

"...

II- İTİRAZIN GEREKÇESİ

Başvuru kararının gerekçe bölümü şöyledir:

'İnterbank A.Ş. hakim ortağının ve/veya yöneticilerinin Bankalar Kanunu'nda belirtilen şekilde banka kaynağını kullanarak kendilerinin edindikleri ve/veya üçüncü kişilere edindirdikleri banka kaynaklarının ve malvarlıklarının tahsilinin veya Fonun bahse konu hakim ortaklardan olan alacaklarına karşılık Fon mülkiyetine intikalinin sağlanmasına yönelik olarak; İnterbank A.Ş.'den şirket merkezi olarak 'Esentepe Mah. Kasap Sk. No: 13 Asma Kat Şişli' adresinde toplanmış bulunan ve herhangi bir aktif varlığı bulunmayan 'tabela şirketleri' niteliğindeki Çağlar Grubunun denetim ve kontrolündeki firmalarına 9.2.1998 tarihinde toplamda 2.849.566,72 YTL (aktarım tarihi itibari ile 13.022.424 USD) tutarında kredi kullandırılarak bu kaynakların muhtelif işlemlerle grubun hakim ortağı gerçek ve tüzel kişi hesaplarına köprü/aracı hesap niteliğinde aktarıldığı ve bahse konu hesaplardan 'hisse devir bedeli' açıklamasıyla aktarım yapılmak suretiyle Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'nin hisselerinin banka kaynağı kullanılarak Cevahir Grubundan satın alındığı ve akabinde Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'ye kaynak aktarımlarına yukarıda belirtilen kredi kullandırımı ve muhtelif işlemler dahilinde devam edilerek sonucunda 3.552.107,91 YTL (aktarım tarihleri ile 13.797.160 USD) tutarında ilave banka kaynağının da edindirilmiş olduğu, bununla birlikte şirketin hisselerinin devralınması ile şirket ihtiyaçları için edindirilmiş bulunan banka kaynaklarının halen tahsil edilememesi üzerine; davalı idare, İnterbank A.Ş.'nin 7.1.1999 tarihinde Fona intikalinden sonra Nergis Grubu firmalarından olan ve yukarıda belirtildiği şekilde hisseleri ve işletme sermayesi önemli ölçüde banka kaynağından edindirilmiş bulunan Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'deki hisselerin Fonun yasal takiplerinden mal kaçırma amacıyla öncelikle Fona borçlu olmayan ve hissedarları arasında hakim ortağın yer almadığı Cavit Çağlar'ın eşi ve yakınları ile Leon Nihat Barha adlı şahsa devredildiğinin 16.2.1999 günlü sermaye yapısından anlaşıldığı, akabinde yine aynı amaçla gerçekleştirilen ve pek çok hakim ortak grubunun da Fondan mal kaçırmak amacına yönelik olarak kullandığı bir yöntemle yapılan sermaye artırımlarına katılmamaları, rüçhan haklarını kullanmamaları ve hisse satışları sonucunda Leon Nihat Barha adlı şahsın hisse oranının 25.2.2002 günlü şirket olağanüstü genel kurulunda %75 oranına yükseltilmesi sağlanarak Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'nin Fonun icrai takibinden tamamen uzaklaştırıldığını kabul ederek, dava konusu 21.2.2008 günlü 2008/51 sayılı işlem ile 5020 sayılı Kanunla değişik 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15 inci maddesinin 7 nci fıkrasının (b) bendi hükümleri uyarınca; Yasemin Turizm ve Ticaret Anonim Şirketine Leon Nihat Barha adına kayıtlı %75 oranındaki hisselerinin, nominal değerleri üzerinden Çağlar Grubunun borcuna mahsuben Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu mülkiyetine intikal ettirilerek Fon adına tescil ettirilmesine, bahse konu hisselerin bilahare satış bedeli ile nominal değerleri arasındaki fark olması durumunda pozitif farkın aynı hakim ortak grubunun borcundan düşülmesine, negatif farkın ise borcuna ilave edilmesine; Yasemin Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi'ne aktarılan hisse alış bedeli dışında aktarılan ve şirketin işletme ihtiyaçları için kullanılmış olan 3.552.107,91 YTL tutarındaki banka kaynağının (aktarım tarihleri itibari ile 13.797.160 USD) fon alacağı sayılmasına, bu tutarın aktarıldığı tarih itibarıyla, 'Fon alacağı'nın ana parasını oluşturmaya, mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15 inci maddesinin 7 nci fıkrasının (b) bendinde belirtildiği üzere, söz konusu fon alacağının tahsiline yönelik olarak, Yasemin Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi hakkında 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun kapsamında ihtiyati haciz de dahil olmak üzere, takip ve tahsil işlemlerine başlanmasına ve alacağın doğmasına sebebiyet veren haksız işlemin yapıldığı tarihten itibaren, 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında

Kanun'un 51 inci maddesinde belirtilen oranda gecikme zammı uygulanmasına, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun geçici 11 inci maddesinin verdiği yetkiye istinaden 5020 sayılı Kanun ile değişik mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 15 inci maddesinin 7 nci fıkrasının (a) bendi ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 134 üncü maddesi gereğince, fon alacaklarının tahsilini teminen, Yasemin Turizm ve Ticaret Anonim Şirketinin yönetim ve denetiminin Fon tarafından devralınmasına ve mevcut yönetim ve denetim kurulu üyelerinin tamamının görevden alınarak şirket ana sözleşmesi ve genel kurul kararlarına bağlı kalınmaksızın şirketin yönetim ve denetim kurulu üyelerinin yeniden belirlenmesine karar verilmesi üzerine bakılan davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

Davacının, üçüncü kişi konumunda olup, iyiniyetli ve gerçek hisse devirleri ile kaynağı ispatlı bedellerle şirket payına sahip olduğu; geçmişe yürür şekilde Yasa kuralları ile Anayasa'da yer bulan mülkiyet hakkının ölçülülük ve orantılılık ilkelerine aykırı olarak hukuk güvenliğini zedeler biçimde ihlal edildiği, işlemin dayanağı Yasa kuralının Anayasa'ya aykırı olduğu iddialarıyla dava konusu işlemin iptali istemiyle bu davayı açtığı anlaşılmaktadır.

Yasa Kuralları

1.11.2005 günlü, 25983 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Geçici 11. maddesinde: 'Bu Kanunun yayımı tarihinden önce, 26.12.2003 tarihine kadar temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilişkili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında başlatılan işlemler sonuçlanıncaya ve her türlü Fon alacakları tahsil edilinceye kadar bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanunun 14, 15, 15/a, 16, 17, 17/a ve 18'nci maddeleri, ek 1, 2, 3, 4, 5 ve 6'ncı maddeleri ile geçici 4'ncü maddesi hükümlerinin uygulanmasına devam edilir.

Bu Kanunun yayımı tarihinden önce haklarında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanun gereği mal bildiriminde bulunması gerekenlerin, bildirimde belirtmedikleri veya gerçeğe aykırı olarak bildirdikleri her türlü taşınır ve taşınmaz mal, hak ve alacak ile gelir ve harcamalar da haksız mal edinme hükümlerine tabidir. Haksız mal edinmediğini ispat edene bu hüküm uygulanmaz.

Bu Kanunun yayımı tarihinden önce mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 64 ve 65'inci maddeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14 üncü maddesi uyarınca işlem yapılan bankalar ile tasfiyeye tabi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan bankalar hakkında bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Kanunun 14'üncü maddesinin (5) ve (6) numaralı fıkraları hükümlerinin uygulanmasına devam edilir' kuralı yer almıştır.

Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu 23.6.1999 günlü, 23734 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmış olup, 15. maddesi 'Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nu düzenlemiştir. Söz konusu 15. maddenin bazı bölümleri 26.12.2003 günlü, 25328 sayılı Yasa ile değişikliğe uğramış veya yeni paragraflar eklenmiştir.

Bu düzenleme sonucu 4389 sayılı Kanun'un 15. maddesinin (7) numaralı bendinin (b) bölümü (5) paragrafında 'Fon alacaklarından; yönetim ve denetimi Fona geçen ve/veya bankacılık yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılan bankalar ile tasfiyeye tabi tutulan veya tasfiye işlemi başlatılan

bankaların kaynağını kullanmış olmasından dolayı Fona borçlu olması kaydıyla Fona intikal eden bir bankadan ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanılmasından sonra, bu bendin birinci cümlesinde belirtilen gerçek ve tüzel kişilerin, edindikleri ve/veya bu suretle üçüncü kişilere edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklarının banka kaynağı kullanılmak suretiyle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilir ve bu gerçek kişiler ile tüzel kişiler tarafından edinilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında bu fıkra hükümlerini uygulamaya Fon yetkilidir. Bu suretle edinildiği ve/veya edindirildiği kabul edilen para, her türlü mal, hak ve alacaklar üzerinde ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanıldığı tarihten sonra üçüncü kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen ayni ve şahsi tüm haklar Fona karşı hüküm ifade etmez. Bu hukuki işlemlere taraf olan tüm şahısların külli ve cüzi halefleri dahi, yukarıda belirtilen işlemlerin gerçekleşmesinden sonra edindikleri ve/veya edindirdikleri para, her türlü mal, hak ve alacaklar hakkında da bu fıkra hükümleri uygulanır. Yukarıda belirtilen işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle, bu fıkranın birinci paragrafında sayılan kişiler ise bankanın Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle iyiniyet iddiasında bulunamazlar. Bankanın Fona devrinden önce satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile ayni ve şahsi hak tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişiler iyiniyetli olduklarını kanıtlamak zorundadırlar' hükmü yer bulmuştur.

Yine 5020 sayılı Kanunla 4389 sayılı Kanuna eklenen Geçici 3. maddesinde; 'Bu Kanunla, 4208 sayılı Kanunun 2'nci maddesinin (a) bendine (5) numaralı alt bentten sonra gelmek üzere eklenen (6) numaralı alt bendi, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 9'uncu maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendine eklenen paragraf, 15'inci maddenin (7) numaralı fıkrasının (b) bendine eklenen paragraflar, (9) numaralı fıkrasının (c) bendinde yapılan değişiklik, 15'inci maddeye eklenen (10) numaralı fıkra, Bankalar Kanununa eklenen 15/a maddesi, 17/a maddesi ve ek madde 2, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin ve yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında uygulanır.' kuralı belirtilmiştir.

5020 sayılı Kanun ile 4389 sayılı Kanun'un 15. maddesinin 7 numaralı fıkrasının (b) bendine eklenen paragrafın gerekçesinde 'Fona intikal eden banka kaynaklarını kullanan hakim ortaklardan Fon alacaklarının tahsiline geçmiş dönemde yapılan muvazaalı işlemlerin ispatında mevzuat karşısında yetersiz kalınması ve objektif delil tespitin her zaman mümkün olması nedeniyle bu muvazaalı işlemler Fona karşı geçersiz sayılmak ve aksinin ispatı karşı tarafa yükletilmek suretiyle Fon alacağının tahsilinin hızlandırılması amaçlanmıştır' denilmiştir.

Değinilen düzenlemeler ile 5020 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihe kadar temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden ve/veya bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izin yetkileri ilgili Bakan, Bakanlar Kurulu veya Kurul tarafından kaldırılarak tasfiyeleri Fon eliyle yürütülen veya Fon tarafından tasfiye işlemleri başlatılan bankalar hakkında 4389 sayılı Yasa'nın 15/7-(b) bendinde yer alan ve yukarıda belirtilen kuralın uygulanacağı açıktır.

Buna göre, bankaların kaynağını kullanmış olmasından dolayı Fona borçlu olması kaydıyla Fona intikal eden bir bankadan ilk kredinin ve/veya banka kaynağının kullanılmasından sonra gerçek ve tüzel kişilere yapılan satış, devir ve temlik, sınırlı ayni hak tesisi gibi işlemler ile üçüncü kişiler lehine tesis edilen tüm haklar Fona karşı hüküm ifade

etmeyecek, bu işlemlere taraf olan üçüncü kişiler de bankanın Fona devrinden önceki ve/veya sonraki işlemler nedeniyle iyiniyet iddiasında bulunamayacaklardır.

Olayda da, İnterbank A.Ş.'nin Fona intikalinden sonra Nergis Grubu firmalarından olan ve hisseleri ve işletme sermayesi banka kaynağından edindirilmiş bulunduğu iddia edilen Yasemin Turizm ve Ticaret A.Ş.'deki hisselerin Fonun yasal takiplerinden mal kaçırma amacıyla davacıya devredildiğinden bahisle tesis edilen işleme karşı açılan bu davada davacı 4389 sayılı Yasanın 15/7-b maddesinde yer alan '...işlemlere taraf olan üçüncü kişiler bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle' iyiniyet iddiasında bulunamazlar' kuralı uyarınca mahkeme önünde iyiniyetli olduğunu iddia ve ispat edememektedir. Dolayısıyla, 4389 sayılı Yasanın 15/7-b maddesinde yer alan değinilen kural uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kural niteliğindedir.

İptali İstenilen Yasa Hükmü

4389 sayılı Bankalar Kanunu'na 5020 sayılı Kanun ile eklenen 15. maddesinin (7) numaralı bendinin (b) bölümünün, 5. paragrafında yer alan sondan bir önceki cümledeki (üçüncü kişiler yönünden) '...iyi niyet iddiasında bulunamazlar' ibaresinin Anayasa'nın 2., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırılığı iddiasıyla başvurulmaktadır.

Anayasa'nın 2. ve 36. Maddeleri Yönünden Yasa Hükmünün Anayasa'ya Aykırılığı

5020 sayılı Yasa'nın gerekçesinden, mevzuat karşısında muvazaalı işlemlerin ispatında yetersiz kaldığı görüşünden hareketle maddede sayılan bazı işlemlerin muvazaalı olduğu kabul edilerek Fona karşı geçersiz sayıldığı; ispat külfetinin karşı tarafa yüklendiği, bu düzenlemenin de Fon tahsilâtının hızlandırılması amacıyla yapıldığı anlaşılmaktadır.

Bir yasa maddesinin hukuka uygun amaç taşımasının yanı sıra bu amacın gerçekleştirilmesini sağlayacak yol ve yöntemlerin de hukuka uygun olması gerektiği kuşkusuzdur.

Anayasa Mahkemesi 4.5.2005 günlü, E.2004/4, K.2005/25 sayılı kararında hukuk devletini, 'İnsan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup, bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı tutum ve durumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasakoyucunun da bozamayacağı temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlet' olarak tanımlamakta ve bu bağlamda, hukuk devletinde yasakoyucunun, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, evrensel hukuk ilkelerine de uygun olmasını sağlamakla yükümlü olduğunu belirtmektedir.

Anayasa'ya aykırılık iddiası ciddi görülen madde metninin gerekçesinde iyiniyetin ispatının karşı tarafa yüklendiğinin belirtilmesine karşın, madde metninde bu hususun ikiye ayrılarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, üçüncü kişiler bankanın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle iyi niyet iddiasında bulunamayacaklar; Bankanın Fona devrinden önce satış, kira, devir ve temlik gibi işlemler ile ayni ve şahsi hakkın tesisine ilişkin işlemlere taraf olan üçüncü kişiler ise iyiniyetli olduklarını kanıtlamak zorunda kalacaklardır. Görüldüğü üzere, Banka'nın Fona devrinden sonraki işlemler nedeniyle üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmalarına yasal engel getirilmiştir.

Bu düzenlemenin Anayasa'ya aykırılığının ortaya konulabilmesi için iyiniyet ve muvazaa kavramlarının anlamı, hukukumuzdaki yeri üzerinde durulmasına gerek görülmüştür. Her iki kavramda öncelikle özel hukuka ilişkin kavramlar olup iyi niyet kuralları özel hukukun bütün alanlarında uygulanacak bir kural niteliğindedir. Türk Medeni Kanunu'nun 3. maddesinde 'Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır. Ancak, durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz' hükmü yer almıştır. İyiniyet kuralı, hakların kazanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde temel ilke olma özelliğini taşımaktadır. Öğretide yapılan açıklamalarda, bir hakkın doğmasına engel olan bir nedeninin varlığını bilmeyen, bilmesi de gerekmeyen kişi iyi niyetli olarak tanımlanmaktadır. Yine öğretide yapılan değerlendirmelerde iyiniyetin aranmasında ve korunmasında kamunun çıkarı bulunmaktadır. Yaptığı tüm işlemlerde güvence duymak zorunda olan bireylerin iyi niyetli oldukları sürece lehlerine doğacak hukuki sonuçların korunmasının hukuk devletinin bir gereği olduğu kuşkusuzdur. Burada üzerinde durulması gereken diğer bir husus ise iyiniyetin hangi anda aranacağı sorunudur. Medeni Kanun'daki düzenlemelerden de anlaşıldığı üzere kural olarak iyiniyetin hukuki sonucun doğduğu anda aranması gerekmektedir. Medeni Kanun kişide iyiniyetin varlığını kabul etmekte olup buna 'İyiniyet Karinesi' denilmektedir. Dolayısıyla kişinin iyiniyetli olmadığı karşı tarafça ispatlanmalıdır. Medeni Kanun madde 3/2'ye göre iyiniyetin aksi de hakkı kazanan kişinin, hakkı kazanırken gereken özeni göstermediğini kanıtlamakla ortaya konulacaktır.

İptali istenilen maddenin gerekçesinde, muvazaadan da bahsedildiği için kısaca bu kavrama da değinilmesi zorunlu görülmüştür. Muvazaa, irade ile beyan arasında yaratılan uyumsuzluk olarak tanımlanabilir. Medeni Kanun'un 6. maddesine göre muvazaanın varlığını iddia eden taraf bu iddiasını ispat etmek zorundadır.

Yukarıda yapılan açıklamaları özetlemek gerekirse özel hukukta bir hakkın kazanılmasında iyiniyet asıl olup 'İyiniyet Karinesinin' aksini iddia eden bu iddiasını ispat etmek zorundadır. Aynı şekilde muvazaa iddiasında bulunan taraf da bu iddiasını ispat etmelidir.

Söz konusu düzenleme ile iyiniyete ilişkin ispat külfeti özel hukuk hükümlerinin aksine yer değiştirmiş bulunmaktadır. Söz konusu alacağın Fon alacağı dolayısıyla kamu alacağı olması, Fona devredilen bankalardaki işlemlerin niteliği, bankacılık işlemlerindeki muvazaanın ispatındaki zorluk, kamu alacağının tahsilinin biran önce yapılması gibi nedenlerin farklı düzenlemelere dayanak oluşturacak hukuken haklı nedenler olduğu açıktır. Bu itibarla, ispat külfeti yönünden Medeni Kanun'daki düzenlemelerden farklı düzenlemeler getirilmesi hukuken kabul edilebilirse de bu düzenlemelerin hukuk güvenliğini ortadan kaldırmaması, hukuk devleti gereklerine aykırı olmaması zorunludur.

Ayrıca, getirilen düzenlemelerle kişilerin yargı önünde hukuken geçerli araç ve yollardan kendilerini savunabilme hakları ellerinden alınmamalıdır. Bu hak Anayasanın 36. maddesiyle güvence altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi 4.5.2005 günlü, E.2004/4, K.2005/25 sayılı kararında da 'iptali istenilen kuralda, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu tarafından bankacılık işlemleri yapma ve mevduat kabul etme izni kaldırılan bankaların yurt içi kayıtlarına bu tarihten geriye doğru bir ay içinde kıyı bankalarındaki hesapları Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nca sağlanan mevduat güvencesi kapsamına almak amacıyla, muhabir bankaca karşılığı nakden veya bankacılık işlemleri yapma veya mevduat kabul etme izni kaldırılan banka dışındaki bir başka

banka aracılığıyla ödenmeksizin aktarıldığı tespit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nca herhangi bir ödemenin yapılmayacağı belirtilmiştir' diyerek düzenlemeyi ortaya koyduktan sonra iptal gerekçelerinin arasında 'Kaldı ki muvazzalı olduğu Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından tesbit edilen hesaplar için Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nca herhangi bir ödeme yapılmayacağı, bu konuda uyuşmazlık çıkması durumunda da konunun yargı organlarınca karara bağlanacağı kuşkusuzdur' demek suretiyle muvazaalı işlemlerin kapsamının yasama organı tarafından değil yargı organınca tespitinin asıl olduğunu kabul etmiştir.

Söz konusu düzenlemenin Bankaların Fona devrinden sonraki işlemleri kapsadığı dolayısıyla düzenlemenin Anayasa'ya aykırı olmadığı savı da kabul edilemez. Zira bu uyuşmazlıklarda sorumluluk için Bankanın yönetim ve denetiminin Fona geçmesi yeterli olmamakta, bankanın kaynağı kullanılmak suretiyle para, her türlü mal, hak ve alacakların edinildiği ve/veya edindirildiğinin saptanması gerekmektedir. Bunun da Bankanın Fona devrinden sonra yapılacak bir incelemeyi gerektireceği ve bu incelemenin de uzun bir zaman alacağı kuşkusuzdur.

Bu itibarla iyiniyetin saptanmasında değişik tarihlere göre farklı çözümlere ulaşılması mümkün olduğundan bankanın Fona devrinden sonra taşınmaz edinen üçüncü kişilerin bu edinimde gerekli özeni gösterdikleri hususunu gerek idari makamlar gerekse yargı mercileri önünde ispatlayabilme olanağına sahip olmaları hukuk güvenliliğini esas alan hukuk devletinin bir gereği olarak kabul edilmelidir.

Anayasa'nın 35. Maddesi Yönünden Yasa Hükmünün Anayasa'ya Aykırılığı

Anayasa'nın Temel Hak ve Hürriyetlerin sınırlanmasını düzenleyen ve 2001 yılında değişikliğe uğrayan 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

Anayasa'nın 'Kişinin Hakları ve Ödevleri' başlıklı ikinci bölümünün 35. maddesinde 'Herkes mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz' kuralı yer almıştır.

Anayasa'nın 35. maddesinin gerekçesinde de 'mülkiyetin korunması, hürriyeti de güvence altına alır' denilmiştir.

Dolayısıyla, mülkiyet hakkının toplum yararı uyarınca ve ancak yasayla yapılabilecek olan sınırlandırılmasının demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerektirir.

Ölçülülük ilkesi gereği olarak kısıtlamada başvuru araç sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmalı, araçla amaç ölçüsüz bir oran içinde bulunmamalıdır.

AHİM'nin uygulamasında da ölçülülük ilkesi, korunan bir hakkın sınırlandırılmasında sınırlandırmanın amaçlarına ulaşmak için gerekenden fazla bir sınırlandırmanın yapılmaması şeklinde anlaşılmaktadır.

Ölçülülük ilkesi ile temel hak ve özgürlükler güvence altına alınmakta, sınırlandırılan hak ve özgürlükler arasında denge kurulması ve mümkün olduğunca sınırlanan hak ve özgürlüğe az zarar verilmesi amaçlanmaktadır. Yani önlem elverişli ve zorunlu olmalı, amaca göre dengeli bir orantı içinde kalmalıdır.

Bu durumda, bankanın Fona devrinden sonra üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına ancak ölçülülük ilkesi çerçevesinde toplum yararına uygun olarak yasayla müdahale edilebileceği açıktır.

İptali istenilen Yasa kuralı ise ölçülülük ilkesi kapsamını aşar biçimde Fona üçüncü kişilerin iyiniyetli olup olmadıklarına dahi bakılmaksızın, mülkiyet hakkına müdahale edebilme yetkisi vermekte olup, kural bu haliyle Anayasa'nın 35. maddesine de aykırı görülmüştür.

Anayasa'nın 125. Maddesi Yönünden Yasa Hükmünün Anayasa'ya Aykırılığı

Anayasa'nın 125. maddesinde idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olduğu, yargı yetkisi kullanılırken hukuka uygunluk denetiminin yapılacağı hükme bağlanmıştır.

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu uyarınca iptal davalarında idari işlemlerin yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden hukuka uygunluğu denetlenmektedir.

AHİM kararlarında da belirtildiği üzere yargılama sürecinde taraflar iddialarını 'silahların eşitliği' ilkesi çerçevesinde yargı mercilerine sunabilmelidirler. Ayrıca tarafların iddialarıyla bağlı kalmaksızın idari yargıç re'sen araştırma ilkesi uyarınca inceleme ve araştırma yapmak suretiyle idari işlemin hukuka uygun olup olmadığını saptayabilmelidir.

İdari eylem ve işlemlere karşı yargı yolunun açık olmasına ilişkin Anayasanın 125. maddesi idari işlemin yargısal denetiminin işlemin tüm unsurları (yetki, şekil, sebep, konu ve maksat) üzerinde kısıtlamaya tabi olmadan etkin biçimde yapılmasını zorunlu kılmaktadır.

Dava konusu uyuşmazlığın çözümü esas olarak davacının 'iyi niyetli' olup, olmadığını saptanmasına bağlı bulunmaktadır.

Ancak, iptali istenilen kural uyarınca kişiler iyiniyetli olduklarını iddia ve ispat edemeyeceklerinden idari yargı mercileri işlemin esas yönünden hukuka uygunluğunu denetleyemeyecekler veya bu denetim çok sınırlı olarak yapılabilecektir. Bu itibarla yasa kuralının idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolunun açık olduğunu hükme bağlayan Anayasanın 125. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır.

Açıklanan nedenlerle, bir davaya bakmakta olan mahkemenin, o dava sebebiyle uygulanacak bir Yasanın Anayasa'ya aykırı olduğu kanısına götüren görüşünü açıklayan kararı ile Anayasa Mahkemesi'ne başvurulması gerektiğini düzenleyen 2949 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrası gereğince 4389 sayılı Bankalar Kanun'a 5020 sayılı Yasa ile eklenen 15. maddesinin (7) numaralı bendinin (b) bölümünün 5. paragrafında yer alan sondan bir önceki cümledeki (üçüncü kişiler yönünden) '...iyiniyet iddiasında bulunamazlar' ibaresinin Anayasa'nın 2., 35., 36. ve 125. maddelerine aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına, bu kuralın Anayasa'ya aykırılığı ve uygulanması durumunda giderilmesi güç ve olanaksız zararlar doğabileceği gözetilerek esas hakkında bir karar verilmeye kadar

Esas Sayısı : 2009/53

Karar Sayısı : 2011/19

yürürlüğünün durdurulmasının istenilmesine dosyada bulunan belgelerin onaylı bir örneğinin Anayasa Mahkemesi Başkanlığı'na gönderilmesine, 4.6.2009 gününde oyçokluğu ile verildi'."