

DANIŞTAY KANUNU İLE BAZI KANUNLARDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN TASARISI

TÜSİAD GÖRÜŞÜ

TÜSİAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

13.06.2016'da TBMM Başkanlığı'na iletilen "Danıştay Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı"nın 34'üncü maddesi ile Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 133'üncü maddesi çerçevesinde kayyım atanabilecek durumların kapsamına aşağıdaki suçların da eklenmesi öngörülmüştür:

- TCK Md. 155 güveni kötüye kullanma suçu ve TCK Md. 158 nitelikli dolandırıcılık
- Sermaye Piyasası Kanunu (SPKn) Md. 110'da tanımlanan aşağıdakiler dahil tüm suçlar
 - Halka açık şirketler için örtülü kazanç aktarımı suçu
 - Yatırım kuruluşları, fon kurulları ve teminat sorumluları için müşteri varlıklarını kötüye kullanma ve kayıtlarda hile türünden işlemler

Öncelikle belirtmek isteriz ki; Türkiye'de faaliyet gösteren tüm şirketlerin ticari faaliyetlerini doğrudan etkileyebilecek bu tip önemli ve ağır sonuçlar doğurabilecek bir düzenlemenin, ilgili düzenleyici otoriteler ve paydaşların aktif katılımı ile uzun ve titiz bir değerlendirme sürecinden geçerek hazırlanmış olmasının gerektiğini düşünmekteyiz. Böyle bir süreç izlenmeksizin hazırlandığından endişe edilen söz konusu tasarı aşağıdaki riskleri içermektedir:

1. CMK 133'deki diğer suçların niteliği ile uyumsuzluk, yerindelik ve orantılılık ilkelerine aykırılık riski: Tasarı ile kayyım atanabilecek suçlar kapsamına eklenen TCK Md. 155, 158 ve SPKn Md.110'da tanımlanan suçlar, CMK Md.133'de sayılan diğer suçlardan özü ve niteliği itibarıyla çok farklıdır. CMK 133'te sayılan diğer suçlar kamu sağlığına, kamu güvenine, genel ahlaka, millete ve devlete karşı suçlar iken Md. 155, 158 ve SPKn Md.110'da belirtilen suçlar mal varlığına karşı işlenen suçlardır. Bu suçlarda kamusal menfaat değil, özel menfaat daha ön plandadır. Dolayısıyla, suçların özündeki bu farklılığa bakılmaksızın aynı tedbirlere tabi tutularak; mülkiyet hakkının daha çok özel hukuk alanını ilgilendiren, özel kişilerin çıkarlarının zedelendiği ve diğer hukuki yolların denenebileceği bir konuda kayyım atanarak sınırlandırılması; Anayasa hukukunda yer alan, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında yerindelik ve orantılılık gibi ilkelere aykırılık teşkil edecektir.

CMK'ta bir ceza usul hukuku koruma tedbiri olarak şirkete kayyım atanması hükmünün bulunmasına neden ihtiyaç duyulduğunun hatırlanması, hangi suç ve durumların bu madde kapsamına girmesinin yerinde ve orantılı olacağıının yorumlanmasında yol gösterici olacaktır.

İstanbul
Meşrutiyet Caddesi,
No:46 Tepebaşı 34420
İstanbul - Türkiye
T +90 (212) 249 19 29
F +90 (212) 249 13 50
E tusiad@tusiad.org

Ankara
İran Caddesi No: 39/4
Gaziosmanpaşa 06700
Ankara - Türkiye
T +90 (312) 468 10 11
F +90 (312) 428 86 76
E ankoffice@tusiad.org

Brüksel
Avenue des Gaulois, 13
B - 1040 Brussels
T +32 (2) 736 40 47
F +32 (2) 736 39 93
E bxoffice@tusiad.org

Washington, D.C.
2101 L Street NW, Suite 800
Washington, DC 20037 - USA
T +1 (202) 776 77 70
F +1 (202) 776 77 71
E usoffice@tusiad.org

Berlin
Märkisches Ufer, 28
Berlin 10179 Germany
T +49 (30) 28 878 6300
F +49 (30) 28 878 6399
E berlinoffice@tusiad.org

Paris
33, rue Galilée 75116
Paris - France
T +33 (1) 44 43 55 35
F +33 (1) 44 43 55 46
E parisoffice@tusiad.org

Londra
26 Dover Street, London, W1S 4LY
T: + 44 207 763 71 03
F: + 44 207 763 71 01
E: tusiadlondon@tusiad.org

Pekin
European Union Chamber of
Commerce in China
Beijing Lufthansa Centre
Office C-319, 50 Liangmaqiao Road,
Chaoyang District Beijing 10025 P.R. Ct
T +86 (10) 6462 2066 ext. 65/51
F +86 (10) 6462 320
E tusiad.china@europeanchamber.com

www.tusiad.org

2004 yılında bu tedbirin yeni CMK'ya eklenmesinin gerekçesinde ilk olarak bu madde kapsamındaki suçların zincirleme veya kesintisiz suç olarak bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi gerektiği tespit edilmektedir. Bunun ardından örnekler de verilerek CMK madde 133'ün, kurulan şirketin gerçek bir faaliyetin icrası için değil, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerinin transferi, bunların gayrimeşru kaynağının gizlenmesi ve meşru bir yolla elde edildiği kanaatinin oluşturulması gibi durumlarda kullanılmak üzere eklendiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmiş olsa bile, icrası tamamlanmış olan bir suçla ilgili olarak şirket yönetimine kayyım tayin edilemez.

Bu gerekçeye göre CMK madde 133'ün amacı, konusu suç olan bir ekonomik faaliyeti kesintisiz bir şekilde sürdüren, aslında bu suçu kendine iş ve iştigal alanı yapmış ancak görünürde yasal işler yapıyor görünen şirketlerin yönetimine geçici olarak kayyım atanmasıdır. Bu gerekçe ışığında denebilir ki, bu tedbire konu şirketlerin gerçek değil, fakat paravan şirketler olması gerekir. Bunun aksine olarak, görünen faaliyeti ile gerçek faaliyeti aynı olan, her hangi bir suçu ve suç gelirini gizlemeyi hedef almayan şirketler suçu ne olursa olsun bu tedbirin dışında olmalıdır. Bu ceza usul tedbirinin kanuna girmesinin amacı, her türlü ekonomik suçta ekonomik tedbir uygulamak değildir.

SPKn madde 110'daki suçlar, bu ceza usul tedbirinde olabilecek nitelikte değildir. SPKn madde 110'daki suçlar, her hangi başka bir ekonomik faaliyetin üzerini örtme, oradan kaynaklı geliri aklama, transfer etme ile ilgili suçlar olmayıp, SPKn'a tabi şirketlerin bünyesinde işlenecek alelade ekonomik suçlardır. Tedbirin öngörülmesinin ana gerekçesi ile bu suçların niteliği uyuşmamaktadır.

Bu koruma tedbirinin alanının bu şekilde genişletilmesi kanun uygulayıcılarının gerekçeyi unutmalarına, gerekçeden uzaklaşmalarına ve sonuç olarak bu tedbirin uygulamada adeta bir müsadereye dönüşmesine yol açacaktır. Getirilmek istenen düzenleme, Devlet'in özel teşebbüse, doğrudan ve son derece basit bir yoldan müdahalesi imkanını getirmektedir. Söz konusu koruma tedbiri, Kanun uyarınca geçici bir tedbir iken, uygulamada müsadere veya ceza niteliğini alarak süresiz uygulanmaktadır. Kaldı ki söz konusu koruma tedbiri kısa süreli uygulansa ve kovuşturma sonunda herhangi bir suç unsuruna rastlanmasa dahi, uygulamada bu süre içerisinde ticari hayatın gizliliği ihlal edilmekte, hakkında tedbir uygulanan Şirket ve Şirket ortaklarının ticari itibarı telafisi imkansız bir şekilde zarara uğramaktadır.

2. Kapsamının genişliği nedeniyle olağan ticaret hayatını olumsuz etkileme ve Anayasadaki mülkiyet hakkını zedeleme riski: TCK'nın 155'inci ve SPKn'nun 110'uncu maddeleri, olağan ticari hayatta sıklıkla karşılaşılabilen durumları kapsayan, oldukça geniş kapsamlı düzenlemelerdir. Bu düzenlemelerle ilgili olarak getirilecek

İstanbul
Meşrutiyet Caddesi,
No:46 Tepebaşı 34420
İstanbul - Türkiye
T +90 (212) 249 19 29
F +90 (212) 249 13 50
E tusiad@tusiad.org

Ankara
İran Caddesi No: 39/4
Gaziosmanpaşa 06700
Ankara - Türkiye
T +90 (312) 468 10 11
F +90 (312) 428 86 76
E ankoffice@tusiad.org

Brüksel
Avenue des Gaulois, 13
B - 1040 Brussels
T +32 (2) 736 40 47
F +32 (2) 736 39 93
E bxloffice@tusiad.org

Washington, D.C.
2101 L Street NW, Suite 800
Washington, DC 20037 - USA
T +1 (202) 776 77 70
F +1 (202) 776 77 71
E usoffice@tusiad.org

Berlin
Märkisches Ufer, 28
Berlin 10179 Germany
T +49 (30) 28 878 6300
F +49 (30) 28 878 6399
E berlinoffice@tusiad.org

Paris
33, rue Galilée 75116
Paris - France
T +33 (1) 44 43 55 35
F +33 (1) 44 43 55 46
E parisoffice@tusiad.org

Londra
26 Dover Street, London, W1S 4LY
T: + 44 207 763 71 03
F: + 44 207 763 71 01
E: tusiadlondon@tusiad.org

Pekin
European Union Chamber of
Commerce in China
Beijing Lufthansa Centre
Office C-319, 50 Liangmaqiao Road,
Chaoyang District Beijing 10025 P.R. CI
T +86 (10) 6462 2066 ext. 65/51
F +86 (10) 6462 320
E tusiad.china@europeananchamber.com

İstanbul
Meşrutiyet Caddesi,
No:46 Tepebaşı 34420
İstanbul - Türkiye
T +90 (212) 249 19 29
F +90 (212) 249 13 50
E tusiad@tusiad.org

Ankara
İran Caddesi No: 39/4
Gaziosmanpaşa 06700
Ankara - Türkiye
T +90 (312) 468 10 11
F +90 (312) 428 86 76
E ankoffice@tusiad.org

Brüksel
Avenue des Gaulois, 13
B - 1040 Brussels
T +32 (2) 736 40 47
F +32 (2) 736 39 93
E bxloffice@tusiad.org

Washington, D.C.
2101 L Street NW, Suite 800
Washington, DC 20037 - USA
T +1 (202) 776 77 70
F +1 (202) 776 77 71
E usoffice@tusiad.org

Berlin
Märkisches Ufer, 28
Berlin 10179 Germany
T +49 (30) 28 878 6300
F +49 (30) 28 878 6399
E berlinoffice@tusiad.org

Paris
33, rue Galilée 75116
Paris - France
T +33 (1) 44 43 55 35
F +33 (1) 44 43 55 46
E parisoffice@tusiad.org

Londra
26 Dover Street, London, W1S 4LY
T: + 44 207 763 71 03
F: + 44 207 763 71 01
E: tusiadlondon@tusiad.org

Pekin
European Union Chamber of
Commerce in China
Beijing Lufthansa Centre
Office C-319, 50 Liangmaqiao Road,
Chaoyang District Beijing 10025 P.R. CI
T +86 (10) 6462 2066 ext. 65/51
F +86 (10) 6462 320
E tusiad.china@europeanchamber.com

www.tusiad.org

olağanüstü nitelikteki bu tedbir imkanı, ticari hayatı doğrudan etkileyecek, amacına uygun olmayan şekilde kullanıldığında ticari faaliyetlerin olumsuz etkilenmesine sebep olabilecektir. Örneğin halka açık şirketlerde özellikle grup şirketleri açısından her durumda belirli ilişkili taraf işlemlerinde emsallerine göre farklı bir fiyat uygulandığına veya kar/malvarlığı azaltımı yapıldığına yönelik iddialar ile soruşturma/kovuşturma sonuna kadar madde kapsamında kayyım atanması yoluna gidilebilecektir. Kayyım atanması için suçların kesinleşmesinin beklenilmesine gerek olmaması nedeni ile hukuki güvenliği ve mülkiyet hakkını zedeleyecek şekilde halka açık şirketlere ve yatırım kuruluşlarına kayyım atanabilecektir. Dolayısıyla getirilen düzenlemenin amacını aşan nitelikte, Anayasanın mülkiyet hakkını zedeleyecek bir uygulama olduğu ve olağan ticari faaliyet akışını zedeleyerek ülkemiz ekonomisinin gelişimini engelleme riski taşıdığı düşünülmektedir. Bunun yanında özel sektör yatırımlarının önünde caydırıcı bir unsur olarak görev görecektir.

Kaldı ki mevcut düzenlemeden farklı olarak, söz konusu suçların toplumsal hayatta nispeten daha fazla karşılaşılabılır suçlar olduğu göz önüne alındığında, istisnai uygulanması gereken söz konusunu koruma tedbirinin uygulama alanı genişleyecektir. Bu durum; Şirket'in tüm yatırımcılarını, çalışanlarını ve bu şirketle ticari ilişkisi olan kişi ve kurumları da etkileyeceğinden; tedbirin olumsuz etkisi, tedbirin amacını aşar nitelikte olacaktır. Yine ayrıca; Şirket'in herhangi bir çalışanı tarafından da Şirket ile alakalı olarak işlenebilecek bu suçlarda, Şirket'in tüzel kişiliğinin cezalandırılması ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suç ve ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesine de aykırı olacaktır.

3. SPKn'nun kendi içindeki bütünlüğünün bozulması, ikili yapı oluşturulması:

SPKn, sermaye piyasasına özgü düzenlemeleri içeren, kendi içinde bütünlüğü olan özel bir kanundur. Sermaye piyasalarına özgü yükümlülükler, suçlar ve yaptırımlar SPKn içerisinde birbirleriyle bağlantılı olarak tanımlanmış ve sermaye piyasası ile ilgili uyuşmazlıkların bu özel kanun hükümleri dahilinde çözülmesi öngörülmüştür. SPKn'nun içerisinde halka açık şirketler ve yatırım kuruluşları ile ilgili alınabilecek birçok farklı tedbir uyumlu bir yapı içerisinde zaten tanımlanmış olup, bu alanda yeni bir tedbire ihtiyaç duyulmamaktadır. Taslak hüküm nedeniyle, sermaye piyasasında alınabilecek tedbirler ile ilgili olarak oluşturulacak ikili yapı, hangi düzenlemenin uygulanacağı net olmadığı için belirsizlik ve öngörülmeyen sonuçlar yaratabilecek; idareyi zor durumda bırakabilecektir.

4. Benzer tedbir imkanlarının SPKn'da zaten halihazırda yer alması, yeni bir tedbire ihtiyaç bulunmaması:

SPKn'nun 92'nci maddesinde, 110'uncu maddede tanımlanan suçları da kapsayacak şekilde halihazırda "imza yetkilerini kaldırma", "yönetim kurulu üyelerini görevden alma ve yerlerine yenilerini atama" gibi birçok tedbir tanımlanmıştır. Dolayısıyla bu konuda yeni bir düzenlemeye aslen ihtiyaç olmadığı düşünülmektedir. Ancak, kanun koyucu tarafından SPKn'daki tedbirlerin yetersiz olduğu düşünülüyor ve bu gerekçeyle bir düzenleme yapılıyor ise, bu tip bir düzenleme SPKn

İçerisinde ve kanunun bütünlüğü bozulmadan oluşturulmalıdır.

5. Hukuk tekniği ve usul hükümleri açısından riskler: Getirilen düzenlemenin hukuk tekniği açısından da sakıncalı hükümler içerdiği düşünülmektedir.

- Ceza kanunu gibi kapsam ve sınırlarının oldukça net çizilmesi gereken bir kanunun taslağında yer verilen “menkul kıymet idare yetkisi” gibi muğlak ifadeler sermaye piyasası mevzuatında tanımlanmamıştır, dolayısıyla kayyım devredilebilecek yetkilerin kapsamı net olarak anlaşılamamaktadır.
- SPKn’nun 110’uncu maddesinde yer verilen yatırım kuruluşları tanımlı bankaları da içermektedir. Bu durumda taslaktaki hükümlerin bankalar için de uygulanıp uygulanmayacağı, bu düzenlemenin bankalar BDDK’nın yürüttüğü özel mevzuatında ne şekilde karşılık bulacağı da net değildir.
- Kayyım atama sürecinin usul hükümleri taslakta detaylandırılmamış, süreç çok basit bir yapı ile tanımlanmıştır. TCK’daki benzer tedbirlerde süreçler detaylı ve birçok aşamalı olarak tanımlanmış iken, buradaki usul hükümlerinde paralellik yaratılmamıştır. Süreçte SPK’nın ne aşamada ve nasıl müdahil olacağı dahi net olarak anlaşılamamaktadır. Benzer tedbirler için aranan uygulama koşulları burada da dikkate alınmalı, süreç detaylı ve amacına uygun biçimde yapılandırılmalıdır.
- Düzenlemede kayyımların güvence altına alınması için açılacak tazminat davalarının devlete karşı açılması öngörülmüş olup, kayyımın kötü niyetli ve kasti olarak vermiş olduğu zararlardan doğrudan sorumlu olması kayyımların verdiği kararlarda daha sorumlu hareket etmelerine neden olacaktır. Aksi durumda kayyımların yukarıda ifade edilen şekilde kasti olarak verdikleri zarardan devlet mesul olacaktır ki bunun hakkaniyete uygun olmadığı değerlendirilmektedir.

TUSIAD
AVRUPA İŞ DÜNYASI
KONFEDERASYONU
BUSINESSEUROPE
ÜYESİDİR

İstanbul
Meşrutiyet Caddesi,
No:46 Tepebaşı 34420
İstanbul - Türkiye
T +90 (212) 249 19 29
F +90 (212) 249 13 50
E tusiad@tusiad.org

Ankara
İran Caddesi No: 39/4
Gaziosmanpaşa 06700
Ankara - Türkiye
T +90 (312) 468 10 11
F +90 (312) 428 86 76
E ankoffice@tusiad.org

Brüksel
Avenue des Gaulois, 13
B - 1040 Brussels
T +32 (2) 736 40 47
F +32 (2) 736 39 93
E bxloffice@tusiad.org

Washington, D.C.
2101 L Street NW, Suite 800
Washington, DC 20037 - USA
T +1 (202) 776 77 70
F +1 (202) 776 77 71
E usoffice@tusiad.org

Berlin
Märkisches Ufer, 28
Berlin 10179 Germany
T +49 (30) 28 878 6300
F +49 (30) 28 878 6399
E berlinoffice@tusiad.org

Paris
33, rue Galilée 75116
Paris - France
T +33 (1) 44 43 55 35
F +33 (1) 44 43 55 46
E parisoffice@tusiad.org

Londra
26 Dover Street, London, W1S 4LY
T: + 44 207 763 71 03
F: + 44 207 763 71 01
E: tusiadlondon@tusiad.org

Pekin
European Union Chamber of
Commerce in China
Beijing Lufthansa Centre
Office C-319, 50 Liangmaqiao Road,
Chaoyang District Beijing 10025 P.R. Ct
T +86 (10) 6462 2066 ext. 65/51
F +86 (10) 6462 320
E tusiad.china@europeanchamber.com

www.tusiad.org