), YK üyeliğinin “iyi dengelenmiş” olmasının gereğine işaret etmiştir. (c/12) Bu çerçevede hem sayısal dengenin ortaklığın ihtiyacına uyacak biçimde, etkin hareket etmeyi sağlayacak kadar küçük, hem de İcrayı ve onun faaliyetlerini denetleyecek kapasitede ve değişik alanlardaki bilgi ve deneyimlerin ortaklık hizmetine verilmesini sağlayacak ölçüde geniş tutulmasını önermiştir. Kod, bu bağlamda YK üyelerinin “bağımsız karar” alabilecek yeterlilikte olmalarını ve YK üyelerinin çoğunluğunun günlük yönetim faaliyetlerinin dışında kalan, icradışı üyelere oluşmasını öngörmüştür (b/12).

3) Basel Bankacılık Gözetim Komitesi (The Basel Committee on Banking Supervision)

KY arayışlarının bankalara dönük bölümü üzerinde BIS (Bank For International Settlements) bünyesinde çalışan Basel Komitesi'nin⁴⁰ konuya ilişkin iki raporu bulunmaktadır. Komite'nin Basel I olarak adlandırılan ilk raporunda⁴¹ banka örgütlenmesi düzleminde iyi bir KY oluşturulması için birincil sorumluluğun YK ve banka üst yönetimine ait olduğunu ifade edilmekle birlikte başka etkenlerin de bu doğrultuda önemli rol oynadığına isabetle vurgu yapılmış bulunmaktadır. (IV/28). Bu bağlamda iyi bir KY sağlanması için kamu yönetiminin

³⁸ HOPT-LEYENS : agm.s.17-18.

³⁹ Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance, economisuisse, 2002

⁴⁰ Basel Komitesi on ülkenin (Belçika, Kanada, Fransa, Almanya, İtalya, Japonya, Lüksemburg, Hollanda, İsveç, İsviçre, İngiltere ve ABD) Merkez Bankası guvernörleri tarafından oluşturulmuş, sektörün sağlıklı çalışması amacıyla özellikle gözetim işlevi açısından çalışmalar yapan ve bu doğrultuda üye ülkelerin temsilcilerinin katılımı ile yılda düzenli olarak dört kez toplanan bir komitedir. Söz konusu çalışmaların yasal bağlayıcılığı yoktur ve uluslararası resmi bir gözetim otoritesi sıfatı taşımaz. Bununla birlikte, tavsiyeleri ve yol gösterici çalışmalarıyla döviz ve para piyasalarının evrensel sağlamlılığının sağlanması ve sürdürülmesi doğrultusunda özellikle düzenleme, denetim ve gözetim alanlarında üye ülkelerin benzer yaklaşımlara sahip kılınması, ortak standartlar oluşturularak bankacılık tekniklerinde uyumlaştırmanın gerçekleştirilmesi doğrultusunda büyük rol oynar.

⁴¹ Basel Committee : agr.

yasalar yoluyla, borsalar ve düzenleyici kuruluşların kamunun aydınlatılmasına ve kotasyona ilişkin kurallar yoluyla, denetim kuruluşlarının denetim standartları yoluyla, bankacılık sektörü kuruluşlarının da gönüllü uygulamalar yoluyla sarfetmeleri gereken çabalar bulunmaktadır.

Sağlıklı bir KY yapısının ortaya konması için birincil sorumluluğa sahip YK'nun oluşumuna ve bağımsızlığa dönük olarak Komite'nin yaklaşımı, bağımsız üye ifadesini kullanmadan ve bu doğrultuda herhangi bir sayı ya da oran zikretmeden, yeterli sayıda YK üyesinin, icra kadrolarının, geniş ortaklık bünyesinin ve hükümetin “yaklaşımlarından bağımsız” olarak muhakeme yürütebilecek ve karar alabilecek nitelikte olmasının gerekliliği yönündedir (III/16). Raporda bağımsız üyeden “doğrudan” söz edilmemekte, buna karşılık “bankanın fiili yönetimi” (bank's management) dışında kalan üyelerin ya da bir gözetim kurulunun varlığının bağımsızlık ve tarafsızlığı güçlendireceği belirtilmektedir. Raporun dilinde bağımsız üye denmiş olmasından kaçınılarak yer yer “banka yönetimi dışından” veya “dışardan yönetici” tanımlamalarının kullanılmış olması dikkat çekicidir. Bu bağlamda belirtmek, tanımlanmak ve önerilmek istenenin, ölçütleri üzerinde genel mutabakat bile sağlanamamış olan soyut ve muğlak bir bağımsızlığı temsil eden üyeler değil, sadece somut biçimde icra görevi dışında kalan (ve bu nedenle de ortaklıkla hiçbir biçimde ilgisi bulunmaması gibi şartlara da tabi olması gerekmeyen) üyeler olduğu sonucuna varmak gerekir.

Basel II olarak kısaca ifade edilen, 26 Haziran 2004 tarihli “International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards” adlı çalışmada da bankacılık sektörünün evrensel düzlemde istikrarlı bir güvenilirlik sergilemesi doğrultusunda ve ağırlıklı olarak risk değerlendirilmesi çerçevesinde mevcut düzenlemelere oranla daha geniş ve daha yüksek standartlar ortaya konulurken KY'e de atıf yapılmıştır. Adı geçen çalışmanın Corporate Governance başlığı altındaki 438-440.paragraflarında YK'da bağımsız üye bulundurulmasına ilişkin her hangi bir öneri ve tavsiye bulunmamaktadır. Keza daha ilerde, YK ve Üst Düzey Yönetiminin gözetimine ilişkin bölümün başında, ülkelerin hukuksal düzenlemelerinin gösterdiği farklılıklar dolayısıyla bu konunun da farklı yapılanmalara yol açmasının kabul edilmesi gereken bir gerçek olduğu belirtilerek, herhangi bir bağımsızlık zorlamasına yer verilmemiş, çalışmada YK ve Üst Düzey Yönetim (Board of Directors / Senior Management) olarak yapılan adlandırmaların birbirlerinden ayrı iki organı hukuksal olarak ifade etmek için değil, bu farklı adlandırmanın sadece banka içinde karar alma işlevine sahip iki birimi birbirinden ayırdedebilme amacıyla yapıldığının altı çizilmiştir⁴².

Basel Komitesi'nin bir başka istişari dokümanında da “bağımsızlık” başlığı altında sadece bankaların denetim kurallarına uygunluğu ile ilgili açıklamalarda, bu açıklama işlevinin bankanın günlük işlerinin yönetiminden bağımsız olması gereğinden söz edilmiş bulunmaktadır⁴³.

4) New York Menkul Kıymetler Borsası / New York Stock Exchange (NYSE)

Evrensel sermaye piyasalarının tartışmasız önde gelen hisse senedi borsası olan NYSE'de kayıtlı ortaklıklara uygulanmak üzere SEC tarafından 2003 yılında kabul edilmiş bulunan KYİ , borsaya kote şirketlere ilişkin kuralları içeren NYSE's Listed Company Manual'in

⁴² Basel Committee on Banking Supervision : International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards. S.159,par.728, dipnot: 111. BIS, Basel, Switzerland, June, 2004. Basel II kurallarının 2006 yılından itibaren tüm AB üyesi ülkelerin bankaları tarafından uygulanması Birlikçe kararlaştırılmıştır.

⁴³ Basel Committee on Banking Supervision : The Compliance Function in Banks. Para. 20-25,s.5. BIS, October, 2003.

Kurumsal Sorumluluğu (Corporate Responsibility) düzenleyen 3.bölümünün içinde 303A alt diliminde Kurumsal Yönetim Standartları başlığı altında yer almaktadır.

Bölüm başında Genel Uygulama başlığı altında (303A.00) yer alan çok önemli bir açıklama, KY standartlarının bir bütün olarak tüm ortaklıklara şamil olmadığını ortaya koymaktadır. Açık ve kapalı uçlu fonlar, yabancı ihraççılar ve diğer bazı kuruluşlar, KY'e ilişkin olarak kendi özelliklerinden doğan kimi durumlarda kuralların bazılarını uymaktan istisna edilmişlerdir. Bunlar arasında, halka açıklık oranının da bu çerçeve içine alınmış olması dikkati çekmektedir. İstisna hükümlerine giren kurumların, KYİ'ne ilişkin Section 303A.01,04,05'de yer alan hükümlere uymak zorunluluğu bulunmamaktadır. Hemen belirteyim ki, bunlardan 303A.01 hükümleri bağımsız YK üyeliğine, diğerleri de bağımsız üyelerden oluşması genel kuralı bulunan komitelere ilişkindir.

KY Standartlarına uymaktan bağışık tutulanların dışında kalanlar için ise YK üyelerinin aşağıda ayrıntılı biçimde görüleceği üzere, en az yarısının bağımsız üyeden oluşması kuralı getirilmiştir.(303A.01) Bağımsız üyenin nitelikleri de geniş biçimde sayılmış (303A.02), atama, KY ve ücretlendirme komiteleri gibi önemli komitelerin ise tamamen bağımsız üyelerden oluşması öngörülmüş (303A.04 ve 05) ve nihayet borsaya kote ortaklıkların KY'e ilişkin yönlendirmelere uymalarının ve bu doğrultuda kamuya açıklama yapmalarının zorunlu olduğu belirtilmiştir (303A.09).

5) Bankalar

OECD'nin, AB'nin, AB'ye üye bazı ülkelerin, Bankacılığa ilişkin Basel komitesinin ve New York borsasının KY yaklaşımları içinde bağımsız üye konusundaki öngörülerine baktıktan sonra, son olarak, mercek altına almış bulunduğumuz bankaların dünya çapında önde gelenlerinin konuya yaklaşımlarına da kısaca göz atalım. Hemen belirteyim ki, burada dikkat çeken ortak nokta hangi ülkenin kanunlarına tabi olarak kurulmuş olursa olsun, uluslararası borsalarda hisse senetleri işlem gören bankaların NYSE tarafından konulan kurallara belirli ölçülerde uyma zorunluluğu taşımakla birlikte YK'da ağırlıklı olarak bağımsız üye bulundurulması doğrultusundaki hükümlerine adeta gönülsüz biçimde yaklaşmalarıdır. Bu olgu aşağıda görüleceği üzere "uygula ya da açıkla" kuralı uyarınca ilgili otoritelere ve kamuya yaptıkları açıklamalarda kendini açıkça hissettirmektedir.

5.1) The Hongkong and Shanghai Banking Co.Ltd. (HSBC)

Merkezi Londra'da bulunmakla birlikte hisse senetleri New York, Londra, Hong Kong, Paris ve Bermuda borsalarında işlem görmekte ve 100 değişik ülkeden 200.000 yatırımcının ortak olduğu banka, hisse senetlerinin NYSE'e kote olması nedeniyle uymakla yükümlü bulunduğu KY gerekliliklerine gösterdiği uyum konusunda yapmış olduğu ve yıllık genel kurul zabitlerine geçmiş bulunan açıklamasında, kendi yapısal uygulamasının adı geçen borsa kurallarından farklılık arzettiğini bildirmiştir. Banka, NYSE kurallarına göre YK üyelerinin çoğunluğunun bağımsız olması gerekirken, kendi uygulamasında üyelerin ancak yarısının bu nitelikte olduğunu belirtmiş ve bağımsızlığın tanımı konusunda da NYSE'in ayrıntılı kalıpları yerine HSBC Holding'in uyduğu Combined Code'un koymuş olduğu daha genel standartları seçtiğini ifade etmiştir. Burada bağımsızlık kavramının, icrai faaliyetlerden uzak kalmak ve bağımsız davranmayı önleyecek ilişkiler içinde olmamak biçiminde esnetildiği görülmektedir.

Nitekim HSBC'nin YK'sında şirkete orta olan ve ondan önemli ölçüde gelir sağlayan isimler de yer almaktadır⁴⁴.

5.2) Union Bank of Switzerland (UBS)

İsviçre bankacılık mevzuatı ve onun yükümlülüklerine tabi olmakla birlikte geniş bir ortaklık yapısını temsil eden hisse senetlerinin NYSE'de de işlem görmesi nedeniyle, UBS tarafından genel kurul sonrasında yapılması zorunlu kamuoyu açıklamasında adı geçen borsanın koyduğu KY standartlarının “çoğuna” uyulduğu belirtilmiştir. Bu paralelde, ortaklığın stratejisinin çizilmesinden, yönetiminden ve icranın gözetiminden sorumlu olan YK üyelerinin yarısından fazlasının bağımsız ve icra dışı üye olduğu açıklanmış ancak üyelerin bir kısmının NYSE tarafından çizilen bağımsızlık tanımına tam anlamıyla uyduğu ifade edilirken, bazı üyelerin ise bu tanımlamaların “çoğuna” uymakla birlikte uymayan yanlarının da bulunduğu ve bunların da (daha esnek olan) İsviçre standartları çerçevesinde kabul edilebilir olduğu belirtilmiştir⁴⁵.

5.3) Deutsche Bank

Alman mevzuatı çerçevesindeki kuruluş ve faaliyetinin yanısıra hisse senetleri NYSE'de de kote olmakla bu borsanın kotasyon koşullarına da belirli ölçüde uyma yükümlülüğü bulunan Deutsche Bank, KY konusundaki yaklaşımını yıllık faaliyet raporunda, iyi yönetilen ve denetlenen bir yapı içinde dört anahtar unsura bağlamış, bunların ortaklarla iyi ilişkiler, Yönetim Kurulu ile Gözetim Kurulu arasındaki uyum, ücretlendirmenin sağlam sisteme oturtulması ile saydam ve zamanında raporlama olduğunu belirtmiştir. Bu çerçevede organların ikili Alman modeli doğrultusundaki yapılanmalarında⁴⁶, görev ve işbölümü ölçütlerinde YK'da bağımsız üye kavramına rastlanılmadığı gibi bankanın KYİ'ne uyum açıklamalarında da NYSE'nin muhasebe standartlarına ilişkin koşullarına uyumun dışında, YK ve Gözetim Kurulunun esas itibarıyla Alman mevzuatına uyumlu olduğu açıklamasına yer verilmiştir⁴⁷. Bankanın NYSE'e yolladığı ve KY uygulamaları konusunda ilgili borsa tarafından konulan koşullar karşısında kendi yapısal farklılıklarını gerekçelendiren açıklamada belirttiği üzere icra ve denetim işlevleri Alman mevzuatı doğrultusundaki banka uygulaması uyarınca zaten Yönetim ve Gözetim kurulları arasında paylaştırılmış olduğu için KY arayışları çerçevesindeki bağımsız üyelik kavramının ortaya atılmasına neden olan ihtiyaç kendiliğinden karşılanmış olmaktadır. YK icradan sorumlu olarak faaliyet göstermekte, bu kurul üyelerini atayan ve görevden alan ve içinde çalışan temsilcilerinin de bulunduğu Gözetim Kurulu ise icrai kararlara katılmadan İcra'dan aldığı raporlar çerçevesinde denetim işlevini yerine getirmektedir⁴⁸. Bu bağlamda amaç hasıl olmuş sayıldığından ayrıca bağımsız üyelik kavramı söz konusu edilmemektedir. Nitekim, söz konusu kurullarda yer alan üyelerin banka ile ortaklık ve ücret yollu maddi ilişkilerinin bulunduğu belirtilmektedir.

5.4) JP Morgan Chase

Bir örnek de yatırım bankalarından vermek gerekirse, sermaye piyasası faaliyetleri ve aracılık yüklenimi üzerinde yoğunlaşan bu sektörün önde gelen kuruluşlarından birisi olan JP

⁴⁴ HSBC Holdings plc. Notice of Annual General Meeting, 28. 05. 2004.

⁴⁵ UBS. Corporate Governance, s.83, 108 vd..

⁴⁶ Terms of References for the Supervisory Board of Deutsche Bank AG. Feb,4.2004

⁴⁷ Declaration of Conformity Pursuant to German Stock Corporation Act. (AktG) October 29,2003.

⁴⁸ Significant Differences in Corporate Governance Practices for Purposes of Section 303A.11 of the New York Stock Exchange Listed Company Manual. March 25,2004

Morgan'ın YK'da bağımsız üyelik doğrultusundaki yaklaşımının da NYSE kotasyon koşullarına paralel olduğunu söylememiz gerekir. Oniki üyeden oluşan ve Ocak 2004'de açıklanan Bank One ile birleşmenin gerçekleşmesiyle onaltıya çıkacağı belirtilen YK üyelerinin çoğunluğunu icradan sorumlu olmayan üyelerin oluşturduğu görülmektedir⁴⁹. İcranın dışında kalan bu üyeler bağımsız üye vasfını taşımaktadır. Bu üyelerin kuruluşla geçmişlerinde ve görev süreleri içinde çalışan sıfatıyla bağlantılarının bulunmaması, iş ve mali ilişkilerinin olmaması gibi öncelikli ölçütlerin kullanılmasıyla bağımsızlıkları vurgulanmaktadır.

Hisse senetleri çeşitli uluslararası piyasalarda işlem gören, yaygın ortaklık yapısına sahip ve operasyonel büyüklükleri itibariyle dünya çapında tanınmışlıkları olan bazı kredi ve finansal aracılık kuruluşlarının da YK'da bağımsız üye bulundurulmasına ilişkin konularından örnekler verdikten sonra sıra aşağıda Üçüncü Başlık altında Sermaye Piyasası Kurulumuz tarafından yayımlanmış olan kurumsal yönetim ilkelerinin bu doğrultuda ortaya koyduklarını değerlendirmeye gelmiş bulunmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BAŞLIK SPK KYİ'NİN BAĞIMSIZ ÜYELİK KONUSUNDAKİ YAKLAŞIMI

I) SPK KYİ'nin YK'da Bağımsız Üye Bulundurulmasına İlişkin Hükümleri ve Bağımsızlık Kavramının Değerlendirilmesi

1) Genel Yaklaşım

Temmuz 2003 tarihinde yayımlanan SPK KYİ dört bölümden oluşmaktadır. Bu bölümlerden birincisi "Pay Sahipleri", ikincisi "Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık", üçüncüsü "Menfaat Sahipleri", dördüncüsü de "Yönetim Kurulu" başlığını taşımakta ve bu dört başlık altında SPK tarafından vaz'edilen prensipler yer almaktadır.

Konumuzu ilgilendiren düzenlemeleri içeren IV.Bölüm de kendi içinde altı altbaşlığa bölünmektedir. Bu altbaşlıklar sırasıyla şunlardır : "Yönetim Kurulunun Temel Fonksiyonları", "Yönetim Kurulunun Faaliyet Esasları ile Görev ve Sorumlulukları", "Yönetim Kurulunun Oluşumu ve Seçimi", "Yönetim Kuruluna Sağlanan Mali Haklar", "Yönetim Kurulunda Oluşturulan Komitelerin Sayı, Yapı ve Bağımsızlığı", ve "Yöneticiler".

Bölümün girişinde YK'nın, GK'da paydaşlar tarafından verilmiş yetki doğrultusunda, mevzuat, esas sözleşme, şirket içi düzenlemeler ve politikalar çerçevesinde yetki ve sorumluluklar kullanarak şirketi temsil eden en üst seviyede yürütme organı olduğu belirtildikten sonra şirketin piyasa değerinin mümkün olan en üst seviyeye çıkarılmasını hedef aldığı açıklanmasıyla da şirket verimliliğinin önemine vurgu yapılmaktadır. Bunu teminen, YK üyelerinin yetenek, beceri ve deneyim düzeyleri ile bağımsızlık derecesinin doğrudan etkili olduğu görüşüyle bağımsız üyelerin YK'da "çoğunlukta" bulunmasının da KY'in doğru ve tarafsız olarak uygulanması için önemli unsurlardan biri olduğu sonucuna

⁴⁹ JP Morgan Chase Annual Report 2003

varılmaktadır. Ancak aynı paragrafta ve hemen izleyen cümle içinde bu kez “ülke uygulamalarının dikkate alınarak” bu oran bir öncekinden farklı olarak “en az üçte bir” e indirilmekte fakat ülke düzleminde hangi uygulamaların dikkate alınarak bu oranlar üzerinde karar kılındığı daha doğrusu kararsız kalındığı açıklanmadığı gibi söz konusu muğlaklık, ilerde “bu sayının ve oranın artırılması” temennisiyle ve bu kez herhangi bir oran belirtilmeksizin genişletilmektedir.

Giriş kısmında YK'nın çalışmalarını daha sağlıklı biçimde yürütebilmesi için de komiteler oluşturması önerisi yapılmakta, ortaklığın boyutuna, ortaklık yapısına ve halka açıklık oranına bakılmaksızın ve bunlara uygun ayrıştırmalar yapılmaksızın “birçok ülkede olduğu üzere” denilerek, “Denetimden Sorumlu Komite”, “KY Komitesi”, “Stratejik Planlama Komitesi”, “İnsan Kaynakları ve Ödüllendirme Komitesi”, “Uzlaşma Komitesi”, “Etik Komitesi” gibi komitelerin kurulması önerilmektedir.

2) Yönetim Kurulunun Oluşumu ve Seçimi

Bölümün “YK'nın Oluşumu ve Seçimi” altbaşlığı altında da şu dört prensip sayılmaktadır :

- “YK en üst düzeyde etki ve etkinlik sağlayacak şekilde yapılandırılır”.

Bu prensibin açılımında görülen, YK üyesi olmak isteyenler için yasalarda belirlenenlere ek bazı niteliklerin getirilmiş olmasıdır. SPK KYİ gereğince ortaklıklarda YK üyeliği yapmak isteyenlerin yüksek bilgi ve beceri düzeyine sahip, nitelikli, belli bir tecrübe ve geçmişe sahip bulunması (3.1.1), şirketin faaliyet alanı ve yönetimi konusunda ayrıca bilgili, özel sektör veya kamuda çalışmak suretiyle deneyim kazanmış, tercihen yüksek öğrenim görmüş nitelikli kişilerden olması (3.1.3), sermaye piyasası mevzuatı, sigortacılık mevzuatı, bankacılık mevzuatı, kara paranın aklanmasının önlenmesine dair mevzuat ile ödünç para verme işleri hakkında mevzuata aykırılıktan ve/veya taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar dahi ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis veya zimmet, nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya devlet sırlarını açığa vurma, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs ya da iştirak suçlarından dolayı hüküm giymemiş olması (3.1.2) gerekmektedir. YK üyeliği için aranan nitelikler bunlarla da sınırlı kalmamakta, YK üyeliği adaylarında “ayrıca” aranacak “asgari nitelikler” de şöyle sıralanmaktadır : Mali tablo ve raporları okumak ve analiz edebilmek, şirketin gerek günlük gerek uzun vadeli işlemlerinde ve tasarruflarında tabi olduğu hukuki düzenlemeler hakkında temel bilgiye sahip olmak, YK'nın ilgili bütçe yılı için öngörülen toplantıların tamamına katılma olanağına ve kararlılığına sahip olmak (3.1.5)

- “YK'da icrada görevli olan ve olmayan üyeler bulunur.”

Bu prensibin açılımında görülen, YK Başkanlığını yapacak kişi ile icranın başı konumunda, bir anlamda genel müdür pozisyonunda bulunan kişinin aynı isim olmaması ve yönetim kurulu üyelerinin yarısından fazlasının da icrada görev almaması kuralının getirilmesi ile günlük işlerden sorumlu üst yönetim ile onları denetleme durumunda olanların birbirlerinden ayrılarak ortaklık içindeki güvenilirlik ve verimliliğin sağlanması doğrultusunda yönetim kademelerindeki güçlerin ayrıştırılması suretiyle denge oluşturulmasının hedeflenmiş olduğudur.

- “YK üyeleri içerisinde, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın icra etme niteliğine ve potansiyeline sahip bağımsız üyeler bulunur.”

Bu prensip açıldığında göze ilk çarpan ve konumuz açısından en çarpıcı olan husus, YK'nın, sayısı ikiden az olmamak kaydıyla en az üçte birinin “bağımsız üye”lerden oluşturulmasının öngörülmesidir (3.3.1). Bağımsız üye, ortaklıktan maddi çıkar elde edebilecek ancak ücret, huzur hakkı ve benzeri maddi olanaklar, kendisinin de içinde bulunduğu YK'nın önerisi ve GK'nın onayı çerçevesinde bağımsızlığını koruyacak düzeyde tutulacaktır (3.3.2) Bağımsız üyeye ilişkin bu oranın farklı ortaklık yapıları ve büyüklükleri olan kuruluşlarda, niçin ve hangi bulgu, veri, araştırma, talep vb. dayanaklara dayandırılarak bu şekilde saptandığı hususunda herhangi bir açıklık yoktur. Keza bağımsız üyeye verilecek maddi olanakların ücret ve huzur hakkı kalemleri sayıldıktan sonra “gibi” demek suretiyle uzatılmasının nereye kadar devam edeceğine ilişkin bir işaret de mevcut değildir. Maddi çıkarların, YK üyesinin bağımsızlığını bozmaması için hangi düzeyde olması gerektiğinin yanıtını bulmak da mümkün değildir. YK üyeliği konusundaki SPK KYİ, görev süresini belirlemeyi de kendi görev alanı içinde addetmekte ve bir şirkette yedi yıl süre ile YK üyeliği yapan bir kişinin YK'ya bağımsız üye olarak atanamayacağı hükme bağlanmaktadır (3.3.4). Bu bağlamda, altı yıl görevde kalmış bir kişinin bağımsız sayılırken bir yıl daha görev yapması halinde bu bağımsızlığı yitirmiş kabul edilmesinin hangi objektif, bilimsel ya da piyasa uygulamasından kaynaklanan kriterlere dayandırıldığı açıklaması bulunmamaktadır. Bağımsızlığı belirleyen ölçütler aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

- “YK üyelerinin seçiminde, birikimli oy sisteminin uygulanmasına öncelik verilir.”

Birikimli oy sistemi, parlamenter demokrasilerde farklı düşünceye sahip kesimlerin Meclis'te temsiline olanak veren ve bir zamanlar bizde de Milli Bakiye Sistemi adıyla kullanılmış bulunan sistemlere benzer biçimde ortaklık içindeki demokrasinin daha sağlıklı biçimde işlemesi ve hakim konumda olmayan hissedarların dahi organlarda temsiline olanak tanıyan bir oylama modelidir. SPK'nın “Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ”⁵⁰ başlıklı düzenlemesi ile 2003 yılında hukuk düzenimize girmiş bulunan bu uygulama sayesinde küçük pay sahiplerinin, sahip oldukları oy hakkı, seçime konu organın üyelik sayısı ile çarpılmak suretiyle bir ya da birkaç aday üzerinde yoğunlaştırılabilmekte, bu yolla hakim ortakların listesi delinerek bunların adaylarının dışındaki kişilerin de göreve getirilmesine olanak sağlanmaktadır.

3) Bağımsızlık ölçütleri

Bağımsız üyelerin kimin tarafından, hangi esaslar dahilinde seçileceği ve bu esasların yasaların YK üyeliği seçimine ilişkin emredici hükümlerine nasıl uyarlanacağı gibi önemli noktalarda açıklık getirmeyen SPK KYİ, bağımsızlık ölçütlerini ise ayrıntılı biçimde tadad etmektedir (tek tek saymaktadır). Bu sayıma göre aşağıdaki ölçütlere uyan YK üyesi “bağımsız üye” olarak nitelendirilecektir :

- “Şirket veya şirketin iştiraki, bağlı kuruluşu ve grup içi şirketlerden biri ile kendisi, eşi ve üçüncü dereceye kadar kan ve sıhrı hısımları arasında son iki yıl içinde istihdam, sermaye veya ticaret anlamında doğrudan veya dolaylı bir menfaat ilişkisinin kurulmamış olması,

⁵⁰ Seri : IV, Tebliğ No : 29 RG, No: 25024, T: 18.2.2003

- YK'ya belirli bir pay grubunu temsilen seçilmemiş olması,
- Başta şirketin denetimini ve danışmanlığını yapan şirketler olmak üzere, yapılan anlaşmalar çerçevesinde şirketin faaliyet ve organizasyonunun tamamını veya belli bir bölümünü yürüten şirketlerde çalışmıyor olması ve son iki yıl içerisinde yönetici olarak görev almamış olması,
- Son iki yıl içerisinde, şirketin bağımsız denetimini yapan kuruluşlarda istihdam edilmemiş veya bağımsız denetim sürecinde yer almamış olması,
- Eşi veya üçüncü dereceye kadar olan kan ve sıhrî hısımları arasında hiçbirisinin şirkette yönetici, toplam sermayenin % 5'inden fazlasını elinde bulunduran pay sahibi veya veya herhangi bir yönetici pozisyonunda veya şirketin kontrolünde etkili olmaması,
- Şirkete önemli ölçüde hizmet ve ürün sağlayan firmaların herhangi birisinde çalışmamış ve son iki yıl içerisinde yönetici olarak görev almamış olması,
- Şirketten YK üyeliği ücreti ve huzur hakkı dışında başka herhangi bir gelir elde etmiyor olması; YK görevi dolayısıyla hissedar ise % 1 seviyesinin altında hisseye sahip olması, bu payların imtiyazlı olmaması.”

SPK KYİ'nin bağımsızlık kriterlerinin mukayeseli mevzuat ve uygulama açılarından değerlendirmesini yapabilmek amacıyla NYSE ve LSE'nin kriterlerine dönelim ve önce NYSE'de geçerli KY standartlarını düzenleyen Listed Company Manual'in Sec.303A.02 maddesinin “bağımsız üye” den neyi kastettiğine bakalım:

Buna göre, bir YK üyesinin “bağımsız” sayılabilmesi için kendisinin kote ortaklıkla doğrudan doğruya ya da söz konusu ortaklıkla ilişkisi bulunan bir şirketin görevlisi gibi dolaylı yoldan herhangi bir sıfatla maddî ilişkisinin bulunmadığının YK tarafından belirlenmesi ve bunun kamuya açıklanması lazımdır (02/a). Bunun dışında, ortaklıkla istihdam ilişkisi bulunan ya da yönetimde 1.dereceden yakın akrabası bulunan YK üyesi, bu tür ilişkilerin sona ermesinden itibaren üç yıl geçene kadar bağımsız sayılamaz (02/b.i). Keza, ortaklıktan bazı hak ve tazminatların dışında kendisi ya da birinci dereceden yakın akrabası yıllık 100. 000 doların üzerinde doğrudan ücret alan YK üyesinin bağımsızlığı da bu tür ödemelerin son bulmasından itibaren üç yıl geçmedikçe söz konusu olamaz (02/b.ii). Ayrıca kendisi veya 1.dereceden yakın akrabasının, ortaklığın halen ya da eskiden iç veya dış denetimini yapanlarla iş ya da istihdam ilişkisinin bulunması halinde bu ilişkinin bitiminden itibaren yine 3 yıllık sürenin geçmemesi de YK üyesinin bağımsız sıfatını almasına manidir (02/b.iii). Nihayet, ortaklıkla hizmet anlaşması olan kuruluşlarla çapraz yönetim ilişkisinin bulunması halinde, bunun sona ermesinden itibaren üç yılın geçmesi de bağımsızlık için şart koşularken (02/b.iv), herhangi bir mali yıl içinde mal ve hizmet satışlarından dolayı herhangi bir kote ortaklıkla belli miktarların üzerindeki tutarlarda ödeme ya da tahsilat ilişkisi içinde olan ortaklık yöneticisinin ya da birinci dereceden akrabası bu konumda bulunan üyenin de bağımsız sayılması için söz konusu tutarlardaki ilişkinin sona ermesinden itibaren yine üç yılın geçmesi gerekmektedir (02/b.v).

İngiliz sistemine bakıldığında da bu konuda ilk göze çarpan husus, ortaklığın yönetiminde icrai faaliyetlerden sorumlu yönetici ile YK'nın önderi konumundaki Başkan'ın taşımaları gereken sorumlulukların bölünerek bunlar arasında paylaşılması ve bu yapılanma ile karar verme yetkisi taşıyan hiç kimseye bu doğrultuda sınırsız yetki kullanım olanağı bırakılmamasıdır (The Combined Code Sec.1.A.2). Buna paralel olarak YK'da icradan sorumlu olan ve olmayan üyeler arasında denge kurulması da ana prensip olarak vaz' edilmiştir (A.3) . İcradan sorumlu olmayan üyelerin bağımsız olmaları öngörülmektedir (A.3.1). Bunların kurul içindeki dengesi de başkan hariç olmak üzere icradan sorumlu

olmayan bağımsız üyelerin YK'nın en az yarısı oranında olmasıyla oluşturulmaktadır . FTSE 350 şirketleri arasında yer alamadıkları için “küçük ortaklık” olarak nitelendirilenlere ise bu oransal dengede bir istisna tanınmakta ve bu kategoriye girenlerden YK'da icradan sorumlu olmayan en az iki bağımsız üye bulundurulması istenmektedir (A.3.2). Üyenin “bağımsız” sayılabilmesi için de, ortaklık ya da bağlı olduğu grupla son beş yıldır istihdam ilişkisinin bulunmaması, ortak, üst yönetici gibi sıfatlarla son üç yıl içinde doğrudan maddi iş ilişkisi içine girmiş olmaması, ortaklıktan yönetici ücretinden başka hisse alımı vb. menfaatler temin etmemiş, etmemekte olması, ortaklık danışmanları, kurul üyeleri ve üst yöneticileri ile yakın akrabalık ilişkilerinin bulunmaması, diğer üyelerle çapraz üyelik ilişkisine girmemesi, hakim ortağı temsil etmemesi, üyelik süresinin ilk seçildiği tarihten başlamak üzere dokuz yılı aşmaması gibi ölçütler bulunmaktadır.

Evrensel sermaye piyasalarının en üst düzleminde yer alan NYSE ve LSE'de kayıtlı ortaklıklara şamil olmak üzere hazırlanan ve başlangıçta gönüllü uygulamalara dönük tavsiyelerden ibaret iken, zaman içinde uyulması zorunlu kotasyon kurallarına dönüşme eğilimi gösteren KYİ'nin YK'da bağımsız üye bulundurulmasına ilişkin bölümünde yer alan bağımsızlık ölçütlerini ülkemizde SPK tarafından yayımlanan KYİ'nin ilgili prensipleri ile karşılaştırdığımızda iki noktanın kendilerini ağırlıklı biçimde ortaya koyduklarını görürüz.

Birincisi, “bağımsızlık” kavramı üzerinde sağlanmış bir mutabakatın bulunmayışıdır.

İkincisi, bağımsız üyenin hangi “aded veya oranda” bulunmasının amaca uygunluk arzedeceği yönünde de mutabakat bulunmayışıdır.

KY arayışlarını İlke, Uygulama Kodu vb. başlıklar altında ele alarak kurallaştırma çalışmalarında bulunan farklı yaklaşımlar tarafından evrensel esnekliği sağlamak ve uygulama çekingenliğini azaltmak amacıyla uygulamaların her ülkenin kendi sistemik yapısı içinde farklılık arzedebileceği genel anlamda yinelenen bir husus olmakla birlikte iş yaşamının kendine özgü evrensel koşullarını ülkelere göre farklı biçimlere yapay olarak ayırıştırmanın da bir mantığının bulunmadığını kabul etmek gerekir. Şayet KY arayışları çerçevesinde YK'da bağımsız üye bulundurulması yaygınlık arzeden bir kurala dönüştürülecek ise, “bağımsızlık” kavramının da ülkeden ülkeye değişmeyeceğini bilerek bir tanım birliğine gitmek sıkı, daha az sıkı ve esnek tanımlamalara ve yorumlara olanak bırakmamak gerekir. “Uygula ya da açıkla” ilkesinin sağladığı serbestinin sürmesi halinde, “bağımsızlık” gibi belirleyici bir kavram üzerinde ayrıca bir de yorum çeşitlenmesine gitmenin yararı yoktur. Combined Code'un hangi ölçülere göre saptandığını anlamamanın gerçekten güç olduğu, YK'daki görev süresinde dokuz yılını tamamlayan bir üyenin daha sonrasında bağımsız sayılamayacağı hükmü ile SPK KYİ'nin aynı süreyi hangi gerekçeyle olduğu belirtilmeden yedi yıllık süreye indirmiş olması gibi yaklaşım farklılıklarının bağımsızlık kavramı etrafında karmaşadan öteye bir yarar getirmeyeceğini bilmek gerekir. Hisse senetleri LSE'de işlem gören bir İngiliz ortaklığının İMKB'ye de kote olmak istemesi varsayımında, bu kural farklılığı SPK KYİ gereğince, adı geçen şirketin sekiz yıllık YK üyelerine sahip olması nedeniyle yerli mevzuata aykırı bir konumda kalmasına neden olacaktır. Her ne kadar görünüşteki uygulama “bugün için”, “Uygula, uygulamıyoran açıkla” serbestisini içeriyorsa da bu ve benzeri farklılıklar ortaya “bugün için bile” en azından mantıken yanıtlanması güç sorular çıkartabilecektir.

Keza, SPK KYİ'ne göre ortaklıkla üye arasındaki bağımsızlık çizgisini bozabilecek menfaat ilişkisi kendisinin dışında eşi ve üçüncü dereceye kadar kan ve sıhri hısımlarını kapsamakta iken, bu kapsam NYSE KY kurallarında “birinci dereceden yakın akraba” olarak

daraltılmakta, bunlara karşılık CC’de “yakın akrabalık ilişkileri”nden söz edilmektedir ki hukuksal yargı söz konusu oldukça bunların çok farklı sonuçlara yol açması kaçınılmazdır.

Akrabalık bağların varlığında bu nedene dayalı olarak ilişkilerin bağımsızlığı zedelediğinin kabulü için SPK KYİ iki yıllık bir geçmişi yeterli görmekte iken bu hususta NYSE KY kuralları üç yıllık bir baraj koymaktadır. Aynı bağlamda CC ise, istihdama yönelik bağlar için beş, onun dışında kalan ilişkiler için ise üç yıllık süreler öngörmektedir.

YK üyeliğinde bağımsızlık niçin önemlidir ? Neyi önlemek, kimler arasında, hangi çıkar çatışmalarını ortadan kaldırmaya ya da sonuçlarını hafifletmeye yöneliktir ? Çıkar çatışmalarını önlemenin ve KY arayışlarının amacına dönük sonuç almanın ekonomik yaşam gereklerine en uygun yöntemi ya da yöntemlerinden biri, belirli / belirli olmayan sayıda, niteliği üzerinde mutabakat sağlanmamış olan bir bağımsızlık üyelik müessesesinin ihdasından mı geçmektedir ? Bu soruların yanıtlarını aramayı, aşağıda bu uygulamanın /uygulamaların ekonomik sonuçlarını ve bunların hukuksal izdüşümlerini sorgulayarak sürdüreceğiz.

Ancak, SPK KYİ’nin bağımsız YK üyeliği konusundaki yaklaşımını mukayeseli uygulama çerçevesi içinde değerlendirdikten sonra, bir de son tahlilde asıl belirleyici olan yürürlükteki mevzuatımızın da bu doğrultudaki yaklaşımlara uygunluğuna, elverişliliğine bir göz atalım.

II) SPK KYİ’nin Yürürlükteki Mevzuat Açısından Değerlendirilmesi

Türkiye’de kurulmuş ve kurulacak bankalar ile yurtdışında kurulmuş ve kurulacak bankaların Türkiye’deki şubelerinin kuruluş, yönetim, çalışma, devir, birleşme, tasfiye ve denetlenmelerine ilişkin düzenlemeler esas itibarıyla Bankalar Kanunu’nda yer alır. Özel kanunlarla kurulmuş olan bankalar hakkında da kanunlarında yer alan hükümler dışında bu kanunun hükümleri uygulanır.

Bankalar ayrıca bir ticarethane ve hukuki tüzel kişilik olarak TK’nın ticari kuruluşları düzenleyen genel kucaklayıcı hükümlerine tabiidirler.

Kendi menkul kıymetlerini halka arz eden bankalar ile sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunan bankalara da bunlarla sınırlı olmak üzere SPKn’nun hükümleri de uygulanır.

Bankaların tabii olduğu bu ana mevzuat omurgasında bağımsız üyeliğe ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Buna karşılık KY arayışları çerçevesinde bağımsız üyelik ihtiyacını doğuran “çıkar çatışması” nı ve bankanın yönetim ve denetiminde egemen olan kişilerin bu gücü kendi lehlerine olarak kötüye kullanmalarını önlemeye yönelik pek çok madde göze çarpmaktadır. SPKn’nun bankalara dönük olarak çok sınırlı olan etki alanı içinde bu doğrultuda bir düzenleme olmaması nedeniyle aşağıda BanK.’nun ve TK’nın konuya dönük yanlarına değinilecektir. Daha sonra da söz konusu yasalardaki düzenlemelerin yetersiz kaldığı / kalacağı varsayımından ya da gözleminden hareketle bunlara ek olarak önerilen bağımsız üyeliğin aynı doğrultuda yeterli ve yararlı olup olmayacağı değerlendirilecektir.

1) Bankalar Kanunu⁵¹

⁵¹ En son olarak 5020 sayılı yasa ile (RG 25 328 / 26.12.2003) değiştirilen 4389 Sayılı BanK. (RG 23 734 / 23.06.1999), bu satırlar yazılırken Kredi Kuruluşları Kanunu adıyla yeni ve büyük bir değişime daha uğramak üzere bulunmaktaydı.

Çıkar çatışması durumunda, yönetim gücünü kötüye kullanarak büyük/küçük, bireysel/kurumsal banka ortaklarının ve menfaat sahiplerinin hak ve çıkarlarını çiğnemeyi amaçlayanların önünün kesilmesi doğrultusunda Bank'nda çeşitli düzenlemeler bulunmaktadır. Bunlar arasında YK üyelerinin niteliği ve sorumluluğu çerçevesinde dikkate alınması gerekenler şunlardır :

Bankanın yönetim veya denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren veya intifa hakkı tanınan hisse senetlerinin devri, BDDK'nın iznine tabidir (m.8/2a). Genel müdür, murahhas aza ve YK üyelerinin yarıdan bir fazlasının belirli niteliklere sahip bulunması şarttır. Bunlar, söz konusu kişilerin hukuk, iktisat, işletmecilik, maliye, bankacılık ve kamu yönetimi ve dengi dallarda veya bu dallarla ilgili mühendislik alanlarında en az lisans düzeyinde öğrenim görmüş olmaları ve bankacılık veya işletmecilik alanlarında (Genel müdürün dışındakiler için hariç olmak üzere) en az on yıllık mesleki deneyime sahip bulunmaları olarak belirtilmiştir (m.9/1a ve 9/2a). YK üyeleri, Genel müdür ve yardımcılarının ayrıca bu yasa hükümlerine aykırılıktan ötürü cezalandırılmamış olmaları aranır. Banka yönetiminin kilit noktalarındaki bu kişilerin keza, müflis veya konkordato ilan etmiş olmamaları, tasfiyeye tabi tutulan bankerler, bankalar, sigorta şirketleri ve para ve sermaye piyasalarında faaliyet gösteren kurumlarda ve Fona devrilen bankalarda doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazla oranda bir paya sahip bulunmamaları gerekir. Bank, bağımsız üyelik şartını koşmamakla birlikte sahip olmaları gereken koşulları titiz biçimde saydığı bu kişilerin haklarında Kanun'un 14.maddesi uyarınca işlem yapılmakta olan bir bankada doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazla oranda veya bu oranın altında olsa dahi yönetim ve denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren pay sahibi olmamaları, taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar bile ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis cezasıyla cezalandırılmış olmamaları şartlarını koymuştur. Bunların da dışında, Kanun'un 22.maddesinde yer alan adli suçlara ilişkin hükümlere muhalefet yahut basit ve nitelikli zimmet, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, remi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, kara para aklama veya devlet sırlarını açığa vurma, vergi kaçakçılığı veya vergi kaçakçılığına teşebbüs ya da iştirak suçlarından dolayı hüküm giymemiş olmaları, çıkar çatışmasından yararlanabilecek veya sahip olduğu gücü kötüye kullanabilecek konumda olan bu kişilerin görev yapabilmeleri için önşart mahiyetinde görülmüştür (m.9/5a).

YK üyeleri, göreve başlamadan önce ticaret mahkemesi huzurunda yemin ederler ve mal bildiriminde bulunurlar. Mal bildiriminde bulunması gerekenlerin, bildirimde belirtmedikleri veya gerçeğe aykırı olarak bildirdikleri her türlü taşınır ve taşınmaz mal, hak ve alacak, gelir ve harcamalar da haksız mal edinme hükümlerine tabi olup, haksız mal edinmediğini ispat yükü YK üyeleri üzerine bindirilmiştir (9/1b)

Bankalar, YK başkan ve üyeleri ile genel müdür ve yardımcılarında, bunların eş ve velayet altındaki çocuklarına ve bunların ayrı ayrı veya birlikte sermayelerinin yüzde yirmibeş ve daha fazlasına sahip oldukları ortaklıklara (YK üyeliklerinde bulunan banka sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazlasına sahip olan gerçek kişi ortaklar ile tüzel kişi ortakların hissedarları hariç) her ne şekil ve surette olursa olsun kredi veremez, kefaletlerini kabul edemez ve tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alamazlar (m.11/9a ve c).

Bankalar ve sermayelerinin yüzde ellisinden fazlasına sahip oldukları iştirakleri, banka sermayesinin yüzde onundan fazlasına sahip olan ortakların, YK başkanı ve üyelerinin, genel müdür ve yardımcılarının ayrı ayrı ya da birlikte sermayelerinin yüzde yirmibeşinden fazlasına sahip oldukları ortaklıklara iştirak edemezler (m.12/1b).

Bir bankanın sermayesinin yüzde on ve daha fazlasına sahip ortakları ile YK veya Müdürler kurulu başkan ve üyelerine, genel müdür ve yardımcılara, bunların ana, baba, eş ve çocuklarına ait o bankadaki tasarruf fonu sigortaya tabi olamaz (m.15/6b).

Banka YK üyelerinin çıkar çatışmasının olabileceği durumlarda ya da ellerindeki yönetim erkini kötüye kullanmalarının söz konusu edilebileceği hallerde ortaya çıkabilecek olumsuzlukları önleme ya da en aza indirme doğrultusunda alınmış bulunan bu yasal önlemler, çok ağır yaptırımlarla da caydırıcılık açısından güçlendirilmiştir. Sorumluluk doğuran işlem ve eylemlerinin ve banka hakkındaki BDDK tasarrufunun niteliğine göre değişen yaptırım yelpazesi içinde YK üyeliğinden alınma (m.14/1a ve 14/7a), kendilerine yapılan ödemelerin durdurulması (m.14/2ba), daha önceden ibra edilmişler ise bu ibraların iptali ve neden oldukları zararların ödettilmesi için haklarında dava açılması (m.14/7), edindikleri ve 3.kişilere edindirdikleri para, mal ve alacaklar üzerinde tasarruf yetkilerinin sınırlandırılması (m.14/7b), bunlara ve yakınlarına aktarılan her türlü kaynağın Hazine alacağı sayılması (m.15/a) gibi nisbeten hafif sayılabilecek müeyyidelerle başlayan caydırma unsurları giderek ağırlaşan hükümlerle devam etmektedir.

Bu cümleden olmak üzere, yasaya aykırı karar ve işlemleriyle bankanın iflasına yol açtıkları saptanan YK üyelerinin şahsen iflasları istenebilir (m.17/1). YK üyeleri, görevleri dolayısıyla kendilerine tevdi olunan veya muhafazaları, denetim ya da sorumlulukları altında bulunan bankaya ait para veya diğer varlıkları bankayı aldatacak hileli faaliyetlerle zimmetlerine geçirirlerse oniki yıldan az olmamak üzere ağır hapis ve meydana gelen zararın üç katı kadar ağır para cezasına çarptırılırlar, bankanın uğradığı zararı da tazmine mahkum edilirler (m.22/3). Bu suçlar YK üyesi olmanın yanısıra bankanın fiilen yönetim ve denetimini elinde bulunduran gerçek kişi ortaklar tarafından işlenirse, hapis cezası yirmi yıla kadar çıkabilir. Burada sözü edilen zimmetin tanımı da KY arayışlarına yanıt verecek genişliklidir. Buna göre, "...bankanın kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek şekilde doğrudan veya dolaylı olarak kendilerinin veya başkalarının menfaatlerine kullandırmakla bankayı her ne surette olursa olsun zarara uğratarak kendilerinin veya başkalarının malvarlığının artışına neden olma(k)" zimmet suçunu meydana getirir (m.22/4)⁵².

Banka kayıtlarında oynama yapmak suretiyle ortakların ve menfaat sahiplerinin aleyhine sonuçlar doğurabilecek ve geçmiş uygulamada da örneklenmiş bir husus da tasarruf mevduatının gerçek boyutunu gizlemek şeklinde ortaya çıkabilir. Kötü niyetli yöneticilerin böyle bir düşünceyi uygulamaya koymalarını engellemeye çalışan bir caydırıcı hüküm de 4389 sayılı BanK'na 5020 sayılı yasa ile eklenmiştir. Buna göre, "...banka tarafından yetkili mercilere beyan edilen sigortaya tabi tasarruf mevduatı tutarı ile Fon tarafından tespit edilen tasarruf mevduatı tutarı arasında bir fark bulunması halinde, bu fark nisbetinde bankanın YK üyelerinin (...) kendilerine, eşlerine ve çocuklarına ait bankalar ve banka dışı mali kurumlar ile diğer gerçek ve tüzel kişiler nezdindeki, kiralık kasa mevcutları da dahil olmak üzere, hak

⁵² Bankalar Kanunu'na yapılan eklemelerle yeni suç ve cezaların oluşturulmasının, hukuk sistematığı açısından yanlış bir uygulama teşkil ettiği, ayrıca burada tanımlanan zimmet suçunun, TCK ve Askeri Ceza Kanunu'nda tanımlanandan farklı olduğu ve burada sözü edilen aslında "emniyeti suistimal" suçunun unsurlarını sergilediği de belirtilmektedir. (Prof. Duygun YARSUVAT tarafından Türk Hukukçu Kadınlar Derneği'nin 6 Temmuz 2004 tarihli toplantısında yapılan konuşma)

ve alacakları, döviz tevdiat hesapları ve limitli ve limitsiz kredi kartı ve ATM kartları hesapları dahil tüm banla hesaplarının dondurulmasına, kara, hava ve deniz taşıtları dahil her türlü taşınır ve taşınmaz mal, kıymetli evrak ve yurt içi veya yurt dışı Hazine Bonosu, Devlet tahvili, hisse senedi, yatırım fonları katılım belgeleri gibi diğer menkul değerlerle, bağımsız ticari işletme, fabrika ve tesisler, bu tesislerin işletilmesine yönelik marka ve lisans hakları, kamu imtiyaz sözleşmelerinden doğan televizyon kanalı, elektrik santrali gibi bir tesisin kurulması ve işletilmesi yetkilerini veren lisans, ruhsat ve işletme hakları ile bu tesisleri lisans hakkı ile veya lisans hakkı bulunmadan işleten ve kuran şirketlere ait hisse senetleri, hak ve alacakların üzerindeki tasarruf yetkisinin tamamen veya kısmen kaldırılmasına, belirtilen tüm mal, kıymetli evrak, nakit ve diğer değerlerin zaptına ve/veya resmi sicillerdeki kayıtları üzerinde ihtiyati tedbir konulmasına, bunların bir tevdi mahalline yatırılmasına ve hak ve alacakların üzerine diğer tedbirlerin konulmasına, bunlardan elde edinilmiş her türlü taşınır ve taşınmaz mal, hak ve alacaklar ile kıymetli evrak, nakit, bir tesisi işletme ve kurma hakkı veren marka ve lisans hakları, bu tesisleri lisans hakkı ile veya lisans hakkı bulunmadan işleten, kuran ve hak sahibi niteliğini haiz şirketlere ait hisse senetleri hakkında belirtilen tedbirlerin alınmasına (...) mahkeme tarafından karar verilir”. (m.27’ye eklenen Ek m.1).

Bankada mevcut gerçek tasarruf mevduatı tutarı ile beyan edilen aldatıcı tutar arasında farklılık bulunması halinde sorumlu YK üyelerinin ve yakınlarının hak, mal ve alacaklarının zaptına olanak tanıyan bu maddeden sonra yukarıda belirtilen değişiklik sonucu eklenen Ek madde 2 de yine sıkça rastlanan bir diğer olumsuzluk olan mal kaçırmayı tasarlayan YK üyelerini bu fikirlerinden caydırmaya yönelik bir başka ağır yaptırım olarak karşımıza çıkar. Bu madde hükmü uyarınca da, “Temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankaların (...) YK üyeleri (...) ve bunların eş ve çocukları ile evlatlıklarının, bunların diğer kan ve kayın hısımlarının (...) kendi aralarında veya üçüncü kişilerle yaptıkları taşınır ve taşınmaz rehni, ipotek, üst hakkı, intifa hakkı ve oturma hakkı gibi her türlü sınırlı aynı hak tesisine ilişkin sözleşmeler ile kara, hava ve deniz taşıtları gibi taşınır ve yalı, villa, ada, site, tüm eklentileri ile çiftlik gibi taşınmaz adı ve hasılat kira sözleşmeleri, taşınır veya taşınmaz mal finansal kiralama, uydu ve kablolu yayın kanalı kullanma hakkı, televizyon kanalı ile gazetelerin yayım hakkı, marka ve lisans devir ve kullanma hakkı veren sözleşmeleri, idare ve hizmet vekaleti ile Avrupa Birliği standartları üzerinde prim ödemek suretiyle yapılan hayat, bireysel emeklilik, ihtiyarlık ve sağlık sigorta sözleşmeleri ve limitli veya limitsiz kredi kartı ile ATM kartı sözleşmeleri ile münferit veya karşılıklı verilen banka teminat mektupları, kabul kredileri ve avaller geçersiz sayılır. Bu sözleşmelerden elde edilen tüm maddi menfaatlerin (...) mahkemece doğrudan Hazineye aynı veya değer olarak verilmesi veya ödenmesine karar verilir”.

Görüldüğü gibi, bankayı kötü niyetle yönetmek suretiyle zarara uğratarken kendilerine çıkar sağlamayı amaçlamayı tasarlayabilecek olanları caydırıcı hükümler bizim hukuk sistemimize de, özellikle 2001 krizi sonrasında meydana gelen banka batışları sonucunda yapılan mevzuat düzeltmeleri ile bir hayli geniş ve ağır yaptırımlar içeren biçimde girmiş bulunmaktadır. Altını çizmek gerekir ki, bu caydırıcı önlemlerin YK için SPK KYİ’nce önerilen bağımsız üyeye mevcut sistemimizde bireysellik anlamında karşılık teşkil eden “sade YK üyelerine” ilişkin olanları buraya alınmıştır. YK üyelerinin aynı zamanda bankanın yönetim ve denetimine egemen ortaklar olmaları durumunda bu sayılan yaptırımlar ve onlara eklenen diğerlerinin yanında esas olarak bunların ortaklık konumlarına son verildiği de bilinmektedir.

2) Türk Ticaret Kanunu⁵³

Hukuk sistemimize göre anonim ortaklığı Yönetim Kurulu “idare eder” (TK.317). YK’nın bu görev ve yetkisi, Kanun’da açıkça hükümlendirilmiş olmamakla birlikte, uygulamada ortaklığın hem stratejik yönelimini, faaliyet ve bütçe, plan ve uygulamalarını, sonuçlarının değerlendirilmesini de içine alan işletme yönetimini kapsar (management), hem de bu işlerin bir bölümünü paylaştığı “murahhas”ların çalışmalarının denetlenmesini içerir.

İşletmesel yönetim ve bir ölçüde denetim fonksiyonlarını elinde bulunduran YK üyeleri kural olarak ya ortaklık esas sözleşmesi ile tayin edilir ya da GK tarafından seçilir ve mutlaka paydaşlardan oluşur (TK.312). Ortaklığın amaçları doğrultusunda faaliyet alanının gerektirdiği işlerin yürütülmesi için YK, bu işlerin tamamını ya da bazılarını kendi içinden seçtiği üyelere (murahhas üye) bırakabilir. Aynı görev paylaşım ve aktarımı esas sözleşme ile GK veya YK’nın yetkili kılınmış olması durumunda, paydaş olmayan (murahhas) müdürlere de yayılabilir (TK 319,f.2). Bu takdirde murahhas müdürler ortaklığın işlerini, YK’nın devri mümkün olmayan yetki ve görevlerinin dışındakileri içeren bir çerçeve içinde, KY literatüründe Board of Management olarak adlandırılan ve icra görevini yerine getiren heyetin işlevine paralel biçimde yürütürler.

Ortaklığın yönetiminde kaptan köşkünü oluşturan YK’nın bu çok önemli konumu hiç kuşkusuz çıkar çatışmaları ve sahip olunan gücün kötüye kullanımı olasılıklarını öncelikle gündeme getirir. Bunları önlemeye yönelik olarak KY arayışları çerçevesinde ortaya atılan çözüm yollarından birini oluşturan bağımsız üyelik, TK sisteminde yer almamıştır. Adı geçen sistemde bu tür olumsuzlukların önlenmesine yönelik başka setler bulunmaktadır. Bunların başında YK üyesinin özen borcu gelmektedir. Bu borcun kapsamı, onu yasallaştırıldığı TK. 320’den yollama yapılan BK 528 f.2 doğrultusunda YK üyesinin ortaklığı, hem onun tüzel kişiliğini hem de paydaşların hak ve çıkarlarını iyi niyet, hakkaniyet, bilgi ve tedbir çerçevesi içinde dikkatle ve kendi çıkarlarını ötekilerin önüne koymadan yönetmesini içerir.

YK üyesinin, yönetime ilişkin hareket özgürlüğü, ortaklıkla işlem ve rekabet yapma açılarından da sınırlandırılmıştır. TK.334 gereğince, herhangi bir YK üyesi GK izni olmaksızın kendi veya başkası adına bizzat ya da dolaylı olarak ortaklıkla, ortaklığın konusuna giren bir ticari işlem yapamaz.

Keza, TK 335 gereğince, herhangi bir YK üyesi GK izni olmaksızın ortaklığın konusuna giren ticari işlem cinsinden bir işlemi kendisi veya başkası hesabına gerçekleştiremez, aynı iş dalında faaliyet gösteren bir başka ortaklığa da sınırsız sorumlu ortak sıfatıyla giremez.

Üyenin ortaklık içinde çıkar çatışmasının olabileceği durumlarda, kendi lehine hareket etmesini önlemeye yönelik bu hükümlere paralel bir hüküm de onun YK toplantılarına katılma hakkını sınırlar. TK.332 gereğince, YK üyeleri kendilerinin ya da yakın akrabalarının kişisel çıkarlarına ilişkin hususların görüşülmesine katılamazlar.

Sistemimizde, YK üyelerinin ve işletme yönetiminin, evrensel KY arayışlarına ivme kazandıran şirket skandallarında sıkça rastlanıldığı üzere kendi lehlerine yüksek ücret ve benzeri menfaatler tahakkuk ettirmelerini setlemek üzere de çeşitli hükümler bulunmaktadır. Bu cümleden olmak üzere ücretlendirmenin GK tarafından yapılması (TK.333) ve belirli

⁵³ 6762 Sayılı TTK’da da (RG. No: 9353, T: 9.7.1956) bu çalışma kaleme alınırken büyük bir değişiklik yapılmak üzere idi.

koşullar oluşmadıkça söz konusu kişilere ortaklık kazancından pay dağıtılmaması (SPKn.15/2 ve bağlı alt mevzuat) gibi önlemleri saymak mümkündür.

GK'nın son sözü söyleyen "esas karar organı" olmasına karşın çok seyrek toplanması, evrensel düzleme dağılmış olabilecek paydaşların ortaklığın işlerini zamanında ve yeterli derinlikte izleyememeleri gibi hususlar bu kurulun gücünü, ortaklığı "bilfiil" yöneten YK karşısında azalttığından, gücü elinde toplayan YK'nın gerek yönetsel gerek denetimsel işlevleri çerçevesinde bu gücü kötüye kullanmamasının gereği doğrultusunda TK'da öngörülmüş "alan daraltıcı" önlemler çeşitli yaptırımlarla da güçlendirilmiştir. TK 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342 ve 346 maddeleri uzantısında ve SPKn.'nin çeşitli hükümleri çerçevesinde ibra edilmemekten, haklarında şahsi sorumluluklarını hedef alan yargısal takiplere kadar genişleyen bir yaptırım yelpazesi, bir ya da birden çok kişi veya grubun yönetim olanaklarını kendi çıkarlarına ve başkaları aleyhine kullanmalarını caydırmak amacıyla yürürlükte bulunmaktadır.

III) SPK KYI'nin YK'da Bağımsız Üye Bulundurulması Doğrultusundaki Yaklaşımının Kurumsal Yönetim Arayışlarının Amacına Uygunluğu ve Hukuk Düzenine Etkileri Açıklarından Değerlendirilmesi

Yukarda, birinci bölümde altını çizdiğim gibi "birey" in ekonomik içgüdüğü ve o doğrultuda sergilediği faaliyet, "zenginleşme" hedefine yöneliktir. Tarihsel süreç içinde bu hedefe ulaşabilmek için tekil gücün yetmediği noktada bireyler bir araya gelmeye başlamışlar ve ticari ortaklıklar gün ışığına çıkmıştır. Zaman derinliği içinde, gereksinimlere bağlı olarak az ortak/sınırlı sorumluluk, çok ortak/sınırlı sorumluluk, az ortak/sınırsız sorumluluk gibi farklı hukuksal elbiseler giydirilen bu ortaklıkların en gelişmiş modeli olan ve yalnız kurulduğu, çalıştığı yerel çevreden değil, tersine ulaşılabilen tüm evrensel kaynaklardan finansman sağlamayı, "zenginleşmeyi" bu yoldan daha yukarı noktalara taşımayı amaçlayan halka açık anonim ortaklıkların bu kaynaklara ulaşabilmesi, oralardan güç elde etmesi ve bununla yarattığı katma değeri dönüp kendisine bu katkıyı yapanlarla paylaşması serbest piyasa ekonomisinin globalleşmesi açısından vazgeçilmez önem taşır. Sistemin sürdürülebilirliği açısından mala ve para ve sermayeye dayalı hareketlerin küresel düzlemde başarılı bir akışkanlığının bulunması ve bunun istikrarlı ve güvenli olması gerekir. Bunları sağlamak için bir yandan devletler, uluslararası örgütler, oyunun dünyanın her tarafında oynanabilmesini kolaylaştıracak ortak bir finans dilini hukuk uyumlaştırmaları ve yeni hukuksal düzenlemelerle oluşturur, adeta tek bir giriş kartıyla tek bir pazarda iş yapma olanağını geliştirirlerken, bu pazarda yer tutmak isteyen ortaklıklar da kendilerine bu doğrultuda çeki düzen vermek zorundadırlar.

Kuruluşu itibarıyla Ticaret siciline kayıtlı olduğu ülkede halka açılmak suretiyle kendisine kaynak katkısı yapan çok sayıdaki katılımcının ya da bunun da ötesine geçerek yararlandığı uluslararası yatırım odaklarının karşısına çıkan ortaklıkların, yeni bir sorumluluk ve bunun gerektirdiği yapılanma anlayışı çerçevesinde, ortaklarına ve diğer menfaat sahiplerine, sosyal sorumlulukları da dahil olmak üzere güvenilir ve verimli bir mekanizma biçiminde çalıştıklarını göstermeleri gerekir. İşletme verimliliği ve hukuksal sorumluluğu birlikte içeren bu mekanizmanın kurulması ve istikrarla işletilmesi, KY arayışlarının amacını oluşturur.

Bu çerçeve içinde yer almak isteyen tüm ticari ortaklıklar arasında mali kuruluşların ve bunların geleneksel lokomotifleri olarak adlandırabileceğimiz bankaların da bu doğrultuda yapılanmalarını gözden geçirmeleri ve yeni gereklilikleri yerine getirmeleri belki de diğer hepsinden daha önemlidir. Bankaların başını çektiği finansal sistem, piyasa ekonomisinin

“merkezi sinir sistemi” olarak adlandırılır⁵⁴. Reel ekonomik faaliyetlerin gereksinim duyduğu kaynak ihtiyacını açtıkları krediler yoluyla karşılamak suretiyle bir nevi para yaratma mekanizması olarak faaliyet gösteren bankaların sistem içinde işlevlerini istikrar ve güven içinde, etkin ve verimli biçimde yerine getirmeleri, piyasa ekonomisinin işlerliğini belirleyen temel taşlardan birini oluşturur. Bankaların kredi veren müesseseler olmalarının yanısıra, ticari ortaklıklara gönüllü olarak ya da zorunluluk sonucunda ortak olmaları, bunların ekonomik sistemin bütünü içindeki yerini büyütür ve kendilerini çerçeveleyecek KY kurallarının önemini artırır⁵⁵, ticari ortaklıklardan farklı düzenlemelerin getirilmesini gerekli kılar⁵⁶. Güçlü ve sağlıklı bir bankacılığın mevcut bulunmadığı bir ülkenin sermaye piyasasının güçlü ve hareketli olması da mümkün değildir⁵⁷. Sağlıklı bir kaynak yaratma ve aktarma mekanizması sistem açısından ne derecede olumluluk arzederse, mekanizmanın aksi yönde çalıştırılması da o denli büyük olumsuzluklara neden olur. Bu nedenle, bankacılığın çok iyi bir hukuksal çerçeveye oturtulması büyük önem taşır. Bu çerçeveye, çeşitli yasaların hükümlerinin yanı sıra, esas sözleşme kuralları da dahil olup, KY ilkeleri gibi gönüllü uygulamalar da destek görevi yapar. Menfaat sahipleri (Stakeholders) sınıfı içinde yer alan mevduat sahiplerine ait tasarrufları reel ekonomiye bir para yaratma mekanizması biçiminde katlayarak aktarma işlevi gören ve bu nedenle “risk yönetme sanatı”nın icra edildiği bankaların idaresi de bu yüzden özel ihtisas, deneyim ve teknolojik olanakların beceriyle, dürüstlikle, saydamlık içinde ve zamanında, doğru hesap ve bilgi verecek biçimde kullanılmasıyla gerçekleştirilmelidir. Yeni enstrümanlar, yeni ilişki biçimleri, yeni açılımların gerektirdiği yeni risk anlayışı ve değerlendirmesinin en uygun biçimde yapılmasını sağlamaya yönelik hukuksal ve teknik arayışların yanında KY çalışmaları çerçevesinde bankalara dönük öneriler de bu yüzden önem taşır.

Konuya KY arayışları çerçevesinden baktığımızda, bankaların evrensel plandaki öneminin ülkemizdeki izdüşümünün de aynı doğrultuda olduğunu saptarız. Hatta, yanlış yapma lüksüne daha az sahip bir gelişmekte olan ülke ekonomisinin mali sistem kalitesinin yaratacağı sonuçlar dikkate alındığında, bu önemin bizim açımızdan daha da belirleyici olduğunu görürüz.

Türkiye’de bankacılık sistemi, İMKB’de, hisse senetleri halka arz edilmiş olan on iki banka tarafından temsil edilmektedir. Bu bankalar ve halka açıklık oranları şunlardır : İş Bankası % 31, Akbank % 28, Garanti Bankası % 31, Yapı ve Kredi Bankası % 42, Finansbank % 29, Dışbank % 35, T. Ekonomi Bankası % 20, Türkiye Kalkınma Bankası % 1, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası % 35, Şekerbank % 35, Alternatifbank % 5, Tekstilbank % 22 . Bunların 9 Temmuz 2004 tarihli Takasbank verileri itibariyle ödenmiş sermayeleri tutarı 5.947.227 milyar TL.dir (4.107.200.967 ABD doları). Piyasa değerleri tutarı da 25.169.446 milyar TL.dir (17.382 milyon ABD doları). Bu bankalar, yukarıda da belirttiğim gibi, Bankalar Kanunu’nun dışında anonim ortaklık tüzel kişiliğini haiz ticaret kurumları (TK.12) olarak TK hükümlerine tabidirler. Bunun yanında, SPKn.m.50 uyarınca, menkul kıymetlerini halka arz etmiş olmalarından ötürü sınırlı biçimde adı geçen yasanın da kapsamı içindedirler.

2000/2001 Yıllarında yaşanan ekonomik/mali kriz sırasında aralarında halka açık olanlar da bulunan çok sayıda bankanın yönetim ve denetimi TMSF’ye devredilmiş ve/veya bankacılık

⁵⁴ WALKER, L. John : Building The Legal And Regulatory Framework, s. 32, 61 vd.

⁵⁵ CLAESSENS, Stijn : Synthesis Note Global Corporate Governance Forum Research Network Meeting,s.3

⁵⁶ CLAESSENS, Stijn : Corporate Governance and Development. Global CG Forum Focus I. The World Bank, 2003,s.30

⁵⁷ OMAN, Charles – FRİES, Steven – BUİTER, Willem : Corporate Governance in Developing, Transition and Emerging-Market Economies. OECD Development Center. OECD, 2003,s.26

yapma ve mevduat kabul etme izinleri iptal edilmiştir. Kendilerine yönlendirilen tasarrufların yanlış ve/veya kötüye kullanımı sonucunda risk yönetimi açısından sıkıntıya düşen ve kamusal denetim yetersizliği ve saydamlık eksikliği dolayısıyla hızlanan çöküşleri sonucu bu yaptırımlarla karşılaşan bankaların verdikleri zararlar mevduat sahipleri ile sınırlı kalmamış ve tüm sistemi olumsuz etkileyerek ulusal ekonomiye çok ciddi bir darbe indirmiştir⁵⁸.

Bankaların yol açtıkları bu zararlar genel olarak ehil olmayan yönetim sonucu mali bünyenin güçlendirilemeyecek ölçüde zayıflaması veya bankalarda oluşan ve çoklukla mevduat sahiplerine ait kaynakların yönetim ve denetime egemen kişilerin kendi çıkarlarına kullanılması yoluyla gerçekleşmiştir. (Kamu bankalarının görev zararları dolayısıyla yol açtıkları sıkıntılar bu makalenin kapsamı dışındadır). İster ehliyetsiz ve başarısız yönetimden kaynaklanan ticari zarar olsun, isterse cezai suç niteliğindeki eylemler sonucunda ortaya çıkmış olan zarar olsun, sonuçta her halde istenilmeyen duruma gelinmesinde büyük pay kuşkusuz bankanın yönetimine ait bulunmaktadır. Tüm ticari ortaklıklarda olduğu gibi bankalarda da işletme faaliyetlerinin sonuçlarını belirleyecek olanların başında yöneticiler gelir. YK üyelerinin kapalı (İçe dönük) ortaklıklarda genellikle egemen ortaklardan oluşmasında olsun⁵⁹, ya da daha çok örneklerine dışarda rastlanılan halka açık (dışa dönük) kurumlarda olduğu gibi egemen sermayedarın dışındaki yaygın ortaklar arasından ya da dışardan seçilmesinde olsun, sonuçlar üzerindeki belirleyici rolü, kurumların daha güvenli ve verimli çalışması doğrultusunda sürdürülen KY arayışlarının da bu konuda çeşitli öneriler getirmesine, ilkeler vaz'etmesine, hatta uygulamaya kurallar ekletmesine ilham kaynağı oluşturmuştur. Bağımsız üyelik kavramı da bu çerçevede ortaya atılmış bulunmaktadır. Aşağıda YK'da bağımsız üye bulundurulmasının "derde deva" olup olamayacağı işletmesel ve hukuksal açılarından irdelenecektir.

- 1) YK'da bağımsız üye bulundurulması yönündeki yaklaşımın kaynağı, çıkar çatışmasında yönetim gücünün kötüye kullanımının önlenmesi gereksinimidir.

İnsanoğlunu parasal "zenginleşme"ye yönelten içgüdü, onun amacını bazen başkalarının fakirleşmesine neden olacak yasa ya da ahlak dışı davranışlarla gerçekleştirmeye çalışmasına da yol açabilir. Kapitalist sistemde, her ne kadar vahşi kapitalizmden günümüzün rekabetçi kapitalizmine gelirken bir miktar yumuşamış da olsa, "zenginleşme", başkalarının fakirleşmesi pahasına gerçekleşebilir. Bu, sistemin özünde yer alan ve çok tartışılmış, lehte ve aleyhte taraftar bulmuş olan bir olgudur. Ne var ki, bu olgunun kabul görmesi, başkasının fakirleşmesi pahasına da olsa zenginleşmenin ancak "yasal çerçeve" içinde kalarak gerçekleştirilmesi durumunda mümkün olabilir. Daha iyi, daha çalışkan, daha verimli olanın öne çıkmasına olanak tanıyan sistemin izin vermediği, önlemeye çalıştığı husus, güçlü olanın güçsüzü "yasalara aykırı eylemlerle" ezmesidir. Serbest rekabete açık olan, onu özendiren sistem, izin verdiği bu sert mücadele ortamında yasalarla tanınan hakların çiğnenmesine ise geçit vermez.

⁵⁸ Hazine Müsteşarı İbrahim Çanakçı ve BDDK Başkanı Tefik Bilgin'in TBMM Araştırma Komisyonu'na verdikleri bilgiler ışığında bu bankalar tarafından topluma yükletilen faturanın 77 milyar ABD dolarına ulaştığı hesaplanmıştır. Hürriyet gazetesi. 13 Şubat 2004. TMSF ise 1997 yılından başlayarak hisselerini, yönetimlerini ve denetimlerini bünyesine aldığı bankaların toplam maliyetini güncelleştirmek amacıyla yaptığı çalışmanın sonucunda söz konusu bankalara aktarılan net değer fon alternatif maliyetleri ve borçlanma faizleri ile birlikte hesaplanmasıyla toplam maliyetin 46 milyar dolar olduğunu açıklamıştır. Vatan gazetesi. 24 Temmuz 2004.

⁵⁹ Türkiye bu bağlamda halka kapalı ya da halka açıklık oranı düşük anonim ortaklıklara sahip bulunmasıyla insider sistem uygulayan ülkeler içinde yer alır. Bu konuda bkz. YURTOĞLU, B. Burçin : Corporate Governace and Implications For Minority Shareholders in Turkey.

Ekonomi dünyasının tamamında olduğu gibi, ortaklıklarda da onları oluşturan ve onların çevresinde yer alan bireyler, gruplar, tüzel kişiler arasında zaman zaman çıkar ayrılıkları, farklı tercihler, değişik eğilimler ortaya çıkabilir. Michigan mahkemesinin 1919 yılında Dodge – Ford Motor Co. Davasında kural koyarcasına ifade ettiği üzere, bir “iş ortaklığı, esas olarak, ortakların çıkarı doğrultusunda örgütlenir ve yönetilir”⁶⁰. Öncelikli hedef olarak bu mahkeme kararı ile yargısal ifadesini de bulmuş olan “hissedar çıkarı” ise her hissedar için başka olabilir ve bu doğrultuda ortaklardan bazıları kendi zenginleşmelerini sağlamak amacıyla başkalarının yasal haklarını çiğnemeyi de göze alabilirler. Bunun yanında, kapitalizmin küreselleşerek çok uluslu ortaklıklar ve halka açık büyük şirketlere zemin kolaylaştırmasıyla, çok ortaklı bu örgütlenmelerin yalnızca paydaşları değil, hissedar olmayan yöneticileri de kendi zenginleşmeleri için benzer yollara başvurarak ortakların ve menfaat sahiplerinin hem çıkarlarını hem de yasal haklarını çiğneyebilirler⁶¹.

Ortaklıkların yönetimini ve denetimini ortak ya da yönetici kimlikleriyle egemenlikleri altında bulunduranların bu güçlerini diğer ortakların, menfaat sahiplerinin ve toplumsal çıkarların aleyhine olarak kötüye kullanmalarının sistemin geleceğini tehlikeye atacak boyutlara ulaşmaya başlamasıyla birlikte KY adı altında toplanarak sürdürülen çare arayışları, yetki kullanımının suistimalini önlemek amacıyla, yukarıda yetkinin esas toplandığı yer olduğunu söylediğim YK'nın oluşumu, çalışma ve sorumluluk esasları üzerinde çözüm üretmeye odaklanmıştır.

Yönetim gücünü kim, nasıl kötüye kullanabilir ?..Çıkar çatışması nasıl ve kimler arasında cereyan edebilir ?..Ortakların, menfaat sahiplerinin ve toplumun haklarının çiğnenmesi KY'e ilişkin uluslararası literatürde ağırlık verildiği üzere salt çıkar çatışmasına bağlı olarak yönetim egemenliğinin kötüye kullanımına mı bağlanmalıdır ?..

Bu soruların yanıtları, ortaklığın yapısına ve faaliyette bulunduğu iş alanının özelliklerine göre değişir. Kapalı aile şirketlerinin bu çerçevede ortaya koydukları tablo ile binlerce ortağı olan ve adeta sahipsizleşmiş büyük ortaklıkların gösterdikleri manzara aynı olmayabilir. Keza, gıda sektöründe imalat yapan bir HAAO ile çok uluslu bir bankanın da yönetsel açıdan ortaya çıkardıkları sorunlar, neden, kapsam ve taraflar açılarından farklılıklar arzedebilir.

1.1) Çıkar çatışması kimler arasında ve nasıl olur ?

Konumuzu ilgilendiren halka açık banka ortaklıklarında çıkarları çatışabilecekler ve bu çatışma ortamında hakları çiğnenebilecek olanlar şunlardır :

Ortaklık, Türk bankalarının yukarıda verdiğim halka açıklık oranlarına koşut biçimde, içe dönük yapıda ise yani çoğunluk hisseleri hakim sermayearda bulunuyor, onun sahip olduğu halka açık ya da kapalı bu çoğunluk hisselerine karşılık geride kalan hisseler dağınık ya da toplu biçimde GK'da çoğunluk oluşturamayan yatırımcı ortakların ellerinde bulunuyor ise

⁶⁰ MİLLSTEİN, M. İra : agm.s.11

⁶¹ Ortakların mı yoksa menfaat sahiplerinin mi değerlerinin ön plana alınacağı ve çıkar çatışmasında hangilerinin korunacağı yolunda finans öğretisinde yapılan tartışmalara katılan Bozkurt, “Öyle görünüyor ki, 21.Yüzyılın başlarında orta yol şeklindeki şirket hedefleri (çıkarcı gruplarının menfaatini gözeterek hisse senedi Pazar fiyatını yükseltme) şirketlerin yönetim ve politikalarında hakim olacak, sonuçta yönetim tarzları arasındaki farklılıklar azalacaktır” demek suretiyle çıkar çatışmasının, ortaklık menfaati doğrultusunda, bir noktadan sonra çıkarlar koalisyonuna dönüşebileceğine işaret etmektedir. BOZKURT, Ünal : Kimin Değeri ? Ortakların mı Yoksa Diğer Çıkar Gruplarının mı ? İstanbul, 6 Ekim 1988

veya hakimiyet, oy çoğunluğuna (majorité technique)⁶² sahip olmamakla birlikte özellikle YK üyeliği seçiminde imtiyazlı paya sahip olanlar tarafından kullanılabilir ise bu takdirde başlıca çıkar çatışmasının tarafları, yönetim gücünü her iki halde de elinde bulunduran bu ortaklar ile onların karşısında azınlıkta kalanlardır. Bu çatışmada, ortaklığın yönetimine egemen olanlar, kendilerine dönük maddi avantaj yaratacak biçimde yasal olmayan çeşitli yollardan kazanç aktarımı yapmak (hortumlama/tunnelling), kazancı düşük göstermek gibi klasik çizgilerle karşılarında yer alanların haklarını çiğnerler. Paydaşlar (shareholders) arasında, yasal olmayan yöntemler uygulanması sonucunda kaybolan çıkar dengesinin dışında, bu yollara başvurulması menfaat sahiplerinin (stakeholders) yasalarla korunan hak ve çıkarlarını da çeşitli biçimlerde olumsuz etki altına alır. Bankalar açısından geniş tutulduğunu yukarıda görmüş olduğumuz “menfaat sahipleri” arasında bankanın mudileri, ondan saklama hizmeti alanlar, orada çalışan personel, ona kredi açanlar ve ondan kredi kullananlar ile kamu yararını temsil eden İdare de yer alır. Hakim ortakların banka kaynaklarını sömürmeleri ve/veya bu doğrultudaki eylemleri sonucunda bankanın tasfiyesine yol açmaları ya da bankacılık yapma izninin kaldırılmasına ve ülkemiz uygulamasında olduğu gibi TMSF’na devredilmesine sebebiyet vermeleri durumunda, sayılan menfaat sahiplerinin hak ve çıkarları da yasal olmayan yollardan çiğnenmiş olur. Bu cümleden olmak üzere, mevduat sahipleri, bankaya emanet ettikleri birikimlerinin sigorta dışında kalan kısımlarını kaybedebilirler, kayden ihraç edilmiş Devlet İç Borçlanma Senetlerini orada tutanlar bunlar üzerindeki haklarının gücünü yitirebilirler⁶³, çalışanlar işlerinden olabilirler ya da ücretleri indirilebilir, bankalara borç veren sendikasyon üyeleri açtıkları kredileri geri alamayabilirler, kredi kullanan ve iş yaşamını bankayla arasındaki ilişkilere göre düzenlemiş olan firmalar akreditif açamamaktan, teminat mektubu alamamaya hatta nakit kredilerin zamanından önce geri çağırılmasına kadar varan beklenmedik sürprizlerle karşılaşabilirler ve nihayet kamunun dolaylı biçimde etkilenmesi söz konusu olabilir; yasalara aykırı eylemler sonucunda zarara uğrayan, tasfiye olma konumuna gelen veya devir yoluyla kamunun sırtına devrilen bankalar hem vergi kaybına neden olurlar hem de zararlarının sonuçta toplum tarafından üstlenilmesine sebebiyet verirler.

Ortaklık, dışa dönük yapıda ise, yani örneklerine genellikle gelişmiş finansal düzlemlerde rastlanıldığı üzere, paydaşlık yapısı yaygın ve küçük yatırımcılar tarafından oluşturulmuşsa bu defa, adeta sahipsiz kalmış olan ortaklığı idare etmek üzere seçilen yöneticiler, sevk ve idareye hakim olurlar. Kapitalizmin gelişmiş ortaklık yapısına erişme aşamasında ortaklığın idaresinin profesyonel yöneticilere geçmesiyle (Managerial capitalism)⁶⁴ ortaya çıkan bu durumda esas çıkar çatışması bu kez icra işlevini bilfiil yerine getiren profesyonel yöneticiler (managers) ile (küçük ve dağınık) ortaklar ve onları temsilen YK’ya seçilenler (directors) arasında cereyan eder. Bu durumda da icrayı sırtlanan üst yönetim, gerçekleştirdiği eylemlerle yalnız paydaşların değil, menfaat sahiplerinin de hak ve çıkarlarını çiğneyebilir. Bu cümleden olmak üzere, profesyonel yöneticilerin banka üzerinde oynayarak kendi lehlerine yasal olmayan yollardan çıkar sağlamalarının bu kez öncekinden farklı ve onun tersine bir yöntemi daha bulunmaktadır. Bu yöntem, banka kazancının eksik gösterilmesi değil, tersine, olmayan kazancın varmış ya da mevcut düşük kazancın daha çokmuş biçiminde açıklanmasıyla uygulanır. Ortaklığın uzun vadeli çıkarlarını ve ortakların bundan yararlanma haklarını dikkate almayan yöneticiler, muhasebe hileleriyle aslında var olmasa bile varmışçasına

⁶² BİRSEL, T. Macit (C.Berr’den aktaran): Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları. İmran Öktem’e Armağan. A.Ü.H.F.Yayımları. Ankara, 1970,s.647.

⁶³ TANÖR, Reha : Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydı Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde ve Yasal Düzenlemeler ile Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2/2002 s,189 vd.

⁶⁴ MİLLSTEİN, M. İra : Agm.s.13

kazanç göstermek ya da mevcut kazancı şişirmek suretiyle ortaklığın borsa değerini yukarı doğru yapay yollardan iterek yüksek ücret, ikramiye, hisse alımı (stock option) gibi kişisel çıkarlar elde etmeyi hedeflerler. Bu şekilde gizledikleri olumsuzluklar ve bozdukları dengeler, sonuçta bankanın “istenilmeyen durumlara” düşmesine kaçınılmaz biçimde yol açınca hem paydaşların hem de başta mevduat sahipleri olmak üzere tüm menfaat sahiplerinin çıkarları çiğnenmiş olur. Burada tek farklılık, bu yöndeki olumsuzlukların “ilk başta” vergi kaybına yol açmamasıdır. Zira, olmayan bir kazanç varmış gibi gösterilmek suretiyle onun vergisi ödenmekte, daha gerçekçi bir ifadeyle ortakların cebinden çalınmaktadır. Ancak tabii son tahlilde banka için deniz bittiğinde kamu alacakları bakımından da aynı olumsuzluklar ve kayıplar kaçınılmaz olarak yine gündeme gelir.

1.2) “İstenilmeyen durum” a düşülmesinin tek nedeni yönetim gücünün kötüye kullanımı mıdır ?

Her iki halde de yani ister içe dönük ister dışa dönük ortaklık yapısında olsun, yukarda sayılan ve rekabetçi sistemin izin vermediği “hak ve çıkar çiğnenmesi”, yönetim gücünün kötüye kullanımı (suistimali) sonucunda gerçekleşir. Bu kötüye kullanım nedeniyle hakları ve çıkarları çiğnenen ortaklar ve menfaat sahipleri mağdur olurlar. Bununla birlikte burada dikkat edilmesi gereken bir husus daha vardır : Ortakların ve menfaat sahiplerinin hak ve çıkarlarının çiğnenmesiyle sonuçlanan bankaların “istenilmeyen durumlara” düşmesi olgusu sadece yönetim gücünün kötüye kullanımı sonunda mı ortaya çıkar ? Yoksa paydaşların ve diğer ilgililerin, yönetim gücünü ellerinde tutanların kötü niyetli davranışlarının olmadığı durumlarda da çıkarlarının çiğnenmesi ve ekonomik zarara uğratılmaları mümkün müdür ? Bu soruya verilecek yanıt “evet”tir ve aşağıda sayılacak olumsuzlukların yol açtığı zararların hiç de küçümsemeyecek ölçüde olduğunu kabul etmek hatta daha da vahim sonuçlar doğurabileceğini saptamak, güvenli ve verimli bir mekanizma oluşumunu amaçlayan KY arayışları ile bulunmak istenen çözüme yol gösterici olabilmesi açısından büyük önem taşır. Yönetim gücünün kötüye kullanımı, ortakların ve menfaat sahiplerinin hak ve çıkarlarının çiğnenmesine yol açar ama bu hak ve çıkarların çiğnenmesine yol açan sadece bu kötü niyetli kullanım değildir. Başka bazı önemli etmenler de aynı sonucu doğurabilir.

Ortaklar ile menfaat sahiplerinin ve toplumun çıkarlarının çiğnenmesi sonucunu doğuran ve yöneticilerin kötü niyetinin dışında kalan etkenleri, banka içi ve banka dışı etkenler olarak ikiye ayırabiliriz.

Banka içi etkenler denince, akla ilk gelmesi gereken, yönetim beceriksizliğidir. İyi niyetli de olsa uzmanlık bilgi ve deneyimi açılardan yeterince donanıma sahip olmayan yöneticilerin elinde bir bankanın çok güç durumlara düşmesi çok da güç değildir. Bir yandan finansal ürün yelpazesinin sürekli gelişmesinin ortaya çıkardığı izleme ve uygulama güçlüğü, diğer yandan sermayenin sınırsız dolaşım olanağının artmasıyla doğan sıcak para riski ve hatta teknolojik gelişmelerin zaman zaman ortaya çıkarabildiği işlem riski gibi etkenler çoğalan ve genişleyen riskler ortamında bunların yönetilmesi sanatı olarak tanımlanan bankacılığı giderek daha “zor zanaat” haline getirmektedir⁶⁵. Bu güçlüklerin altından kalkabilecek yetenek ve donanımda olmayan iyi niyetli yönetimlerin bankayı kötü yönetmeleri ve ortakları ile menfaat sahiplerinin zararlarına yol açmaları mümkündür.

Banka dışı etkenlere gelince, herşeyden önce makroekonomik iklimin elverişsiz olduğu, yüksek reel faizlerin uygulandığı ve enflasyonun tahrip edici etkilerinin yüksek olduğu

⁶⁵ Banka risklerinin çeşitli tasnifleri için bkz: KARACAN, A. İhsan (Benston, Kane ve Saunders’dan aktaran): Bankacılık ve Kriz.Finans Dünyası yayınları. Tütünbank. 1996,s.19 vd.

dönemlerin, mali sistem üzerinde olumsuz izdüşümlerinin bulunduğunu belirtmek gerekir. Ekonomik ve siyasal istikrarın bulunmadığı dönemlerde sağlıklı yollardan kazanç üretmek güçtür. Sistemin kamu bankaları – özel bankalar arasında ayrıcalığa yol açması ve siyasal tercihlerle kamu bankalarının, bankacılık sanatının gerektirdiği risk algılaması ve ölçülmesi kriterlerinden uzaklaşan yönetimler altında olması da sistem genelini bozan bir başka unsurdur. Serbest piyasa ekonomisinin uygulanmaya çalışıldığı bir ortamın, devletçi bakışın egemen olduğu bir hukuk sistemiyle düzenlenmesi ise tarafların çıkarlarının zedelenmesine geçit oluşturan çok ciddi bir ikilemdir. Sınırsız mevduat güvencesi tanınması, durumu bozulan bankaların iflas ve tasfiyesine izin vermek yerine Fona alınması gibi sistemin özüne aykırı düzenlemelerle eşit rekabet koşullarının bozulduğu, hukukun temel taşlarından olan mülkiyet hakkına saygı duymayan “yasa”nın bile bulunduğu bir hukuk düzeninin hem haklar hem de ekonomik çıkarlar açısından ortaklar ve menfaat sahipleri için ne derecede yıkıcı olabileceği çok yakın geçmişimizde yaşanmış bulunmaktadır⁶⁶. Saydamlık, hesap verebilirlik ve kamuya zamanında doğru ve yeterli bilgi açıklamanın yükselen/aranan değer olduğu ve KY arayışları çerçevesinde ön planda yer aldığı bir makro ekonomik ve hukuksal düzlemde bankacılık sırrının çok geniş ve yanlış yorumlanmasıyla, arananın tam tersi sonuçlarla karşılaşmış ve hukuk normlarının kullanım biçimi ya da elverişsiz yorumlara neden olabilecek hukuk normlarının varlığı gibi nedenlerde ötürü, shareholders ile stakeholders’ın hırpalanmasına, toplumun bedel ödemesine yol açılmıştır.

2) YK’da Bağımsız Üye Bulundurulması Yönündeki Yaklaşım, Çıkar Çatışmasında Yönetim Gücünün Kötüye Kullanımını Önleme Doğrultusunda İşletme Açısından Uygun Çözüm Müdür ?

HAAO’larda ve özellikle bu nitelikteki bankalarda, tarafların çıkarlarının ticareten doğal olarak kabul edilmesi gereken çatışma sürecinde yönetim gücünün kötüye kullanımı ve bunun çoklukla YK üyeleri eliyle gerçekleştirilmesinin, hak ve çıkarları yasalarla korunan ortaklar ve menfaat sahiplerinin aleyhine nasıl sonuçlar doğurabildiğini yukarıda gördük. Şimdi sıra şu sorunun yanıtını vermeye gelmiş bulunmaktadır : KY arayışları, söz konusu olumsuzlukların giderilmesi doğrultusunda çok ısrarlı biçimde YK’da bağımsız üye bulundurulmasını hatta çoğu yerde YK’nın çoğunluğunun işletmeyle ve ortaklıkla ilgisi bulunmayan bağımsızlardan oluşmasını öngörmektedir. Zaman zaman ve yer yer, giderek “öneri”den “ilke” gibi hukuksal tanımının ne olduğu belirsiz bir ara istasyonu geçip uyulması zorunlu “kural”a doğru dönüşme eğilimi gösterdiğini kaygıyla yinelediğim bu öngörü, halka açık bir ticarethanenin, bir bankanın güvenli ve verimli çalışması amacına hizmet edebilecek midir ? YK’nın çoğunluğunun ya da sadece bir bölümünün bağımsız üyelerden oluşması durumunda taraflardan bir kısmının diğerlerinin hak ve çıkarlarını çiğnemesi önlemeye yetecek midir ? Böyle bir yeniden yapılanma tasarımı “ticarethane”nin varoluş nedeni olan ortaklık çıkarlarına katkı yapabilecek midir ?

Bu soruya ekonomi cephesinden ve işletme yönetimi açısından bakıldığında evet yanıtını vermek kanımca mümkün değildir. Şöyle ki;

⁶⁶ Bankalar Kanunu’nun 14/3 maddesi hükümleri uyarınca halka açık hisselerin, bunları hukuki merasime uyarak satın almış bulunan ve bankanın güç duruma düşmesinde hiçbir kusuru veya dahli olmayan yatırımcıların elinden herhangi bir mahkeme kararı olmadan ve tazminat ödenmeden bir idari tasarrufla alınması bunun ibret verici örneğidir. TANÖR, Reha : Mali Sakınca Üreten Bankaların Fona Devri Mekanizmasının Mali ve Hukuki Sonuçları. Dünya gazetesi. 28 Kasım 2001. Bunun yanı sıra, Demirbank’ın hakim sermayedarına ait hisselerin TMSF’ye devrine ilişkin idari tasarrufun da yargı tarafından haksız bulunarak iptal edildiğini belirtmek isterim (Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu. E: 2003/782, K: 2003/960).

2.1) Bağımsızlığın, üzerinde uzlaşmış bir ölçütü bulunmamaktadır.

KY literatüründe üzerinde ısrarla durulan ve YK'da bulunması hatta çoğunlukta olması ısrarla istenen bağımsız üyenin ne anlama geldiği, körlerin fili tarifini andırırçasına değişiktir. Öneri, İlke, Uygulama Kodu ya da Kotasyon kuralı gibi değişik adlarla karşımıza çıkan metinlerde “bağımsız üye” kavramının kimi kastettiği belirsizdir. Bir YK üyesinin hangi niteliklere sahip olması durumunda bağımsız sayılacağı doğrultusunda açıklanan ölçütler birbirlerinden ciddi farklılıklar göstermektedir. Şayet shareholders ve stakeholders olarak bireylerin, grupların, kuruluşların, toplumun hatta toplumların zarar görmesine yol açan şirket içi olumsuzlukların giderilmesinde bağımsız üyenin gerekliliği söylenildiği üzere en azından çok önemli, hatta kaçınılmaz ise, o takdirde bu yargıya varanların kendilerini bu çözüme ulaştıran araştırma, inceleme ve ölçümlenmeler çerçevesinde “belirleyici unsurlar” üzerinde mutabakat sağlamış olmaları gerekir. Bu unsurlardan biri de hiç kuşkusuz bağımsızlık ölçütü olmalıdır. Oysa, bağımsızlığın ne olduğu bağlamında NYSE, LSE, SPK'nın ve diğerlerinin kriterleri birbirlerinden farklıdır. “Bağımsız kime denir” diye sorulduğunda buna ABD'de başka yanıt, Avrupa'nın çeşitli sistemlerinde başka yanıt, Türkiye'de daha başka yanıt verilirse o takdirde bağımsızlıktan sağlanması beklenen yarar daha işin başında sakatlanmış olur. ABD'de bağımsızlık ölçütlerine uyan birinin TR'de uymaması durumunda bu farklı yaklaşımlardan hangisinin doğruyu gösterdiğini ve KY arayışlarına uygun bulunduğunu anlamak ve savunmak mümkün olmaz. Yukarıda karşılaştırma bölümünde örneklediğim üzere, İngiltere uygulamasında YK üyeliği dokuz yıldır süren birinin bağımsızlık kriterlerine uygunluğu kabul görünürken, aynı kişinin niteliklerinde hiç bir değişiklik olmadığı halde ertesi yıl niçin bağımsız sayılamayacağı gibi yaklaşımların mantığını da anlamak kolay değildir. (YK üyeliği için öngörülen görev süresi ile “bağımsızlığı” belirleyen bu sınır süresini karıştırmamak gerekir). Aynı sınırın SPK KYI'nde niçin dokuz değil de yedi yıl olarak öngörüldüğü, NYSE'in yaklaşımında ise neden hiç yer almadığı da kuşkusuz anlaşılır olmaktan çok uzaktır. Üyenin ortaklıkla olan hissedar/müstahdem/iş ilişkilerinin nasıl olması, aile fertlerini hangi yakınlıkta içine alması ortaklıktan elde ettiği gelirin hangi boyutta bulunması gibi diğer ölçütler de KY metinleri içinde yine farklılıklar arz etmektedir. Bağımsızlık, anılan bu metinlerin her birinde objektif kriterlerle tanımlanabildiğine göre bunlar arasında farklılıkların bulunmaması gerekir. Bağımsızlığın ülkeden ülkeye değişen bir tanımı olamaz. Farklılıklar varsa o zaman kriteriyum objektivitesini yitirir, sübjektif hale dönüşür. KY'le ilgilenen her kesimin (sivil toplum örgütleri dahil) kendisine göre farklı bir bağımsızlık anlayışı ve tanımlaması içinde ekonomik ve mali sistemin candamarları olan ortaklıklar üzerinde bu şekilde bir yönetim tasarımı ve zorlaması yapması ise ekonomi açısından yarar değil, karmaşa ve zarar doğurur. Çıkarlarının korunması hedeflenen kesimler korunmak istenirken yeni ve daha vahim sonuçlarla karşı karşıya getirilebilir⁶⁷.

2.2) Bağımsız üyenin oranı ve sayısı üzerinde bir uzlaşma mevcut değildir.

YK'da bağımsız üye bulundurulması sorunları çözecek ise ya da en azından önde gelen çözüm yollarından birini oluşturacak ise o takdirde hangi nitelikteki ortaklıklarda ne ölçüde bağımsız üye bulundurulmasının bunu sağlamaya yeterli olacağını da bu öneriyi getirenler tarafından yine çeşitli inceleme, araştırma ve değerlendirmeler sonucunda belirlenip ortaya

⁶⁷ Bağımsızlığı farklı kurumların birbirlerinden farklı biçimde yorumlamaları, bunun arkasından dolanmak isteyenlerin işini kolaylaştırır, bağımsız görünüp aslında belli çevrelerin çıkarlarına hizmet etmeyi amaçlayanlara arkasına saklanacakları güzel bir perde oluşturur. Nitekim, Merrill Lynch firması aleyhine açılan bir davada New York Eyalet başsavcısı Eliot Spitzer, “Müşterilere iletilen bilgiler ‘bağımsız ve objektif analistler’ tarafından yapıyor gibi gösterilse de, aslında bu kişiler Merrill Lynch ile anlaşması bulunan firmaların adamı gibi hareket ediyorlardı” açıklaması ile bu tehlikenin varlığını vurgulamıştır. Hürriyet gazetesi. 9.04.2002

konulmuş olması gerekir. Oysa uygulamada, Öneri, İlke, Uygulama Kodu ve Kotasyon kuralı adları altında karşımıza çıkan tablo, hem oran hem de sayı üzerinde belirli bir uzlaşmanın bulunmadığını göstermektedir. Herşeyden önce içe dönük bir ortaklık yapısında, dışa dönük bir ortaklık yapısına koşut bir üyelik kompozisyonu aramak gerçekçi olmaz. Büyük bir bölümü hakim sermayedarın yönetim ve denetim egemenliğinde olan bir HAAO ile çok dağılmış ortaklara sahip bir HAAO'nun YK'sında üye sayısı bile birbirlerinden genellikle farklı olur. Bir ticari ortaklığın güvenli ve verimli çalışması, herşeyden önce, ortaklık kompozisyonunun YK'da adil temsili ile başlar. Ortaklık yapısının yönetime yansıtılmasında çarpıklık olması halinde hastalık belirtileri başlar. SPK KYİ, bu bağlamda herhangi bir ayırım yapmaksızın tüm ortaklık yapıları için aynı oran önerisini yapmıştır. Oysa NYSE ve LSE kotasyon koşulları arasında yer alan bağımsız üyelik kavramında içedönük / dışa dönük ortaklıklar arasında doğru biçimde ayırım yapılmış ve farklı oranlar ve buna bağlı yükümlülükler getirilmiştir. Ne var ki, farklı bedenlere kendilerine uygun elbiselerin dikilmesi gereğinin kavranılmış olmasına karşın elbiselerin vücudun ne kadarlık bölümünü kaplaması gerektiği konusunda mutlak bir uzlaşma sağlanamamıştır. Bir HAAO'da çıkar çatışması sonucunda yönetim gücünün kötüye kullanımının engellenmesi doğrultusunda YK'da bağımsız üye bulundurulması en azından iyi hatta kaçınılmaz ise bu üyelerin kurul içindeki oranı / sayısı ne olmalıdır ki istenilen çözümü sağlayabilsin ? YK'nın kaçta kaç bağımsız üyelerden oluşmalıdır ? Bunlar YK içinde yer almakla birlikte azınlıkta kalırlarsa amaca uygun sonuç elde edilmiş olabilir mi ? Yoksa oran yarı yarıya mı olmalıdır ? Ya da, NYSE bünyesinde kurallaştırıldığı üzere çoğunluğun bağımsız olması mı doğru çözümdür ? Eğer öyle ise neden çoğunluk yerine tamamının bağımsız üyelerden oluşması aranmamaktadır ? Bağımsız üyelik bir ilaç olarak görülüyor ise bu ilacın dozu ne olmalıdır ? Dışa dönük, dağınık ortaklık yapısına sahip işletmelerde YK'nın üçte ikisinin ortaklar arasından çıkmasında sakınca görülmez iken, SPK KYİ uyarınca geriye kalan üçtebir üyenin dışardan seçilmesinin ne gereği vardır ? Bu tür HAAO'larda icra işlevini yerine getiren üst yönetimi denetlemek açısından dışardan gelecek üyelerin GK içinden bulunabilecek olanlardan hangi farklı hüneri sergilemesi beklenmelidir ? Soruları artırmak mümkündür. Bugünkü şekliyle değişik ülkelerdeki çeşitli yaklaşımların YK'daki bağımsız üyeler konusunda ortaya farklı oran ve sayılar çıkarması, başlıbaşına bu yaklaşımların böylesine önemli bir konudaki ciddiyetlerinin sorgulanmasına ihtiyaç gösterecek bir durumdur. Ekonomi ve finans dünyasının “olmazsa olmaz” olan kuruluşları, güvenli ve verimli mekanizmalara sahip olarak ortaklarının ve menfaat sahiplerinin çıkarları doğrultusunda optimum ölçekte faaliyet gösterebilmek için kimin ölçülerini kullanarak, hangi oran ve sayıyı bünyelerine uygulayarak yola devam etmelidirler ? Kendilerine gösterilen doğru (!) hangisidir ? Örneğin, NYSE'de aranan “çoğunluk” mu, SPK KYİ'nin öngördüğü “üçtebir” mi⁶⁸ ? Uygulamaların ülkeden ülkeye farklılık arzedebileceğinin ifadesi, temeli zayıf bu çeşitlemeleri haklı kılmaz.

Haklı arayışlar doğrultusunda yola çıktıktan sonra ortaklık yapıları üzerinde isabet derecesini haklı çıkartacak gerekçeleri bulunmayan bu tür zorlamalar, bir noktadan sonra ister istemez eşyanın tabiatına uygun engellere çarpmaktan kurtulamazlar ve haklı arayışları boşa çıkartırlar, beyhude kırlarlar. Dahası, bu nafil süreç içinde yeni sorunlara kendileri neden olurlar ve bu kez de bunların faturaları, “korunmak istenen”lerin üzerine yığılır. Oysa ve

⁶⁸ SPK KYİ'nden sadece 6 ay önce kamuoyuna duyurulmuş olan SPK KYİ Taslağında bu oran “YK'nın en az yarısı” şeklinde idi. Bkz: SPK KYİ (Taslak, 3.2.4.2). Aynı doğrultuda Tüsiad tarafından yayımlanmış Kod'da da “Bağımsız üyelerin YK'da çoğunlukta bulunması..” öngörülmüştür. TÜSİAD : Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu : Yönetim Kurulu'nun Yapısı ve İşleyişi. Aralık, 2002,s.17 Aynı kuruluş tarafından aynı konuda yayımlanan bir başka metinde ise bu kez bağımsız üye oranı ortaklıkların yapısına göre farklılaştırılmış ve söz konusu oran, holding ve borsaya kayıtlı şirketler, finans sektörü, devletin herhangi bir oranda orta olduğu kurumlar için yarıdan bir fazla, diğer tüm şirketler için ise başlangıçta % 25, mümkün olan en kısa zamanda ise % 50'nin üzeri olarak saptanmış ve açıklanmıştır ! TÜSİAD : Türk Kurumsal Yönetim Kodu. (3.1)

aslında “kim olduğu tayin edilemeyen”, YK içinde “hangi oranda bulunacağı” da bilinmeyen bağımsız üyeliğe can simidi olarak sarılmaya kanımca hiç de ihtiyaç bulunmamaktadır çünkü bunun varlığının da ortaklığın güvenli ve verimli mekanizmalara sahip olarak yoluna devam etmesi doğrultusunda işletme yönetimi açısından “belirleyici” ve sonuç getirici değeri yoktur. Şöyle ki,

2.3) Bağımsız üye bulundurmanın kıymet-i harbiyesi de yoktur.

SPK KYİ, YK'nın en az üçte birinin bağımsız üyelere oluşumunu öngörmektedir. Herhangi bir ortaklık yapısı içinde bu orandaki bir kümelenmenin çıkar çatışmasının bulunduğu hallerde yönetim gücünü ellerinde bulunduranların, bunu kötüye kullanmak suretiyle kendilerinin dışında kalanların hak ve çıkarlarını çiğnemelerini önlemesi öncelikle matematiksel olarak mümkün değildir. Bir HAAO'da sermaye ve oy haklarının % 51'ini tek başlarına veya birlikte, doğrudan ya da dolaylı yollardan ellerinde bulunduranların ya da bu oran daha düşük olmakla birlikte imtiyazlı payların verdiği olanakla YK'da çoğunlukta olup ortaklığı fiilen yönetimleri altında tutanların kötü niyetli eylemlerini önlemeye onların karşısındaki üçtebir oranındaki YK üyelerinin gücü sayısal olarak yetmez.

KY metinlerinde belirtildiği üzere, örneğin İngiliz sisteminde, bağımsız üyelere başlıca iki konuda katkı beklenmektedir. Bunlardan birincisi, üst yönetimin performansının ölçülmesi, ikincisi ise çıkar çatışmasının önlenmesidir⁶⁹. Oysa SPK'nın ilkeleştirdiği üçtebir oranı ile herhangi bir HAAO'da bile bu katkıların gerçekleşebileceğini düşünmek çok güçtür. Yönetimi çok daha karmaşık olan, buna karşılık kamuya açıklama yapma yükümlülükleri de mevzuat gereği daha sınırlı bulunan bankalarda ise bu neredeyse olanaksızdır. Bankaların üst düzey yönetimi, Türkiye gibi özellikle içe dönük sistemde, ortaklık yapısı ile uyumlu bir çizgide olup, ona paralel hareket eder. Grup ve iştirak bankacılığına cevaz veren, bu yüzden banka kaynaklarının yandaş kuruluşlara aktarılmasını kolaylaştıran, ticari şirketleri denetim altına alma olanağı veren, iştirak ve gayrimenkul değerlendirmeleri itibariyle özvarlıkların standartlara uygun hesaplanmasını güçleştiren bir düzlemde ortak-yönetici “içiçeliğinin” hareketlerinin ayda bir kez toplanan ve sınırlı süre içinde, sınırlı konuları görüşen YK'da, üçte bir oranındaki bağımsız üye ile “izlenmesi bile” mümkün olmayabilir. Nitekim İmar Bankası olayında, değil dışardan atanmış sıradan bir bağımsız üyenin, bankanın içindeki uzman kamu temsilcilerinin dahi hiçbirşeyden haberleri olmayabilmiştir. Bankada mevzuata aykırı olarak ve usulsüz biçimde gerçekleştirdikleri iddia olunan işlemlerin neler olduğuna bakıldığında bu daha kolay anlaşılabilir: “Banka sahip ve yöneticilerinin gerçek mevduat rakamlarını kamu otoritesinden gizlemeleri ve fiili mevduat ile resmi kayıtlara yansıtılan mevduat arasındaki farkı zimmetlerine geçirmeleri; izinsiz ve açığa DİBS satışı gerçekleştirmeleri; Kamu otoritesine yanıltıcı bilgi vermeleri, işlemleri kayıt dışı bırakmaları; vergi kaçırmaya yönelik işlemlere başvurmaları...”. Bu çerçevede, off shore hesaplarında açılmış olarak gösterilen mevduat hesaplarının sigorta kapsamındaki banka mevduatına dönüştürüldüğü, mudilere ait hesap bakiyesi ve hareketlerinin gizlendiği, bankanın gerçek borç ve taahhütlerinin gizlendiği, DİBS'lerin emanet hesaplarına geçirilmediği saptanmıştır⁷⁰. Bu kadar geniş kapsamlı ve büyük boyutlu usulsüz işlemler kamunun tüm yakın denetim ve gözetim olanaklarına karşın gerçekleştirilebilmiştir. O nedenledir ki, Başbakanlık Teftiş Kurulu'nun yaptığı tesbitler sonucunda, BDDK başkanı ve ilgili Değerlendirme ve Uygulama Dairesi yetkililerinin, Bankalar Yeminli Başmurağı ve yeminli murakıplarının “görevi ihmal” ve “görevi kötüye kullanma” suçlarını işledikleri kanaatine varılmıştır⁷¹. Denetim ve gözetim yükümlülüğünü

⁶⁹ The Financial Aspects of Corporate Governance. (4.5) ve (4.6) GEE, London, 1992

⁷⁰ BDDK-TMSF : İmar Bankası Olayı. Ekim 2003,s.47 vd.

⁷¹ Vatan Gazetesi, 22.01.2004

taşıyan tüm uzman kademelere rağmen gerçekleştirilebilen bu ve benzeri olumsuzlukların YK'da bağımsız üye olarak yer alacak birkaç üye tarafından saptanması, saptansa da önlenmesi mümkün değildir.

Kaldı ki, bankalarımızın yönetim kurullarında zaman zaman özellikle yüksek rütbeli emekli subaylar ile eski yüksek bürokratlar da bağımsız üye niteliğinde sıkça yer almamış da değildirler. Ne var ki, nitelikleri itibarıyla günümüzün bağımsızlık kriterlerinin çoğuna uyan ve bu nedenle bağımsız üye sayılması gereken bu zevatın da kendilerini atayan yönetime ve hakim sermayedara karşı etkinlik gösterdiklerine ilişkin bir örnek bulunmamaktadır. Tersine, işlerin kötüye gitmiş olduğu kurumlarda yer alan bu zevattan bazılarının “kendilerinin konunun yabancıları oldukları, hiçbirşeyden haberleri bulunmadıkları” şeklindeki ifadeleri muhtelif vesileler ile yargıya intikal etmiş olaylarda gazete sayfaları arasında yer almıştır.

Banka ortakları dışından seçilecek, konuyla uzmanlık bağı bulunması aranmayan, bankalara ilişkin mevzuat tarafından son derecede ağırlaştırılmış yaptırımların tehdidi altında bulunan⁷², SPK KYİ gereğince ancak sınırlı bir ücretle YK'da görev yapabilecek olan bağımsız kişilerin ve bunlardan oluşacak bir heyetin, hakim sermayedara karşı koyarak çıkar çatışmasında denge sağlaması içe dönük ortaklık yapılarında eşyanın tabiatına aykırıdır. Dolayısıyla bu doğrultuda SPK tarafından vaz'edilen İlke, eski deyimle “Kıymet-i harbiye”den yoksundur, işe yaramaz. Kaldı ki, bu doğrultudaki önerilerin dışadönük ortaklıklardaki işlerliğine de kanımca fazla bel bağlamamak gerekir. Ortaklık yapısına ve demokrasisine aykırı biçimde YK'da çoğunluğu elde etmesi yabancı KY metinlerinde öngörülen bağımsız üyelerin kendilerini büyük/küçük, bireysel/kurumsal ortakların yerine koyarak onlar adına hareket etmesi yapısallık açısından çarpıklık arzeder, bu da sürdürülebilir verimlilik yönünden kuşku kaynağı oluşturur. Nitekim, KY arayışlarının ivme kazanmasında çok büyük paya sahip olan Enron⁷³ ve World Com'da⁷⁴ ortaklar ve menfaat sahipleri hiçe sayılarak, dünyaca ünlü denetim kuruluşlarının da denetimine karşın büyük muhasebe hileleri gerçekleştirilirken, YK üyelerinin çoğunun bağımsız üye niteliklerine sahip kişiler olduğu gerçeği ortadadır. Bu nedenlerledir ki, yabancı literatürdeki arayışların da YK'nın nasıl üyelere oluşması değil, nasıl çalışması gerektiği yönüne kaymaya başladığı gözlemlenmektedir⁷⁵.

Bağımsız üyenin etkinliği kapalı aile şirketlerinde bir ölçüde anlam ifade edebilir. Şöyle ki, özellikle ülkemizde görüldüğü gibi birinci nesil girişimciler tarafından kurulan aile işletmelerinde yönetim erki bunlardan çocuklarına geçtiğinde, paydaşlık yapısının devir veya miras yollarıyla genişlemesi, bu arada yeni evlilikler ve doğumlarla ailenin de büyümesi sürecinde çoğu kez çıkar çatışmaları oluşmakta, uyumsuzluklar su yüzüne çıkmakta, profesyonel yönetim anlayışı ve kurumsallaşma kültürü eksikliği de bunlara eklenince ortaklığın geleceği bile tehlikeye girebilmektedir. Böylesi durumlarda tarafların güvendiği, genellikle aileye ve işe yakın “akil kişi ya da kişilerin” yönetime alınması bölünen aile ve ortaklık yapısında birleştirici ve toparlayıcı olmakta, bu kişilerin arayapıcı tavırları işe yaramaktadır. Ancak, bu ve buna benzer denge mekanizmalarının etkinliği halka açık

⁷² YK üyelerinin ağır yaptırım gerektiren sorumlulukları BanK.hükümleri ile de sınırlı kalmamakta, genel esaslar çerçevesinde TK tarafından öngörülenlere ek olarak TK dışındaki sorumluluk alanları ile genişlemektedir. Bkz. HELVACI, Mehmet : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu. 2. Bası. Beta . İstanbul, 2001, s.99-106

⁷³ VAN DER BERGHE, Lutgart : Corporate Governance In A Globalising World : Convergence Or Divergence ? A European Perspective. Kluwer Academic Publishers.2002,s.60

⁷⁴ BREEDEN, C. Richard : Restoring Trust. Report to The Hon. Jed. S. Rakoff The US District Court For The Southern District of New York On CG For The Future of MCI, Inc..August, 2003,s.31

⁷⁵ LAGACE, Martha : How to Build a Better Board. Colin B. Carter'ın Back to Drawing Board adlı kitabı hakkında yazarla yaptığı söyleşi. HBS Working Knowledge. Jan, 12 2004 issue

ortaklıklarda aynı derecede olmamaktadır. İş yaşamının kendine özgü yapısı içinde geçerliliği kabul edilmemiş arayışların yarar sağlaması bir yana sakıncalar yaratması söz konusudur. Sosyo-ekonomik gerçeklere uymayan çözüm yollarının ısrarla önerilmesi işletmeyi ekonomik açıdan olumsuzluğa sevk edebildiği gibi bu türden çarelerin zaman içinde hukuk kuralları haline dönüşmesi de hukuk düzenini yıpratmaktadır. Bu sakıncaların nelerden kaynaklandığını ve nasıl oluştuğunu sırasıyla değerlendirelim.

2.4) Bu tür yaklaşımların işletme yönetimi açısından sakıncası vardır.

Banka da dahil olmak üzere her ticarethane, öncelikle ortaklarının kar etmesi hedefini güder ve bu gerçek KY arayışlarının özünde de çok doğru olarak ifadesini bulur⁷⁶. Bu hedef doğrultusunda ise her ticarethanenin, bu bir banka da olsa, kendi yönetim ve kar elde etme stili farklıdır. Zaten bu farklılıktır ki, piyasalardan fon talebinde bulunan ortaklıkları, tasarruf sahipleri nezdinde öncelikle tercih edilir/edilmez ayırımına götürür. Yasalar içinde kalmak şartıyla, her ticari işletme, yaptığı işi rakiplerinden farklı biçimde yapmak suretiyle onların önüne geçmeye çalışır. Dilimizdeki yerleşik deyişle, “her yiyidin yoğurt yiyişi başkadır”. Bu nedenle ortaklıklar da yapılanmada, üretimde, pazarlamada, hizmet sunumunda değişik yöntemler bulmaya ve uygulamaya çalışır, ciddi ölçekte yatırımlar yapılan araştırma-geliştirme ve strateji birimleri bu doğrultudaki arayışların peşinde koşar. Farklılık esastır.

İşletme yönetim sanatının bu tartışılmaz doğrusuna karşın KY arayışları çerçevesinde YK’ya müdahale ederek onun yapısını mutlak biçimde belirlemeye zorlamak (her ne kadar bugün için gönüllü uygulamalardan söz edilmekte ise de), ortaklıkları “tek tip şirket” leşmeye (one fit for all size) yönelten çok sakıncalı bir yaklaşımdır. Böyle bir yaklaşıma mevzuat gereği gönüllü ama içten gönülsüz biçimde uyulması sonucunda, işletme verimliliğinde istenen sonuçlar sağlanmadığı takdirde bunun sorumlusu kim olacaktır ? Eğer şirketlerin bugün için öneri ile kural arasında kalan ama giderek zorunluluğa dönüşmesi olasılığı bulunan bu tür yaklaşımlara uyum göstermeleri istenecekse, o takdirde bunun devamını da getirmek ve herşeyi dışardan tasarımılandırmak, kurala bağlamak ve ortaklıklara sadece “buna göre iş yap” demek gerekmeyecek midir ? Tek tip şirket modelini çağrıştıran yaklaşımlar, hareket özgürlüğünün, farklılık arayışlarının ve sonuçta serbest piyasa ekonomisinin yararına mı olacaktır yoksa tarihin sayfalarına gömülen güdümlü ekonomilerde yaşanmış ve kanıtlanmış olduğu gibi bunların zararına mı yol açacaktır ?

Bankalar, diğer HAAO'lara oranla daha sıkı bir güvenlik çemberi içine alınmışlardır. Yol açabilecekleri zararların hem nitelik hem de nicelik açılarından diğer ortaklıklara oranla daha fazla olabileceği olgusundan hareketle bankaların kuruluşları, kurucuları, sonradan önemli paya sahip olacaklar, sermaye yapıları, yönetim ve denetim biçimleri zaten sıkılaştırılmış bir çerçeve içinde cereyan eder. Bu çerçeveyi bir de yönetim anlayışına müdahale ederek iyice daraltmak, yatırımcı tercihlerinin de sağlıklı biçimde gerçekleşmesinin önünü keser. Halka açık bankaların yukarıda HSBC, UBS örneklerinde belirttiğim gibi onbinlerce ortağı vardır ve bu ticarethanelerin öncelikle “ortaklarının” çıkarlarına hizmet etmesi, onların temettü gelirlerini ve hissedar değerlerini yükseltmesi beklenir. Bankaların hisse senetlerini alarak ortak olmak isteyenler de iyi bir yatırım yapmanın ilk ayağı olarak karlılık durumuna bakarlar.

Kapitalist sistemde, verimliliğin tabanında da, birikimlerin yönlendirilmesinde de “risk unsuru” nun çok önemli bir yer tuttuğunu unutmamak gerekir. Her ne kadar riskten uzak

⁷⁶ THE BUSINESS ROUNDTABLE : Statement on Corporate Governance. September 1997,s.1 (İlk cümle)

durmak muhtelif vesileler ile sıkça öğütlenen bir yaklaşım ise de riskin olduğu yerde daha fazla kazanç elde etme olasılığının bulunduğu da bir gerçektir. Küresel oyuncuların (kurumsal yatırımcılar ve bireysel tasarruf sahiplerinin) sermaye piyasasına ilgi gösterme nedenlerinin başında da zaten bu riski taşıma arzuları ve onu peşinen kabullenmeleri gelir. Bu nedendir ki, az riskli pek çok yatırım aracı varken, halka açılan hisse senetleri bu denli rağbet görür, piyasalara fon akar. Bankacılığın ise başlı başına bir risk yönetme sanatı olduğunu yukarıda söylemiştim. Sektörün doğasında bulunan risklerin bentlenmesi, sınırlandırılması ve azaltılması doğrultusunda bankacılık mesleğinin de olabildiğince muhafazakar ölçüler içinde icra edilmesi istenir. Bununla birlikte, yaygınlaşan piyasalar, artan araçlar ve gelişen bankacılık yöntemleri içinde hareket sahaları eskiye oranla çok genişleyen bankacıların kendilerini ve kurumlarını öne çıkartacak riskleri omuzlamak için orada bulduklarını ve piyasalardan fon talep eden bankalara bu riskleri yönetme ve kazanca dönüştürme becerileri ölçüsünde tasarruf aktarıldığını da hatırdan çıkarmamak lazımdır. Hal böyle iken ve sektöre ilişkin sıkı denetim yolları mevcut iken, nasıl hesaplandığı ve neye dayanarak başarı getireceği belli olmayan, önerenlerin hukuksal sorumluluğunu da içermeyen, dozu değişken normatif müdahaleler ile sektörün, sistemin özünde varolan yönetim özgürlüğüne set çekmek, gelişmenin de özüne set çekmekle eş anlamlıdır.

“Tek tip şirket”, “İdeal şirket” olgusuna sürükleyen anlayışın, finansal piyasaların iç dinamiklerinden doğan ve yatırımcılar açısından etkili bir denetim/yol gösterme aracı olan “derecelendirme” (rating) faaliyetini de sakatlaması ve inandırıcılığını zedelemesi çok olasıdır. Bu dalda faaliyet gösteren ve KY için de bir yeni sayfa açan derecelendirme kuruluşları, farklı ölçütleri ve farklı üye oranları içeren yaklaşımlar karşısında, bunlardan hangisini doğru kabul ederek derecelendirme notu oluşturacaklardır ?⁷⁷ Karlılığı ve temettü verimliliği yeterli bir ortaklıkta yeterince bağımsız YK üyesi yoksa, KYİ’de sayılan komiteler mevcut değilse, salt bu nedenlerden ötürü ortaklığın KY notu düşük mü tutulacaktır ? Buna karşılık, KYİ açısından yeterlilik arzeden ama her kafadan bir sesin yükseldiği, bağımsız üyelerin iş konusunun uzmanlık gerektiren özelliklerine vakıf olmamaları nedeniyle misyon ve vizyon oluşturamadıkları, dava haklarının sürekli kullanıldığı ve zarar eden bir şirket sırf YK’da bağımsız üyeye ve yeterince komiteye sahip diye, yüksek nota mı mazhar olacaktır ?

Dışa dönük ortaklıklar için ise, SPK KYİ tarafından öngörülen komitelere ve YK’ya uygun nitelik ve nicelikte üye bulmak da pratikte hayli güçtür. SPK KYİ, YK çalışmalarının daha sağlıklı yürütebilmesi için komiteler kurulmasını , komitelerin an az iki üyeden oluşmasını, başkanın bağımsız üye olmasını, bir YK üyesinin birden fazla komitede görev almamasını öngörmektedir (IV/5.2, 5.3 ve 5.4). Bu komitelere örnek olarak da Denetimden sorumlu komite, Kurumsal yönetim komitesi, Stratejik planlama komitesi, İnsan kaynakları ve ödüllendirme komitesi, Uzlaşma komitesi, Etik komitesi gösterilmektedir. Zorunlu olmamakla birlikte, KY ilkelerine bağlılığı esas alarak derecelendirme notunu yükseltmek ve finansal kaynaklardan daha fazla pay almak isteyen bir ortaklığın bu durumda sahip olması gereken YK üyesinin kolaylıkla temin edilemeyeceği şüpheden uzaktır. (İMKB’de hisse senetleri işlem gören halka açık bankaların YK üye sayısı ortalaması sekizdir !) Bu husus çok daha elverişli kaynakların bulunduğu ABD’de bile eleştiri konusu yapılmaktadır. Ülke düzeyinde faaliyet gösteren yaklaşık 15.000 ortaklık için 45.000 bağımsız üye bulmanın neredeyse

⁷⁷ Örneğin bu konuya önemle eğilen derecelendirme kuruluşlarından S&P tarafından belirlenen ölçütler arasında yer alan “YK’nın rolü ve etkinliği”, “Dışardan atanan YK üyelerinin rolü ve bağımsızlığı” (S&P’s CG Scores. Criteria, Methodology And Definitions.par.4.2) üzerindeki değerlendirmeler, oranların, tanımlamaların, yaklaşımların ciddi farklılıklar arzettiği, buna karşılık “ille de bağımsız üye bulunacak” diye diretilen bu “belirsizlikler içindeki tektipleştirme” ortamında nasıl notlanarak yatırımcılara evrensel yeknesaklıkta ışık tutabilecektir ? Bkz. S&P’s CG Services, November, 2000.

olanaksız olduğu belirtilmektedir⁷⁸. En büyük teşkilatlanmış piyasa olan Nasdaq'ın YK başkanı ve CEO'su Hardwick Simmons dahi, nitelikli YK üyesi bulmanın güçlüğü nedeniyle, bu görevi üstlenebilecek kişilerin oluşturacağı bir havuzun kurularak ortaklıkların yararlanmasına açılmasından söz etmektedir⁷⁹. İngiltere'de KY çalışmalarına öncülük edenlerden biri olan Hampel komitesinin raporunda da "istenilen kalibrede bağımsız üye bulmanın gerçekten çok güç olduğu" itiraf edilmiştir⁸⁰. Böylesi bir yapılanma yenileşmesinin ve bu doğrultudaki arayışların, sermaye yeterliliği açısından zorlanan bankalara yükleyeceği ek külfet de azımsanmayacak ölçülerde olabilecektir⁸¹.

Ortaklıkları tektipleşmeye sevkeden, temelini sağlamlığı kanıtlanmamış ve gönüllülükten zorunluluğa geçişme eğilimi gösteren bu tür yaklaşımların piyasalar ve özellikle yatırımcılar tarafından da çok sıcak karşılanmadığı gözlemlenmektedir. Dışardan gelen ve bağımsız olarak nitelendirilen üyelerin işe gereken vakti ayırmaları, kendi işleri gibi benimsemeleri, işkolunun gerektirdiği bilgi ve deneyimi sergilemeleri kolay görülmemektedir. O nedenle, bu üye türüne uygulamada çok kez kuşkuyla yaklaşılmakta, sıcak kabul görmeyen bu tür yöneticilerin kapalı aile şirketlerini yönetenlerden öğrenecekleri pek çok hususun bulunduğu literatürde de dile sıkça getirilmektedir⁸². Nitekim, Newsweek dergisi için Thomson Financial şirketi tarafından yapılan bir araştırmada bu doğrultuda sonuçlar alınmıştır. Araştırma, Avrupa'nın en önde gelen altı hisse senedi endeksinin tamamında, dışardan müdahale görmeyen aile firmalarının rakiplerini geride bıraktığını göstermiştir. Taşın altında bizzat yönetici/sahibin kendi elinin bulunması, aile dayanışması, güçlü liderlik, piyasa disiplini ve kurumsal belleğin varlığı gibi nedenlerle bu yapıdaki ortaklıkları sağladığı kesin üstünlük üzerine bilimsel çalışmalar da yoğunlaştırılmıştır. Söz konusu araştırmada "aileler tarafından kontrol edilen HAAO'ların" en uygun model olduğu ifade edilmiştir⁸³. İlginçtir ki, bağımsız üye bulunması yönündeki istemlerin doruğa çıktığı bir ortamda, Marmara Üniversitesi Bankacılık Enstitüsü'ndeki yüksek lisans öğrencilerim tarafından gerçekleştirilen çok mütevazı bir araştırmada da yatırımcı tercihi olarak aynı sonuç elde edilmiştir. Borsada yatırım yapan ve yapmayan biçiminde eşit olarak ikiye ayrılan 200 denek üzerinde gerçekleştirilen çalışmada kendilerine yatırım yapmak için % 100 halka açık bir ortaklığı mı yoksa % 75'i halka açık, % 25'i aile elinde olan bir ortaklığı mı tercih ettikleri sorulmuştur. Gelen yanıtlar, deneklerin % 58'inin ikinci şikkı tercih ettiğini ortaya koymuştur. Uygulamada da bu doğrultudaki örneklerin çoğaldığı görülmektedir. Wall Street'in en karlı yatırımcı önderlerinin başında gelen 74 yaşındaki Warren Buffet'in ABD Başkanlık seçimlerinde, adaylardan John Kerry'nin ekonomik danışmanları arasında yer alacağı gerekçesiyle lideri olduğu Berkshire Hathaway şirketindeki hisselerini satacağını açıklaması üzerine, diğer paydaşlar endişeye kapılmışlar ve Buffet'in ayrılması halinde kendilerinin de ortaklığı terkedebileceklerini belirtmişlerdir⁸⁴. Konumuza dönük olarak, İMKB'de hisse senetleri işlem gören halka açık bankaların yönetim ve denetimini elinde bulunduran Koç, Sabancı, Doğuş, Doğan gibi gruplara ait bankaların da faaliyetlerini, hariçten yapılan müdahaleler sayesinde değil, ortaklık yapısı içinde oluşturulan yönetim anlayışları doğrultusunda küçük ortaklarının ve menfaat sahiplerinin genel tasvibine mazhar olarak sürdürdüklerini söylemek yanlış olmaz.

⁷⁸ POMERANZ, Felix : CG : Opportunity for Institutions The Journal of Investing. İBFNET

⁷⁹ Dow Jones Newswires, June 7,2002.

⁸⁰ Hampel Committee Report (par.3.10)

⁸¹ Bu külfetin orta büyüklükteki bir ABD şirketi için 150-250 milyon dolar dolayında bulunduğu tahmin edilmektedir. TEKİN, Ali Güner : Kaldıraç Noktası. Kurumsal Yönetim (CG), Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Denetimden Sorumlu Komiteler

⁸² NARVA, L. Richard : Creating Effective CG in Family Businesses. Genus Resources, İnc. 2001

⁸³ Family Firms Are Outrunning Their Rivals : Newsweek April 12 issue. Msnbc.msn.com

⁸⁴ Sabah gazetesi. İşte İnsan. 16 Mayıs 2004

Ticaretin doğasına, serbest piyasa ekonomisi sisteminin özüne uygunluk taşımayan, rekabet ortamını yozlaştırıcı “tektipleştirme çalışmalarının” işletme yönetimi açısından getirdiği sakıncalara koşut biçimde bunların hukuksal plandaki izdüşümleri de aynı doğrultuda kuşku verici bulunmaktadır.

3) Yönetim Kurulunda Bağımsız Üye Bulundurulması, Çıkar Çatışmasında Yönetim Gücünün Kötüye Kullanımını Önleme Doğrultusunda Hukuk Açısından Uygun Çözüm Müdür ?

3.1) İlke'nin uygulanması, yürürlükteki hukuk kurallarıyla çelişmek suretiyle karmaşaya yol açar.

Evrensel düzlemdeki KY arayışları, çıkar çatışmalarının olduğu ortamlarda yönetim gücünün kötüye kullanımını önlemenin yollarını ararken, ağırlıklı olarak dağılık ortaklık yapısı olan dışadönük şirketler üzerinde odaklandığından bu tür işletmelerde sıkça görülen yönetici suistimallerinin önüne geçebilmek amacıyla tekli sistemler için, ikili sistemlerin YK – Gözetim/Denetim Kurulu eşleşmesine bir alternatif model oluşturma gayreti içinde bulunmaktadır. Bu bağlamda, icradan sorumlu olmayan bağımsız üyelerin (non executive directors) ağırlıklı varlığıyla YK'nın bir nev'i gözetim/denetim organı mahiyetinde, günlük icradan sorumlu yöneticilerin (managers) karşısında bir denge unsuru olarak yer tutması önerilmektedir.

Bizim sistemimizde ise YK'nın icradan soyutlanmış, pasif olarak adlandırılabilir bir yapısı bulunmamaktadır. Tersine, TK 317'nin açık hükmü gereğince, anonim şirketi YK “yönetir”. Ortaklığı yönetme görev ve yetkisi de işlevsel açıdan, iki yoldan; ortaklık işlerinin çevrilmesi ve pay sahipleri ile ortaklık arasındaki ilişkileri düzenleyen yasa ve esas sözleşme hükümlerinin yerine getirilmesi suretiyle hayata geçirilir⁸⁵. YK'nın anonim ortaklığı yönetme işlevinin kapsamında nelerin yer aldığı da yine yasa ile belirlenmiştir. Bu çerçevede, GK'nın toplantıya çağırılması (TK.365), ortaklığın ticari, mali ve iktisadi durumunu ve yapılan işlerin özetini gösteren yıllık raporun hazırlanması, yedek akçeyi oluşturacak miktarın saptanması doğrultusunda öneri hazırlanması (TK.327), GK tarafından alınan kararların uygulanması (TK.336) gibi denetleme işlevini değil, “icrai” (executive) çalışmayı ön plana çıkartan görevler ağır basar.

TK hükümlerine ilaveten Bankacılığa ilişkin özel mevzuat hükümleri uyarınca da, kredi açma gibi duyarlı ve temel icra yetkisi (Bank.9/c) ile bankanın kontrol faaliyetlerine ilişkin önemli strateji ve politikaları oluşturmak, onaylamak, uygulanmasını dönemselsel olarak incelemek, gibi⁸⁶ önemli görevler de YK'ya verilmiştir.

Ortaklığın genel anlamda yönetiminde etkinliği ve verimliliği sağlama açısından icrada görev yapanlar ile yapmayanları iki ayrı kurula paylaştırarak yönetim ile denetimi birbirinden ayıran ikili sistemin karşısında tekli sistemi uygulayan ülkelerde bu net çizgili ayırıma seçenek oluşturmak üzere tasarımılandırılan ve YK'da bağımsız ve icradan sorumlu olmayan üyelerin çoğunlukta olmasını ve icracılar üzerinde gözetim/denetim işlevini yerine getirmesini öngören model ile sistemimizde YK'nın kendisini ortaklığın icra organı olarak tanımlayan yapısı normatif açıdan bağdaşmamaktadır. Bu nedenle Türk hukuk mevzuatında bu doğrultuda bir anlayış ve tercih değişikliği yapılmadıkça, KY taraftarları tarafından ortaya konan İlke, Kod

⁸⁵ İMREGÜN, Oğuz : Kara Ticaret Hukuku Dersleri. Onikinci Bası. Filiz Kitabevi. İstanbul, 2001,s.333

⁸⁶ Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetimi Sistemleri Hakkında Yönetmelik. RG.No: 24312, T: 8.2.2001

vb.kuralların mevzuatımızın mevcut hükümleri ile uyuşması ve olumlu sonuçlar doğurması mümkün değildir.

YK'nın görev ve yetkisi konusundaki bu temel anlayış ve bakış farklılığının yanında, KYİ çerçevesinde öngörülen bağımsız üyelerin seçiminin/tayinin nasıl olacağına ilişkin bir düzenlemenin önerilmemesi de, bu konuda izlenecek yolun mevcut mevzuatımızın bu yöndeki hükümleri ile uyumlu olacağı doğrultusunda herhangi bir göstergenin bulunmadığına işaret etmektedir. YK üyesi olmanın, hukuk sistemimizde birkaç yolu vardır. Aslanan ve ortaklık yapısının YK'ya adil biçimde yanışmasını sağlaması açısından en demokratik yol olan, üyenin GK tarafından ve paydaşlar arasından seçilmesidir. YK üyesi seçiminin hukuksal niteliği, ortaklık yönünden seçilene karşı yapılmış bir icabdır. Seçilenin görevi kabulü ile üye ile ortaklık arasında bir vekalet akdi oluşur⁸⁷. TK'daki bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. Bu istisnalar, ilk YK üyelerinin esas sözleşme ile atanması (TK.303), kamu tüzel kişilerinin temsilci seçmesi (TK.275) ve YK'nın bizzat kendisinin, kurul içinde boşalan sandalye olması halinde burayı dolduracak kişiyi, sonradan GK onayına sunmak koşuluyla seçmesi (TK.315) olarak sıralanır. Bu doğrultudaki istisnai bir hüküm de BanK'da bulunmaktadır. Buna göre, bir bankada yapılan denetlemeler sonucunda BanK'na, ya da ona dayanılarak alınan kararlara, yapılan düzenlemelere, bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı ve bankanın emin bir biçimde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikte işlemlerin saptanması durumunda, BDDK tarafından yapılan uyarılara karşın istenilen önlemlerin alınmaması ya da bankanın emin bir biçimde çalışmasını tehlikeye düşürecek nitelikteki işlemlerin yinelenmesi durumunda YK üyelerinin tamamı veya sadece bir bölümü görevden alınarak ya da üye sayısı artırılarak BDD Kurulu tarafından üye atanabilir (BanK.14/1.a)⁸⁸.

SPK KYİ'nde YK'nın en az üçte birinin bağımsız üyelerden oluşması tavsiye edilmektedir. Önce, "tavsiye" olarak metinde yer alan, ardından "Uygula, uygulamıyorsan açıkla" üstü kapalı zorlamasına dönüşen (SPK KYİ, Giriş bölümü) ve ilerde uyulması zorunlu kural haline gelmesi çok mümkün olan⁸⁹ bu "İlke"nin nasıl uygulamaya konulacağına ilişkin somut bir öngörü ise bulunmamakta, aday gösterme ve seçme yöntemine ilişkin esasların belirlenmesi şirket esas sözleşmelerine bırakılmaktadır. Bu durumda, amaca ulaşmak için mevzuatımızda mevcut üyeliğe seçilme/atanma yollarının hangisi kullanılabilir, bu yöntemler bağımsız üye seçimine geçit vermediği takdirde, başka yollara mı başvurulacaktır? Bankaların mevcut ortaklık ve yönetim yapılarına ilişkin esas sözleşme değişiklikleri nasıl yapılacak, bunlar GK'lardan ve imtiyazlı paydaşların oluşturduğu GK'lardan nasıl geçirilecektir? Bağımsız üyeyi kim, hangi sıfatla önerecektir, seçim hangi prosedüre göre yapılacaktır? Bağımsız adayları kim bulacaktır? Bunlar, örneğin bir aday saptama komitesi tarafından GK'ya önerilecekse, bu komiteyi kim oluşturacaktır, hangi niteliklere sahip üyelerden oluşturacaktır? GK, bağımsız adayları benimsemez, bu doğrultuda seçim yapmaz ise ne olacaktır? GK'nın bağımsız aday seçmesi için kota mı ayrılacaktır? YK'da üyelik boşalması durumunda yeni üyenin diğerleri tarafından seçilmesi aşamasında bağımsızlık kriterine dikkat edilmez ve bu

⁸⁷ İMREGÜN, Oğuz : Age.s.331

⁸⁸ Nitekim, Fon'a alınan bankalara bu yoldan yeni YK üyeleri atanmıştır. Ancak, bir bakıma bağımsız üyelik kavramından beklenen yararları sağlamaya yönelik bu atamaların da istenilen sonuçları vermediği yolunda çeşitli eleştiriler bulunmaktadır. Bkz. SAĞLAM, Erdal : TMSF Atamalarında Soru Çok. Hürriyet gazetesi. 10 Nisan 2004

⁸⁹ Nitekim, İMKB tarafından hazırlanan "İMKB Kurumsal Yönetim Endeksi Temel Kuralları" bu zorunluluğu içermekte, "yeni bildirilen KY ilkelerine uyum derecelendirme notu 5'ten aşağı" olan ortaklıkların İMKB endeksinden çıkartılmasını öngörmektedir. Derecelendirmenin sağlığı üzerinde yukarıda belirttiğim kuşklar dağılmadıkça, bir ortaklığın bu ölçülere dayanılarak borsa endeksinden çıkartılması, ortaklıkların ve onlara ortak olan yatırımcıların kaderini etkileyecek ve sağlamayı amaçladığı yarardan daha fazla zarar üretecek çok ciddi bir yaptırımdır.

yüzden üçte bir oranının altına inilirse ne olacaktır ? İster YK'daki boşalma nedeniyle olsun ister doğrudan GK'da yapılan seçimde olsun, GK, kendisine sunulan bağımsız adayı seçmez veya onaylamaz ise ortaya çıkan sorunlara çözüm yargının labirentlerinde mi aranacaktır ? Ortaklığın bu önemli meselesi, ortakların iradesi dışında, onlara rağmen mi halledilecektir ? Soruları çoğaltmak mümkündür. SPK KYİ'nde öngörülen hususlar ile mevcut hukuk sistemimiz arasındaki çelişkiler giderilmeden, yeni açılımlara uygun hukuk altyapısı oluşturulmadan adeta modaya uymak için yapılacak tasarruflar haklı arayışları haksız ve sevimsiz duruma düşürür, yol açtığı kargaşa ile de mevcut sıkıntılara yenilerini eklemekten ileri gidemez.

3.2) İlke'nin uygulanması, ortaklık kültürüne ve demokrasisine aykırılık oluşturur.

Kapitalist sistemin "ticarethane" kavramında vardığı en ileri nokta olan HAAO'lar, çok yaygınlaşmaya elverişli ortaklık yapıları ile, sermayenin ülke içinde tabana yayılmasını ve ayrıca yerli ve yabancı küçük birikimlerin büyük bir havuzda toplanarak kaynak oluşturmasını sağlarlar. Bu yapısal özellikleri itibariyle de ekonomi geneli açısından büyük önem taşırlar. Bu nedenle bu tür ortaklıkların yaygınlaşması, halka açılmalar ekonomik ve hukuksal desteklerle özendirilir. Ancak yine bu nedenle, küçük tasarruf sahiplerini ürkütüp yitirmemek, sistemin geneli için bu derecede önemli kuruluşları başarıyla yaşatmak için bu ortaklıklar üzerinde diğer AO'lar üzerinde bulunmayan ağırlıkta denetimler uygulanır. Bu açıdan "öncelikle aslanan, ortakların memnuniyeti"dir. Bu memnuniyet olduğu ve sürdüğü sürece kaynak akımı sürer, kurumlar güçlenir, ortaklarına kazanç, menfaat sahiplerine çıkar, ülke ekonomisine refah sağlarlar. Ortaklık içinde paydaşların eşit ve adil işlem görmesi, KY ilkelerinin başında gelir. Bu, ekonomik demokrasinin gereğidir. Ortakların, başta söz ve oy olmak üzere temel haklarının kısıtlanması kabul görmez. Bu paydaşların, güvenli ve verimli bir ortaklığın "hissedar memnuniyeti"ne sahip üyeleri olarak yatırımlarını sürdürebilmelerini sağlama amacıyla ortaklıklarda aksayan noktaları gidermeye yönelik KY arayışları içinde "ortağın kendisine rağmen" onun korunmasını hedefleyen, isabet derecesi kuşkulu olan, dışardan güdümlü zorlama hükümler getiren düzenlemeler ise amaca uygunluk taşımaz. Arayışların haklılığına karşın, bu doğrultuda önerilenlerin hepsinin doğruluğunu iddia etmek mümkün değildir. YK'da bağımsız üye bulundurulması kapsamındaki zorlama da bu niteliktedir. Çıkar çatışması olduğunda (ki bu hep olacaktır), çözümün yine GK içinde, ortaklığın büyük/küçük sahipleri arasında aranması, dışardan çözümler dayatılmaması daha sağlıklıdır. GK, paydaşların iradesini yansıtır. Bu iradeyi sakatlayan, zorlayan, ortakların iradesini saymayan, onları geri plana iten çözümlerin kalıcı olması düşünülemez. İçeride dönük bir ortaklıkta, yönetim gücünü kötüye kullanan hakim sermayedarın karşısına bundan doğrudan zarar görecektir diğer ortakların mı dikilmesi daha etkindir yoksa, onları korumak adına dışardan bulunacak, önemli bir çıkarı olmadan çok ciddi sorumluluklar altına girecek başkalarının çıkması mı ? Keza dışa dönük ortaklıklarda, icrayı gerçekleştiren profesyonel üst yönetimin ortaklık olanaklarını usulsüz yollardan kendi lehlerine kullanmalarını önleme doğrultusunda, buna set çekmek üzere YK'da yer alması önerilen ve şirket dışından gelecek bağımsız üyelerin, oraya seçilebilecek küçük ortaklardan ne gibi üstünlüğü olacaktır ?

YK seçiminin GK tarafından ve GK üyeleri arasından yapılması, ortaklık demokrasisine, paylaşım kültürüne en uygun, en adil ve sağlıklı yoldur. KY, ortakların, menfaat sahiplerinin ve toplumun çıkarlarını gözetme savındadır. Konuya bankalar açısından bakacak olursak, bankaları silah üretimi gibi istenilmeyen bir faaliyet içinde değildirler, çevreyi koruyan, kültür, sanat ve spora destek olan, vergi sıralamalarında listelerin yukarı sıralarında yer alan kuruluşlardır. Bu nedenle bu kuruluşları KY arayışları kapsamındaki toplumsal sorumluluk açısından eleştirmek kolay değildir. Bankalarla ilgili menfaat sahiplerinin (stakeholders)

başında, birikimlerini onlara emanet edenler gelir. Bunlar da mevduat güvencesinden tedrici tasfiye avantajlarına kadar çeşitli önlemlerle korunmaktadır. Diğer önemli menfaat sahipleri olan banka çalışanları da meslek örgütleri tarafından korunmakta olup, bunlara ilişkin kayda değer sorunlar gözlemlenmemektedir. Çıkar çatışmalarından ve yönetim erkinin kötüye kullanımından esas zarar görme durumunda olan kesim, halka açık ortaklıkların paydaşları, özellikle düşük halka açıklık oranlarının olduğu düzlemlerde hakim sermayedarın karşısında yer alan ortaklar ile piyasaları ve bankaya ilişkin bilgileri izlemekte zorlanan yaygın küçük ortaklardır. Çıkar çatışmasını çıkar koalisyonuna döndürebilecek olan ve döndürmesi gereken kesim de yine bu kesimdir. Dışardan hiçbir kuvvet bu kesimin kendi öz çıkarlarını koruyabileceği ölçüde onun yerini alamaz, almamalıdır. Yönetime ve YK'ya ilişkin çözüm, tüm güçlülere rağmen ortaklar arasında aranmaz ve ortaklık demokrasisi hiçe sayılarak, dışardan ve üstelik kurul içinde çoğunlukta olacak ölçüde (NYSE örneğinde olduğu gibi) bağımsız üye atanması (bunların seçimi GK'ya bırakılsa bile bu gerçek anlamda yaklaşımın mantığı itibariyle "seçme"den ziyade "atama"yı ifade eder) gibi yollarda ısrar edilirse, bu takdirde KY arayışları, demokrasilerin zaman zaman askıya alındıkları dönemlerde kurulan ve çok değerli bürokratlardan ya da teknokratlardan oluşsa bile siyasal tabanı bulunmayan "atanmışlar hükümeti" modelinin uygulamada denemelerle saptanmış başarısızlığına uğramaktan kurtulamayabilir.

3.3) Bu ve benzeri kurallaştırmalar, hukuk normlarının saygınlığını zedeler, ekonomik yaşama katkılarını azaltır.

Zaman zaman mevzuatın eskiliği, günün ve çağın gerekliliklerine yanıt vermediği yönündeki görüşler özellikle iş dünyasının ve finans çevrelerinin hukuka yönelttikleri eleştirilerin başında gelir. Bu yöndeki eleştirilerde haklılık payı büyük olmakla birlikte⁹⁰ mevzuat yetersizliğinin, yürürlükteki kuralların ekonomik yaşamı istenildiği gibi kucaklayamamasının, onun kalitesini artırıcı katkı sağlayamamasının temel nedenlerinden birinin de ekonomik konulara dönük hukuk normu hazırlanırken ekonominin gerçeklerine yeterince uyulmamasından kaynaklandığını gözden kaçırmamak gerekir. İster yasa maddesi ister bir tebliğ hükmü olsun, mevzuat içinde yer alacak bir kural hazırlanırken onun düzenlediği alanın özelliklerine dikkat edilmez, o kuralın konmasına neden olan ihtiyaçlar iyi saptanmaz, kuralın içeriğinin isabet derecesi yeterli arzuetmez ise umulan faydayı elde etmek de mümkün olamaz. Söz konusu kural, hukukun normlar hiyerarşisinin üst dilimlerine aitse, bu takdirde yaratacağı olumsuzluk kendi düzenleme alanı ile de sınırlı kalmaz ve daha geniş kesimleri, hatta toplumsal düzeni bile etkiler.

Bu bağlamda, ekonomik yaşam genelinin ve ekonomik faaliyet özeline doğasına aykırı kurallaştırma çalışması yapmak da ciddi ve kalıcı sakıncalar yaratır. İşin doğasına ve özüne aykırı çözüm yollarını hukuk kuralı haline getirmek, hukuk normlarının işlevselliğini törpüler, etkinliğini azaltır, arkalarından dolanmayı teşvik eder ve hukuksal düzenlemelere yönelik eleştirileri artırarak, hukuka saygıyı yok eder, hukukun saygınlığını da tehlikeye sokar.

⁹⁰ Bunun aksi yönde örnekler de bulunmaktadır. Örneğin sermaye piyasası mevzuatımız, gelişmiş piyasalarda uygulanan mevzuata koşut biçimde günün gereklerine uygunluk arzeden bir yapıdadır. SPK'nın, bu alanda gösterdiği özenle, gelişmiş piyasalardaki hukuksal gelişmeleri bilhassa Tebliğlerle sermaye piyasası mevzuatımıza zamanında aktarması sayesinde mevzuat yönünden hatırı sayılır ölçüde avantajlı olmamıza karşın (Aynı yönde görüş için bkz. GÜNAL, Vural : OECD Tarafından Şirketlere Önerilen Kurumsal Yönetim İlkeleri Hakkında Düşünceler. Pekin & Pekin Hukuk Bürosu, 8 Kasım 2001) Türk sermaye piyasası ve ona ilişkin kurallar hakkında yeterince bilgi sahibi olunmadan, salt TK'nın eskiyen hükümlerine bakarak, Türkiye'de başta yatırımcı haklarına ilişkin olan olmak üzere, mevzuatın çok yetersiz olduğu yolundaki yorumlara yer verilen, yabancı dilde ve KY konusuna eğilmiş kalemler tarafından yazılmış makalelere üzülmekle tanık olduğumu bu vesile ile ifade etmek isterim.

Türk hukuk sisteminde, ekonomi hukukunun bu açıdan yeterli olmadığı, ekonomik kalkınmaya ve toplumun bundan yararlanmasına olanak tanıyan bir alt yapı oluşturmadığı, haksız rekabet ve yolsuzlukları önlemeye yetmediği, gelirin sağlıklı rekabet koşulları içinde oluşumuna ve adil ölçülerde paylaşımına olanak vermediği, yerli ve yabancı sermayeye istikrarlı bir yatırım çerçevesi sağlamadığı yönündeki görüş ve yorumlar yaygındır. Bu serzenişlerin yoğun olduğu bir ortamda, kendilerine hukuksal çerçeve içinde yer arayan KY çalışmalarının da bunlardan ders alarak, eleştirileri haklı çıkartacak biçimde çözümler üretmemeye özen göstermesi gerekir. Aksi halde, halk dilindeki ifadesiyle, kaş yapayım derken göz çıkartmak mümkün olabilir, ortaklıklarda güvenli ve verimli bir mekanizmanın kurulması, sürdürülmesi gibi çok önemli ve gerekli çalışma alanlarında ekonomik açıdan bulunacak isabetsiz çözümlerin, sürecin doğal sonucu olarak hukuk kurallarına dönüşmesi ile bu kez hukuk düzeninin genelini etkileyici olumsuzluklara yol açılabilir⁹¹. Bu çok ciddi bir sakıncadır. Ekonomik faaliyetin doğasına uygun olmayan bir yaklaşımın kurallaştırılarak hukuk normuna dönüştürülmesi, hukuk düzenine olan inancı yıpratıp, kuralların uygulanabilirliğini zayıflatacağı gibi bu şekilde oluşturulan hukuk kuralları da kısır döngü içinde bumerang gibi geri dönerek ekonomik verimliliği vurur. Ekonomik refah ve bunun topluma yayılması doğrultusunda hukuk ve ekonomi disiplinlerinin birbirlerini tamamlamaları beklenirken, bunun tersi gerçekleşir, bu iki disiplin birbirlerine zarar veren bir sarmal oluştururlar. Mikro bazda gerekli özen ve uzmanlık becerisi gösterilmeden başlatılan iyi niyetli girişimler de böylelikle sosyo-ekonomik düzenin makro çıkarlarını tahrip edecek sonuçlara yol açabilir.

DÖRDÜNCÜ BAŞLIK : SONUÇ VE ÖNERİLER

- I) Kurumsal Yönetim (Corporate Governance), yaygın kaynak arayışı içinde olan HAAO'larda güvenli ve verimli bir mekanizma kurularak, sürdürülmesinin sağlanması yoluyla hem bu kaynakları kendilerine sunanların hem de bu kaynaklara talip olan kuruluşların, diğer menfaat sahiplerinin, toplumun çıkarlarının ve sistemin işlerliğinin korunmasını amaçlar.

⁹¹ Bu konuda pek çok örnek sıralamak mümkündür. Ben bankalar konusu içinde yer aldıkları, çok taze ve çok tipik oldukları için Demirbank'a Fon tarafından el konulması sürecinde görülen iki örneğe işaret etmek istiyorum. Bunlardan birincisi, 4389 sayılı BanK. hazırlanırken, sermaye piyasası, ona ilişkin hukuk, tabana yayılı mülkiyet hakkı gibi temel öğeler hiç yokmuşçasına, sermaye piyasasında faaliyet gösteren bir bankanın halka arz edilmiş hisselerine aceleyle getirilmiş bir yeknesak çözüm önerisine dayanılarak el konulması yönünde vaz'edilen kuraldır (TANÖR : Finansal Kriz). İkincisi de, aynı bankanın bu kez de hakim sermayedarına ait hisselerle, el koymayı hukuksal boyutlarda düzenlemesi gereken objektif değerlendirme esaslarına, mevzuatta olması gerektiği biçimde yer verilmeden yapılan bir hukuki tasarrufla el konulmasıdır. Birbirinden ayrı bu iki olayda da yasa koyucunun çıkış noktası, bankaların çeşitli nedenlerle altından kalkamayacakları farzolanın mali zaafiyete düşmeleri durumunda, menfaat sahipleri (stakeholders) başta olmak üzere, toplumun zararını en aza indirmek ve kamu vicdanını tatmin etmektir. Bu haklı çıkış noktasına karşın, belirttiğim ve yeni, vesilelerle çoğalmasında kaygı duyduğum "kurallaştırma zaafiyetleri" nedeniyle, elde edilmek istenenin tam tersi sonuçlar doğmuştur. Her iki olayda da, açılan davalarda hisselerin Fon'a devrinin yasal dayanaklara bağlanmadan gerçekleştirilmiş olduğu yargı kararlarıyla sabit olmuş (Dan.İ.D.D.G.K.E: 2003/782, K: 2003/960) ancak hissedarların KY arayışları çerçevesinde de en ön planda tutulan ve korunmaya çalışılan haklarının başında gelen mülkiyet hakları onarılamayacak darbeler almış, bunların bir ölçüde telafisi için İdare'nin ödemesi gereken tazminatlar da toplumsal zararın azaltılması hedeflenirken, artırılmasına neden olmuştur.

- II) Bu doğrultudaki arayışlar yeni değildir. Ekonomik faaliyetlerin özellikle ticarethaneler ve ticari ortaklıklar düzleminde gerçekleşmeye başladığı tarihlerden itibaren, birlikte ticari faaliyette bulunanlar “güvenli ve verimli” bir ortaklık yapısı oluşturma gereksinimi hep duymuşlar, bu nedenle, ekonomik yaşamın hukuksal kurallarla da düzenlenen ve desteklenen bu arayışları çeşitli adlar altında eskiden beri varolagelmiştir. Bu arayışlarda yeni olan, halka açık ve küresel düzlemde faaliyet gösteren kuruluşlarda meydana gelen mali yapı sarsıntıları üzerine 90’lı yıllarda ivme kazanan hareketliliğin “KY” başlığı altında formüle edilmesidir.
- III) KY arayışlarının amacı doğrultusunda, ortaklıklarda çıkar çatışmalarının ortaya çıkması durumunda, yönetim gücünü ellerinde bulunduranların bunları diğerlerinin aleyhine olacak biçimde kullanmalarını engellemek için önerilen çözümlerden biri de YK’larda bağımsız üye bulundurulmasıdır. Türkiye’deki KY arayışlarının bir bölümünün “ilkeler” ve “tavsiyeler” biçiminde çözümlere ulaştırıldığı SPK KYİ’nde de bu konuda YK’da en az üçte bir oranında bağımsız üye bulundurulması öngörülmüştür. Böyle bir öngörü, arayışların amacına uygun değildir. Bağımsızlık ölçütü, bu nitelikteki üyelerin YK içindeki oranı, sayısı, bunların hangi ölçekteki ortaklıklarda bulunması gerektiği konularında değişik ülke ve KY metinlerinde farklı boyutlar ileri sürülmektedir. Bu belirsizlikler ortamında, ortaklık yapılarına bakılmadan, özellikleri dikkate alınmadan tüm HAAO’lara YK’larında tek tip elbise giydirilmeye çalışılması, iş yaşamının doğasına aykırıdır, serbest rekabetin önünü keser, verimliliği yokeder. SPK KYİ’nde önerilen oranın sonuca etki yapacak bir ağırlığı da yoktur. Bu tür önermelerin, kural koymaların, talepte bulunmaların, hukuksal ve maddi sorumlulukları bulunan taraflar arasında, örneğin Kurumsal Yatırımcılar ile HAAO’lar yapılması gerekirken, bunların çok yaygın kesimlere dağılması da hukuksal sorumluluk çerçevesinin dışında, isabetsiz çözümlerinin ortaya atılmasına neden olabilir. Her ne kadar KY ilke ve kurallarının “gönüllü uygulamaları” kapsadığı ileri sürülse de bunların zaman içinde uyulması zorunlu kurallara dönüşme eğilimi taşıdığı uygulamada gözlenmektedir. Serbest piyasa ekonomisinin rekabetçi yapısına uymayan ve güvenilirliği sağlamaya yetmeyeceği gibi verimliliği de ortadan kaldıracak olan bu tür önerilerin zaman içinde kurallaştırılması, hukuk düzeni üzerinde de olumsuz izdüşümü yapar. Ekonomik geçerliliği bulunmayan müdahaleci ve tepeden inme çözümlerin hukuk kuralına dönüştürülmesi, bunların işlerliğini ortadan kaldırır, hukukun saygınlığını törpüleyerek, günün ve çağın gereklerine ayak uyduramadığı yolundaki eleştirilerin artmasına neden olur.
- IV) Ortaklıklarda, yönetim gücünün kötüye kullanılması, ortaklara, menfaat sahiplerine ve toplumsal çıkarlara zarar verir. Ancak, YK üyelerinin bir bölümünün bağımsız üyelere dönüşmesi gibi zorlama yöntemleri bunun önlenmesinin yolu olamaz. Tersine, bu tür zorlamalar hem ekonomik açıdan hem de hukuksal açıdan arayışların amacına aykırı sonuçlar oluşturur. Yönetim gücünün kötüye kullanımı yoluyla zenginleşirken bunu başkalarının yasal hak ve çıkarlarını çiğneyerek yapmaya çalışanların önünü kesecek formülleri ortaklık demokrasisi ve paylaşım kültürünün gereği olarak öncelikle yine şirket içinde ve GK’da aramak, daha sağlıklıdır. Bu doğrultuda; halka açıklık oranlarının yükseltilmesi, birikimli oy ve uzaktan erişimli oy kullanımının yaşama geçirilmesi ile uzaktaki kurumsal yatırımcıların etkinliğinin artırılması, hakim sermayedara rağmen, işi sahiplenebilecek küçük paydaşların da YK’ya girebilmesi

olanaklarının geliştirilmesi, YK üyeliği seçiminde imtiyaz tanıyan payların sınırlandırılması gibi yöntemlerin geliştirilmesiyle hakim sermayedarın ya da yönetim gücünü elinde bulunduran profesyonel yöneticilerin bu olanaklarını kötüye kullanmalarının önüne geçmek, YK'ya bağımsız üye atamaktan kanımca daha geçerli önadım olur. Bunları izleyecek adımları, bağımsız denetimin dürüst ve etkin biçimde yapılması, zamanında ve doyurucu bilgi akışının gerçek bir saydamlıkta sağlanması, bu çerçevede bankacılık sırrının gözden geçirilerek daraltılması gelir. Nihayet, kural koyma gücüne sahip düzenleme ve denetleme organının “tavsiye” yapan bir grup olmaktan çıkıp, doğruluğuna inandığı ve gelişmiş piyasalarda ve onların tabi olduğu hukuk düzenlerinde üzerlerinde uzlaşma sağlanmış çözümleri “kural” olarak vaz'etmesi, mevcut sermaye piyasası mevzuatımızın çıkar çatışmalarında yatırımcı haklarını koruma doğrultusunda gelişmiş ülkelerin mevzuatlarından eksiklik arzetmeyen genel yapısını daha da güçlendirir, hukuk normlarının ekonomik yaşama ayak uydurmada geriye düşmesini engeller. Bunların dışında, öncelikle ve basitçe alan ile satan arasında cereyan eden ticarete hariçten ve hukuksal sorumluluk taşımayan müdahalelerle karışmak yerinde olmaz ve KY arayışlarının amacına da uygun düşmez.

KAYNAKÇA

- ANDERSEN LEGAL : Corporate Governance in France- the NRE Act. www.iflr.com
- ARGÜDEN, Yılmaz : Kurumsal Sosyal Sorumluluk. Arge Danışmanlık. 2002.
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION . International Convergence of Capital Measurement and Capital standards. BİS, June 2004
- BASEL COMMITTEE ON BANKING SUPERVISION : The Compliance Function in Banks. Cosultative Document. BİS, October 2003
- BAYER AG. German Corporate Governance Practices.
- BDDK- TMSF Raporu : İmar Bankası Olayı. Ekim, 2003
- BDDK YÖNETMELİĞİ : Bankaların İç Denetim ve Risk Yönetimi Sistemleri Hakkında Yönetmelik. 8.2.2001
- BİRSEL, Macit : Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları. İmran Öktem'e Armağan.
- BOZKURT, Ünal : Kimin Değeri ? Ortakların mı Yoksa Diğer Çıkar Gruplarının mı ?
- BREEDEN, C. Richard : Restoring Trust. Report to The Hon. Jed S. Rakoff The United States District Court For the Southern District of New York on Corporate Governance For The Future of MCI, İnc.August, 2003
- A.Ü.H.F.yayınları, Ankara, 1970
- CLAESSENS, Stijn : Corporate Governance and Development. Global CG Forum. Focus I, The World Bank, 2003
- CLAESSENS, Stijn : Synthesis Note Global CG Forum Research Network Meeting
- DEUTSCHE BANK : Declaration of Conformity Pursuant to German Stock Corporation Act. (AktG). October 29, 2003
- DEUTSCHE BANK : Terms of References for the Superisory Board of Deutsche Bank AG.,Feb.4.2004
- DOW JONES Newswires. June 7, 2002
- FRİEDMAN, Milton : What İs Corporate Governance ? İndia İnfoline. November 26, 2001
- GEE : The Financial Aspects of Corporate Governance. London, 1992
- GOSPEL, Howard – PENDLETON, Andrew : Financial Markets, Corporate Governance, and the Rol of Business in Society.İlo, İnternational İnstitute for Labour Studies Business and Society Programme, 1999
- GREGORY, J. Holly : Building The Legal and Regulatory Framwork : Discussions. Building an İnfrastructure for Financial Stability. Federal Reserve Bank of Boston. Conference Series no: 44, June, 2000
- GREGORY, J. Holly : The Globalisation Of Corporate Governance. September and october 2000 issues of Global Counsel
- GÜNAL, Vural (Pekin & Pekin Hukuk Bürosu) : OECD Tarafından Şirketlere Önerilen Kurumsal Yönetim İlkeleri Hakkında Düşünceler. 8 Kasım 2001
- HAMPELL COMMITTEE Report
- HARVARD LAW REWIEW : Should The SEC Expand Nonfinancial Disclosure Requirements. March 2002.

HELVACI, Mehmet : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu. Beta Basım Yayım ve Dağıtım Aş. İstanbul, 2001

HOPT, J. Klaus – LEYENS, C. Patrick : Board Models in Europe, Recent Development of International Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, Italy, Law Working Paper no: 18/2004.Jan.2004

HSBC Holdings plc. Notice of Annual General Meeting. 28.05.2004

İMKB Kurumsal Yönetim Endeksi Temel Kuralları.

İMREGÜN, Oğuz : Kara Ticaret Hukuku Dersleri. Onikinci bası. Filiz Kitabevi, İstanbul, 2001

KARACAN, A. İhsan : Bankacılık ve Kriz. Finans Dünyası yayınları. Tütünbank.1996

LAGACE, Martha : How to Build a Better Board. HBS Working Knowledge. Jan,12, 2004 issue

LORDON, Frédéric : Küreselleşmenin Aynası. Le Monde Diplomatique-Vatan.

J.P.MORGAN CHASE Annual Report 2003

MİLLSTEİN, İra : The Evolution Of Corporate Governance İn The United States- Briefly Told : Background paper For Meeting of The Form For US-EU Legal-Economic Affaires. Rome, September 12-15, 2001

NARVA, L. Richard : Creating Effective CG in Family Businesses. Genus Resources, İnc. 2001

NESTOR, Stilpon : Corporate Governance Trends in the OECD Area : Where Do We Go From Here ?

NYSE Listed Company Manual. March 25, 2004

OECD Corporate Governance Principles. January, 2004

OECD Principles Of Corporate Governance. Directorate For Financial, Fiscal and Enterprise Affairs. 19 April 1999

OMAN, Charles- FRİES, Steven – BUİTER, Willem : Corporate Governance in Developing, Transition and Emerging-Market Economies. OECD Development Center. OECD,2003

ÖNDER, F. Mehmet : Türk Hukukunda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumunun Bankaları Denetimi ve Hukuki Sonuçları. Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ. İstanbul, 2002

PASLI, Ali : AO Kurumsal Yönetimi, Beta, İstanbul, 2004

POMERANZ, Felix : CG : Opportunity for İnstitutions. The Journal of Investing. İBFNET

PULAŞLI, Hasan : Corporate Governance. Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayımı. Ankara, 2003

REPORT Of The Committee On The Financial Aspects Of Corporate Governance. Gee and.co.ltd.London

SMİTH, Herbert :A Review of Corporate Governance in The UK. www.iflr.com

SOCİAL İNVESTMENT FORUM Ltd.: 2001 Report on Socially Responsible Investing Trends in the United States

S & P CG Services :S&P's CG Scores.November, 2000

SPK : Kurumsal Yönetim İlkeleri. Temmuz 2003

SPK : Kurumsal Yönetim İlkeleri (Taslak) Ocak 2003

SPK TEBLİĞİ : S.IV, No: 29 Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Anonim Ortaklıkların Genel Kurullarında Birikimli Oy Kullanımına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ

SWİSS CODE of Best Practices For Corporate Governance. Economisuisse, 2002

TANÖR, Reha : Devlet İç Borçlanma Senetlerinin Kaydi Değer Olarak İhracına İlişkin Yasal Düzenlemelerin Kendi İçlerinde ve Yasal Düzenlemeler ile Finansal Uygulama Arasında Gözlenen Örtüşmezliğin Hukuksal Sonuçları Üzerine Bir Değerlendirme. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. 2/2002

TANÖR, Reha : Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası. TSPAKB Yayımı.İstanbul, 2003

TANÖR, Reha : Mali Sakınca Üreten Bankaların Fona Devri Mekanizmasının Mali ve Hukuki Sakıncaları. Dünya gazetesi. 28 Kasım 2001

TANÖR, Reha : Türk Sermaye Piyasası. 1.Cilt : Taraflar. Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ. İstanbul, 2000

TANÖR, Reha : Türk Sermaye Piyasası 2.Cilt : Halka Arz. Beta Basım yayım Dağıtım AŞ. İstanbul,

TANÖR, Reha : Corporate Governance : Arayışlar Doğru Yönde Mi ? Dünya gazetesi. 29.3.2002

TANÖR, Reha : Sosyal Açıklamanın Hukuksallaştırılmasının Yolsuzlukla Mücadeleye Katkısı. Dünya gazetesi. 26.4.2002

TEKİN, Ali Güner : Kaldıraç Noktası. Kurumsal Yönetişim, Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Denetimden Sorumlu Komiteler.

THE BASEL COMMİTTEE Report : Enhancing Corporate Governance For Banking Organisations. September 1999

THE BUSINESS ROUNDTABLE : Statement on Corporate Governance. September 1997

THE COMBİNED CODE On Corporate Governance : Haziran, 2003

TÜSİAD : Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu : Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi. Aralık, 2002

TÜSİAD : Türk Kurumsal Yönetim Kodu

UBS, Corporate Governance

VAN DER BERGHE, Lutgart : Corporate Governance İn A Globalising World : Convergence Or Divergence ? A Europeen Perspective. Kluwer Academic Publishers. 2002

WALKER, L. John : Building The Legal And Regulatory Framwork.

WORKİNG DOCUMENT Of DG İnternal Market : Synthesis of the responses to the Communcation of the Commission to the Council and the European Parliament.

“Modernising Company Law and Enhancing CG in the EU-Aplan to Move Forward- COM (2003)

YURTOĞLU, B. Burçin : Corporate Governance and İmplications for Minority Shareholders in Turkey.