

TMSF'NİN ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLI ALACAKLARINI TAHSİLDE YETKİSİNİ AŞMASI SORUNU

POWER EXCEEDING PROBLEM OF TMSF IN COLLECTION OF PRIVATE LAW ORIGINED CLAIMS

Barış BAHÇECİ*

Özet : Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF), batık banka alacaklarının tahsili için olağanüstü yetkilerle donatılmış bir kamu idaresidir. 4389 sayılı Kanunla bankaların dolanlı işlemlerle batmasına nedeniyle doğan alacakları fon alacağı olarak tanımlanmış, bu tür alacakların 6183 sayılı Kanuna göre tahsil edilmesi için TMSF'ye yetki verilmiştir. 6183 sayılı Kanun, kamu alacaklarının takibini düzenlemekte, özel hukuk kaynaklı alacakların tahsilinde uygulanan 2004 sayılı Kanuna kıyasla, borçlu aleyhine usul kuralları getirmektedir. Uygulamada TMSF'nin bazen özel hukuk kaynaklı alacakları da 6183 sayılı Kanuna göre tahsil etmeye çalıştığı görülmektedir. TMSF'nin özel hukuk kaynaklı alacaklarını 6183 sayılı Kanuna göre tahsil etmesi hukuka aykırıdır. Ayrıca TMSF'nin tahsilât sürecinde gönderdiği ödemeye çağrı mektubu ile alacağını bir ay içinde kesinleştirmesi ve hemen ardından ödeme emri göndermesi, iki ayrı işleme karşı aynı anda görünen iki ayrı dava açılması sonucunu doğurmakta ve mahkemelerin iş yükünü gereksiz yere çoğaltmaktadır.

Anahtar Kelimeler: TMSF, 6183 sayılı Kanun, 4389 sayılı Kanun, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hukuku, Fon alacağı kavramı

Abstract: Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF) is a public administration having extraordinary authorities for the collection of receivables of the bankrupt banks. The receivables of the banks bankrupt due to the fraudulent transactions were defined as “the Fund receivables”, pursuant to the Law No 4389, and the TMSF was authorized to collect such receivables pursuant to the Law No 6183. The Law No 6183 arranges the pursuance of the public receivables and has rules imposing stipulations against the debtor in comparison to the Law no 2004 applied in the collection of the receivables regulated under the private law provisions. In the practice, it is seen that the TMSF attempts to collect some of the receivables subject to the private law again pursuant to the Law No 6183. The collection of the receivables subject to private law by the TMSF pursuant to the Law No 6183 is indeed violation under the applicable laws. Besides, finalization of a debt by the TMSF through a notification letter during the collection period and submission of a payment order immediately thereafter causes filing two separate lawsuits at the same time against two separate transactions, and therefore increases the transaction burden of the courts.

Keywords: TMSF, Law no 6183, Law no 4389, Law of collection procedure of public receivables, The Fund receivables

* Yrd. Doç. Dr. Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Giriş

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu (TMSF ya da Fon) 1983 tarihli 70 sayılı Kanun Hükmünde Kararname (KHK) ile T. Cumhuriyet Merkez Bankası bünyesinde kurulmuş, daha sonra varlığını bu KHK yerine çıkarılan 3182 sayılı Kanunla devam ettirmiştir. Fonun ilk ve asıl işlevi, bankacılık sistemine giren bankaların yatırdıkları primlerin işletilmesi ve bu şekilde elde edilen değerle, gelecekte sistemdeki bankaların batması halinde bu bankalarda bulunan mevduatların sigortalanması, bu şekilde mevduat sahipleri nezdinde bankacılık sistemine güven telkin edilmesidir. Fonun Merkez Bankasına ait temsil ve idare görevi, 3182 sayılı Kanunu ilga eden 4389 sayılı Bankacılık Kanunuyla 31.08.2000 tarihinde Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kuruluna (BDDK) intikal etmiştir.

1998 yılında Bank Ekspres ile başlayan ancak 1999 yılının sonlarından itibaren yoğunlaşan bankacılık krizi ile beraber, bankaların batmasının asıl nedeninin ekonomik krizden çok, banka hâkim ortaklarının kendi grup şirketlerine usulsüz krediler açmak başta olmak üzere bir takım muvazaalı işlemlerle olduğunun ortaya çıkmıştır. Bankalardan haksız bir biçimde edinilen ya da edindirilen kaynaklar sonucunda oluşan zararın, bankaların Fona devri ile kamunun sırtında kalması ve bu zararın tahsili için olağan takip yollarından daha güçlü bir mekanizma gerektiğinin anlaşılması üzerine, Fon, BDDK bünyesinden ayrılarak bugünkü nevi şahsına münhasır kimliğini edinmiştir.

Fon her ne kadar 3182 sayılı Kanun döneminde de oldukça güçlü yetkilerle donatılmışsa da, bankacılık sisteminde 1999 sonlarından itibaren yoğunlaşan bu derin sarsıntılar, 3182 sayılı Kanunu izleyen 4389 sayılı Kanunda bir takım değişiklik ve eklemeler yapılmasına neden olmuştur. 4389 sayılı Kanun başta 26.12.2003 tarihinde yayımlanan 5020 sayılı Kanun olmak üzere 4491, 4743 ve 4672 sayılı Kanun'larla yapılan eklemelerle değiştirilmiş, TMSF batık banka alacaklarının takip ve tahsili yönünde eskisine oranla çok daha ayrıntılı ve geniş yetkilerle donatılmıştır. TMSF'nin mevduat sigortacılığı işlevine, bu işlevi gölgede bırakacak daha etkin ve farklı bir işlev eklenmiş, (aynı yıllarda ortaya çıkan özel yetkili ağır ceza mahkemelerine benzer bir biçimde) adeta "özel yetkili bir icra dairesi"ne dönüşmüştür.

5020 sayılı Kanun'la banka kaynaklarını dolanlı işlemlerle kendilerine mal eden banka hâkim ortakları, yöneticileri ve bunların yakın hısımlarından olan alacakları "fon alacağı" şeklinde ayrı bir kavramla tanımlamış ve "fon alacaklarını" 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna dairesinde tahsil etme yetkisi TMSF'ye verilmiştir. 5228 ve 5354 sayılı Kanunlar fonun tahsilâta ilişkin yetkilerini daha da arttırmıştır. 5411 sayılı Kanun, geçici hükümlerle 4389 sayılı Kanunu, TMSF'nin olağanüstü tahsilât yetkilerini düzenleyen 15. Maddesi dışında yürürlükten kaldırılmış, dolayısıyla 4389 sayılı Kanunun konumuz açısından getirmiş olduğu yaklaşım değişmemiştir.

4389 sayılı Kanunda yapılan değişiklikler (belirli bir konuda sistematik bir düzenleme yaklaşımı yerine, birbiri ile ilgisiz çok sayıda kanun maddesinde değişiklik ve ekleme yapan bir kanun çıkarılması şeklinde tezahür eden) "torba kanun" mantığı içinde yapılmıştır. 4389 sayılı Kanunda yapılan her bir değişiklik genel itibariyle Fonun tahsilât kabiliyetini arttırmayı ve Fon'un daha rahat hareket etmesini hedefleyen eklemeleri içermiştir. Yapılan bu ekleme ve değişiklikler Fon'u, 2004 yılı itibariyle kuruluş gayesi ve işlevi, devlet tarafından üstlenilen zararların, dolanlı işlemleriyle bankaların batmasına neden olan gerçek ve tüzel kişilerden tahsil edilmesi amacıyla, oldukça kuvvetli yetkilerle donatılmıştır.

Bununla beraber torba kanun mantığıyla verilen yeni yetkiler, Fon'a Türk idare hukuku ve özellikle de amme alacaklarının tahsili hukuku açısından çok muğlâk ve kanunlaştırma mahareti açısından yeterince başarılı olmayan bir takım sonuçlar doğurmuştur.¹ Özellikle bu çalışmaya konu 4389 sayılı Kanunun 15. maddesi aynı düz metin içerisinde bir biri ile tamamen alakasız hükümler içermiş², bu hü-

1 Örneğin Yıldırım'ın da işaret ettiği gibi Kanunun 135. Maddesi kendi içinde çelişkiler taşımakta, maddenin ilk fıkrasında TMSF'nin 6183 sayılı Kanun kapsamındaki takip ve tahsil yetkisinin bir mahkeme kararından sonra mı doğacağı şeklinde bir anlam bulunmakla beraber maddenin daha sonraki fıkralarında böyle bir ön koşul aranmadığını gösteren ifadeler yer almaktadır: Yıldırım "Tasarıf Mevduatı Sigorta Fonunun Takip ve Tahsil Yetkisi", Mehmet Somer'in Anısına Armağan, Beta yay., İstanbul 2006, s. 1073

2 Gerçekten bir sistematik kaygı gözetilmeden yapılan düzenlemede, 15. Madde Fonun her türlü vergi resim ve harçtan muaf olduğu cümlesiyle başlamakta, devamında herhangi bir paragraf/bend ayırımına gidilmeden, Fon alacaklarının tah-

kümlerin kaleme alınışındaki özensizlik aşağıda da değinileceği üzere maddenin anlatım ve yorumunu da oldukça güçleştirmiştir. Bu düzenlemelerin bir kısmı hukuka aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir.³ Bir kısmı ise halen yürürlüktedir.

Biz bu makalede, varlığını halen sürdüren ve Fon'un bu düzenlemelere dayanarak uygulamasını yürüttüğü iki sorunlu alana dikkat çekmek istiyoruz. Bunlardan birincisi Fonun 6183 sayılı Kanuna göre tahsilât yetkisi bulunmadığı halde, halef olduğu özel hukuk kaynaklı alacaklarını 6183 sayılı Kanuna göre tahsil etmeye çalışması; ikincisi ise ilk sorunun sonuçlarını daha da ağırlaştıracak biçimde, özellikle özel hukuk kaynaklı alacaklarını hukuk devleti ilkesi açısından kabul edilmesi zor bir süreçle kesinleştirmesidir. Bu çerçevede,

silinde 6183 sayılı Kanuna göre takip yapılabileceği belirtildmekte ve gene aynı biçimde devamla iflas masalarında Fon temsilcisinin de bulunacağı, Fonun sulh ve ibra yetkisinin olduğu, Fonun borçlulara yurtdışı yasağı koyma yetkisinin olduğu (buna ilişkin cümle daha sonra Anayasa Mahkemesince iptal edilmiştir) ve Fonun Devlet İhale Kanunu, Sayıştay Kanunu vb. hükümlere tabi olmadığı gibi, mevzuat tekniği açısından aslında farklı maddelerde düzenlenmesi gereken hususlar bend ayrımı dahi yapılmaksızın uzun bir düz yazı halinde madde metnine derç edilmiştir. Oysa daha önce yürürlükte olan 3182 sayılı Bankacılık Kanunu Fonun yukarıda saydığımız yetkilerini 65. Maddesinde en azından farklı bendlerde ve daha açık bir biçimde düzenlemiştir: <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/15015.html>, 15.05.2012

- 3 Örneğin Fonun halef olduğu batık bankaların özel hukuk kaynaklı alacaklarında borçlunun sahip olduğu usuli hakların budanarak Fona olağanüstü yetkiler tanıyan 4389 sayılı Kanunun 15/9 maddesi fıkrasına yapılan ek Anayasaya aykırı bulunarak iptal edilmiştir. Gerçekten 4389 sayılı Kanunun 15. maddesinin (9) numaralı fıkrasına 5020 sayılı Yasa'nın 20. maddesiyle eklenen (e) bendinin birinci fıkrasıyla, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından başlatılan ve/veya Fon'a intikal eden bankalardan devir alınan ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yürütülen takiplerde borçlular tarafından yapılan tüm itirazların, satış dışında, takip işlemlerini durdurmayacağı belirtilerek, Fon kapsamına alınan banka borçlularının alacaklı Fon aleyhine yapacakları her türlü itiraz, satışa kadar engellenmiştir. Madde gerekçesinde, fıkranın borçlular tarafından yapılan gereksiz itiraz ve şikâyetler ile takibin durmasının önlenmesi, böylece tahsilâtın hızlandırılması amacıyla getirildiği belirtilmiştir. Anayasa Mahkemesi düzenlemeyi, hukuk devleti ilkesi kapsamında Anayasa'nın 2. Maddesine, hak arama özgürlüğü çerçevesinde Anayasa'nın 36. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkının düzenlendiği 6. maddesine aykırı bulularak iptal etmiştir. Kararda, "Takip, tedbir ve tahsil işlemlerini durdurma yollarının kapatılarak yargı denetiminin engellenmesi, Anayasa'nın 36. maddesinde güvence altına alınan hak arama özgürlüğü alanına yapılmış açık bir müdahale niteliğindedir, hukuk güvenliği ilkesi ve hak arama özgürlüğüyle bağdaşmaz." denilmiştir. E. 2004/95, K. 2008/156, Kt 06.11.2008 Aynı yönde: E.2009/53, K 2011/19 Kt 20.01.2011

1. Öncelikle kamu alacaklarının tahsil usulü hukuku açısından amme alacağı özel alacak kavramını hatırlatmak ve özel alacakların tahsili hukukundan ayrı/üstün yönlerine değinmek,
2. TMSF'nin kendine dayanak gösterdiği 4389 sayılı Kanundaki "*fon alacağı*" kavramını irdelemek ve TMSF'nin özel hukuktan kaynaklı alacaklarda 6183 sayılı Kanuna dayanamayacağına dikkat çekmek ve son olarak
3. TMSF'nin "*Fon alacağı*" niteliği taşımayan batık bankaların özel hukuk kaynaklı alacaklarını hatalı bir biçimde tahakkuk ettirdiğine ve bu kapsamda yaşanan yargısal süreçteki sıkıntılara değinmek istiyoruz.

1. Amme Alacağı-Özel Alacak Ayrımı ve Tahsil Hukuku Açısından Sonuçları

Bilindiği üzere Türk icra hukuku, ikili bir ayrıma dayanmakta, özel hukuktan kaynaklı alacakların takip usulü 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu, amme alacaklarının takip ve tahsil usulü ise 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunla düzenlenmektedir.

6183 sayılı Kanunun kapsamını düzenleyen 1. maddesi özel alacaklar ile amme alacakları ayrılmakta, 6183 sayılı Kanunun sadece amme alacaklarının tahsilinde uygulanacağı ortaya konulmaktadır. Kanuna göre, özel alacak- amme alacağı ayrımında esas alınacak iki ölçüt bulunmaktadır. Bunlardan birincisi kanun metninde de belirtildiği üzere sadece devlet, il özel idareleri ve belediyelerin amme alacaklısı olabilecekleridir. Bunun dışındaki kuruluşlar, başkaca konularda kamu gücünü kullanma yetkisine olsalar dahi, amme alacaklısı sayılamazlar.

Bununla beraber çeşitli kanunlarda, devlet, il özel idareleri ve belediyeler dışında kalan kuruluşların alacaklarının tahsilinde de 6183 sayılı Kanunun uygulanacağına yönelik atıflar yapılabilmektedir.⁴ Ancak bu tür atıflar sadece diğer kuruluşlara ait alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanunda öngörülen cebri icra yollarının kullanılmasına

4 Serkan Açar, *Vergi Tahsilatından Kaynaklanan İhtilaflar ve Çözüm Yolları*, Yaklaşım yay. Ankara 2009, s. 24

olanak tanımakta, bu kuruluşlara ait alacakları amme alacağı statüsüne sokmamaktadır.⁵

Kaldı ki, bir alacağın salt devlet, il özel idaresi ya da belediyeye ait olması dahi bu alacağın 6183 sayılı Kanun kapsamında bir amme alacağı olarak tanımlanmasını ya da bu Kanun dairesinde tahsilini sağlamayacaktır. 6183 sayılı Kanunun 1. maddesine göre devletin, il özel idarelerinin ve belediyelerin sözleşmeden, haksız fiilden ve haksız iktisaptan kaynaklanan alacaklarının 6183 sayılı Kanunun kapsamına girmemektedir.

Dolayısıyla örneğin vergi alacağını tahsil edemeyen bir vergi dairesi ya da bir belediye, amme alacağı niteliğini taşıyan alacakları için 6183 sayılı Kanun dairesinde icrai işlem yürütebilecektir. Benzer bir şekilde prim alacağı için SGK, alacağı her ne kadar 6183 sayılı Kanun kapsamında bir amme alacağı sayılmasa da, 5510 sayılı Kanunun yaptığı açık atıfla⁶ amme alacağı niteliği taşımayan alacağını 6183 sayılı Kanunda tanınmış yetkileri kullanarak tahsil edebilecektir.

Buna mukabil devlet, il özel idaresi ya da belediyeler dışındaki hiçbir kuruluşun alacağı 6183 sayılı Kanunun yaptığı tanıma göre amme alacağı niteliği taşımamaktadır. Özel bir kanun eliyle yapılmış açık bir atıf olmadıkça, bu alacakların 6183 sayılı Kanun dairesinde takibi mümkün değildir. Benzer bir biçimde devletin, il özel idarelerinin ya da belediyelerin ait araçların bir trafik kazası sonucunda doğan tazminat bedelleri, gayrimenkullerinin kira sözleşmesinden doğan kira ya da bir cezai şart bedellerinin de 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilemeyeceği açıktır. Çözümünde özel hukuk kurallarının uygulanacağı bu kısım ihtilaflarda, tahsilât süreci de 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yürütülecektir.

Pekiyi, bu ayrımın tahsilât safhasındaki pratikteki farkı nedir? Bu kapsamda her iki Kanun açısından izlenen sürece kısaca ve kabaca

5 Turgut Candan, "Kanuni Temsilcilerin Kamu Alacağından Sorumluluğu", *Yaklaşım*, S 39 Mart 1996, s. 19

6 5510 sayılı Kanunun 88/16 hükmüne göre: Kurumun süresi içinde ödenmeyen prim ve diğer alacaklarının tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunun 51 inci, 102 nci ve 106 ncı maddeleri hariç, diğer maddeleri uygulanır. Kurum, 6183 sayılı Kanunun uygulanmasında Maliye Bakanlığı ile diğer kamu kurum ve kuruluşları ve mercilere verilen yetkileri kullanır.

dikkat çekmek istiyoruz. Bilindiği üzere, 2004 sayılı Kanuna göre alacaklı talebi ile başlatılan adi (ilamsız) takiplere ilişkin ödeme emirlerine borçlunun itiraz etmesi üzerine takip durmakta, bu itirazın kaldırılması için, alacaklı dava açmak zorunda kalmaktadır. Oysa 6183 sayılı Kanuna göre gönderilen ödeme emirlerinde ise borçlunun dava açma dışında bir itiraz hakkı bulunmamakta, açılan dava işlemin yürütmesini kendiliğinden durdurmamakta, mahkemece yürütmeyi durdurma kararı alınmadığı sürece takip devam etmektedir.

Ayrıca idarenin gönderdiği ödeme emrine karşı açılan davanın kaybedilmesi halinde idare lehine %10 oranında haksız çıkma zammı doğmakta, uygulamada davadan feragat halinde dahi bu haksız çıkma zammının tahsiline gidilebildiği görülmektedir.⁷

6183 sayılı Kanun'a göre ihtiyati haciz yollarıyla mahkeme kararına dahi ihtiyaç duymadan hareket edebilen ve borçlunun tüm mallarına haciz koyarak ciddi bir yaptırım gücüne sahip olan idarenin, 2004 sayılı Kanun kapsamında aynı yetkileri kullanabilmesi çok daha zor ve masraflıdır. 2004 sayılı Kanun'a göre ihtiyati haciz için öncelikle bir mahkeme kararı gereklidir. Üstelik 2004 sayılı Kanun'a göre sürdürülen icrai işlemlerin kural olarak her biri için şikâyet yoluyla icra hukuk mahkemelerine başvurulabilmekte, her bir işlem için yeni bir dava açılabilmesi bu takip yolunu 6183 sayılı Kanun'a göre daha meşakkatli hale getirebilmektedir. Örneğin 2004 sayılı Kanun'a göre menkuller üzerine konulan haciz, satış talep edilmediği takdirde 1 sene içinde düşmekte iken, 6183 sayılı Kanun'a göre aynı çeşit mallar için 3 aylık sürede yapılması gereken satış talebi yapılmassa da, idarenin haczi baki kalmaktadır.⁸

7 Mustafa Akkaya, "Haksız Çıkma Zammının Anayasaya Uygunluğu Sorunu", Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan, AÜHF yay, Ankara 2009, s 342, dn 5

8 6183 sayılı Kanun'un 84. Maddesi haczedilen menkullerin haciz tarihinin 3. Gününden itibaren 3 ay içinde satışa çıkarılacağını düzenlemektedir. Nitekim 2004 sayılı İcra İflas Kanun'unun 110. maddesinde kanunda belirtilen süre içinde satışın istenmemesi halinde haczin düşeceği düzenlenerek, alacaklının satış istemeden haciz baskısını süresiz bir biçimde uzatmasına engel olunmakta, icra dosyasının sürüncemede kalmaması için alacaklı üzerinde bir tazyik uygulanmaktadır. Yargıtay içtihatlarında ise, 6183 sayılı Kanun'da öngörülen 3 aylık süre içinde satış istenmemesi halinde, haczin düşeceği şeklinde bir düzenleme olmadığı gerekçesinden hareketle, idarenin satış istemeden borçlunun menkul malı üzerine koyduğu haczi yıllarca sürdürebilmesine yol açılmaktadır. Örn Yargıtay 19 Hukuk Dairesi E 1992/1166, K 1992/937, Kt.26.03.1992; E 1995/7341, K 1995/7301, Kt 13.09.1995

Bu durum alacaklı idare için doğal olarak alacaklarını 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil etme eğilimi getirmekte, aslında 6183 sayılı Kanun kapsamına girmeyen alacakların dahi, bu kanun kapsamında değerlendirilerek usulsüz bir biçimde takip edilmesi sonucunu doğurabilmektedir.

Nitekim aşağıda da değineceğimiz üzere TMSF de sıklıkla bu usulü hatayı yapmakta, özel hukuk kaynaklı alacaklarını tahsil için de 6183 sayılı Kanun'u uygulamaya kalkmaktadır. Bu durum hiç şüphesiz çok sayıda ihtilaf ve tartışmayı da beraberinde getirmektedir.

2. TMSF'nin Özel Hukuk Kaynaklı Alacaklarını 6183 Sayılı Kanun'a Göre Tahsili Sorunu

Fon, yukarıda da belirttiğimiz üzere 4389 sayılı Kanunda 5020 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle beraber, dolanlı işlemleri ile bankaların batmasına neden olan hâkim ortak, yönetici ve bunların yakınlarından bu zararları tahsille görevlendirilmiştir. Toplam 25 adet batık bankanın yeniden yapılandırma, tasfiye ve satış işlemlerini yürüten Fon aynı zamanda, bu bankaların diğer tüm alacaklarını da tahsil etmek gibi ağır bir yükün altına girmiştir.

Bu nedenle tahsil sistematığına göre iki ayrı tahsilât dairesi kurulmuş, Birinci Tahsilât Dairesi "*fon alacağı*" olarak tanımlanan banka hâkim ortaklarının borçlarını 6183 sayılı Kanuna göre tahsile yönelirken, İkinci Tahsilât Dairesi ise Fon'a intikal eden bankaların, özel hukuk kaynaklı alacaklarını tahsil ve tasfiye görevini üstlenmiştir.⁹

9 Bu görev bölümü TMSF'nin resmi internet sitesinde yayınlanan 2004 yılı faaliyet raporundan anlaşılmaktadır. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2004, s.40. http://www.tmsf.org.tr/documents/reports/tr/TMSF_FR2004.zip, 15.01.2012 Raporunda Fonun bugünkü kimliği ile etkin bir biçimde çalışmaya başladığı 2004 yılı itibarıyla 188.345 bireysel borçlu dosyasına sahip olduğu görülmektedir. Bu dönem itibarıyla özel hukuktan kaynaklı alacak niteliğinde 13.303 dava ve 8.477 icra dosyası derdesttir. Aynı dönemde banka hâkim ortakları ile Fonun taraf olduğu dava dosyası sayısı 2561, icra dosyası ise 762 adettir s. 56. Raporu göre 6183 sayılı kanun kapsamında yürüten işlemler çerçevesinde batık bankaların hâkim ortaklarınca Fona karşı toplam 352 dava açılmıştır. Hâkim ortaklar dışında bankalara kredi borcu olan 188.435 adet bireysel borçlu bulunmakta, ayrıca kurumsal kredilerle ilgili 13.303 dava ve 8.477 icra dosyası devam etmektedir. S. 54 TMSF 2010 yılı faaliyet raporuna göre ise, Fon ile banka hâkim ortakları arasın-

2.1. TMSF Özel Hukuk Kaynaklı Bazı Alacaklarını 4389 Sayılı Kanunun 15/3 Maddeesi Hükmüne İstinaden 6183 Sayılı Kanun Dairesinde Tahsil Etmektedir

TMSF 2004 faaliyet raporunda açıkça, 2. Tahsilât Daire Başkanlığı'nca işlem yapılan bireysel ve kurumsal borçlulardan borçlarını ödemeyenler hakkındaki işlemlere hâkim ortak olmamalarına 6183 sayılı Kanun'a göre devam edilme kararı verildiği, bu kapsamda o dönem itibariyle sahip olunan yetkininin kullanılarak 17.184 kişiye yurtdışı çıkış yasağı konulduğu ifade edilmektedir¹⁰.

Keza 2010 yılı faaliyet raporunda da hâkim ortaklara uygulanan işlemler ifade edildikten sonra hâkim ortaklar dışındaki kredi borçlularının bir kısmı hakkında da 6183 sayılı Kanun dairesinde işlem yapıldığı anlatılmaktadır¹¹.

Bu ihtilaflardan bir kısmı bir kamu tüzel kişiliği için pek de alışık olmadığımız bir biçimde medyaya da yansımıştır. Bunlardan konumuzla ilgili en çarpıcı örneklerden birinde, bir oyuncu, özel bir televizyon kanalı olan Star TV ile yaptığı anlaşma kapsamında peşin bir ödeme almış, fakat yapım gerçekleşmemiştir. Bu süreçte Uzan Grubu'nun sahibi olduğu Star TV'ye, Uzan Grubu'nun İmar Bankası kaynaklı borçları nedeniyle TMSF tarafından el konulmuştur. TMSF bu şekilde Star TV'nin alacaklarına halef olmuştur. Sözleşme gereği edimini getirmeyen oyuncudan alacaklı konumunda bulunan Star TV'nin alacağı için TMSF tarafından 6183 sayılı Kanun dairesinde takibe geçilmiştir¹².

da 3885 adet dava 749 adet icra takip dosyası mevcutken, 2010 yılına gelindiğinde ise Fonun elindeki özel hukuk kaynaklı borç dosyalarının sayısının, varlık yönetim şirketine devirler ve çeşitli borç ödeme kampanyaları ile 38.627 adete indirildiği görülmektedir. 31.12.2010 itibariyle fonun hâkim ortaklar ile taraf olduğu dava sayısı 3885 (513ü fona karşı açılmış), icra takibi 749'dur. Kurumsal kredi dosyaları 283, bireysel kredilere ait dosya sayısı ise 38.621'dir. Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2010 s.61-63 <http://www.tmsf.org.tr/documents/reports/tr/TMSFFR2010.pdf>, 15.01.2012

10 Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2004, s.40-41 Anayasa Mahkemesi, 4389 sayılı Kanun kapsamında TMSF'nin borçlularına yurtdışı çıkış yasağı koymasına imkân veren düzenlemeyi ölçülülük yasağına aykırı bularak iptal etmiştir. E. 2007/4, K.2007/81, Kt. 18.10.2007

11 Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2010, s.55

12 "TMSF Hülya Avşar'ın Bütün Banka Hesaplarına El Koydu", <http://www.hurriyet.com.tr/ekonomi/10399483.asp>, 15.01.2012, "Hülya Avşar Paralarını Kurtaramadı", <http://hurarsiv.hurriyet.com.tr/goster/printnews.aspx?DocID=10606599>

Böylelikle sözleşmeden kaynaklı bir borç amme alacağı olarak nitelenmiş ve amme alacağı gibi 6183 sayılı Kanun dairesince tahsil edilmiştir.

TMSF bu tip uygulamalarında, 4389 sayılı Kanun'un 15/3 bendine dayandırmaktadır. Anılan hükme göre;

“14 üncü maddenin (6) numaralı fıkrasının (b) bendi ile verilen yetkiler saklı kalmak kaydıyla, Fon kaynakları ile her türlü alacaklarının ve hisseleri kısmen veya tamamen Fon'a intikal eden bankaların; yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarından, bu ortakların yönetim ve denetimini doğrudan ya da dolaylı olarak tek başına veya başkalarıyla birlikte elinde bulundurdıkları şirketlerden ve iştiraklerinden, yönetim ve denetim kurulu üyeleri, genel müdür ve yardımcıları, kredi komitesi başkan ve üyeleri ile imzaları bankayı ilzam eden memurları ve bunların eş ve çocuklarından olan alacakları ile hisseleri Fona intikal eden diğer bankaların bunlardan olan alacaklarından Fon tarafından devralınanlar ile (7) numaralı fıkranın (b) bendinde belirtilen kişilere ait olup Fon tarafından devralınan alacakların takip ve tahsilinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır.”¹³

Bu düzenlemeye dayanan TMSF, her türlü alacağını bu madde kapsamında değerlendirmekte, böylelikle her türlü alacağını tahsilde 6183 sayılı Kanun'u uygulamaya kalkmaktadır. Bu durumda Fon alacaklarının niteliği nedir sorusu ile karşı karşıya kalmaktayız.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere TMSF; devlet, il özel idaresi ya da belediye tüzelkişiliği içinde yer almadığına göre 6183 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre, Fon alacaklarının amme alacağı sayılamayacağı açıktır. Bununla beraber 4389 Kanun'un Fon alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanun'un uygulanacağı yönündeki düzenlemesi, Fonun hiçbir ayırım yapılmadan tüm alacaklarının tahsilinde 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasının mümkün olup olmadığı sorusunu akla getirmektedir.

Nitekim yukarıda da belirttiğimiz üzere kamu gücünü kullanan -devlet- dahil olmak üzere hiçbir kuruluşun -sözleşme, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşme dahil- tüm alacaklarını 6183 sayılı Kanun dairesince tahsil etmesi, böylelikle her türlü alacağını tahsilde 6183 sayılı Kanun'u uygulamaya kalkmaktadır. Bu durumda Fon alacaklarının niteliği nedir sorusu ile karşı karşıya kalmaktayız.

15.01.2012, “Hülya Avşar TMSF'yi Kızdırdı” <http://www.hurriyet.com.tr/magazin/haber/8450410.asp> 15.01.2012, Hülya Avşar TMSF ile Anlaştı <http://www.yenisafak.com.tr/ekonomi/?t=14.11.2007&i=81823> 15.01.2012

13 <http://www.tmsf.org.tr/documents/mevzuat/tr/4389BK.pdf>, 01.05.2012

sinde tahsil yetkisi bulunmazken, TMSF'nin her türlü alacağında 6183 sayılı Kanun'u kullanması mümkün müdür sorusu haklı olarak zihinlere takılmaktadır.

"Fon alacağı" yan yana iki ayrı kelime gibi değerlendirildiğinde, hiçbir sınırlamaya tabi tutmaksızın TMSF'ye ait bir otomobilin trafik kazası sonucunda uğradığı zararın dahi 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilebileceği gibi bir sonuca ulaşılabilecek, "Fon alacağı" birbirini bütünleyen iki kelimedenden oluşan bir kavram olarak görüldüğünde ve 6183 sayılı Kanun'un lafzı ve ruhu da gözetildiğinde ise "fon alacağı" kavramının TMSF'nin tüm alacaklarını kapsamayacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

2.2 TMSF'nin Dayandığı Yasal Mevzuat Özel Hukuk Kaynaklı Alacakların 6183 sayılı Kanun'a Göre Tahsil Edilmesine Elverişli Değildir

Gerçekten 4389 sayılı Kanun'un 15/3 maddesi hükmü Kanun'un diğer maddelerinden bağımsız bir biçimde okunduğunda, ilk olarak Fonun her türlü alacağının tahsilinde 6183 sayılı Kanun'un uygulanmasına izin verildiği izlenimini doğurmaktadır. Oysa Kanunun sistematik yorumu halinde durum farklıdır. Özel hukuk kaynaklı alacakların 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilmek istenmesi 5411 ve mülga 4389 sayılı kanunlara aykırıdır.

4389 sayılı Kanun'da "fon alacağı" özel bir kavram olarak düzenlenmiş ve fon alacağı statüsüne giren alacakların 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilebileceğini hüküm altına almıştır. Kanunun 15/-b bendi ile banka hâkim ortakları ve yöneticilerinin usulsüz kredilerle bankaların içini boşaltması ile doğan alacakların Fon alacağı sayılacağını hükme bağlamıştır¹⁴.

14 "Hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının veya yöneticilerinin, yönetim kurulu, kredi komiteleri, şubeler, diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle banka kaynaklarını ve varlıklarını doğrudan veya üçüncü kişilere rehn etmek, teminat göstermek, ekonomik gücü olmayan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kredi kullandırmak, yurt içi veya yurt dışı banka ve malî kuruluşlar nezdinde depo veya sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde kullanmak suretiyle veya başkaca dolanlı işlemlerle edindikleri veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğan alacak Fon alacağı sayılır.

Kaldı ki, 4389 sayılı Kanun'da 5020 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, Fon alacağı yanında 15/a maddesi hükmü ile ayrıca bir de hazine alacağı kavramı ihdas edilmiş, böylelikle Fon birimlerinin yetersiz kaldığı durumlarda, dolanlı işlemlerle bankalardan boşaltılan kaynakların 6183 sayılı Kanun dairesinde Hazine tarafından da takip edilebilmesine imkan tanınmıştır¹⁵. Hazine alacağı kavramını getiren düzenlemede, sadece muvazaalı işlemlerle elde edilen ya da edindirilen banka kaynaklarından bahsedilmekte, batık bankalarla muvazaalı bir işlem yapmamakla birlikte, bu bankalara kredi borcu olan kişilerden olan alacakların hazine alacağı olarak nitelendirilmediği de dikkat çekmektedir.

4389 sayılı Kanun'da 6183 sayılı Kanun dairesinde takip edilebilecek başkaca fon alacaklarından da söz etmek mümkündür. Örneğin 15/2 maddesi hükmünde sözü geçen Fon tarafından kesilen para cezaları ya da bankaların ödemek zorunda oldukları sisteme giriş payları bu kapsamda değerlendirilebilir.

Bu alacaklar hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır."

- 15 "Fon alacaklarından; 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 yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak elinde bulunduran ortaklarının kendi lehine kullandıkları her türlü banka kaynakları ve her ne ad altında olursa olsun kendilerine ait yurt içi ve yurt dışı şirket, finans kuruluşu, off-shore bankalara aktardıkları banka kaynakları ile eşleri, çocukları ve evlatlıkları ve bunların diğer kan ve kayın hısımları adına açılmış krediler ile bunlara aktarılan her türlü kaynak aktarımları veya bankaların hakim ortaklarının kendilerine veya şirketleri ile iştiraklerine rayiç bedelin altında ve muvazaalı yapılmış tüm devir ve temlikler, üçüncü kişilere yapılmış her türlü taşınır ve taşınmaz rehni ve ipotek gibi sınırlı ayni haklar ve bunlardan elde edilen nemalar, iştiraklerine ve bağlı şirketlerine aynı bankanın el değiştiren ortaklarının birbirlerine verdiği krediler ile aynı şekilde ticari faaliyetleri olmaksızın kaynak aktarımı amacıyla kurulmuş şirketlere verilen krediler ile bunlara aktarılan kira ve hizmet bedellerindeki nemalar, yurt dışı banka ve finans kuruluşları ile yapılan inanca işlem yolu ile aktarılan her türlü kaynaklar, bankalarının off-shore bankalarındaki yargı kararları nedeniyle ödedikleri mevduatları ve off-shore bankaların bankaya izinli veya izinsiz aktardığı off-shore mevduatlar, bankanın yönetim kurulu ve kredi komitesi başkan ve üyeleri ile genel müdür, genel müdür yardımcıları, imzaları bankayı ilzam eden memurları, müdürlerinin kendileri, eşleri ve çocukları, evlatlıkları ile bunların diğer kan ve kayın hısımlarına aktarılan her türlü kaynakların tümü başkaca bir işleme gerek olmaksızın **Hazine alacağı haline gelmiş sayılır**. Fon Kurulunun talebi üzerine görevlendirilen Hazine avukatlarının da takip edilebilir."

4389 sayılı Kanun'u, 15. maddesi dışında ilga eden 5411 sayılı Kanun'da da, aynı yaklaşım sürdürülmektedir. 5411 sayılı Kanun'un 101, 108 ve 130 maddelerinde Fonun kaynak ve alacakları sayılmıştır. Buna göre, Kanun'un 101. maddesiyle bankaların fona ödemeleri gereken katılma paylarının, Kanunun 108 maddesiyle, el konulan bankaların hâkim ortakları ve bunların yöneticilerine yöneltilecek takiple- rin, 130 maddesiyle de idari para cezaları, mevduat ve katılım sigorta primlerinin ve kamu hukukundan doğan sair kalemlere ilişkin takiple- rin 6183 sayılı Kanun'a göre takip edileceği düzenlenmiştir.

Böylelikle TMSF'ye devredilen bankaların tüm alacakları aynı hu- kuksal statüye alınmamış, banka hâkim ortağı, yöneticisi veya bun- ların yakın eş ya da çocukları olmayan üçüncü şahıs borçluların özel borçları için 6183 sayılı Kanun'un uygulanması düzenlenmemiştir. Bir başka deyişle, hangi kalem alacakların "*fon alacağı*" sayılacağı 4389 sayılı Kanun'la belirlenmiş, banka hâkim ortağı üst düzey yöneticisi veya bunların eş ya da çocuğu olmayan ve dolanlı işlemlere dayanma- yan üçüncü kişilere ait borçların Fon alacağı sayılacağına ilişkin hiçbir düzenleme yapılmamıştır. Buna rağmen, adi bir borç niteliği taşıyan ve banka hâkim ortağı yöneticisi ve bunların eş ya da çocuklarına ait olmayan borçların da fon alacağı gibi tahsil edilmek istenmesi huku- ken doğru bir usul değildir.

Konuyu 6183 sayılı Kanun perspektifinden de ele almak mümkün- dür. 6183 sayılı Kanun'un Kanunun Şumülü (kapsamı) başlıklı 1. mad- desini açık bir biçimde sözleşmeden, haksız fiilden ve haksız iktisaptan doğan kamu alacaklarının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilemeye- ceğini vaz etmektedir.

4389 sayılı Kanun'un 15/7-b bendinde yer verilen ¹⁶ banka kay-

16 Hisseleri kısmen veya tamamen Fona intikal eden bir bankanın yönetim ve dene- timini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının veya yöneticilerinin, yönetim kurulu, kredi komiteleri, şubeler, diğer yetkili ve görevliler aracılığıyla veya sair suretlerle banka kaynaklarını ve varlık- larını doğrudan veya üçüncü kişilere rehnemek, teminat göstermek, ekonomik gücü olmayan kişilere kredi vermek, karşılığında kredi temin etmek amacıyla kre- di kullanırmak, yurt içi veya yurt dışı banka ve mali kuruluşlar nezdinde depo veya sair adlarla hesap açtırmak veya bu hesapları teminat göstermek ve sair şekillerde kullanmak suretiyle veya başkaca dolanlı işlemlerle edindikleri veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğan alacak Fon

naklarının dolanlı işlemlerle banka hakim ortakları ve yöneticileri tarafından yapılan muvazaalı işlemlerle boşaltılması halinde, bu işlemler görünüşte bir sözleşmeye dahi dayansa, gerçek mahiyetleri farklı olduğundan, TMSF'ye bu kısım alacakların 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil yetkisi tanınmasında kanımızca hukuka aykırılık yoktur. Gerçektenbn, dolanlı işlemlerle elde edilen bu kısım haksız kazançlar hukuken geçerli sayılabilir bir sözleşmeye dayanmayacağı gibi, bu şekilde elde edilen haksız kazançların 4389 sayılı Kanun'da yapılan açık atıfla 6183 sayılı Kanun dairesinde tahsil edilebilir.

Oysa hiçbir dolanlı işlem olmaksızın batık bir bankadan aradaki kredi sözleşmesi gereğince kredi kullanan borçlunun bu borcunun bir sözleşmeden doğduğu açıktır. Dolayısıyla batık bankanın Fona intikal etmesi ile beraber alacaklı sıfatının kamuya geçmiş olması, bu alacağın 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilebileceği sonucunu doğurmayaacaktır. Bir başka deyişle, bir sözleşme kaynaklı alacak, eğer 4389 sayılı Kanun'da sayılan dolanlı bir işlem niteliği taşımıyorsa amme alacağı niteliği kazanamaz.

Fon'un her türlü alacağının amme alacağı kabul edilmesi halinde banka kaynaklarının dolanlı işlemlerle kullanılmasında hiçbir dahli olmayan herhangi bir bankadan otomobil ya da ihtiyaç kredisi almış kişilerin de 6183 sayılı Kanun'a göre takip edileceği gibi bir sonuç çıkar. Bir başka deyişle, Fonun her türlü alacağının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil etmek istenmesi, halen faaliyette olan herhangi bir banka yerine örneğin İmar Bankası'ndan kullanılan (otomobil, ihtiyaç ya da konut) kredi nedeniyle borçlu olan ancak banka hakim ortakları ya da bunların yöneticisi eş ya da çocuğu olmayan herhangi bir kişi ya da şirketi, dolanlı işlemler yaptığı belirlenen banka hakim ortakları ile aynı kefe-ye sokmaktadır.

Üstelik bankalara borçlu olan çok sayıda kredi müşterisinin borç miktarının ihtilafı olması, bu kişilerin aslında sorumlu bulunmadıkları tutarları 6183 sayılı Kanun'a göre ödemek durumunda kalmaları sonucunu doğurabilir. Gerçekten bir bankanın özellikle faiz hesabını

alacağı sayılır. Bu alacaklar hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümleri uygulanır. <http://www.tmsf.org.tr/documents/mevzuat/tr/4389BK.pdf>

hatalı yaparak müşterisini olması gerekenden daha fazla borçlu kabul etmesi ve bu bankanın daha sonra Fona intikal etmesi halinde, aslında hukuk mahkemelerinde çözülmesi gereken ihtilaf, bu alacağın Fon tarafından temlik alınması ile birden bire kamusal nitelik kazanacak ve esas itibarıyla ilgisi olmadığı halde idari yargının incelemesine konu olacaktır. Özel hukuk kurallarına göre cereyan etmiş ve özel hukuk kurallarına göre çözülmesi gereken bir ilişkinin taraflardan birinin birden bire kamuya dönüşerek, borç iddiasının kamu hukuku kurallarına göre çözülmesi hukuk güvenliği açısından da kabul edilemez.

Nitekim İstanbul idare mahkemelerince ve Danıştay'ca verilen bazı kararlarda yukarıda ortaya koyduğumuz bu husus gözetilmiştir. Bazı mahkeme kararlarında, TMSF'nin özel hukuk kaynaklı alacak iddiaları için düzenlediği ödemeye çağrı mektupları ve ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davalarda, ihtilafın özüne girmeksizin usul yönünden davaları kabul ederek iptal kararları verilmiştir. Ulaşılabildiğimiz farklı mahkemelerin konu ile ilgili verdikleri kararlarda, TMSF'nin tüm alacaklarını 6183 sayılı Kanun kapsamında tahsile kalkmasının hukuka aykırı olduğu farklı mahkemelerin verdiği gerekçeli kararlarda aşağıda yer verdiğimiz ve artık anonimleşmiş ifadelerle hüküm altına alınmıştır:

“4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. Maddesinin 3. ve 4. fıkralarında belirtilen nedenlerle temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona devredilen bankaların kaynaklarının Kanunun ilgili maddelerinde belirtilen çeşitli işlemlerle, dolaylı ya da doğrudan edinilmesi halinde edinilen ve edindirilen meblağın anılan Kanunun 15/3 maddesi gereğince 6183 sayılı Kanun'a göre takibi, ancak dolanlı işlemlerle banka kaynağını edinen kişiler hakkında uygulanması mümkün olup adı geçen Kanunun 15/3 maddesi incelendiğinde; Fon tarafından devralınan alacaklar sayma usulü ile teker teker belirtilmekte ve hisseleri kısmen ya da tamamen Fon'a intikal eden bankalardan Fon tarafından devralınan alacakların hangilerinin takibinde 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun'un uygulanacağına açıklandığı görülmektedir.

Bu itibarla temettü hariç ortaklık hakkı ile yönetim ve denetimi Fona'a devredilen bankaların Fon tarafından devralınan alacaklarının 6183 sayılı Kanun'a göre Fon takibi ancak bu alacakların; hisseleri Fon'a devredi-

len bankanın kanunda belirtilen kişilerden olan alacakları ve yine hisseleri Fona devredilen diğer bankaların bu kişilerden olan alacakları ile 4389 sayılı Kanun'un 15/7-b maddesinde belirtilen alacaklar içerisinde yer alması halinde mümkündür.

Bunun dışında Yasa'da Fon'un devraldığı bankaların her türlü alacaklarının amme alacağı olduğuna ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁷."

Danıştay'ın da benzeri bir yaklaşımı benimsediği görülmekte ve TMSF'nin 6183 sayılı Kanun'a göre bir takip yapabilmesi için öncelikle bu alacağın mutlaka Banka kaynaklarının dolanlı işlemlerle kullanılmasının tespit edilmiş olması gerektiğini de ortaya koymaktadır: "Yasa kuralı (4389 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 7. fıkrasının (b) bendi-BB) uyarınca, Fon'a intikal eden bir bankanın tüm hak ve alacakları ve takip hakkı Fon'a geçmekte, böylece, devredilen bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının banka kaynaklarını kullanarak veya başka dolanlı işlemlerle edindikleri veya üçüncü kişilere edindirdikleri para, mal, her türlü hak ve alacakları Fon alacağı sayılmakta, bu kişiler tarafından üçüncü kişilere yapılan hukuki işlemler hükümsüz kılınmaktadır. Bu bağlamda dava konusu uyumsuzluk incelendiğinde, anılan Yasa kuralları uyarınca davacının hukuki sorumluluğunun doğması için, öncelikle davacının, yönetim ve denetimi Fon'a intikal eden Egebank A.Ş.'nin doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortağı olup olmadığının ortaya konulması gerekmektedir."¹⁸

17 Örneğin, İstanbul 7. İdare Mahkemesi 2010/1203 e 2011/789 k, 2009/1929 e 2010/1912 k, 2010/1203 e 2011/789 k, İstanbul 8. İdare Mahkemesi 2009/1949 e 2010/1769 k, 2010/1435 e 2010/1000 k, İstanbul 9. İdare Mahkemesi 2010/2466 e 2011/2277 k, 2011/583 e 2011/2278 k, İstanbul 2. İdare Mahkemesi 2009/1651 e 2010/2012 k, 2009/1378 e 2010/2011 k, 2010/745 e 2010/2020 k, 2010/152 e 2010/2126 k, İstanbul 5. İdare Mahkemesinin 2009/1320 e 2010/957 k, 2009/1064 e 2010/1109, 2010/1096 e 2010/1378 k, 2010/382 e 2010/1443 k, 2010/2255 e 2011/1346 k, İstanbul 3. İdare Mahkemesi 2010/490 e 2010/2125 k, İstanbul 1. İdare Mahkemesi 2010/2160 e 2011/1312 k

18 Danıştay 13. Dairesi E. 2005/9553, K. 2007/207, Kt10.04.2007 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 05.05.2012 Aynı yönde: "(...) hisseleri kısmen veya tamamen Fon'a intikal eden bir bankanın yönetim ve denetimini doğrudan veya dolaylı olarak tek başına veya birlikte elinde bulunduran ortaklarının banka yetkilileri veya görevlileri aracılığıyla veya değişik şekillerde banka kaynaklarını veya varlıklarını dolanlı şekilde edinmeleri veya edindirmeleri halinde, dolanlı şekilde edindirdikleri ve edindikleri para, mal, her türlü hak ve alacakların temininde kullanılan banka kaynakları ve varlıkları nedeniyle doğan bu alacakların Fon alacağı sayılacağıın kabulü karşısında, mahkemece;

Bu durumda TMSF'nin batık bankaların hakim ortak, yönetici ve bunların eş ve çocukları dışındaki kişilerden olan alacakları Fon alacağı kapsamına girmemekte, özel hukuk kaynaklı bu alacakların tahsilinde, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanunu değil, 2004 sayılı İcra İflas Kanunu hükümlerini uygulaması gerekmektedir.

Bunun yanında kabul etmek gerekir ki, TMSF'nin özel hukuk kaynaklı alacaklarını tahsil ederken dayandığı 4389 sayılı Kanun'un 15/3 maddesi hükmü tartışma yaratacak biçimde *"her türlü fon alacağının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilebileceği"* gibi kanunlaştırma tekniği ve ifade yeteneği açısından hiç de başarılı olmayan bir anlatım sergilemektedir. Bu başarısız kanunlaştırmanın faturasının, TMSF ile batık bankalara borçlu olan çok sayıda kişi arasında gereksiz bir ihtilaf ve mahkeme süreci yaşamasına neden olmakta, harcanan mesai, yargı harcı ve diğer masraflarla beraber düşünüldüğünde bir hayli yüklü olduğunu düşünüyoruz.

Bu kapsamda dikkate sunulmamız gereken bir başka husus ise 4389 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 3182 sayılı Bankacılık Kanunu döneminde de batık bankaların özel hukuk kaynaklı alacakları için 6183 sayılı Kanun'a göre takip yapılabilmesinin mümkün olduğu, hatta konuyu 3182 sayılı Kanun kapsamında değerlendiren Danıştay'ın da bu yöndeki işlemleri hukuka aykırı bulmadığıdır.

Gerçekten, 3182 sayılı Kanun da Fona devredilen batık banka alacaklarının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsilini mümkün kılmış,¹⁹ Kanunun geçici 9. maddesi ise TMSF yerine başka bir banka ile birleştirilen banka alacaklarının tahsilinde de aynı yetkinin kullanılmasına olanak tanımıştır.²⁰ Bu şekilde Ziraat Bankasına devredilen İstanbul

ödemeye çağrı mektubunda sözü edilen kamu alacağının, davacı tarafından Banka kaynaklarının kullanılarak edinildiği veya edindirildiği hususu araştırılmaksızın verilen kararda hukuka aykırılık bulunmamaktadır. Danıştay13. DAİRE E. 2006/1573K. 2006/3988T, Kt16.10.2006, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, 05.05.2012

19 *"64/2 Yukarıdaki tedbirlerin alınmasının istenilmesine bağlı olmaksızın Bakan bankanın yönetimini Türkiye cumhuriyet Merkez Bankası'nın da görüşünü alarak Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na tevdi etmeye veya banka hakkında 68 inci madde hükümlerinin uygulanmasını talep etmeye yetkilidir."* <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/1538.html>, 15.05.2012

20 *"Geçici Madde 9 - Bu Kanununun 64 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan ve 6183 sayılı Kanununun uygulanması ile ilgili olan hüküm, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarih-*

Bankası'nın özel hukuk kaynaklı alacaklarının bir kamu alacağına dönüştüğü kabul edilerek, Ziraat Bankasınca bu kısım borçların tahsili için 6183 sayılı Kanun kapsamında takip yapması mümkün kılınmıştır. Ziraat Bankasının bu şekilde yaptığı takipten doğan ihtilafın değerlendirildiği bir Danıştay kararında da yapılan uygulama Danıştay tarafından hukuka aykırı bulunmamıştır.²¹ Dolayısıyla TMSF'nin özel hukuk kaynaklı batık banka alacaklarını tahsil yetkisinin 4389 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte olan 3182 sayılı Kanun döneminde açık bir biçimde mevcut olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bankacılık krizi ile beraber TMSF'ye devredilen banka sayısının 25 adete ulaşması ve tahsile konu batık tutarın yüksekliği, TMSF'ye aynı yetkiyi tanımadığını düşündüğümüz 4389 sayılı Kanun dönemindeki uygulamanın daha yaygın bir hale gelmesine ve çok dikkat çekmesine yol açmıştır.

3. TMSF Alacak İddialarını Hukuk Güvenliği İlkesiyle Bağdaşmayan Bir Biçimde Kesinleştirmektedir

TMSF'nin özellikle yukarıda belirttiğimiz şekilde özel hukuk kaynaklı alacakları için 6183 sayılı Kanun'a göre takibe geçmesi halinde karşılaşılan bir başka sorun, alacak iddiasını cebri icraya hazır hale getirme usulünde yaşanmaktadır. Özellikle yukarıda dikkat çektiğimiz özel hukuk kaynaklı alacakların 6183 sayılı Kanun'a göre takibi ihtimalinde, 6183 sayılı Kanun'a göre işletilen süreç hukuk devleti ve usul ekonomisi ilkeleri açısından kabulü mümkün olmayan sonuçlar doğurmaktadır.

ten önce Bakanlar Kurulu kararı ile bir bankaya devredilmiş veya birleştirilmiş bulunan bankaların üçüncü şahıslardaki alacaklarının tahsili hakkında da uygulanır."

21 "Temyizen incelenen kararda da belirtildiği gibi, davacı şirket ile devredilen özel bir banka arasındaki özel hukuk ilişkisinden doğan borç, özel bankanın devri üzerine 3182 sayılı Bakanlar Kanununda yer alan düzenleme gereği Kamu alacağı haline dönüşmüş olup; anılan yasal düzenleme göre, alacaklı durumunda olan Ziraat Bankası, söz konusu alacakların takip ve tahsilinde 6183 sayılı Yasayı uygulamaya yetkili bulunmak tadır.

Ote yandan 3182 sayılı Yasada yer alan düzenleme karşısında, Ziraat Bankasının, İcra ve İflas Kanunu çerçevesinde takip yapmış olması da, aynı alacağın tahsili için 6183 sayılı yasayı uygulamasına engel teşkil etmemektedir". Danıştay 10. Daire 1986/1162 e 1987/583 k 24.03.1987 Edip Şimşek, *Amme Alacakları Tahsil Usulü Kanun Şerhi 2*. Baskı Alfa İstanbul, s. 333, 334 İlgili karar için ayrıca bkz: http://www.kararevi.com/karars/249874_danistay-10-daire-e-1986-1162-k-1987-583, 15.05.2012

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Fonun halef olduğu özel hukuk kaynaklı banka alacakları genellikle kişi ve kurumların herhangi bir dolanlı işlem yapmaksızın bankalardan çektikleri kredilerden kaynaklanmaktadır. Bu alacakların 6183 sayılı Kanun dairesinde tahsil edilmek istenmesi halinde Fon, takibe 6183 sayılı Kanun'un 37/2 hükmü dairesinde başlamaktadır. Düzenlemeye göre:

"Hususi kanunlarında ödeme zamanı tespit edilmemiş âmme alacakları Maliye Vekâletince belirtilecek usule göre yapılacak tebliğden itibaren bir ay içinde ödenir."

Bu kapsamda bilindiği üzere idare genellikle ihbarname adı verilen bir belge ile borçluya borcunu bildirmekte ve ödemesi için bir süre tanımaktadır. TMSF alacaklarının ödenmesinde özel kanunlarda (4389 ya da 5411) özel bir süre öngörülmediği için, TMSF karar organı olan Fon Kurulu hazırladığı *"Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacaklarının Takip Ve Tahsiline İlişkin Esas Ve Usuller Hakkında Yönetmelikte"* konuyu 6183 sayılı Kanun'a atıf yaparak düzenlemiştir:

"MADDE 18 - (1) Kurul tarafından 6183 sayılı Kanun'a göre takip ve tahsilatı kararlaştırılan ve vadesi belli olmayan alacaklarla ilgili olarak Kurul kararında belirtilen alacak miktarı üzerinden veya Kurul kararında miktar belirtilmemişse ilgili birimler tarafından belirlenecek tutar üzerinden 6183 sayılı Kanun'un 37 nci maddesine göre borcun bir ay içerisinde ödenmesi için borçluya ödemeye çağrı mektubu gönderilir."

Görüldüğü üzere uygulamada genellikle ihbarname adını taşıyan, borçluya borcunu, ödeme süresini ve miktarını bildiren belge TMSF tarafından ödemeye çağrı mektubu olarak tanımlanmış ve ödemeye çağrı mektubu ile 6183 sayılı Kanun'da öngörülen bir aylık süre içinde borcun ödenmesinin istenmesi usulü benimsenmiştir. Alacak bu şekilde tahakkuk ettirilmekte, tanınan 30 günlük süre içinde borcun ödenmesi halinde 6183 sayılı Kanun'un 55/1 hükmüne göre, ödeme emri göndermekte ve cebri icra yoluna geçmektedir:

"Amme alacağını vâdesinde ödemiyeenlere, 7 gün içinde borçlarını ödemeleri veya mal bildiriminde bulunmaları lüzumu bir "ödeme emri" ile tebliğ olunur."

Tahakkuk kavramı 6183 sayılı Kanun'da özel olarak düzenlenmemişse de, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 22. maddesi²² ve öğretideki²³ tanımı çalışmamıza konu olaya uyarlıysak, tahakkukun amme alacağının ödenmeye hazır hale gelmesi olarak görmek mümkündür. Bu durumda, TMSF tarafından gönderilen ödemeye çağrı mektubunun tebliğinden itibaren 30 gün içerisinde ile borç tahakkuk ettirilmekte ve tahsile hazır hale gelmektedir.

Bu durumda kamu alacağı niteliği taşımayan, ayrıca 6183 sayılı Kanun'a göre tahsili de mümkün bulunmayan bir alacak tahakkuk etmiş bir kamu alacağı gibi işlem görmektedir. Oysa tahsil işleminin sebep unsuru tahakkuktur²⁴. Amme alacağı niteliği taşımayan bir alacağın tahakkuk etmesi mümkün bulunmadığından, gerek ödemeye çağrı mektubu, gerekse bu ödemeye çağrı mektubu ile tahakkuk ettirildiği düşünülen alacak için gönderilen ödeme emri hukuka aykırı nitelik taşıyacaktır.

Üstelik vergi kaynaklı kamu alacaklarının aksine, TMSF alacaklarında ihbarnamenin (ödemeye çağrı mektubunun) dava konusu edilmesi, tahakkukun gerçekleşmesini de önlememektedir. Gerçekten TMSF'nin göndermiş olduğu ödemeye çağrı mektuplarına karşı idare mahkemesinde açılacak davalarda yürütmenin durdurulması kararı verilmediği sürece tahsil aşamasına geçilmesinde bir engel bulunmamaktadır. TMSF merkezi İstanbul'da olduğu için İstanbul İdare Mahkemelerinde açılacak davada kısa sürede yürütmenin durdurulması kararı verilmesi fiilen mümkün değildir. Bu arada 6183 sayılı Kanun'un 37. maddesi gereği tanınan bir aylık süre dolmakta ve TMSF gönderdiği ödeme emrini müteakip icrai işlemlere başlayabilmektedir.

Dolayısıyla borçlunun aynı borç için gönderilmiş bulunan hem ödemeye çağrı mektubuna hem de ödeme emrine karşı dava açması

22 Vergi Usul Kanunu Madde 22 : Verginin tahakkuku, tarh ve tebliğ edilen bir verginin ödenmesi gereken bir safhaya gelmesidir.

23 Mualla Öncel/ Ahmet Kumrulu/ Nami Çağan, *Vergi Hukuku*, Turhan yay., 20. Baskı, Ankara 2011, s. 106,

24 Ahmet G. Kumrulu, "*Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım*", *Akif Erginay'a Armağan*, AÜHF yay., 1981, s. 651

gerekmektedir. Bu durumda özünde aynı olan iki işleme karşı iki ayrı dava görülmekte ve sistem kısır döngü içinde idare mahkemelerini gereksiz yere daha fazla bir dosya yoğunluğu yaratılmaktadır.

Hatta mevzuat gereği trajik bir biçimde borçlu aleyhine doğan usuli sonuçlar katlanarak büyümektedir. Gönderilen ödemeye çağrı mektubuna dava açıldıktan sonra, gönderilen ödeme emrine karşı da dava açılması halinde yaşanan süreç buna örnektir. Gerçekten, ödeme emrine karşı açılan davanın tevzi edildiği mahkeme, aynı borç için daha önce gönderilen ödemeye çağrı mektubuna karşı da dava açılmışsa, elindeki dava dosyasını, dosyalar arasında bağlantı olduğunu gözeterek 2577 sayılı Kanun'un 38/1 hükmüne istinaden, ödemeye çağrı mektubuna karşı davanın açıldığı mahkemeye gönderilmek üzere İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'ne sevk etmektedir. Sevk işlemleri, İstanbul Bölge İdare Mahkemesi'nin bağlantı hakkında vereceği kararın beklenmesi ve dosyanın ilgili mahkemeye gönderilmesi sürecinde geçen zaman dikkate alındığında ise yürütmeyi durdurma talebi hakkında bir karar verilmesi daha da uzamaktadır.

Böylelikle TMSF tarafından gönderilen ödeme emrine karşı 7 günlük dava açma süresi içinde dava açılmış olsa dahi, yürütmenin durdurulması hakkında karar verilebilmesi için, dava dosyasının uzun bir yolculuğa çıkması gerekmekte ve TMSF isterse henüz yürütmenin durdurulması kararı alınmasına fırsat kalmadan icrai işlemlerini tamamlayabilmektedir. Bu durum özellikle haciz yoluyla ticari faaliyeti felç edilebilecek borçlular açısından yargıya başvurmayı anlamsızlaştırmakta ve hak arama özgürlüğünü kâğıt üzerinde bırakmaktadır.

Keza aslında aynı konuyu esas alan ödemeye çağrı mektubu ve ödeme emri için iki ayrı dava açıldığından, TMSF kendisini her iki davada da ayrı ayrı savunmak durumunda kalmakta, özel hukuk kaynaklı alacak için bu işlemlerin yapılması hukuka aykırı olduğundan hem ödemeye çağrı mektubu hem de ödeme emri iptal edilmektedir. Bu iptal kararları gereği davacı vekiline aslında aynı ihtilafa dayalı iki ayrı dava için iki ayrı vekâlet ücreti doğmakta ve diğer yargılama masrafları ile beraber tüm bu külfet de kamunun sırtına kalmaktadır.

Sonuç:

Sözleşmeden kaynaklı kaynaklı alacakların, amme alacakları gibi kesinleştirilip tahsil edilemeyeceğini daha birinci maddesi ile ortaya koyan 6183 sayılı Kanun, 1953 tarihlidir. Geçen süre içerisinde 6183 sayılı Kanun'un lafzı ve ruhuna aykırı başkaca uygulamalar görülmüş olmakla beraber, sözleşmeye dayalı kamu alacaklarının 6183 sayılı Kanun'a göre tahsil edilemeyeceği yönündeki 50 yıllık kural TMSF'nin 4983 sayılı Kanun'un 15/3 maddesine istinaden yaptığı uygulamalarla çok daha ağır bir biçimde ihlal edilmektedir. Danıştay'ın resmi internet sitesinde ve Kazancı veri tabanında yaptığımız araştırmada yukarıda yer verdiklerimiz dışında bu konuda yayınlanmış bir içtihadı rastlanmamaktadır. Bu nedenle konunun berraklığa kavuşması için öncelikle Danıştay'ın 4389 sayılı Kanun'un 15/3 maddesi hükmünün kapsamı konusundaki içtihadını daha kökleşmiş bir hale getirmesi ya da bu içtihadı kökleşmişse bunu yayınlaması gerektiğini düşünüyoruz.

Konunun yasal düzenlemeyle de çözüme kavuşması mümkün olabilir. Fakat bu konudaki düzenlemeler yukarıda da belirttiğimiz gibi genellikle kanunların sistematiği gözetilmeden, "torba kanun" mantığı içinde yapıldığı için yapılacak her yeni değişikliğin kanunların kalitesi açısından yeni riskler taşıdığı aşikârdır. Bu makaleye konu olan sorun da büyük ölçüde bir kanuni düzenlemenin başarılı olmayan anlatımından kaynaklanmıştır. Kanun yapmadaki bu eksikliğin maliyeti ise mahkemeler önünde açılan çok sayıda dava ve gereksiz ihtilafın yarattığı maddi ve manevi maliyetler olarak geri dönmektedir.

KAYNAKLAR

- Serkan Açar, *Vergi Tahsilatından Kaynaklanan İhtilaflar ve Çözüm Yolları, Yaklaşım* yay. Ankara 2009
- Turgut Candan, “*Kanuni Temsilcilerin Kamu Alacağından Sorumluluğu*”, *Yaklaşım*, S 39 Y. 1996
- Ahmet G. Kumrulu, “*Vergi İcra Hukukuna Kavramsal Bir Yaklaşım*”, Akif Erginay’a Armağan, AÜHF yay, Ankara 1981
- Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, *Vergi Hukuku* Turhan yay., 20. Baskı, Ankara 2011
- Edip Şimşek, *Amme Alacakları Tahsil Uuslü Kanun Şerhi* , Alfa yay., 2. Baskı, İstanbul 1996
- Turan Yıldırım, “*Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun Takip ve Tahsil Yetkisi*” Mehmet Somer’in Anısına Armağan, Beta yay., İstanbul 2006
- Anayasa Mahkemesinin E. 2004/95, K. 2008/156 Kt. 06.11.2008 kararı, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2653&content=, adresinden 20.12.2011 tarihinde erişildi
- Anayasa Mahkemesinin E. 2009/53, K. 2011/19 Kt. 20.01.2011 kararı, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=manage_karar&ref=show&action=karar&id=3054&content= adresinden 20.12.2011 tarihinde erişildi
- Anayasa Mahkemesinin E. 2007/4, K 2007/81 Kt 18.10.2007 kararı, http://www.anayasa.gov.tr/index.php?!=manage_karar&ref=show&action=karar&id=2483&content= , adresinden 20.12.2011 tarihinde erişildi
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2004, http://www.tmsf.org.tr/documents/reports/tr/TMSF_FR2004.zip adresinden 15.01.2012 tarihinde erişildi
- Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Yıllık Faaliyet Raporu 2010, <http://>

www.tmsf.org.tr/documents/reports/tr/TMSFFR2010.pdf adresinden 15.01.2012 tarihinde erişildi

Yargıtay 19 Hukuk Dairesinin E. 1992/1166, K. 1992/937, Kt.26.03.1992 ve E 1995/7341, K 1995/7301, Kt 13.09.1995 kararları <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> adresinden 20.01.2012 tarihinde erişildi

Danıştay 13. Dairesinin E. 2005/9553 K. 2007/2071 sayılı kararı-
na<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

DANIŞTAY 13. DAİRE E. 2006/1573K. 2006/3988T. 16.10.2006 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>