

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Uhdesindeki Varlıklarının Tasfiyesinde Görevli Yöneticiler ile Satış ve Tasfiye Komisyonu Üyelerinin Sorumluluk Usulünün Değerlendirilmesi

Dr. Sefer Oğuz

Öz

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fon'u (Fon) kamu idaresi içinde tüzel kişiliğe sahip bağımsız idari otoritedir. Fon'un kurulmasındaki amaç; uhdesine geçen malvarlığını tasfiye etmek suretiyle kamuya faydalı olmaktır. Fon'un uhdesine 3 farklı şekilde malvarlığı geçmektedir. Bunlardan ilki, mali durumları düzeltilemeyecek şekilde bozulduğu için devredilen bankalardır. İkincisi, Hazinden tasfiyesini sağlamak için Fon'a devredilen malvarlıklardır. Nihayet üçüncüsü ise terör soruşturamalarında el koyma işleminden sonra Fon'un uhdesine kayyım sıfatıyla geçen malvarlıklardır. Kanun koyucu, ilk kez ceza soruşturması kapsamında Fon'un kayyım olarak atanmasını emredici bir şekilde düzenlemiştir. Böylece 24 Kasım 2016 tarihinden önce veya sonra olağanüstü halin devamı süresince terör örgütlerine aidiyet, iltisak veya irtibat nedeniyle Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) m. 128, f. 10 veya CMK m. 133 gereğince kayyım atanacak şirketlere Fon'un kayyım olarak atanmasına karar verilecektir. (Bkz. 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun¹ (OKHKDKK) 19, f. I-II). Böylece Fon, mevzuatımıza terör soruşturamalarında görev yapacak resmi kayyım olarak girmiştir. Fon'un kayyım olarak atandığı şirketlerin yöneticilerini ilişkili bakan görevlendirmektedir. Ayrıca, olağanüstü hal kararnameleriyle el konulan mal varlıklarından hazineye devredilenlerin satış ve tasfiyesi için Fon, devredilen bu mal varlıklarının yönetim ve tasfiyesini yürütmek amacı ile de tasfiye memuru atanmaktadır. Şirketlere malvarlıklarının yönetimi için atanan bu kişiler mahiyeti itibarıyla kamu kudretini kullanmak suretiyle bozulan kamu düzeninin onarılmasında hizmet gören kamu görevlisidir. Zira yetkilerini devletin asli fonksiyonu olan yürütme ve yargı kudretinin kullanılmasına katılmak suretiyle kamu gücünü kullanmaktadırlar. Bu itibarla, bu kişilerin Türk Ceza Kanunun (TCK) m. 6-I-c hükmü anlamında kamu görevlisi olarak değerlendirilmesi gerekir.

Bu nedenle, özellikle bir terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı olan kişilerin mülkiyetinden geçen şirket ve malvarlığının yönetilmesindeki hukuki ve fiili riskler sebebiyle özel olarak cezai ve hukuki korumaya alınmaları zorunludur. Aksi halde, terör örgütleriyle mücadelede mahkeme kararları etkisiz kalabilir. Bu nedenle, Fon'un kayyım olarak atandığı şirketler ile Fon tarafından malvarlığını yönetmek üzere atanan kişileri hukuki korumaya ilişkin düzenlemelerin Anayasa'ya uygun şekilde yapılması gerekir.

Anahtar Kelimeler: Kayyım, Yöneticiler, Koruma Tedbirleri, El Koyma, Müsadere.

JEL Sınıflandırması: K12, K22.

A Study About the Procedure of the Responsibilities of the Managers and Selling-Liquidation Commission Members Whom are Commissioned to Liquidate the Assets Held by Saving Deposits Insurance Fund

Abstract

The Saving Deposits Insurance Fund (the Fund) is an independent autonomous authority which has its own legal entity. The founding purpose of the Fund is to be beneficial to public by liquidating assets delivered to it by other government authorities. Three kinds of assets can be

transferred to the Fund. First of those, is the banks delivered to The Funds cause of financial status have been unrecoverably deteriorated. Second of those is the assets transferred to the Fund from the treasury for sale and liquidation. Eventually third of those is assets delivered to the Fund after confiscating within the scope of the criminal investigation which the the Fund is appointed as a trustee. For the first time, the legislator stated that the Fund should be appointed as a trustee in an mandatory manner within the scope of the criminal investigation. Thus, due to the Criminal Procedure Code (CPC) art. 128, f. X of CPC or art. 133 of CPC.) before or after 24 November 2016 throughout the state of emergency, the Fund will be appointed as a trustee to the companies which belonged or has contacted to the terrorist organizations . Thus, the Fund will be appointed as a official trustee to carry out criminal investigating against terrorist investigations. The relevant minister appoints the managers of the companies to which the Fund is appointed as a trustee. In addition, the Fund will be appointed for the sale and liquidation of assets transferred to treasury which has confiscated with emergency decrees having force of law, a liquidator will be appointed for the management and liquidation of assets transferred to the Fund. Those persons who are appointed to the corporations, for management of the assets are public officials serving in the restoration of the public order, which has been corrupted by the use of public power in its nature. Those officials use public power by participating in the exercise of the powers of the executive and judiciary, which is the main function of the state. In this respect, these persons must be evaluated as public officials in the sense of the provisions Turkish Criminal Code art. 6-I-c.

For the stated reasons, it is especially necessary for those officials to have criminal and legal protections due to the legal and actual risks of managing the company and its assets that belonged to a terrorist organization, or its affiliate or had contacted with those organizations. Otherwise, court decisions may be ineffective with fighting against terrorist organizations. Therefore, regulations concerning the legal protection of persons appointed by the Fund as the trustee or the Fund itself to manage assets must be made in accordance with the Constitution.

Keywords: Trustee, Managers, Protective Measures, Seizure, Confiscation.

JEL Classification: K12, K22.

Giriş

Ülkemizde 15 Temmuz 2016 tarihinde yaşanan darbe kalkışmasından sonra 20 Temmuz 2016 tarihinde Cumhurbaşkanının başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu 2016/9064 sayılı karar ile Anayasa m.121 ve 2935 sayılı Olağanüstü Hal Kanununun m. 4 uyarınca olağanüstü hal (OHAL) ilan edilmesine karar verilmiştir². Bu karar, Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunun 21 Temmuz 2016 tarihli 117. birleşiminde onaylanmıştır³.

Anayasa m. 48, f. II ile m. 167, f. I'de hükümetlere kamu düzenin korunması kapsamında ekonomik düzenin korunmasını bir görev olarak vermiştir. Bu kapsamda, kamu düzenini korumak amacıyla terör örgütü ile ilişkisi olan ticari işletmeler kapatılmış, bir kısım şirketlere ise CMK m. 128'de Fon'un kayyım olarak atanacağına dair düzenlemeler yapılmıştır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nda (BankK) Fon'a mevduatları sigorta ile alacakları tahsil ve şirketleri tasfiye etme görevine ek olarak 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamelerin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un⁴ (OHKAGTBKK) ve 6758-OKHKDKK ile benzer görevler verilmiştir.

Fon esas itibarıyla kamu tüzel kişiliğine haiz kar amacı gütmeyen bağımsız idari otoritedir (BİO). BOİ'lerin ortaya çıkmasında iki neden bulunmaktadır. Bunlardan ilki, devletin suje olarak piyasayı mal veya hizmet üretmek suretiyle düzenlemek yerine, bu fonksiyonunu özelleştirmelerle terk ettiğinden piyasayı düzenlemek ve denetlemek zorunda hissedilmesidir. Diğerisi ise, bu otoritelere verilen bağımsızlık ile kamu veya diğer güçlerden gelebilecek teknik, mali veya siyasal baskı ve müdahalelerden organlarını korumaktır. Bu bağımsızlık, idari otoritelere denetleme ve düzenleme görevi yanında hukuka aykırı karar ve işlemleri yaptırıma bağlama yetkisi verilerek pekiştirilmiştir (Ulusoy:2003: 125; Gözübüyük, 2016:

187;Atay, 2016:381). Bu yeni tip idari kurumlar, esas itibariyle organ olarak kurum ve kurul şeklinde örgütlenmektedirler (Ulusoy, 2003, s. 70).

Doktrinde bu kurumlar için bir kısım yazar “*Bağımsız idari otorite*” (Atay, 2016: 380; Ulusoy, 2003:71-135; Tan, 2016: 191; Gözübüyük, 2016: 187; bu Yazar “idari” yerine aynı anlamdaki “yönetel” terimini kullanmaktadır), diğer bir kısım yazar ise, “*Düzenleyici ve denetleyici kurumlar*” (Akyılmaz, Sezginer ve Kaya, 2015, s. 362) ibaresini kullanmaktadır. Bu kurumlara örnek olarak Radyo Televizyon Üst Kurulu-RTÜK⁵, Enerji Piyasası Düzenleme Kurulu⁶, Sermaye Piyasası Kurulu⁷, Rekabet Kurulu⁸, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu⁹ verilebilir.

BankK’nda Fon’un haricinde sektörü düzenleme yetkisi ile donatılan faaliyetine devam eden bankaların ve finans kuruluşlarını denetleme ve düzenleme yetkisine sahip BİO Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurumu’dur (BDDK¹⁰). Fon ilk defa 5020¹¹ sayılı Bankalar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun’un 20. maddesi ile “*Fonun genel yönetim ve temsiliyle Fon Kurulunca alınan kararların yürütülmesi Fon Kurulu Başkanına aittir.*” hükmü ile BDDK’dan ayrı ve bağımsız BİO niteliğine kavuşmuştur (bkz. BankK m. 111-122).

Anayasa’da idarenin bütünlüğü ilkesi çerçevesinde devlet organizasyon şeması içinde merkezi idare ile mahalli idarelere yer verilirken, BİO’ler konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, Anayasa’da bu kurumlara yer verilmesi hukuk devletinin bir gereğidir. Doktrinde BİO’lerin kanunla kurulma mecburiyetinden dolayı hukuken varlık ve yetkilerinde bir eksiklik olarak kabul edilmeyeceği ileri sürülmektedir (Tan, 2016, s. 206). BİO’lere denetleme görevi yanında sınırlı da olsa düzenleme görevi de verilmiştir. Bu görev ise tipik idari işlem dışında “yasama benzeri” nitelik taşımaktadır (Ulusoy, 2003, s. 91). Dolayısıyla, Anayasa’nın İkinci Bölüm “Yürütme” üst başlığı altındaki “*İdarenin esasları*” başlığı taşıyan 123. madde altında esas teşkilat içinde bulunan BİO’lere de yer verilmesi gerektiği kanaatindeyiz (Bu konuda bkz. Atay, 2016, s.399; Ulusoy, 2003, s. 88-91).

Fon’un kontrolüne kayyım¹² sıfatıyla veya malvarlığının devir edilmesiyle geçen şirketler, bunlara atanan yöneticiler, tasfiye kurulu üyeleri ve satış komisyonu üyeleri tarafından satılacak veya tasfiye edilecektir. Bu şirketlere atanan yöneticiler, tasfiye kurulu ile satış komisyonu üyeleri satış ve tasfiye işlemlerini OHAL KHK’ları ve bunları onaylayan Kanunlar ile BankK m.134 hükümlerine uygun olarak yerine getireceklerdir. Görüldüğü üzere konu yönetim bilimleri kapsamında olmasına rağmen kamu hukuku ile birlikte özel hukuk disiplini ilgilendirmektedir. Bu çalışmada terör örgütü soruşturmalarında Fon’un kayyım olarak atandığı şirketlerin yönetici veya tasfiye komisyonu üyeleri ile devir edilen şirket ve varlıklara Fon Kurulu tarafından varlıklara atanan satış komisyonu üyelerinin sorumlulukları ele alınacaktır.

I. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun Satış ve Tasfiye Görevi Kapsamındaki Varlıklar

Fon ilk kez 22.07.1983 tarihli Resmi Gazete’nin ikinci mükerrer sayısında yayımlanan 70 sayılı “*Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin*” (BankHK) m. 64, f. I ile tasarruf mevduatını sigorta etmek amacıyla kurulmuştur¹³. Böylece tasarruf mevduatı sahiplerinin bankacılık sistemine karşı güvenlerinin sağlanması hedeflenmiştir (Altay, 2009, s.591). Bugün itibariyle Fon kamu tüzel kişisi olması yanında, idari ve mali özerkliğe sahip, kararları almada ve icrasında BİO’ye dönüşmüştür (BankK m. 111).

Fon’un ilk görevi tasarruf mevduatlarını sigorta etmek iken (BankHK m. 64, f. I) daha sonra Fon’a ikinci olarak yönetimi kendi kontrolüne geçen banka ve şirketlerin devri, birleştirilmesi ve tasfiyesi ile alacaklarının takip, tahsil işlemlerinin yürütülmesi görevi

verilmiştir (BankK m. 111, f. I). Nihayet üçüncü görev ise 6758-OKHKDKK m. 19 ile terör örgütlerine aidiyeti, iltisakı ve irtibatı nedeniyle CMK m. 128 gereğince el konulan şirketlere kayyımlik yapmaktır. Bunun yanında Fon'a kayyımlik görevi dışında OHAL KHK'ları ile terkin edilen şirketlerin işletmelerinin varlıklarının satılması görevi verilmiştir (6758-OKHKDKK m. 20, f. IV). Ayrıca, Fon'a BankK m. 134'de sağlanan yetkileri kullanarak KHK'lar ile ilk önce Hazineye sonra kendisine devir edilen şirket veya varlıkların satış ve tasfiyesi görevi verilmiştir (6758-OKHKDKK m. 20, f. I-III).

İlk bakışta Fon'a verilen bu üç görev birbiriyle ilgisiz gibi görünse de ilk ve ikinci görev yakın ilişki içindedir (Kuntalp, 2003, s.387). Ancak üçüncü olarak CMK m. 128 ve Hazineden devir edilen varlıkların satılması görevinin diğer görevle yakın ilişki içinde olduğu söylenemez. Bununla birlikte, Fon'a verilen görevlerin tümü devletin ekonomik düzenin sağlıklı işlemlerini sağlamak yükümlülüğünden doğmaktadır (AY m. 167, f. I).

A. Bankacılık Kanununa Göre Fon'un Devir Aldığı Varlıklar Üzerindeki Yetkisi

Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu (Kurul) mali durumu bozulan ve alınan bütün tedbirlere rağmen düzelmesine imkan bulunmayan bankaların Fon'a devredilmesine karar verebilir. Fon ise, bu bankaların ve hakim ortaklarının şirketlerini devir alma konusunda alacağının tahsilinde yarar görmesi şartıyla yetkilidir (BankK m. 134, f. I). Bu nedenle, Fon Kurulunun bir bankanın faaliyet iznini kaldırarak devir etme kararı olmadan Fon'un bu banka iştirakleri ile hakim ortaklarına ait şirketler üzerinde BankK'nun verdiği yetkiyi kullanması mümkün değildir.

Kurul mali bünyesi bozulan bankaların faaliyet iznini kaldırarak Fon'a devir edilmesine (BankK m. 71), Fon ise alacağının tahsili bakımından yarar görmesi halinde faaliyet izni kaldırılan bu bankalar ile bunların hakim ortaklarının şirketlerinin yönetim veya denetimini devir alınmasına karar verebilir (BankK m. 134, f. I). Fon'un bu yetkisini kullanması için bu şirketlerden alacaklı olmasına gerek yoktur.

Öte yandan, Fon'un alacaklı olduğu şirketlere el koyma yetkisini kullanması için devir edilen veya devir alınan şirket alacaklarının tahsilinde yarar görmesi gerekir. Bu kapsamda, şirketlerin kötü yönetim ile içinin boşaltılması veya ortaklık paylarının değerlerinin düşmesine neden olacak riskleri bulunması halinde de el koyma haklı olabilir. Ancak, ileride doğması muhtemel alacaklar sebebiyle şirketlere el konulması mülkiyet hakkının ihlali niteliğinde olabilir (Reisoğlu, 2015, s. 2076).

Bankanın Fon'a geçişi ile devri kararı arasında sonuçları bakımından önemli bir fark söz konusudur. Bankanın Fon'a geçişinde hisse senetlerinin mülkiyeti değil paylara ait yönetim hakları geçer ve mülkiyet pay sahiplerinde kalmaya devam eder (Kuntalp, 2003: 394; Tekinalp, 2009: 270). Yargı mercilerinin verdiği el koyma kararı (CMK m. 128) ile paylar üzerindeki tasarruf yetkisi geçici olarak kalkar.

Kurul'un tesis ettiği bankanın Fon'a devir kararıyla banka payların *ipso iure* mülkiyeti Fon'a geçmez. Bu kapsamda banka hisselerinin Fon'a geçmesi için gerekli şartlar yerine getirilmelidir. Bunlardan ilki, BankK m. 107, f. I-c'de Fon banka zararlarını ödemesidir. Bu ihtimalde zararlar için yapılan ödeme, bankanın ödenmiş sermaye tavanından düşük ise sorumluluğu bulunmayan pay sahiplerine ödeme yapılmasıdır. İkincisi ise BankK m. 108, f. V'de banka kaynaklarını kendi lehine kullanan ortaklara bu kaynağı iade etmeleri için verilen süre içinde iade etmemeleridir. Bu şartların yerine gelmesinden sonra Fon tesis edeceği bir karar ile banka hisselerini devir almaya karar verebilir (Yasaman, 2009, s.369-370). Fon zararlara istinaden yapılacak ödemelerin karşılığını temsil eden hisseler üzerinde her türlü hak ve takyidattan ari olarak mülkiyet hakkına sahip olur.

Kanun koyucunun şirket devir alınmasında Fon'a Kurul'a nazaran daha geniş yetkiler sağlandığı söylenebilir (Reisoğlu, 2015, s.2077). Kurul bir bankanın mali durumunun düzelmeyecek şekilde bozulduğu gerekçesiyle temettü hariç ortaklık haklarıyla birlikte yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinde indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devir etmeye yetkilidir. Oysa Fon'un devir kararı vermesi için şirketin kendisine borçlu olmasına gerek yoktur. Ayrıca, Fon'a bu şirketlerin yönetim ve denetimini devralmanın yanı sıra paylarının sağladığı temettü hariç ortaklık haklarının devir alınması yetkisi verilmiştir. Fon devir alınmasına karar verdiği şirketlere, ana sözleşmelerine bağlı kalmadan üye sayısını artırmak veya azaltmak suretiyle yönetici atayabilir. İşte bu nedenle olmalı ki Kanun koyucu Fon'un kayyım atandığı veya devir aldığı şirket ve varlıklarla ilgili olarak BankK hükümlerinin, kayyımlik görevi verilen şirketlerin satış ve tasfiye işlemlerinde kıyasen uygulanacağını belirtmek suretiyle aynı yetkilerle donatmıştır (6758-OKHKDKK m. 20, f. I).

B. Hazinesinin Fon'a Devrettiği KHK'lar ile El Konulan Varlıklar

OHAL'in ilanının ardından yürürlüğe konan KHK'lar ile gecikmesinde sakınca olduğundan öncelikle mal veya hizmet üreten işletme olarak nitelendirilebilecek bazı kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının kapatılmasına karar verilmiştir. Devamında kapatılmasına karar verilen bu işletmelerin bağlı oldukları şirketlerin faaliyetleri sonlandırılarak ticaret sicil kayıtları resen terkin edilerek tüzel kişilikleri sonlandırılmıştır (70-KHK m. 5, f. III). Kapatılarak her türlü varlık ve hakları takyidattan ari bedelsiz olarak Hazineye devir edilen özel radyo ve televizyonlara 27 Temmuz 2016 tarihinde Resmi Gazetede ve 668 sayılı KHK m.2, f. II'de belirtilen liste örnek gösterilebilir. Bu devir işlemi, idari müsadere mahiyetinde bir işlem olduğundan bu hak ve varlıklar üzerindeki rehin hakları kendiliğinden son bulur (Yargıtay, 12. HD, 29.02.2016, E. 221/ K. 5559). Öte yandan, meşruda olsa bu müsadere KHK'lar la yapılmış olsa da mülkiyet hakkı sınırlaması işlemi olduğundan muhakkak surette kanunla onaylanması gerekir (Gözler, 2017,s.18). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında, kamu güvenliği ve ulusal güvenlik sınırlamasıyla mülkiyet hakkına yönelik kayıtlamalarda, devletin takdir oranındaki marjında daha girişken tutumları kabul ettiği görülmektedir (Gemalmaz, 2009,s. 515).

Kanun koyucu ilk başta KHK'lar ile Hazineye devir edilen varlıkları 6758-OKHKDKK m. 20, f. IV uyarınca Fon'a kapatılan özel radyo ve televizyonlara ait yayın hak ve imtiyazların diğer haklarla birlikte satma görev ve yetkisi vermiştir. Satışa konu edilebilecek bu haklar üçlü bir tasnife tabi tutulabilir. Bunlardan ilki, kapatılan özel radyo ve televizyonların 5.07.2016 tarihi itibarıyla sahip oldukları yayın lisanslarıdır. İkincisi, 15.02.2011 tarihli 6112 sayılı Kanunun¹⁴ geçici 4. maddesinin 1. fıkrası kapsamındaki yayın hakları, frekans ve kanal kullanımı ile RTÜK nezdindeki izinleridir. Nihayet sonuncusu ise sayılan yayın hakları dışında bu kapatılan özel radyo ve televizyonlara sahip olan şirketlerin bilançosunda görülen veya bu şirketlerin işletmelerine ait Türk Ticaret Kanunu (TTK) m. 11 kapsamındaki diğer malvarlıklarıdır.

Ticaret sicil kayıtları resen terkin edilen şirketlere ait özel radyo ve televizyonların tüm lisans ile yayın hakları Hazineye devir edilmesinden sonra RTÜK tarafından iptal edilmesine karar verilmiş ve kamuya açıklamıştır. Bu defa, OHAL KHK'larıyla Hazine'ye devir edilenlerden sadece özel radyo ve televizyonların yayın yapmak faaliyeti için hukuki olarak almak zorunda oldukları imtiyaz ve izinlerin diğer haklarla birlikte satışını sağlamak için Fon'a devir edilmesi hükmü sevk edilmiştir (6758-OKHKDKK m.20, f. IV). Anılan hükümde yukarıda ilk ve ikinci sırada tasnife tabi tutulan gayri maddi mahiyette hakların Maliye Bakanlığının talebiyle RTÜK tarafından ihya edileceği düzenlenmiştir. Burada, ihya edilme ifadesinden yayın lisansı, yayın hakları, frekans ve kanal kullanımı ile RTÜK nezdindeki izinlerin üçüncü kişiler adına yeniden tescil için hazır tutulması olarak anlaşılması gerekir.

C. Terör Örgütü Soruşturmasında Fon'un Kayyım Olarak Atandığı Şirketler

Bir terör örgütü soruşturma veya kovuşturmasında konusu CMK m. 128'de sayılan suçlardan en az birisinin işlendiği veya şirketteki payların bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe bulunan hallerde el konulmasına karar verilebilir (CMK m. 128, f. I). Şüpheli veya sanığa ait şirketteki paylara el koyma ile kayyım atamasına soruşturma aşamasında sulh ceza hakimi, kovuşturma aşamasında davaya bakan mahkeme karar verebilir. Hakim el koyma kararını, ilgili şirket yönetimine ve şirketin kayıtlı bulunduğu Ticaret Sicil Müdürlüğüne teknik iletişim araçlarıyla derhal bildirilerek icra eder (CMK m. 128, f. VI). El koyma kararını öğrenen kişiler el konulan paylarını devredemez veya kısıtlayıcı herhangi bir işlem yapamaz. Ayrıca, bu el koyma kararı Ticaret Sicil Müdürlüğüne ve ilgili şirkete tebliğ edilir (CMK m. 128, f. VI). Bununla birlikte, tüm ortaklık paylarına el konulması ortaklığın devir alınması anlamına gelmemektedir.

Ancak, şüpheli veya sanıkların sahibi olduğu ortaklık paylarına el konularak şirketin yönetiminin devir alınmaması durumunda bu şirketlerin içinin boşaltılması ile ortaklık paylarının değerlerinin düşürülmesi tehlikesine açık bırakılmaktadır. Ayrıca, terör örgütü ile bağlantısı nedeniyle delillerin karartılması riski de bulunmaktadır. Bu nedenlerle, kovuşturma sonucunda verilecek müsadere kararının etkisiz kalma riski ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla kamu güvenliği için tehlike arz eden şirketlere el koyma, kayyım atama ve müsadere (TCK m. 54-60) etkili önleyici tedbir olduğu söylenebilir (Bkz. Özgenç, 1995, s.340-341).

Kanun koyucu bu tedbirlere CMK m. 128'e 6758 sayılı Kanunun m. 13 f. X. ve 6763 sayılı Kanunun m. 25, f. IX ile iki ekleme yapmıştır. Böylece, el koyma kararı veren hâkimler el koyma kararı verilen şirketlere aynı zamanda kayyım atanmasına da karar vermesi gerekir. Öte yandan, bir şirkete el konulması ve kayyım atanması bu şirketin ticari hayatta esas olan güveni sarsma riskini ortaya çıkarabilir. Bu nedenle, hâkimlerin her somut olayda el koyma ve kayyım atama tedbirini ölçülülük ilkesi çerçevesinde uygulaması gerekir.

Mahkemeler, terör örgütü soruşturmasında 674 sayılı KHK'nın 24.11. 2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanarak 6758 sayılı OKHKDKK'nu olarak yürürlüğe girmesinden önce doğrudan gerçek kişileri CMK m. 133 uyarınca kayyım olarak atıyorlardı. Bu kapsamda silahlı örgüt (TCK m. 314), devletin güvenliğine karşı işlenen suçlar (TCK m. 302 ila 308) dâhil olmak üzere CMK m. 128, f. II-a'da katalog olarak sayılan suçlardan birisinin işlediğine veya malvarlığının suçtan elde edildiğine dair kuvvetli şüphe bulunması halinde ortaklık paylarına ve diğer malvarlıklarına el koyma kararı verilebilir (CMK m. 128, f. I). Ayrıca, kuvvetli suç şüphe halinde, el konulan şirketlerin yönetilmesi amacıyla genelde gerçek kişilerden seçilen kayyımlar atanıyordu (CMK m. 133).

Fon bünyesinde çalışanların bir kısmı 657 sayılı Devlet Memurları Kanuna (DMK¹⁵) (BankK m. 121, f.II) Kanuna diğer bir kısmı ise 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununa (BankK m. 121, f. III) tabi olarak istidam edilebiliyor. DMK'na göre "memurların özel hukuk tüzel kişilerine ait bir işyerinde çalışması yasaktır (m. 28, f. I). Bu hükme Fonun uhdesine geçen şirketlerin yönetim ve tasfiye kurullarına atanan memur ve kamu görevlileri yönünden bir istisna getirilmiştir BankK m. 125, f. son). 6758-OKHKDKK m. 19, f. I-II' düzenlemesinden önce CMK m. 133, f. III hükmü atanan kayyım ile yöneticilerin aynı kişi veya kişiler olacağı düşünüldükçe kaleme alınmıştır. Ancak, Fon'un kayyım olarak atandığı şirketlere atanan yöneticiler, Fon tüzel kişiliğini temsilen atanmaları yapılmamaktadır.

Doktrinde CMK m. 133'te düzenlenmiş olan kayyımlık müessesesi özel bir el koyma yöntemi olarak nitelendirilmektedir (Ersoy, 2016:3400 dn. 24). Ancak, "Kayyımlık yetkisinin devri ve tasfiye" başlığını taşıyan 6758-OKHKDKK m. 19, f. I'in yürürlüğe girmesinden önce bir terör örgütüne aidiyeti, iltisak ve irtibatı nedeniyle CMK m. 133 gereğince bir şirkete kayyım atanmasına karar verilmiş olması halinde bu madde yürürlüğe girmesinden sonra

kayımların yetkilerinin Fon'a devir edileceği düzenlenmiştir. Bu devirle birlikte önceden kayyım olarak atanan kişilerin yetkileri sona erecektir. Ayrıca, 6758-OKHKDKK m. 19'un yürürlüğe girmesinden sonra ve OHAL'in devamı süresince bir terör örgütü soruşturmalarında CMK m. 133 gereğince kayyım atanmasına karar verilmesi ihtiyacı durumunda Fon kayyım olarak atanacaktır (6758-OKHKDKK m. 19, f. II).

Fon'un ilişkili olduğu Bakan Fon'un kayyım atandığı şirketler ile devir edilen varlıkların satışına iki halde karar verebilir (6758-OKHKDKK m. 19, f. III). Bunlardan ilki, CMK m. 128, f. X'e göre el konulan şirket veya varlıklar olmasıdır. Diğer ise, CMK m. 128'e göre el konulan şirket ve varlıklar ile mali durumu, ortaklık yapısı, piyasa koşulları veya diğer sorunlar nedeniyle mevcut halin sürdürülebilir olmadığına tespit edilmesidir. Görüldüğü üzere el konulan bu şirket veya varlıklarının suçla ilişkisi sebebiyle TCK m. 54 gereğince müsadere edilmesini yüksek bir ihtimal olarak kabulüyle satış ve tasfiye işlemleri düzenlenmiştir. Kanun koyucu aksi bir ihtimale karşı, elde edilecek tutarı yargılamanın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar bir hesapta nemalandırılması yönünde düzenleme yapmıştır (6758-OKHKDKK m. 20, f. I-son cümle).

II. Fonu'nun Şirket ve Varlıkları Satış ve Tasfiye Görevinin Hukuki Kaynakları

Fon'un da genel ve esas amacı kamu tüzel kişileri ile diğer BİO'ler gibi kamu düzenini koruyarak, kamuya faydalı olmaktır (Gözübüyük, 2016: 10). Bu nedenle, BankK dışında Fon'a ekonomik kamu düzenini yeniden tesis etmek maksadıyla terör örgütü soruşturmalarında el konulan şirket veya malvarlıkları devrederek, bunların yönetim, satış ve tasfiyesini görev olarak verilmiştir. Bunlardan ilki, terör örgütü soruşturmalarında hakim veya mahkemelerin el koyma kararı verdiği şirketlere Fon'un kayyım olarak atanmasıdır. İkincisi KHK'ler ile kapatılarak Hazineye bedelsiz olarak devir edilen kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarıdır. KHK'lar ile kapatılan bu kurum ve kuruluşlara ait taşınmazlar tapuda her türlü kısıtlama ve taşınmaz yükünden ari olarak Hazine adına tescil edilmiştir (6755-OHKAGTBKK m. 2, f. III). Kanun koyucu, Hazinenin devir aldığı bu varlıkların satış ve tasfiyesini sağlamak amacıyla Maliye Bakanlığı tarafından Fon'a devir edilmesine yönelik düzenleme yapılmıştır.

Fon ilk kez BankK ile kendisine devir edilen bankalar ile kendisinin devir aldığı bu bankaların veya hakim ortaklarının sahip olduğu şirketlerin yönetim ve tasfiyesi ile görevlendirilmiştir. Bu kez Fon'a bu görevinin dışında OHAL sürecinde çıkartılan KHK'lar ve CMK m. 133'e göre terör örgütlerine aidiyet, iltisak ve irtibatı nedeniyle kayyum atanmasına karar verilen şirketlerin yönetim ve tasfiyesinde görev de verilmiştir (6758-OKHKDKK m.19, f. I). Ayrıca, kanun koyucu el konulan bu şirketlerde pay sahibi olan kişilerin FETÖ/PYD terör örgütü ile aidiyeti, iltisak ve irtibatı bulunmasını ortaklık payının yüzde 50 veya daha az olabileceğini belirterek paydaş olmayı yeterli saymıştır (6758-OKHKDKK m.9). Fon verilen bu görevi BankK'nda kendisine devredilen şirketlerin yönetim ve tasfiyesinde veren hükümleri kıyasen uygulamak suretiyle yerine getirecektir (6758-OKHKDKK m. 20, f. I). Ayrıca, bu şirketlerin veya pay sahiplerinin Fon'a borçlu olup olmadığına ve varlıkları üzerinde Fon'un haczi olup olmadığına bakılmayacaktır (6758-OKHKDKK m. 20, f. I).

Şirket, taşınmaz, hak, varlık ve alacaklara Fon'un kayyım olarak atanmasının sonuçlarından biriside CMK m. 128 gereğince el koyma ve tedbir kararlarının kendiliğinden ortadan kalkmasıdır (6758-OKHKDKK m.19, f. VII).

Kanun koyucu, Fon uhdesine geçen varlıkların tasfiyesinde ne kamu ne de özel hukukta satış ve tasfiyeyi düzenleyen kanunların uygulanacağı tanzim ederek sürecin hızlı bir şekilde sonuçlanmasını amaçlamıştır (BankK m. 106). Bu amacın, 6758-OKHKDKK m.19, f. VII hükmüyle kayyım olarak Fon'a devir edilen şirket ve varlıkların üzerindeki

kısıtlamaları kaldırarak satışı ve tasfiyeyi hızlandırmak amacıyla altı tekrar çizilmiştir. Böylece, Fon'a varlıkların satış ve tasfiyesinde daha geniş bir yetki verildiği söylenebilir.

Yukarıdaki ifadelerden Fon'un kayyım olarak atandığı şirketlerin sadece yönetim haklarının Fon'a intikal ettiği, mülkiyetin pay sahiplerinde kalmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle, hissedarların pay sahipliğinden doğan haklarını kullanarak satış ve tasfiyeyi önlemelerinin önüne geçmek için azınlık hisselerin sahiplerinin rızasının aranmayacağı hüküm altına alınmıştır (6758-OKHKDKK m. 20, f. V). Buradan hareketle şirket tüzel kişiliğinin ve organların varlığı sürdürdüğü söylenebilir. Öte yandan, müsadere edilmeden Fon'un mülkiyeti kendisine devir edilmeyen şirket paylarının satışını yapmasında hukuki sorunlar ortaya çıkabilir. Zira bu işlem “*Nemo plus juris ad alienum transferre potest quam ipse habet*”¹⁶ (“Hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını devredemez”) ilkesine aykırıdır.

Kanun koyucu tarafından, yukarıda ifade edilen hukuki riski görmüş olmalı ki, bu kapsamda gerçekleştirilecek satış ve tasfiye işlemleri sonucunda borçlar ödendikten sonra kalan tutarın, yargılamanın kesin hükümle sonuçlanmasına kadar bir hesapta nemalandırılacağını dair hüküm sevk edilmiştir. Zira bu şirketlerin aynı kişilere iade edilmesi kamu düzeni için tehdit oluşturmaya devam edebilir (6758-OKHKDKK m. 20, f. I-son cümle).

III. Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması

Vakıflar Genel Müdürlüğü ile Hazine OHAL kapsamında yürürlüğe konan KHK'lar ile kapatılan kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının her türlü taşınır, taşınmaz malvarlığı, alacak ve hakları ile belge ve evraklar borç ve yükümlülüklerini belirlemekle yetkili kılınmıştır (670-KHK m. 5, f. I). Aynı hükümle VGM ile hazineye devir edilen kurum ve kuruluşların kefaletten doğan borçlarının ödenmesi de yasaklanmıştı (670-KHK m. 5, f. I).

670 sayılı KHK ile devir alınan kurum, kuruluş ve şirketlerden alacaklı olanların hak iddialarında bulunmaları için 17.08.2016 tarihinden itibaren 60 günlük hak düşürücü süre içinde tevsik edici belgelerle defterdarlıklar bünyesinde KHK İşlemleri Bürolarına müracaat etmeleri istenmiştir. Yine kapatılmasına karar verilen kurum ve kuruluşlardan olan alacaklıları için de kapatılma tarihinden itibaren 60 günlük hak düşürücü süre tanınmıştır. Bu kapsamda 3 şartın birlikte yerine getirilmesi şartıyla hak iddiasında bulunulmasının yolu açık bırakılmıştır. Bunlardan ilki, 670 sayılı KHK ile devir alınan kurum, kuruluş ve şirketlerden alacaklı olanlar, alacağın devir alınan varlıkla ilgili olmasıdır. İkincisi, FETÖ/PDY terör örgütüyle aidiyeti, iltisak ve irtibatı olmayan kişilerle gerçek mal ve hizmet ilişkisine dayanmasıdır. Nihayet üçüncüsü ise, alacak ve yükümlülüğün kanaat getirici defter, kayıt ve belgelerle tevsik edilmesidir.

OHAL kapsamında yürürlüğe konan KHK'lar ile kapatılarak ve VGM ile Hazineye devir edilen kurum ve kuruluşların kefaletten doğan borçlarının ödenmesi de yasaklanmıştı (670-KHK m. 5, f. I). Ancak, sonradan yapılan değişiklik ile kapatılan kurum ve kuruluşların kefaletten doğan borçlarının ödenmesine asıl borçlu ile kefiller hakkında aciz vesikası bulunması kaydı ile izin verilmiştir (675-KHK m. 17, f. II). Bununla birlikte, ödeme için ek mali külfet getirmemesi, devralınan varlığın değerini geçmemesi ve FETÖ/PDY terör örgütüyle aidiyeti, iltisak ve irtibatı olmayan kişilerle gerçek mal ve hizmet ilişkisine dayanması şartları varlığını korumaktadır. Bu hükümle FETÖ/PDY terör örgütü soruşturmalarında el konulan kurum ve kuruluşlardan haksız menfaat elde edilmesinin önüne geçilmesine çalışılırken, bu terör örgütüne aidiyeti, iltisak veya irtibatı bulunmayan ve gerçek hukuki ilişkiden doğan hak sahiplerinin korunmasına özen gösterilmiştir.

FETÖ/PDY terör örgütüne aidiyeti, iltisak veya irtibatı bulunmayan ve gerçek ilişkiden doğan kişilerin hak ve alacak taleplerinin incelenmesi konusundaki iş ve işlemlerde uygulama

birliğini sağlamak amacıyla 2016/1 nolu Milli Emlak Genelgesi hazırlanmıştır. “*Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnameleri Uyarınca Kapatılan Kurum ve Kuruluşlar Hakkında Yapılacak İş ve İşlemlere İlişkin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Genelge*” adını taşıyan düzenlemedir. Bu genelge ile Maliye Bakanlığı bünyesinde FETÖ/PDY terör örgütü kapsamında Hazineye kapatılarak devredilen kurum, kuruluş ile bağlı oldukları tüzel kişilerin, şirketlerin ve maliki olan gerçek kişilerin borç ve yükümlülükleri konusundaki talepleri incelemek üzere büro ve komisyonlar oluşturulmuş ve çalışma usul ve esasları belirlenmiştir.

Öte yandan Fon’a devir edilen şirket veya el konularak Fon’un kayyım atandığı şirketlerin yönetiminde bulunmayan iyi niyetli küçük pay sahipleri ile alacaklıların haklarının korunması gerekmektedir. Ancak, Anayasa Mahkemesi’nin bir kararında belirtildiği gibi kamu yararı gereği şirket payları üzerindeki hakların tümüyle devir alınması zorunda kalınmaktadır (Kuntalp, 2003: 426. dn 98).

VI. Fon’un Uhdesindeki Şirket ve Varlıklara Yöneticilerin Atanması, Görev ve Sorumlulukları

Fonun kontrolündeki şirket ve varlıkların yönetiminde görev alan kişilerin sorumluluklarını tespit etmek için öncelikle Fon’un bu görevlendirmede fonksiyonunu tespit etmek gerekir. Fon’un görevinin tespit edilmesi akabinde şirket veya varlıklara atanan yöneticiler ile bunlar arasındaki hukuki ilişkinin tespit edilmesi iktiza eder.

Fon kendisinin kayyım atandığı şirketler ile devir edilen bankaların veya devir aldığı şirketlerin yönetim organı işlevini yüklenmektedir (Benzer durumlar için bkz. Tekinalp, 2003, s. 23; Karayalçın, 2003:222). Doktrinde Fon’a devir edilen banka ve devir aldığı şirketlerin organlarının hukuki statüsü tartışmalıdır. İlk görüşe göre banka ve şirketlerin organları varlıklarını devam ettirmekte, fakat yetkileri Fon tarafından kullanılmaktadır (Tekinalp, 2003, s. 21; Tekinalp, 2009: 270; Kuntalp, 2003, s. 423). İkinci görüşe göre, bankanın faaliyet izninin kaldırılması ile banka genel kurulunun görev ve yetkisinin sona erdiği savunulmaktadır (Alıcı, 2009: 619). Aynı yazar bu görüşünden dönerek, Fon’a geçişle birlikte yönetim kurulu üyelerinin görevi sona ereceği ve genel kurulun görev ve yetkisinin Fon’a geçeceğini ileri sürmektedir (Alıcı, 2017:1276). Üçüncü görüşe göre ise genel kurulun organ olarak devam ettiğini, Fon’un genel kurulu toplayarak yönetim kurulu üyelerini seçebileceği görüşü savunulmaktadır (Reisoğlu, 2015, s. 1464).

Doktrinde Fon’un kayyım atanması düzenlemesi yapılmasından önce Fon ile devredilen banka ve şirketler arasındaki hukuki ilişkinin nitelendirilmesinde tartışma bulunmaktadır. Bir görüşe göre, Fon kendisine devir edilen bankaların yönetim kayyımı olarak görev yapmaktadır (Tekinalp, 2003, s. 23). Bu görüş, Fon’un kamu menfaatini koruma ve hakları kendi adına kullanması sebebiyle kayyım olarak nitelendirilemeyeceği gerekçesiyle eleştirilmektedir (Kuntalp, 2003, s. 403). Diğer eleştiri ise kayyım kural olarak tarafsız olmalıdır; oysa Fon bu ilişkide alacaklıların halefi pozisyonunda olduğundan tarafsız kalması mümkün değildir. Bu itibarla, Fon bu ilişkide vekâletsiz iş gören (TBK m. 526) olarak nitelendirilmesi gerektiği yönündedir. Bu noktadan hareketle Fon ve yöneticiler ortaklara karşı vekâletsiz iş gören, yöneticiler ise Fon’a karşı yetkisiz temsil (TBK m. 46-47) hükümlerine göre sorumlu olması gerektiği belirtilmektedir (Dikici, 2009, s. 693). Bu görüş, Fon’a BankK hükümleri ile verilen görevleri dikkate almadan yapılan bir nitelendirme olduğundan katılmak mümkün değildir. Nihayet üçüncü görüş ise, “yasal zorunluluk neticesinde ortaya çıkan kamu yararına inançlı işlem benzeri hukuki ilişki” olarak nitelendirmektedir (Kuntalp, 2003:404). Bu görüşte iki yönden eleştirilmektedir. Bunlardan ilki, inançlı işlemin kurulması için inananın rızasının olması gerektiği bu işlemin kanunen yapıldığı rıza yokluğudur. İkincisi ise, burada inanılan konumunda bulunduğu kabul edilen Fon’un hâkim ortakların değil kamunun menfaatini korumak için devir almasıdır (Yasaman, 2009: 699). Ancak, sonradan yapılan

düzenleme ile Fon CMK m. 128'in emredici mahiyeti sonucunda zorunlu kayyım olarak görevlendirilmiştir.

Hâkim veya mahkemeler tarafından bir terör örgütüne aidiyeti, iltisak veya irtibatı gerekçesiyle CMK m. 128 uyarınca Fon'un kayyım atandığı şirketlerin veya malvarlığının satış ve tasfiyesinde iki farklı görevlendirilme yapılabilir. Bunlardan ilki, ilişkili Bakan tarafından satış ve tasfiyesine karar verilen şirketlerin tasfiyesini sağlayacak yönetim organı atamasıdır (6758-OKHKDKK m. 19, f. III). Bu yönetim organları görevlerini anılan Kanun ile buna dayanılarak çıkarılan 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Kanunun 17uncu Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Tebliği (Tebliğ)¹⁷ çerçevesinde yerine getirecektir. İkincisi ise Fon Kurulu, Fon'un kayyım olarak atandığı şirketlerin tasfiye işlemlerini yürütmek üzere tasfiye komisyonu atayabilir (6758-OKHKDKK m. 20, f. I). Fon'un görevlendireceği satış veya tasfiye komisyonları da satış ve tasfiye görevlerini BankK m. 134'de dayanılarak çıkarılan iki yönetmelik çerçevesinde ifa edecektir. Bunlardan ilki, BankK m. 134, f. IX'a dayanılarak çıkarılan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmeliktir (ŞTDY)¹⁸. İkincisi ise BankK m. 134, f. V-VII'ye dayanılarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmeliktir (TİBOMSIY)¹⁹.

Fon'un kayyım olarak atandığı şirketlerin yönetimi, satışı ve feshi ile tasfiyesi bir dizi seri birbirinden bağımsız hukuki işlemi gerekli kılar (Bu konuda bkz. Sezginer, 2000: 68). Bunlardan ilki, adliye hakiminin Fon'u şirketlere kayyım olarak atamasıdır. İkincisi, Fon'un kayyım olarak atandığı şirkete ilişkili bakanın yöneticileri atamasıdır. Nihayet üçüncüsü ise ilişkili bakanın onayıyla şirketin satışı, feshi ile tasfiyesine karar verilmesidir. Görüldüğü üzere, 6758-OKHKDKK'un nihai amacını gerçekleştirmek için bir dizi seri işlemin yapılması gerekir; bu işlemlerden bir kısmı kamu gücünü kullanarak tek yanlı icrai işlem ile kamu hukuku alanında tesis edilirken, bir kısmı şirket yönetimleri tarafından özel hukuk alanında sonuçlar doğurmaktadır.

Ayrılabilir işlem kuramı uyarınca tesis edilen işlemlerin hangi hukuk sahasında doğduğuna bakmak gerekir (bkz. Sezginer, 2000: 55-89). Bu kapsamda, ilişkili bakan ve Fon'un tek yanlı aldığı icrai işlemleri iptal davasına konu edilebilir. Öte yandan, alacaklılar veya pay sahipleri şirket yönetimlerinin verdikleri satış, fesih ve tasfiye kararlarından zarar görmesi halinde kayyım olarak görev yapan Fon'a karşı tazminat davası açabilirler (Sezginer, 2000,s. 84).

A. Fon'un Kontrolündeki Şirketlerin Satış ve Tasfiyesi

Fon'un kontrolüne bir şirket BankK hükümleri dışında iki şekilde girebilir. Bunlardan ilki, hakim veya mahkemelerin el koyma kararı ile birlikte (CMK m. 128, f. I-X) Fon'u kayyım (CMK m. 134) olarak atadığı şirketlerdir. Fon'un kontrolüne kayyım sıfatıyla geçen bu şirketlerin satılması, feshi ile tasfiyesine ilişkili Bakan tarafından karar verilir. Bu şirketlerin tasfiye işlemleri ilişkili Bakan tarafından atanan şirkete atanan yöneticiler tarafından 6758-OKHKDKK m. 19 hükmüne dayanılarak çıkarılan Tebliğ hükümlerine uygun olarak gerçekleştirilir. Yönetici ile kast edilen, anonim şirketlerde yönetim kurulu, limited şirketlerde müdür veya müdürleri, diğer şirketlerin yöneticileri ile bu şirketlerin genel müdür, murahhas aza, murahhas müdür veya aynı yetkilere sahip üst yöneticilerdir (Tebliğ m. 4, f. III). İkincisi ise, hâkim veya mahkeme kararı ile somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebebiyle el konularak idaresi Fon'a kayyım sıfatıyla verilen şirketlerdir. Bu kapsamda, şirket hisselerinin tümü suçtan elde edilmiş ise tümüne (CMK m. 128, f. I-h) veya şüpheli veya sanığın şirketteki ortaklık paylarına (CMK m. 128, f. VI) el konabilir (6758-OKHKDKK m. 20, f. I). Fon'un kontrolüne geçen bu şirketlere Fon Kurulu tarafından Tasfiye Komisyonu atanır. Tasfiye Komisyonu bu şirketleri BankK m. 134, f. IX hükmüne dayanılarak çıkarılan ŞTDY hükümlerine göre satış ve tasfiyesi icra eder.

KHK'lar ve bunları onaylayan Kanunlar ile Fon kontrolüne giren şirket ve malvarlıklarını geçici bir süre yönetmek ve tasfiye etmek amacıyla yetki verilmiştir. Bu düzenlemelerin amacı şirketlere malik olmak değildir. Çünkü Fon'un görevleri arasında işletmecilik yapmak sayılmamıştır (Kuntalp, 2003,s. 422).

Fon'un kayyım atandığı şirketler dışında devir edilen şirket ve varlıklar, KHK'lar ile Maliye Bakanlığına kapatılarak diğer malvarlığıyla birlikte devir edilen özel radyo ve televizyonların sahip olduğu yayın lisansları, yayın hakları, frekans ve kanal kullanımı ile Radyo Televizyon Üst Kurulu nezdindeki izinlerin satışı konusunda yetki tanınmıştır. Bu satış yetkisi, şirketlere yönetici olarak ilişkili bakan veya Fon tarafından atanan yöneticiler tarafından gerçekleştirilecektir.

1. Şirketlere Yönetici ve Tasfiye Komisyonu Atanması Usulü

OHAL sürecinde çıkarılan KHK'lar ve bunları onaylayan Kanunlar ile kapatılarak önce hazineye sonra Fon'a devir edilen şirketler ile terör örgütü soruşturmaları kapsamında Fon'un CMK m. 128 ve 133 uyarınca kayyım olarak atandığı şirketlerin yöneticileri şirketlerin menfaatleri ile birlikte kamu menfaatlerini dikkate alarak yönetmek zorundadırlar. Zira bu işlemlerin merkezinde kamu yararının sağlanması amacı bulunmaktadır.

Fon kontrolüne geçen şirketlere yönetici atanmasında bu BİO'ye geçişi sağlayan hukuki işleme bağlı olarak iki farklı usul belirlenmiştir. Bunlardan ilki, Fon'un kontrolüne kayyım sıfatıyla geçen bu şirketlere ilişkili Bakan tarafından atanan yöneticilerdir (6758-OKHKDKK m. 19). Şirketlerin Bakan tarafından atanan yöneticiler dışındaki yöneticiler ise şirketlerin yetkili organları tarafından atanır ve görevden alınır (Tebliğ m. 4, f. III). İkincisi ise, Fon Kurulu tarafından atanan Tasfiye Komisyonudur (6758-OKHKDKK m. 20, f. I).

Bakan gerektiğinde Fon tarafından atanan veya görevlendirilenlerde dahil olmak üzere şirket yöneticilerini görevden alabilir ve yerine yenilerini atayabilir (Tebliğ m. 4, f. III). Bakan bu konudaki yetkilerini Fon kuruluna veya Fon Başkanına devir edebilir (6758-OKHKDKK m. 19, f. X). Öte yandan bu şekilde BİO kuran veya bazı kanunlarda "*ilgili veya ilişkili bakan*" tanımı ile bu kurumların hükümetle ilişkilendirilmesi "*bağımsızlıkları*" konusunda tartışmaya neden olmaktadır (Tan, 2016,s.193).

2. Şirket Yöneticileri ile Tasfiye Komisyonunun Satış ve Tasfiye Görevleri

Fon kontrolüne geçen şirketlerin yöneticileri ilişkili Bakan, tasfiye komisyonu üyeleri ise Fon Kurulu tarafından atanır. Bunlardan ilki ilişkili Bakan tarafından atanan şirket yöneticileri, öncelikli olarak şirketlerin hak ve menfaatleri gözetilerek ticari teamüllere uygun şekilde basiretli bir tüccar gibi soruşturma veya kavuşturma sonuna kadar yönetmekle görevlendirilmiştir (Tebliğ m. 4, f. I). Şirketin iktisadi faaliyetleri sürdürmesi, üretim ve istihdama katkı sağlaması esastır (Tebliğ m. 6). Ancak, Bakan hazırlanan mali durum raporunda şirketin ortaklık yapısı, piyasa koşulları ve diğer sebeplerle sürdürülebilir olmaması halinde feshi ile tasfiyesine karar verebilir (Tebliğ m. 7, f. I). Fon, kayyım olarak atandığı şirketleri bütün halinde veya şirket tüzel kişiliğini koruyup varlıklarının bir kısmını ya da şirketi feshederek varlığının satılmasına karar verebilir (6758-OKHKDKK m. 20, f. IV).

Şirketin yönetim organı tarafından satış veya fesih ile tasfiye işlemleri 6758-OKHKDKK m. 19, f. III'e dayanılarak çıkarılan Tebliğ hükümlerine uygun şekilde gerçekleştirilir (Tebliğ m. 7, f. II). Fon'un kayyım olarak atanmasına karar verilen şirketlerden ilişkili Bakan tarafından satışına karar verilmesi halinde azınlık hisse sahiplerinin rızası aranmayacaktır (6758-OKHKDKK m. 19, f. V).

Fon Kurulu uhdesindeki şirketlerin tasfiye işlemlerini yürütmek üzere tasfiye komisyonu atayabilir. Bu tasfiye komisyonuna, adli işlemler ve davalar bakımından şirketi temsil konusunda taraf ehliyeti tanınmıştır (6758-OKHKDKK m. 20, f. I). Tasfiye Komisyonunun atanması usulü 6758-OKHKDKK m. 20, f. I' de Fon'un devir aldığı şirketlerin satış ve tasfiye edilmesinde yetki veren hükümlerin kontrolündeki bu şirketlerin satış ve tasfiyesinde de kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir.

Tasfiye komisyonu terimi BankK m. 134, f. IX'da değil bu hükme dayanılarak çıkarılan ŞTDY'de geçmektedir. Buna göre Fon kontrolündeki şirketin yönetim organı mali durumu gösteren bir bilanço hazırlar (ŞTDY m. 7). İlgili hizmet birimi bu bilanço ile ilgili olarak görüşünü de belirterek şirketin tasfiye ve terkin edilmesine dair önergeyi Fon Kurulunun onayına sunar (ŞTDY m. 7, f. I). Fon Kurulu şirketin tasfiyesi ve sicilden terkin edilmesi kararı ile birlikte en az 3 kişiden oluşan tasfiye kurulu görevlendirir. Kurul gerek gördüğünde tasfiye komisyonu üyelerinin görevine son verebilir ve yerlerine yeni üyeler atayabilir (ŞTDY m. 7, f. VII). Fon Kurulunun şirketin tasfiyesine dair kararı, şirketin infisahı anlamında olduğundan tasfiye komisyonunun bildirimi ile sicilden terkin edilir (ŞTDY m. 8, f. I). Tasfiye komisyonu şirkete ait varlıkları paraya çevirmeye yetkilidir (ŞTDY m. 9) ve tasfiye işlemlerini Yönetmelik hükümlerine göre yürütür. Fon Kurulu tarafından tasfiyesine karar verilen şirketlerin iflas ve ihtyası istenemez (ŞTDY m. 7, f. IV).

B. Fon'un Kontrolündeki Varlıkların Satış ve Tasfiyesi

Fon'un kontrolüne BankK hükümleri dışında bir malvarlığı iki şekilde girebilir. Bunlardan ilki, gecikmesinde sakınca olduğu için KHK'lar ile kapatılan ve Hazineye devir edilen kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarıdır; bu işletmelerin varlıkları daha sonra onay kanunu ile Fon'a devredilmiştir. İkincisi ise, hakim veya mahkeme kararı ile somut delile dayanan kuvvetli şüphe sebebiyle el konularak idaresi Fon'a kayyım sıfatıyla verilen taşınmaz, hak ve alacaklardır (CMK m. 128, X; 6758-OKHKDKK m. 19, f. III).

Fon'a verilen ilk satış ve tasfiye yetkisi BankK m. 134, f. V, VII ve IX'da düzenlenmiştir. Fon bu varlıkların satışını BankK m. 134, f. V hükmüne dayanılarak çıkarılan TİBOMSİY uygun olarak yapmakla görevlidir. (6758-OKHKDKK m. 20, f. III). Esas itibarıyla bu hükümde devredilen bankalar ile Fon'un devir aldığı şirketlerin ve varlıkların satış ve tasfiyesine dair yetkiler düzenlenmiştir.

Kanun koyucu Fon'a, devir edilen bankaların veya devir aldığı şirketlerin satış ve tasfiyesinde BankK ile yetki veren hükümlerin, Fon'un 6758 sayılı Kanun ile kayyım olarak atandığı şirket ve varlıkların satış ve tasfiye işlemlerinde kıyasen uygulanacağını öngörmüştür. Böylece, Fon BankK m. 134 ile kendisine tanınan yetkileri 6758 sayılı Kanun hükümlerine uygun şekilde kendisine hazineden devir edilen özel radyo ve televizyonların hak ve varlıkları ile kayyım olarak atandığı şirketlerin satış ve tasfiyesinde kıyasen kullanmak yetkisine sahip olmuştur (6758-OKHKDKK m. 20, f. I-III). Fon'un kontrolüne geçen bu malvarlıkları da ilişkili Bakanın kararı ile yine aynı kurum tarafından önce hükümlerine göre satış ve tasfiyesi icra edilir.

1. Satış Komisyonunun Atanması Usulü

Yöneticiler ve tasfiye komisyonu üyeleri şirketleri yönetme ve tasfiye etme, satış komisyonu ise şirketlerden bağımsız Fon'un kontrolündeki varlıkların satış ve tasfiyesi gayesiyle için görevlendirilmektedir. 6758-OKHKDKK m. 20, f. III ile yapılan atıf neticesinde satış işlemleri BankK m. 134, f. V hükmüne dayanılarak çıkarılan TİBOMSİY göre yapılır. Fon Kurulu satış kararı ile birlikte Fon personeli içinden en az 3 kişiden müteşekkil bir satış

komisyonu oluşturur ve başkanını atar. Bu satış komisyonu üye sayısının salt çoğunluğu ile toplanır ve toplam üye sayısının salt çoğunluğu ile karar alır (BankK m. 134, f. V).

2. Satış Komisyonunun Satış ve Tasfiye Görevleri

Fon kurulu kendisine devir edilen şirket varlıklarını satış komisyonun düzenlediği rapor çerçevesinde ticari ve iktisadi bütünlük içinde satılmasına karar verebilir (6758-OKHKDKK m. 20, f. II) . Satışa konu mal ve haklar OHAL KHK'lar ile Hazineye daha sonra satılması için Fon'a devir edilmiştir. Bu satış işlemi 6758-OKHKDKK m. 20, f. I hükmüne göre BankK m. 134, f. V-VII'ye dayanılarak çıkartılan TİBOMSİY hükümleri kıyasen uygulanmak suretiyle yapılacaktır.

Satış Komisyonu, Fon kontrolündeki varlıkların satışı ile görevlendirilebilir. Satış komisyonu, Fon Kurulunun varlıkların tamamını veya bir kısmını ticari bütünlük içinde satılması kararından sonra ilgili Yönetmeliği 11. maddesine uygun olarak satış şartnamesi hazırlanarak Fon Kurulunun onayına sunar (TİBOMSİY m. 10). Satış şartnamesinde satışta uygulanacak ihale usulleri de belirtilir (TİBOMSİY m. 16, f. I). Satış işlemleri kapalı zarf (TİBOMSİY m. 17) veya açık artırma (TİBOMSİY m. 18) usullerinden bir veya ikisini birlikte kullanarak gerçekleştirebilir. Ancak, pazarlık usulü ile satış ancak Fon Kurulunun gerekli görmesi halinde uygulanabilir. Satış komisyonu bu satış şartnamesinin Fon Kurulu tarafından onaylanmasını müteakip TİBOMSİY hükümlerine göre satışları gerçekleştirir.

Bir veya birden fazla gerçek veya tüzel kişiye ait olan 6183 sayılı Kanun hükümleri uyarınca haczedilen aktif değerler ile lisans, ruhsat ve imtiyaz sözleşmeleri ile 3984 sayılı Kanunun geçici 6. maddesi hükmü kapsamında geçici veya daimi frekans ve kanal kullanımından doğan haklar ve bu mal, hak ve/veya varlıkların fer'i veya mütemmim cüzü niteliğindeki sözleşmeler ile bu sözleşmelerden doğan ancak başlı başına iktisadi değeri olmayanlar da dahil olmak üzere diğer tüm mal, hak ve/veya varlıkların tamamı veya bir kısmı ticari ve iktisadi bütünlüğün kapsamı içinde sayılmıştır (TİBOMSİY m. 4).

Kanun koyucu Fon kontrolüne geçen şirket ve varlıkların veya bu şirketlerin aktiflerinde bulunan mal ve hakların ticari ve iktisadi bütünlük şeklinde satılmasına izin verirken, kapatılan özel radyo ve televizyonların yayımla ilgili haklarının ayrı ayrı satılmasında bu genel kuraldan ayrılmıştır. Aktif değerler ise, ticari ya da iktisadi kıymeti olan, maddi ya da gayri maddi her türlü mal, hak veya varlıklar olarak tanımlanmıştır (TİBOMSİY m. 3-ç).

KHK'lar ile kapatılan kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının varlık satışından elde edilen tutarlar Maliye Bakanlığı'na aktarılır (6758-OKHKDKK m. 20, f. III-son cümle).

C. Şirket Yöneticileri ile Tasfiye ve Satış Komisyonu Üyelerinin Sorumlulukları

Bir terör örgütüne aidiyeti, iltisakı veya irtibatı nedeniyle şirketlere kayyım olarak atanan kişilerin aldığı kararlarda güven içinde çalışmaları sağlamak amacıyla hukuki korumanın getirilmesi gerekir. Zira iade halinde bu şirketlerin paydaşları ve alacaklıları tarafından yönetici ve tasfiye komisyonu üyelerine sorumluluk davası açılması mümkündür.

Şirket yöneticileri ile tasfiye memurlarının görevleri yukarıda ifade edildiği üzere Fon kontrolüne geçen şirket ve varlıkları tasfiye etmek olarak belirlenmiştir. Görüldüğü üzere, bu şirket ve varlıklar terör örgütü soruşturmasında yargı kararıyla veya kamu düzenini korumak amacıyla idarenin müsadere mahiyetindeki tek taraflı işlemleriyle Fon kontrolüne geçmiştir. Bu nedenle, gerek şirketlerde yönetici gerekse tasfiye komisyonlarında görevli kişilerin faaliyeti özel hukuk sahasından çıkıp, ağırlıklı olarak kamu hukuku alanında tasfiye görevine dönüşmüştür. Çünkü bu kişilere yüklenen görev kazanç elde edip paylaşmak değil, Fon

uhdesindeki şirket ve varlıkları kamu kudretini de kullanmak suretiyle iktisadi düzene zarar vermeden menfaat sahiplerini de koruyarak yönetmek, satmak veya feshederek tasfiye etmektir (Tebliğ m. 7).

Kanun koyucu, 15.07.2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ve bunların devamı niteliğinde eylemlere karşı mücadelede görev alan kişilerin aldığı bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğundan başışık tutulmuştur (6755- OHKAGTBKK m. 37). Bu kişiler kronolojik olarak iki grupta tasnif edilebilir. Bunlardan ilk grubu OHAL'in ilan edilmesinden önce darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ve bunların devamı niteliğinde eylemlerin bastırılması kararı alan, bu kararları veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler teşkil eder. İkinci grup ise OHAL süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında karar alan ve görevleri yerine getiren kişilerden oluşur.

İkinci gruba çalışmanın konusu olan Fon bünyesindeki şirket ve varlıkları yönetme, satma ve tasfiyesinde görev verilen kişiler de girer. Bunlardan ilki, Fon'un kayyım olarak atandığı şirketlere Fon'un ilişkili Bakan tarafından atanan yöneticileri sayılabilir (6758-OKHKDKK m. 19, f. III). İkincisi, Fon Kurulu tarafından şirketlerin tasfiye işlemlerini yürütmek amacıyla görevlendirilen tasfiye komisyonu üyeleridir (6758-OKHKDKK m. 20, f. I). Üçüncüsü, Hazinesiden Fon'a devir edilen varlıkların satış ve tasfiyesinde görev verilen kişilerdir. Bu kapsamda yargı kararları ile CMK m. 128, f. X uyarınca atanan kişiler sayılabilir. Ayrıca, Fon Kurulunun malvarlığını tasfiye etmek maksadıyla atadığı satış komisyonu üyeleri de bu kapsamdadır (TİBOMSİY m. 6).

1. Hukuk Usulü Yönünden Değerlendirilmesi

Fon kontrolündeki şirket yöneticilerine sorumluluklarında uygulanabilecek TMK, TTK ve 6755- OHKAGTBKK m. 37 hükümleri bulunmaktadır.

Kayyımın görevini yerine getirirken kusuruyla verdiği zarardan doğan sorumluluğu TMK m. 467-468 arasında düzenlenmiştir. Devlet, vesayet dairelerinde görevli olanların hukuka aykırı olarak verdikleri zararlardan doğrudan sorumludur (TMK m. 468, f. I). Bu kapsamda zararı tazmin eden devlet zararın meydana gelmesinde kusurlu olan yöneticilere rücu edebilir (TMK m. 468, f. II). Yöneticilerde, rücu hakkını kullanan devlete karşı müteselsilen sorumludurlar (TMK m. 468, f. III).

Şirket yöneticileri Tebliğ'de belirtilmeyen diğer hususlarda ilgili mevzuatlarında yönetim organı için düzenlenen hak ve yükümlülüklere tabi olup, bunlara ait yetkileri kullanmaya devam ederler (Tebliğ m. 5, f. I). Fon'un kayyım olarak atandığı şirketlerin yöneticilerinin hukuki sorumlulukları hakkında üç farklı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki, BankK m. 127 hükmü ile faaliyet izni kaldırılan bankaların ve finans şirketlerinin Fon'a devredilmesi sonrasında bunların yönetim ve tasfiyesi ile görevlendirilmiş olan kişilerin hukuki sorumlulukları düzenlenmiştir. Diğer ise genel hüküm mahiyetinde olan TTK m. 553 ve 557'de anonim ve limited şirket yöneticilerine (644. m atfı ile) yürütülen ticari faaliyet kapsamında sorumluluk davası açılabilmesidir.

Fon'un kayyım olarak atandığı şirketlerin Genel Kurul (GK) yetkileri TTK hükümlerine tabi olmaksızın ilişkili Bakan tarafından kullanılabilir (6758-OKHKDKK m. 19, f. IX). Yargıtay anonim şirketlerde yönetim kurulu (YK) üyeleri aleyhine şirketin dava açabilmesini GK kararı alınması şartına bağlamıştır (11. HD, 30.09.2014, E.5386/ K. 14890). Şirket ve pay sahiplerinin (TTK m. 555) bu yönde GK kararı alınmadan, alacaklıların ise şirket iflas etmediği sürece YK aleyhine sorumluluk davası açmaları mümkün değildir (TTK m. 556).

2. Ceza Hukuku ve Usulü Yönünden Değerlendirilmesi

Fon'un kayyım atandığı şirketlerde görevlendirilen yönetici ve tasfiye komisyonu ile satış komisyonu üyeleri hem şirket, paydaş ve alacaklılara hem de devlete karşı iki düzenlemeyle hukuki korumaya kavuşturulmuştur. Bunlardan ilki, yukarıda ifade edildiği gibi tüm yönetici tasfiye ve satış komisyonu üyelerini cezai, mali ve hukuki sorumluktan beri tutan 6755- OHKAGTBKK m. 37 hükmüdür. İkincisi ise şirket yöneticilerin tek kusursuz sorumluluklarının düzenlendiği AATUHK m. 35 ve mükerrer 35 ile 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 10. maddesinde düzenlenen hükümlerin uygulanmayacağı belirten hükmüdür (675-KHK m. 11).

Ayrıca, Fon kontrolündeki şirketlerde görevli yönetici, tasfiye ve satış komisyonu üyeleri TCK anlamında kamu görevlisi ise, görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçlarının (TCK m. 257) kamu görevlisi değil ise hizmet sebebiyle güveni kötüye kullanma suçlarının (TCK m. 155) sanığı olabileceklerdir. Ancak, bu yöneticilerin, tasfiye veya satış komisyonu üyelerinin aldıkları karar veya yaptıkları işlem kanun hükmünü yerine getirmekten ibaret ise bu kişilere ceza verilmez. Ayrıca, bu kişilere yetkili merciden verilip, yerine getirilmesi görevi gereği zorunlu olan bir emri uygulamaları durumunda da sorumlu olmayacaklardır (TCK m. 24, f. II). Çünkü Fon kontrolündeki şirketlere atanan yöneticilerin yürüttüğü faaliyetlerde özel olarak düzenlenmiş olan hükümler ve kayyımın direktiflerine uyulması zorunluluğu bulunmaktadır.

V. Değerlendirme

BankK hükümleri, Fon'un halef olduğu alacağı tahsil etme amacıyla, KHK'ların kabul edilmesine dair 6755-6758 sayılı Kanunlar terör örgütleriyle mücadele etme amacını taşımaktadır. Bu amaç, BankK yürütülen şirket ve malvarlığı tasfiyelerine nazaran 6755-6758 sayılı Kanunlarda kamu gücünün daha yoğun ve güçlü olarak kullanılmasını zorunlu kılmıştır. Dolayısıyla BankK hükümlerinde alacak tahsili öncelikli iken, 6755-6758 sayılı Kanunlarda suç ve suçla mücadele önceliklidir.

FETÖ ile bir ilgisi olmadığı halde şirket, dernek, vakıf veya işletmelerin OHAL KHK'ları ile kapatılması AY m. 121, f. III'e aykırılık teşkil edebilir (Gözler, 2017, s.13). KHK'lar ile kapatılan kurum, kuruluş, özel radyo ve televizyonlar, gazete, dergi, yayınevi ve dağıtım kanallarının bağlı oldukları şirketlerini faaliyetleri sona erdirilerek ticaret kayıtları resen terkin edilir. Böylece terkin edilen şirketlerin devralınan varlıkları dışındaki varlıklar da hazineye bedelsiz olarak devredilmiş sayılır (Örneğin, 667-KHK m. 2; 670-KHK²⁰ m. 5, f. III). Mülkiyet hakkına AY m. 35 kapsamında kamu düzeni korumak maksadıyla Anayasanın sözüne, ruhuna ve demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun şekilde ölçülülük ilkesi çerçevesinde sınırlama getirilebilir (Gözübüyük, 2016: 26).

Terör örgütleri tarafından suçun işlenmesinde kullanılan, suçun işlenmesine tahsis edilen veya suç işlenmesinden elde edilen gelirlerle faaliyet gösteriyorsa müsadere edilmesine karar verilir (TCK m. 54, f. I). Birden fazla kişinin pay sahibi olduğu şirketlerde ise sadece suça iştirak eden kişilerin paylarının müsadere edilmesine karar verilebilir (TCK m. 54, f. VI).

Öte yandan genel müsadere cezası verilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu unutulmamalıdır (AY m. 38, f. IX). Doktrinde haklı olarak OHAL KHK'ları ile yapılan işletmelerin kapatılması ve devredilmesi işleminin yargı mercilerinin müsadere kararı ile olması gerektiği savunulmaktadır (Gözler, 2017, s.15). Dolayısıyla, bu tür işlemlerin AY m. 15 aykırılığı ileri sürülme ihtimaline karşı müsadere kararına konu edilmesi bu tartışmayı ortadan kaldıracaktır.

OHAL KHK'larının bir kısmında “*olağan üstü hal süresince*” ibaresi bulunmaktadır. Bu nedenle, bu KHK'ların bir kanunla onaylanması gerekir aksi halde, OHAL kaldırıldığında kendiliğinden yürürlükten kalkacaktır. Bu durumda KHK'lar ile Hazineye devir edilen malvarlıkları eski sahiplerine dönebilir (Gözler, 2017, s.18). Dolayısıyla OHAL KHK'larının bir an önce Kanunla onaylanması gerekir.

6755- OHKAGTBKK m. 37 hükmünün bizzat içeriği ile hükmün yürürlüğü girmesi 15.07.2016 tarihinden, diğer maddeler ise yayımı tarihinden itibaren geçerli olacağı düzenlemesiyle, maddi hükmün yürürlüğünün geçmişe etkili kılınması Anayasanın m. 2'ye aykırılık tartışmalarına neden olmuştur (6755- OHKAGTBKK m. 37). Nitekim 20 Ocak 2017 tarihinde açılan dava AYM'nde 2017/21 Esas nolu dosya üzerinden görülmektedir (Bkz. www.anayasa.gov.tr; Erişim Tarihi: 14.03.2018).

Sonuç

Kamu yönetiminin amacı olan kamu yararı, kamu hizmetinin sağlanması suretiyle gerçekleştirilir. Fon kamu yararını gerçekleştirmek amacıyla ihdas edilmiş tüzel kişiliğe haiz BİO'tedir. Bu kapsamda, Fon Anayasa'nın 125. maddesi kapsamında genel idare içinde yürütmenin bir parçası olarak kamu kudreti kullanmaya yetkili ve görevli bir kurumdur (Yasaman, 2013, s. 33). Bu nedenle, Fon kendisinin kayyım atandığı veya Maliye Bakanlığı tarafından devredilen varlıkların yönetimine atadığı kişilerde şekli olarak özel hukuka ilişkin yetkileri kullanıyor görünse dahi esas itibarıyla kamu kudretini kullanmak suretiyle kamusal faaliyet yürütmektedir. Fon ilk kurulduğunda tasarruf mevduatını sigorta etme fonksiyonuna bağlı olarak TMSF olarak adlandırılmıştır. Ancak, zaman içinde Fon'a verilen diğer kanuni görevler sebebiyle adının “*Tasarruf Mevduatı Sigorta ve Tasfiye Fonu*” olarak değiştirilmesi halinde bu BİO'nin fonksiyonlarını daha kapsayıcı olarak ifade edecektir.

Kamu idaresinde asli ve daimi surette görülmesi gereken kamu hizmeti ise memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür (AY m. 128). Kamu görevlisi ise, kamusal faaliyetin yürütülmesine atanma, seçilme veya herhangi bir surette sürekli veya geçici olarak bu faaliyete katılan kişi olarak tanımlanmıştır (TCK m. 6, f. I-c). Başka bir deyişle, kamu hizmeti gerçekleştirmek veya kamu menfaatinin korumak amacıyla, devletin asli fonksiyonlarından yasama, yargı ve yürütme fonksiyonlarından birini icra ederken kamu kudretini hukuki düzenlemeyle verilen görev ve yetki kapsamında kullanan kişiler kamu görevlisi (memur) olarak adlandırılabilir (Oğuz, 1999,s.4). Kaynağını Anayasaya dayanan hukuki bir düzenlemeden alan yöneticiler, tasfiye komisyonu üyeleri ve satış komisyonu üyeleri kamusal faaliyet görevini yerine getirirken ceza hukuku anlamında kamu görevlisi olarak tanımlanabilirler. Çünkü bu kişilerin görevi, şeklen özel hukuk kapsamında düzenlenmiş olan kazanç elde edip, paylaşmak amaç olan tüzel kişiler uhdesinde olsa da burada esas amaç emredici mahiyetteki kamu hukuku hükmüyle bu tüzel kişilerin yönetilmesi, satılması ve feshi ile tasfiyesinin sağlanmasıdır (6758-OKHKDKK m. 19, f. I-III).

İlişkili bakanın atadığı yönetici, tasfiye kurulu ve Fon'un atadığı tasfiye ve satış komisyonu üyeleri OHAL süresince yayınlanan KHK'lar kapsamında aldıkları karar ve yerine getirdikleri görev nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluktan bağışık tutulmuşlardır (6758-OKHKDKK m. 37). Bu hüküm, kamuoyunda ceza sorumluluğunun şahsiliği (AY m. 38, f. VII) ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasını (AY m. 40) düzenleyen hükümlere aykırılığı tartışmalarına neden olmuştur.

Fon uhdesinde geçen şirketlerin yönetimine atanan gerçek kişiler şeklen TTK anlamında YK üyesidir. Ancak bu YK üyelerinin görevi mahiyeti itibarıyla şirketi kâr elde etme amacından daha ziyade tasfiye etmeye yönelik olduğunda kamusal bir faaliyet göstermekte olduklarının kabulü gerekir. Fon'un kayyımlığındaki şirketlere atanan yönetici, tasfiye kurulu ve Fon'un atadığı tasfiye ve satış komisyonu üyeleri yaptıkları görevin mahiyeti itibarıyla hukuki koruma bahşedilmesi gerekir. Ancak, bu hukuki korumanın tüm sorumluluklardan bağışık tutulma şeklinde AY hükümlerine uygun olarak sağlanması iktiza eder. Bu

kapsamda, kamusal görevi yerine getiren kişilerin hukuki ve ceza sorumlulukları uzun bir tecrübe sonunda ortak aklın ürünü olan temel yasalarla ortaya konan ilkelere paralel olarak düzenlenmelidir.

Bu ilke ceza hukukunda kamu görevlisinin görevi sebebiyle işlediği suçların soruşturması için, izin sonrasında ön inceleme yapılması ve bunun sonucunda düzenlenen rapora bağlı olarak soruşturma izni verilip verilmeyeceği şeklinde oluşmuştur. (Özel soruşturma usulleri için bkz. Oğuz, 2009, s. 37-134). Bu karar ise idari yargının denetimine tabidir.

Özel hukuk alanındaki ilke ise AY m. 40, f. III'de aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir.

“Kişinin, Resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.”

Bu kapsamda, BankK m. 127 hükmü ile Fon çalışanlarının diğer kamu görevlilerine nazaran avukatlı ücretinin ödenmesi gibi mali destek verilerek daha güçlü bir hukuki korumayla birlikte hukuki ve ceza sorumluluklarına ilişkin usul düzenlenmiştir. Dolayısıyla, 6758-OKHKDKK m. 37 yerine BankK m. 127'den Fon personeli dışında görev alan diğer kişilerin de faydalanmasını sağlayan aşağıdaki şekilde BankK m. 127'ye bir fıkra eklenmesi yeterli olacaktır.

“Terör örgütleri soruşturmaları kapsamında Fon'un kontrolüne geçen şirketlerin yöneticilerine, tasfiye komisyonu veya satış komisyonu üyeleri görevlerini yerine getirme sürecinde görevleriyle ilgili olarak işledikleri suçların soruşturması ile bu görevleriyle ilgili karar ve işlemleri sebebiyle açılacak tazminat davalarında Fon personeli sayılır.”

Kaynakça

- Akyılmaz, B., Sezginer, M. ve Kaya, C. (2015). *“Türk İdare Hukuku”*, 6.Baskı, Ankara: Seçkin.
- Alıcı, Y. (2009). “TMSF'nin Faaliyet İzni Kaldırılan Bankalara ve Fon Bankalarına İlişkin Görev ve Yetkileri”, *Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları* (ss. 616-631), İstanbul: İstanbul Barosu Yayını.
- Alıcı, Y. (2017). *“Bankacılık Kanunu Şerhi”*, 2. Baskı, İstanbul:Onikilevha.
- Altay, İ. (2009). “Türkiye’de Tasarruf Mevduatı Sigortası’nın Tarihçesi ve Neden TMSF’ye İhtiyaç Duyuldu?”, *Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları* (ss. 586-596), İstanbul: İstanbul Barosu Yayını.
- Atay, E. E. (2016). *“İdare Hukuku”*, 5. Baskı, Ankara: Turhan.
- Dikici, S. (2009), “Fona İntikal Eden Bankanın İştirak Şirketlerinin Tespiti, TMSF Tarafından Yönetici Atanması ve Konularla İlgili Uygulamada Yaşanan Hukuki Sorunlar”, *Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları* (ss. 687-694), İstanbul: İstanbul Barosu Yayını.
- Ersoy, U. (2016). “Bir Koruma Türü Olarak Şirket Yönetimi İçin Kayyım Tayini (CMK m. 133), AÜHFD, 65(4), 3393-3431.
- Gemalmaz, B. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, İstanbul: Beta.
- Gözler, K. (2017). 1 Aralık 2017 tarihinde “15 Temmuz Kararnameleri Olağanüstü Hal Kanunun Hükmünde Kararnamelerinin Hukuki Rejimin İfsadı Hakkında Bir İnceleme, <http://www.anayasa.gen.tr/15-temmuz-kararnameleri.pdf> adresinden erişildi.
- Gözübüyük, Ş. (2016). *“Yönetim Hukuku”*, 32. Baskı, Ankara: Turhan.
- Karayalçın, Y. (2004). “Bankacılık Riskleri ve Sigorta Hukuku Açısından Tasarruf Mevduatı Sigortası”, *Bankacılık Sorunları Sempozyumu- 26-27 Kasım 2004* (ss. 195-213) Ankara: Batider.
- Kuntalp, E. (2003). “Bankanın Temettü Hariç Ortaklık Hakları İle Yönetim ve Denetiminin ve Hisselerinin Fona’a İntikali Önlemleri ve Bu önlemlerin Hukuki Değerlendirilmesi, *Yıldızhan Yayla’ya Armağan* (ss. 387-428) GSÜ yayını.
- Oğuz, S. (1988), *“Türk Ceza Hukuku’nda Memur Kavramı ve Özel Soruşturma Usulleri”*, Edirne: Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Özgenç, İ. (1995). “Tüzel Kişinin Sorumluluk Ehliyeti: Anayasa Mahkemesinin Bir Kararı Üzerine Düşünceler”, *Reha Poroy’a Armağan* (ss. 319-344), İstanbul: İÜHF Yayını.

- Reisoğlu, S. (2015). “*Bankacılık Kanunu Şerhi*”, Son Değişikliklerle Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara: Yaklaşım.
- Sezginer, M. (2000). “*İptal Davasının Uygulama Alanı Bakımından Ayrılabilir İşlem Kuramı*”, Ankara: Yetkin.
- Tan, T (2017). “İdare Hukuku” Güncelleştirilmiş 5. Bası, Ankara: Turhan Kitapevi.
- Tekinalp, Ü. (2003). “*Fondaki Bankanın Hukuku*”, İstanbul: Lebib Yalkın Yayınları ve Basım İşlerim A.Ş.
- Tekinalp, Ü. (2009). “*Ünal Tekinalp’in Banka Hukukunun Esasları*”, İstanbul: Vedat.
- Ulusoy, A. (2003). “*Bağımsız İdari Otoriteler*”, Ankara: Turhan.
- Yasaman, H (2013), “*Banka Hukuku İle İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları*”, İstanbul: Vedat.
- Yasaman, H. (2009). “TMSF’ye Devredilen Bankaların ve İştiraklerinin Hakim Ortak Dışındaki Pay Sahiplerinin Hakları” *Banka ve Finans Hukuku Panel ve Seminer Notları* (ss.695-702), İstanbul: Barosu yayını, İstanbul.

Dipnotlar:

-
- ¹ 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun (2016). T.C. Resmi Gazete, 29898, 24.11.2016. (6758-OKHKDKK m. 19).
- ² 20 Temmuz 2016 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı, (2016). T. C. Resmi Gazete, 29777, 21. 07. 2016.
- ³ 21 Temmuz 2016 tarihli Türkiye Büyük Millet Meclisi Kararı, (2016). T.C. Resmi Gazete, 29778, 22. 07. 2016.
- ⁴ 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun (2016). T.C. Resmi Gazete, 29898, 24.11.2016. (6755-OHKAGTBKK m. 2, f. III).
- ⁵ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, (2011). T.C. Resmi Gazete, 27863, 03.03.2011, (m. 34).
- ⁶ 4628 sayılı Elektrik Piyasası Kanunu, (2001). T.C. Resmi Gazete, 243335, 03.03.2001, (m.5).
- ⁷ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, (2012). T.C. Resmi Gazete, 28513, 30.12.2012, (m.117).
- ⁸ 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, (1994). T.C. Resmi Gazete, 22140, 13.12.1994, (m.22).
- ⁹ 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanun, (1983). T.C. Resmi Gazete, 18011, 07.04.1983, (m. 5).
- ¹⁰ 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, (2005). T.C. Resmi Gazete, 25983, 01.11.2005, (m. 82).
- ¹¹ 5020 sayılı Bankalar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun, (2003). T.C. Resmi Gazete, 18011, 26.12.2003, (m. 20).
- ¹² Kayıymılık müessesesi, vesayet organlarının bir türü olarak düzenlenmiştir (TMK m. 458, 459, 460). Fon, mahkeme veya hakim tarafından bir şirket veya malvarlığını yönetmek amacıyla atandığı için yönetim kayıymı olarak atanabilir (TMK m. 427).
- ¹³ 70 sayılı Bankalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, (1983). T.C. Resmi Gazete, 2. Mükerrer, 18112, 22.07.1983, (m. 64, f. I).
- ¹⁴ 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun, (2011). T.C. Resmi Gazete, 27863, 03.03.2011.
- ¹⁵ 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, (1965). T.C. Resmi Gazete, 28515, 14.07.1965, (m. 28, f. I).
- ¹⁶ “No one can transfer to another a greater right than he himself might have”, Digesta 50.17.54 (Black’s Law Dictionary, Seventh Edition Minnesota 1999, s. 1661).
- ¹⁷ 10.11.2016 tarihli ve 6758 sayılı Kanunun 19uncu Maddesinin Uygulamasına İlişkin Usul ve Esaslar, (2017). T.C. Resmi Gazete, 29951, 17 Ocak 2017.
- ¹⁸ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Tarafından Ticari ve İktisadi Bütünlük Oluşturan Mahcuzların Satışına İlişkin Yönetmelik, (2006). T.C. Resmi Gazete, 26353, 21 Kasım 2006.
- ¹⁹ Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Kontrolündeki Şirketlerin Tasfiyesine Dair Yönetmelik, (2006). T.C. Resmi Gazete, 26277, 2 Eylül 2006.
- ²⁰ 670 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (2016). T.C. Resmi Gazete, 29804, 17.08.2016.