

“26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 7. maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Kanun’un 127. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “Fonun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır” ibaresi ile beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “kurumun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır” ibaresinin Anayasa’ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu üyeleri, Fon personeli, Fonun atadığı veya Fonu temsilen seçilen yöneticilerin, iflas idare memurlarının ve Fon personelinin sorumluluklarını düzenleyen 127. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda anılan 127. maddenin dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “Fon bu meblağı, ilgililerinden talep eder” ibaresi, “Fonun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır” şeklinde; beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “kurum bu meblağı, ilgililerinden talep eder” ibaresi “kurumun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır” şeklinde değiştirilmiştir. Ancak söz konusu “Fonun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır” ibaresi ile “kurumun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır” ibaresi, Anayasa’ya aykırıdır.

Öncelikle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu’nun (TMSF) hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’nun 111. maddesi uyarınca; bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip TMSF kurulmuştur. Bununla birlikte 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin ek listesinde TMSF, Cumhurbaşkanlığı ile ilgilendirilmiştir.

Gözler, bağımsız idari otoritelerin ortak özelliklerini “1) faaliyet konuları; 2) Devlet adına çalışma; 3) icrai karar alma yetkisi; 4) yargısal değil, idari nitelik; 5) kararlarının yargısal denetime tabi olması; 6) kamu tüzel kişiliği; 7) kamu kurumu olma; 8) bağımsızlık özelliği; 9) vesayet denetimine tabi olabilme; 10) müeyyide uygulama yetkisi; 11) düzenleme yetkisi; 12) ilişkili kurum olma; 13) kendilerine has bütçeleri vardır; 14) mali denetimleri Sayıştay tarafından yapılır” şeklinde sıralamıştır.¹ TMSF; tasarruf, mevduat ve katılım fonları hususunda faaliyet göstermektedir; bu faaliyetlerin yürütülmesini Devlet nam ve hesabına temin ederek bir türden kamu hizmeti görür; anılan Kanun’un 122. maddesi uyarınca Fon Kurulu kararlarının uygulanmasını sağlar; yargısal değil idari nitelikte karar alır ve idari usulle karar alır; kararları idari yargı denetimine tabidir²; kamu tüzel kişiliğini haizdir; kamu tüzel

1 Gözler, Kemal, Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş B. 19, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 245-250.

2 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü’nün 26.02.2018 karar tarihli ve 2018/106 E.; 2018/107 K. sayılı Kararı’nın gerekçesinin müteallik bölümü “Dosyanın tetkikinden; Davacının kendisinin ve ailesinin mevduat hesabı bulunduğu İmar Bankasındaki paranın bilgi ve istemleri dışında yurtdışı offshore hesaplara aktarıldığı, Bankanın devredildiği TMSF nin paranın iadesine ilişkin taleplerine olumsuz cevap verdiği, bunun üzerine söz konusu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.

kişiliğini haiz olduğundan bir türden kamu kurumu niteliğindedir; idari özerliğe dolayısıyla bağımsızlığa sahiptir; düzenleme yapma yetkisi vardır³; Cumhurbaşkanlığı ile ilgilendirilmiştir; mali özerliğe sahiptir dolayısıyla kendisine has bütçesi vardır; anılan Kanun'un 124. maddesi uyarınca Sayıştay tarafından denetlenir. Ancak EPDK, BDDK gibi bağımsız idari otoritelerin uyguladığı bağlamda müeyyide uygulama yetkisi bulunmamaktadır ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (III) sayılı cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında TMSF yer almamaktadır. Sayıştay ise; TMSF'yi bağımsız idari otorite olarak nitelendirmektedir.⁴ Her ne kadar TMSF'nin bağımsız idari otorite olup olmadığı hususu tartışmalı olsa, literatürde “üst kurul benzeri, fon tipi yönetim” ve benzeri isimlerle adlandırılrsa da; Anayasa'nın 123. maddesi bağlamında; merkezi idari teşkilat içinde konumlanmaktadır.

Öte yandan anılan dördüncü fıkra gereğince; Fon aleyhine açılmış sayılacak dava: Fon Kurulu üyeleri ile Fon personeli aleyhine, Fon Kurulunun veya Fonun bu Kanunda yazılı görevlere ilişkin karar, eylem ve işlemleri sebebiyle, gerek görevlerinin ifası sırasında gerek görevden ayrılmalarından sonra, açılmış veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davasıdır. O halde müddeabih, Fon Kurulu üyeleri ile Fon personelinin kaynaklanmaktadır. Söz konusu beşinci fıkra gereğince; atamayı yapan ilgili mercii olan Kurum veya Fon aleyhine açılmış sayılacak dava: mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 64 ve 65. maddeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesi ve bu Kanun uyarınca işlem yapılan bankalarla ilgili olarak Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyeleri aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılmış bulunan davalardır. O halde müddeabih, Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyelerinden kaynaklanmaktadır.

Buna ilave olarak Anayasa'nın 128. maddesi gereğince; Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. O halde ilgili mevzuat uyarınca görevlerinin ifası sebebiyle Kurum veya Fon aleyhine dava açılmasına yol açan Fon Kurulu üyeleri ile Fon personeli ve Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyeleri de kamu görevlisidir. Zira Kurum ve Fon, başta 5411 sayılı Kanun olmak üzere ilgili mevzuat tarafından kendilerine tevdi edilen görevleri, söz konusu kimseler aracılığıyla yerine getirir.

İdare hukuku kuralları içinde kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade beyanıyla tesis edilen idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle açılan davaların görüm ve çözümü İdari Yargının görev alanında bulunmaktadır.

Yukarıda alıntılanan 5411 sayılı Kanunun 111. Maddesinden de anlaşılacağı üzere, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun, olayda kanunla kendisine verilen görev uyarınca tek taraflı ve kamu gücünü kullanarak hareket ettiği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu uyuşmazlığın idari yargıda görülüp çözülmesi gerekmekte olup, Danıştay Başsavcısı'nın başvurusunun kabulü ile İstanbul (Anadolu) 3. Tüketici Mahkemesinin, davalı vekilinin görev itirazının reddine ilişkin 02.03.2017 gün ve E:2016/1194 sayılı kararının kaldırılması gerekmektedir.” şeklindedir. <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/7071e1f4-d0b7-4462-a170-593b23ecd24b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 30.05.2022).

3 Söz gelimi 16.12.2021 tarihli ve 31691 sayılı Resmi Gazete'de Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik yayımlanmıştır.

4 T.C. Sayıştay Başkanlığı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 2020 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, Ağustos 2021, s. 31, <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/3540-tasarruf-mevduati-sigorta-fonu> (Erişim Tarihi: 30.05.2022).

Bununla birlikte anılan fıkraların değişiklik öncesi ve sonrasındaki anlamlarını ortaya koymak gerekmektedir.

Anılan 127. maddenin dördüncü fıkrasının 7407 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle değiştirilmeden önceki hali:

“Fon Kurulu yeleri ile Fon personeli aleyhine, Fon Kurulunun veya Fonun bu Kanunda yazılı görevlere ilişkin karar, eylem ve işlemleri sebebiyle, gerek görevlerinin ifası sırasında gerek görevden ayrılmalarından sonra, açılmış veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davası, Fon aleyhine açılmış sayılır ve bu davalarda husumet Fona yneltirir. Avukatlık creti ve dava masraflarına ilişkin yukarıdaki fıkra hükmü işbu hukuk davaları için de aynen geçerlidir. Yargılama sonucunda Fon aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi nedeniyle Fonun deme yapması hâlinde, Fon bu meblağı, ilgililerinden talep eder. Fonun, yaptığı ödemeleri ilgililerden talep edebilmesi için, bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi gerekir.”

Anılan 127. maddenin dördüncü fıkrasının 7407 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle değiştirilmeden sonraki hali:

“Fon Kurulu yeleri ile Fon personeli aleyhine, Fon Kurulunun veya Fonun bu Kanunda yazılı görevlere ilişkin karar, eylem ve işlemleri sebebiyle, gerek görevlerinin ifası sırasında gerek görevden ayrılmalarından sonra, açılmış veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davası, Fon aleyhine açılmış sayılır ve bu davalarda husumet Fona yneltirir. Avukatlık creti ve dava masraflarına ilişkin yukarıdaki fıkra hükmü işbu hukuk davaları için de aynen geçerlidir. Yargılama sonucunda Fon aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi nedeniyle Fonun deme yapması hâlinde, Fonun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır.”

Anılan 127. maddenin beşinci fıkrasının 7407 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle değiştirilmeden önceki hali:

“Mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun 64 ve 65. maddeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesi ve bu Kanunun 71. maddesi uyarınca işlem yapılan bankalarla ilgili olarak Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu yeleri aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılmış bulunan davalar da atamayı yapan ilgili mercii olan Kurum veya Fon aleyhine açılmış sayılır ve bu davalarda da husumet ilgili kuruma yneltirir. Yargılama sonucunda ilgili kurum aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi nedeniyle, ödeme yapılması hâlinde, ilgili kurum bu meblağı, ilgililerinden talep eder. İlgili kurumun, yaptığı ödemeleri ilgililerden talep edebilmesi için, bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi gerekir.”

Anılan 127. maddenin beşinci fıkrasının 7407 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle değiştirilmeden sonraki hali:

“Mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun 64 ve 65. maddeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesi ve bu Kanun uyarınca işlem yapılan bankalarla ilgili olarak Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu yeleri aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılmış bulunan davalar da atamayı yapan ilgili mercii olan Kurum veya Fon aleyhine açılmış sayılır ve bu

davalarda da husumet ilgili kuruma yöneltilir. Yargılama sonucunda ilgili kurum aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi nedeniyle, ödeme yapılması hâlinde, ilgili kurumun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır.”

Anılan fıkraların lafzından anlaşılabacağı üzere; (dördüncü fıkra uyarınca) Fonun ödeme yapması halinde, bu meblağı (kusurlu) ilgilere rücu etmesi zorunlu iken; ihtiyari hale gelmiş; (beşinci fıkra uyarınca) ilgili kurumun (Kurum, 5411 sayılı Kanun’un 3. maddesinin delaletiyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) - BDDK bağımsız idari otoritedir-, veya Fon) ödeme yapması halinde, bu meblağı (kusurlu) ilgilere rücu etmesi zorunlu iken; ihtiyari hale gelmiştir. Başka bir anlatımla kanun koyucu, “talep eder” şeklindeki amir hükmü bertaraf etmiş ve “talep etme hakkı saklıdır” şeklindeki ibareyi kullanmak suretiyle Fon veya ilgili kuruma talep etme veya talep etmemeye yönelik opsiyon tanımıştır. (İlgililerin kusurunun bulunup bulunmadığı ve ilgililer kusurlu ise; rücu edilebilmenin ön koşulu olarak kusurlu bulunduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmiş olmasına ilişkin anılan 127. maddenin dördüncü fıkrasının yürürlükten kaldırılan dördüncü cümlesi ile beşinci fıkrasının yürürlükten kaldırılan üçüncü cümlesi de işbu dilekçeyle dava konusu yapılmıştır.)

İhtilafli kural, aşağıdaki açılardan Anayasa’ya aykırıdır.

a)Kamu zararının kamu görevlilerine rücu edilmesi bakımından: Anayasa’nın 40. maddesinin üçüncü fıkrası: “Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” şeklindedir. Söz konusu Anayasal hüküm, Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında tecessüm etmiştir: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”. Rücu etme müessesesi bakımından; Anayasa’nın 40. maddesinde, (resmi görevliler için) takdir yetkisi; Anayasa’nın 129. maddesinde, (memurlar ve diğer kamu görevlileri için) bağlı yetki öngörülmüştür. Anılan hükümlerin ratio legis’i kamu görevlilerinin, yönetilen karşısında korunmasıdır. Nitekim Günday’a göre;

“Memur görevini yerine getirirken ister istemez bir çok kimse ile ilişki içine girer ve pek çok kimsenin kişisel ve bazen de hak ve menfaatlerini ihlal eder. Bu nedenle, memurların birçok kin ve husumete maruz kalması doğaldır. Kötüniyetli kimselerin memuru, tehdit etmeleri, ona karşı suç işlemleri olası olduğu gibi, memuru korkutmak ve onu görevinden alıkoymak için aleyhine dava açmaları da mümkündür. Böyle gerekli – gereksiz açılacak davalar, çoğu kez memurları görevlerini daha dikkatli yapmaya sevk etmez; tam tersine memurları korkak, ürkek ve çekingen bir duruma koyar ve pasif kalmaya itebilir. İşte bu nedenlerle, bir yandan ceza kanunlarına memurları koruyacak hükümler konması gerektiği gibi, memur aleyhine kötüniyetli kişilerin davalar açarak onu gereksiz masraf ve külfetlere sokmalarına karşı da bazı koruyucu önlemlerin alınması zorunlu olmuştur.⁵ ... İşte1982 Anayasası, 129. maddesinin 5. fıkrası ile bu duruma kesinkes son vermek amacıyla şu hükmü getirmiştir: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Anayasanın bu hükmü ile,

⁵ Günday, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş B. 10, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013, s. 619.

memurların idare edilenlere karşı doğrudan sorumluluğu kaldırılmış ve böylece memur idare edilenlerin kendisi aleyhine açacakları davalara karşı korunmuştur.”⁶

Anayasa Mahkemesi de bir kararında:

“Anayasa’nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." hükmü yer almakta olup, maddenin gerekçesinde bu husus" İhlalden doğan zarar Devletçe ödenecek ve Devlet, bu ödeme nedeniyle, sorumlu görevliye rücu hakkı vardır." şeklinde belirtilmiştir.”

şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 25.11.2015 tarihli ve 2014/86 E.; 2015/109 K. sayılı Kararı, § 113). Yine Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında:

“Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Bu hüküm, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri her türlü kusurdan kaynaklanan tazminat davalarının muhatabının idare olduğunu açıkça ifade etmektedir. Ancak kusuruyla idareyi zarara uğratan kamu görevlisinin sorumluluğu ortadan kaldırılmamıştır. Anayasa’nın anılan maddesi uğranılan mali zarar için sorumlu kamu görevlisine rücu edilmesini zorunlu kılmaktadır. Maddenin gerekçesinde bu husus, “Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.”

formülü ile lafzi ve tarihsel yorum ilkelerini birlikte uygulamıştır (Anayasa Mahkemesi’nin 03.06.2021 tarihli ve 2020/18 E.; 2021/38 K. sayılı Kararı, § 14).

Kanun koyucu da bu türden davanın Fon veya ilgili mercii olan Kurum (BDDK) aleyhine açılmış sayılacağını ve ödemenin idare tarafından yapılacağını öngörmek suretiyle Anayasa’nın 40. maddesinin üçüncü ve 129. maddesinin beşinci fıkralarının gereklerini yerine getirmiş diğer bir deyişle ilgililer bakımından güvence sistemini öngörmüş ve fakat; Fona ve ilgili kuruma rücu hususunda takdir yetkisi tanımak suretiyle; ilgililer arasında kayırma / ayrımcılık yapılmasının önünü açmıştır. Başka bir anlatımla Fona ve ilgili kuruma rücu hususunda takdir yetkisi tanımak suretiyle; Anayasa’nın anılan amir hükmünde yer alan “kendilerine rücu edilmek” kaydını, hukuken etkisiz kılmıştır. Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa’nın 40 ve 129. maddelerine aykırıdır.

b)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa’ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa’nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi’nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk

⁶ ibid, s. 626.

devletin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, hukuki belirlilik ilkesi de kanun hükümlerinin şüpheyi yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi’nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem tesis ederken ve eylemde bulunurken veya görevlerini yerine getirirken belirli ölçüde hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir.

Anayasa’nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Bununla birlikte Türk İdare Hukukunda idareye tevdi edilen yetki, genel olarak bağlı yetki ve takdir yetkisi olmak üzere ikiye kategoride toplanır. Nitekim Gözübüyük’e göre;

“Bilindiği gibi, yönetimin görevi, hukuk kuralları içinde kamu hizmetlerini yürütmektir. Bütün kamu hizmetlerinin, hangi koşullar altında ve nasıl yürütüleceğini önceden saptama, bunları yazılı kurallar olarak düzenleme olanağı yoktur. Yöneticilere takdir yetkisi tanımak zorunludur. Bilindiği gibi, yönetime tanınan yetkiler, <<bağlı yetki>> ve <<takdir yetkisi>> olarak ikiye ayrılır. Yönetimin, bir yetkiyi kullanması, belli bir şeyi yapması, ya da belli bir davranışta bulunması kesin bir biçimde buyurulmuş ise, bağlı yetkiden söz edilir. Yönetimin, yetkiyi kullanıp kullanmamakta, ya da kullanılmasının gereklerini saptamada az, ya da çok serbest bırakılması durumunda, takdir yetkisinden söz edilir. Takdir yetkisinde, yönetimin elinde birden çok çözüm yolu vardır.

Yönetime belli konularda takdir yetkisinin tanınması, yönetimin <<keyfi>> olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. Yönetim, takdir yetkisini kullanırken, bazı ilkelere uyulması gerekir. Bunlar, kısaca şöyle sıralanabilir:

- a)Yönetim, yasaların koyduğu sınırlar içinde kalmalıdır.
- b)Yönetim, takdir yetkisini kullanırken eşitlik ilkesine önem vermelidir.
- c)Takdir yetkisi, kamu yararı için kullanılmalıdır.
- d)Takdir yetkisi, gerekçeli olarak kullanılmalıdır.

e)Takdir yetkisinin kullanılması için yasalar özel koşullar öngörmüş ise, yönetim bunlara uymalıdır.”⁷

Kanun koyucu, idareye (Fona ve ilgili kuruma) tevdi edilen ödenen meblağı ilgililerden talep etme yetkisini, bağlı yetki iken; takdir yetkisine dönüştürmüştür. Ancak kanun koyucunun bağlı yetkiyi takdir yetkisine dönüştürürken haklı bir nedeni bulunmadığı gibi; idareyi takdir

⁷Gözübüyük, Şeref A., Yönetmelik Yargı, Güncelleştirilmiş B. 33, Ankara, Turhan Kitabevi, 2013, s. 242, 243.

yetkisini kullanırken hiçbir objektif, net, açık, anlaşılabilir bir ölçütle sınırlandırılmamıştır. Fona ve ilgili kuruma tanınan takdir yetkisinin kamu yararı için ve eşitlik ilkesine uygun kullanıldığının gerekçelendirilmesini mümkün kılan ve keyfilikten kaçınılmasını sağlayan nesnel bir ölçüt, kanun düzeyinde öngörülmemiştir.

Her ne kadar 7407 sayılı Kanun'un 7. maddesinin gerekçesinde 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13. maddesi⁸ ile 2004 sayılı İcra İflas Kanunu'nun 5. maddesine⁹ atıfta bulunulsa da¹⁰; anılan 127. maddede mablağın rücu edileceği personelin görev ve yetkileri göz önüne alındığında; 5411 sayılı Kanun'un 127. maddesinde yer alan rücu hükümleri ile 657 ve 2004 sayılı Kanunların söz konusu maddelerinde yer alan rücu hükümlerinin niteliklerinin kıyas yapmayı mümkün kılmayan farklılıkları haiz olduğu ortaya çıkacaktır.

Başka bir anlatımla Fonun ilgili kurumun bu meblağı sorumlu kimselerden talep etme yetkisinin; yukarıda tanımlandığı anlamda hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerinin gereklerini yerine getirmesi ve kanuna dayanması ile kanuna aykırı olmaması için; söz konusu takdir yetkisinin genel çerçevesinin keyfi uygulamaya yer vermeyecek açıklıkta ve saydam, öngörülebilir, anlaşılabilir ve nesnel biçimde kanun düzeyinde çizilmesi gerekmektedir. Ancak kanun koyucu;–Anayasal ilkelerin aksine- öznel ve hatta keyfi işlem tesis etmeyi engelleyecek herhangi bir güvence içermeyen sınırsız takdir yetkisini idarenin uhdesine bırakmıştır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

c)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından: Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkraların hükmünde olduğu gibi idareye (Fona ve ilgili kuruma) bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerden talep etme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

ç)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi, kusuru bulunan ilgililer arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilaflı düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

⁸657 sayılı Kanun'un 13'üncü maddesinin ilgili bölümü: "Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır." şeklindedir.

⁹2004 sayılı Kanun'un 5'inci maddesinin ilgili bölümü: "Devletin, zararın meydana gelmesinde kusuru bulunan görevlilere rücu hakkı saklıdır." şeklindedir.

¹⁰Denizli Milletvekili Nilgün Ök ve 45 Milletvekilinin Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi (2/4389) ile Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu, Yasama Dönemi: 27, Yasama Yılı: 5, Sıra Sayısı: 327, Ankara, TBMM Basımevi, 2022, s. 7.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi aynı türden hukuka aykırı işlem nedeniyle kusuru bulunan bir ilgiliden bu meblağın talep edilmesini ve fakat diğer kusuru bulunan ilgiliden talep edilmemesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilaflı düzenleme, haklı bir sebebe dayanmayan muamele farklılıklarını idarenin yetki alanına dahil etmektedir. İdare, kusuru bulunan ilgililerin bazıları bakımından haklı bir neden olmaksızın rücu etme imkanını ortadan kaldıracak ve söz konusu güvence sisteminin, bazı kimselerin kayırılması için bir araç olarak kullanılma riskini beraberinde getirecektir. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

d)Mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Anılan dördüncü ve beşinci fıkralar uyarınca; bu meblağ, Fon veya ilgili kurum tarafından karşılanacaktır. Fon ve ilgili kurum, bu ödemeyi kendi bütçelerinden yapacaktır. İdarenin / kamunun bütçeleri üzerinde mülkiyet hakkı bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı).

Kamu görevlilerinin hukuka aykırı işlem ve eylemlerinden doğan (maddi) zarar, idare tarafından karşılanmakta ve akabinde zarara karşılık gelen meblağ, kusuru bulunan ilgililere rücu edilmektedir. İdare, bir an için zarara katlanmakta ve fakat kusuru bulunan ilgililerden bu meblağı talep etmek suretiyle kamu zararını, ilgiliye yüklemektedir. Ancak bazı hallerde kusuru bulunan ilgililere rücu etme olanağı ortadan kaldırılmak suretiyle; zarar, idarenin / kamunun üstüne bırakılabilecektir. Bu durum ise; kamu yararı olmaksızın (belirli kimselerin kayırılmasına sebep olacak biçimde) idarenin bütçesine el atılmasına, idarenin / kamunun mülkiyet hakkının ihlal edilmesine sebep olacaktır. Diğer bir deyişle iptali talep edilen ibarelerle idarenin uhdesine sınırsız takdir yetkisi bırakılmak suretiyle; mülkiyet hakkına (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının -bilhassa kanunilik-gereklerinin aksine) öngörülemeyen idari işlemlerle müdahale edilmesinin önü açılmaktadır. Tüm bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

e)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. ve Ek 1 No'lu Protokolü'nün, sınırlama koşulu olarak kanunilik kaydını da içermek suretiyle mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Kanun'un 127. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan “Fonun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır” ibaresi ile beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan “kurumun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır” ibare, Anayasa'nın 2, 7, 10, 13, 35, 40, 90, 123 ve 129. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

1) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesinde yer alan “dördüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış” ibaresi ile “fıkranın üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış” ibaresinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Kurulu üyeleri, Fon personeli, Fonun atadığı veya Fonu temsilen seçilen yöneticilerin, iflas idare memurlarının ve Fon personelinin sorumluluklarını düzenleyen 127. maddesinde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu kapsamda anılan 127. maddenin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesi ile beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmıştır. İptali talep edilen ibarelerle anılan cümlelerin yürürlükten kaldırılması, Anayasa'ya aykırıdır.

Öncelikle Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun (TMSF) hukuki statüsünü ortaya koymak gerekmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 111. maddesi uyarınca; bu Kanun ve ilgili diğer mevzuat ile verilen yetkiler çerçevesinde tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla, mevduatın ve katılım fonlarının sigorta edilmesi, Fon bankalarının yönetilmesi, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi, satışı, tasfiyesi, Fon alacaklarının takip ve tahsili işlemlerinin yürütülmesi ve sonuçlandırılması, Fon varlık ve kaynaklarının idare edilmesi ve Kanunla verilen diğer görevlerin ifası için kamu tüzel kişiliğini haiz, idari ve mali özerkliğe sahip TMSF kurulmuştur. Bununla birlikte 2018/1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin ek listesinde TMSF, Cumhurbaşkanlığı ile ilgilendirilmiştir.

Gözler, bağımsız idari otoritelerin ortak özelliklerini “1) faaliyet konuları; 2) Devlet adına çalışma; 3) icrai karar alma yetkisi; 4) yargısal değil, idari nitelik; 5) kararlarının yargısal denetime tabi olması; 6) kamu tüzel kişiliği; 7) kamu kurumu olma; 8) bağımsızlık özelliği; 9) vesayet denetimine tabi olabilme; 10) müeyyide uygulama yetkisi; 11) düzenleme yetkisi; 12) ilişkili kurum olma; 13) kendilerine has bütçeleri vardır; 14) mali denetimleri Sayıştay tarafından yapılır” şeklinde sıralamıştır.¹¹ TMSF; tasarruf, mevduat ve katılım fonları hususunda faaliyet göstermektedir; bu faaliyetlerin yürütülmesini Devlet nam ve hesabına temin ederek bir türden kamu hizmeti görür; anılan Kanun'un 122. maddesi uyarınca Fon Kurulu kararlarının uygulanmasını sağlar; yargısal değil idari nitelikte karar alır ve idari usulle

11 Gözler, Kemal, Kaplan, Gürsel, İdare Hukuku Dersleri, Güncelleştirilmiş ve Düzeltilmiş B. 19, Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2017, s. 245-250.

karar alır; kararları idari yargı denetimine tabidir¹²; kamu tüzel kişiliğini haizdir; kamu tüzel kişiliğini haiz olduğundan bir türden kamu kurumu niteliğindedir; idari özerliğe dolayısıyla bağımsızlığa sahiptir; düzenleme yapma yetkisi vardır¹³; Cumhurbaşkanlığı ile ilgilendirilmiştir; mali özerliğe sahiptir dolayısıyla kendilerine has bütçeleri vardır; anılan Kanun'un 124. maddesi uyarınca Sayıştay tarafından denetlenir. Ancak EPDK, BDDK gibi bağımsız idari otoritelerin uyguladığı bağlamda müeyyide uygulama yetkisi bulunmamaktadır ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'na ekli (III) sayılı cetvelde sayılan düzenleyici ve denetleyici kurumlar arasında TMSF yer almamaktadır. Sayıştay ise; TMSF'yi bağımsız idari otorite olarak nitelendirmektedir.¹⁴ Her ne kadar TMSF'nin bağımsız idari otorite olup olmadığı hususu tartışmalı olsa, literatürde “üst kurul benzeri, fon tipi yönetim” ve benzeri isimlerle adlandırılrsa da; Anayasa'nın 123. maddesi bağlamında; merkezi idari teşkilat içinde konumlanmaktadır.

Bununla birlikte anılan fıkraların değişiklik öncesi ve sonrasındaki anlamlarını ortaya koymak gerekmektedir.

Anılan 127. maddenin dördüncü fıkrasının 7407 sayılı Kanun'un 7. maddesiyle değiştirilmeden önceki hali:

“Fon Kurulu üyeleri ile Fon personeli aleyhine, Fon Kurulunun veya Fonun bu Kanunda yazılı görevlere ilişkin karar, eylem ve işlemleri sebebiyle, gerek görevlerinin ifası sırasında gerek görevden ayrılmalarından sonra, açılmış veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davası, Fon aleyhine açılmış sayılır ve bu davalarda husumet Fona yöneltilir. Avukatlık ücreti ve dava masraflarına ilişkin yukarıdaki fıkra hükmü işbu hukuk davaları için de aynen geçerlidir. Yargılama sonucunda Fon aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi nedeniyle Fonun ödeme yapması hâlinde, Fon bu meblağı, ilgililerinden talep eder. Fonun,

12 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 26.02.2018 karar tarihli ve 2018/106 E.; 2018/107 K. sayılı Kararı'nın gerekçesinin müteallik bölümü “*Dosyanın tetkikinden; Davacının kendisinin ve ailesinin mevduat hesabı bulunduğu İmar Bankasındaki paranın bilgi ve istemleri dışında yurtdışı offshore hesaplara aktarıldığı, Bankanın devredildiği TMSF nin paranın iadesine ilişkin taleplerine olumsuz cevap verdiği, bunun üzerine söz konusu davanın açıldığı anlaşılmaktadır.*

İdare hukuku kuralları içinde kamu hizmetinin yürütülmesi amacıyla kamu gücü kullanılarak tek yanlı irade beyanıyla tesis edilen idari işlemler, idari eylemler ve idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklar sebebiyle açılan davaların görüm ve çözümü İdari Yargının görev alanında bulunmaktadır.

Yukarıda alıntılanan 5411 sayılı Kanunun 111. Maddesinden de anlaşılacağı üzere, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun, olayda kanunla kendisine verilen görev uyarınca tek taraflı ve kamu gücünü kullanarak hareket ettiği görülmektedir.

Açıklanan nedenlerle dava konusu uyuşmazlığın idari yargıda görülüp çözülmesi gerekmekte olup, Danıştay Başsavcısı'nın başvurusunun kabulü ile İstanbul (Anadolu) 3. Tüketici Mahkemesinin, davalı vekilinin görev itirazının reddine ilişkin 02.03.2017 gün ve E:2016/1194 sayılı kararının kaldırılması gerekmektedir.” şeklindedir. <https://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/Karar/Content/7071e1f4-d0b7-4462-a170-593b23ecd24b?excludeGerekce=False&wordsOnly=False> (Erişim Tarihi: 30.05.2022).

13 Söz gelimi 16.12.2021 tarihli ve 31691 sayılı Resmi Gazete'de Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun Sigortaya Tabi Mevduat ve Katılım Fonları ile Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunca Tahsil Olunacak Primlere Dair Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına İlişkin Yönetmelik yayımlanmıştır.

14 T.C. Sayıştay Başkanlığı, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu 2020 Yılı Sayıştay Denetim Raporu, Ağustos 2021, s. 31, <https://www.sayistay.gov.tr/reports/download/3540-tasarruf-mevduati-sigorta-fonu> (Erişim Tarihi: 30.05.2022).

yaptığı ödemeleri ilgililerden talep edebilmesi için, bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi gerekir.”

Anılan 127. maddenin dördüncü fıkrasının 7407 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle değiştirilmeden sonraki hali:

“Fon Kurulu üyeleri ile Fon personeli aleyhine, Fon Kurulunun veya Fonun bu Kanunda yazılı görevlere ilişkin karar, eylem ve işlemleri sebebiyle, gerek görevlerinin ifası sırasında gerek görevden ayrılmalarından sonra, açılmış veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davası, Fon aleyhine açılmış sayılır ve bu davalarda husumet Fona yöneltilir. Avukatlık ücreti ve dava masraflarına ilişkin yukarıdaki fıkra hükmü işbu hukuk davaları için de aynen geçerlidir. Yargılama sonucunda Fon aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi nedeniyle Fonun ödeme yapması hâlinde, Fonun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır. (Mülga dördüncü cümle:26/5/2022-7407/7 md.)”

Anılan 127. maddenin beşinci fıkrasının 7407 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle değiştirilmeden önceki hali:

“Mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun 64 ve 65. maddeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesi ve bu Kanunun 71. maddesi uyarınca işlem yapılan bankalarla ilgili olarak Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyeleri aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılmış bulunan davalar da atamayı yapan ilgili mercii olan Kurum veya Fon aleyhine açılmış sayılır ve bu davalarda da husumet ilgili kuruma yöneltilir. Yargılama sonucunda ilgili kurum aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi nedeniyle, ödeme yapılması hâlinde, ilgili kurum bu meblağı, ilgililerinden talep eder. İlgili kurumun, yaptığı ödemeleri ilgililerden talep edebilmesi için, bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi gerekir.”

Anılan 127. maddenin beşinci fıkrasının 7407 sayılı Kanun’un 7. maddesiyle değiştirilmeden sonraki hali:

“Mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun 64 ve 65. maddeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun 14. maddesi ve bu Kanun uyarınca işlem yapılan bankalarla ilgili olarak Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyeleri aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılmış bulunan davalar da atamayı yapan ilgili mercii olan Kurum veya Fon aleyhine açılmış sayılır ve bu davalarda da husumet ilgili kuruma yöneltilir. Yargılama sonucunda ilgili kurum aleyhine karar verilmesi ve kararın kesinleşmesi nedeniyle, ödeme yapılması hâlinde, ilgili kurumun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır. (Mülga üçüncü cümle:26/5/2022-7407/7 md.)”

Anılan fıkraların lafzından anlaşılabacağı üzere; (dördüncü fıkra uyarınca) Fonun ödeme yapması halinde, bu meblağı ilgililere rücu etmesi zorunlu iken; ihtiyari hale gelmiş; (beşinci fıkra uyarınca) ilgili kurumun (Kurum, 5411 sayılı Kanun’un 3. maddesinin delaletiyle Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu (BDDK) - BDDK bağımsız idari otoritedir-, veya Fon) ödeme yapması halinde, bu meblağı ilgililere rücu etmesi zorunlu iken; ihtiyari hale gelmiştir.

Öte yandan, anılan dördüncü fıkra gereğince; Fon aleyhine açılmış sayılacak dava: Fon Kurulu üyeleri ile Fon personeli aleyhine, Fon Kurulunun veya Fonun bu Kanunda yazılı görevlere ilişkin karar, eylem ve işlemleri sebebiyle, gerek görevlerinin ifası sırasında gerek görevden ayrılmalardan sonra, açılmış veya açılacak her türlü tazminat ve alacak davasıdır. O halde müddeabih, Fon Kurulu üyeleri ile Fon personelinin kaynaklanmaktadır. Söz konusu beşinci fıkra gereğince; atamayı yapan ilgili mercii olan Kurum veya Fon aleyhine açılmış sayılacak dava: mülga 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun 64 ve 65. maddeleri ile bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14. maddesi ve bu Kanun uyarınca işlem yapılan bankalarla ilgili olarak Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyeleri aleyhine görevlerinin ifası sebebiyle açılmış bulunan davalardır. O halde müddeabih, Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyelerinden kaynaklanmaktadır.

Buna ilave olarak, Anayasa'nın 128. maddesi gereğince; Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. O halde ilgili mevzuat uyarınca görevlerinin ifası sebebiyle Kurum veya Fon aleyhine dava açılmasına yol açan Fon Kurulu üyeleri ile Fon personeli ve Bakan, Kurul veya Fon Kurulu tarafından atanan yönetim kurulu ve denetleme kurulu üyeleri de kamu görevlisidir. Zira Kurum ve Fon, başta 5411 sayılı Kanun olmak üzere ilgili mevzuat tarafından kendilerine tevdi edilen görevleri, söz konusu kimseler aracılığıyla yerine getirir.

İptali talep edilen ibarelerle anılan 127. maddenin dördüncü fıkrasının dördüncü cümlesi ile beşinci fıkrasının üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmak suretiyle; dördüncü fıkra yönünden Fonun, yaptığı ödemeleri ilgililerden talep edebilmesi için, bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi gerekliliği ile beşinci fıkra yönünden ilgili kurumun, yaptığı ödemeleri ilgililerden talep edebilmesi için, bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi gerekliliği bertaraf edilmiştir. Diğer bir deyişle Fonun ve ilgili kurumun, ilgililere ödenen meblağı rücu edebilmesinin ön koşulu olarak belirlenen “bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi” hususu, ortadan kaldırılmıştır. Rücu edilebilmesi için; bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesin hükümle (res judicata) sonuçlanmasının aranmaması, Anayasa'ya aykırıdır.

İhtilafı kural, daha detaylı olarak aşağıdaki açılardan Anayasa'ya aykırıdır.

a) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, hak arama hürriyeti, masumiyet karinesi, temel hak ve hürriyetlerin korunması bakımından: İptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinde teminat altına alınan adil yargılanma hakkını, Anayasa'nın 38. maddesinde temelini bulan masumiyet karinesini, Anayasa'nın 40. maddesinde güvencelenen Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkını ihlal etmektedir.

Zira iptali talep edilen ibarelerle anılan cümleler yürürlükten kaldırılmış ve Fon ile ilgili kurumun; bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi beklenmeksizin; yaptığı ödemeleri ilgililerinden talep edebilmesi hukuken mümkün kılınmıştır. Halbuki kesin hüküm, bir yargısal işlemin ve kararın bağlayıcı hale gelmesinin bir ön şartıdır. Başka bir anlatımla “Res judicata”nın anlamı bir hukuk mahkemesi kararının veya bir beraat kararının kesinleşmesiyle birlikte derhal bağlayıcı hale gelmesi ve iptal edilme riskinin

bulunmamasıdır (Brumărescu)''¹⁵. O halde bu kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararı, idare makamları (Fon ve ilgili kurum) bakımından henüz bağlayıcı hale gelmeden; Fonun ve ilgili kurumun yaptığı ödemeleri ilgililerden talep edebilmesi, kesin hükmün bağlayıcılığı ilkesini dolayısıyla adil yargılanma hakkını ihlal edecektir. Başka bir anlatımla kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesin hükümle sonuçlanmasına ilişkin ön koşul yürürlükten kaldırıldığından; (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarına aykırı olarak) adil yargılanma hakkının özüne dokunulacaktır. Kaldı ki Fon veya ilgili kurum aleyhine açılmış sayılan davalarda, ilgili kişiye davanın ihbar edilmesi zorunluluğu öngörülmemiştir. Başka bir anlatımla ilgili kişiye, açılmış sayılan davada kendini savunma imkanı (zorunlu olarak) tanınmamıştır.

Öte yandan ilgili kişinin kusurlu fiilinin, ceza hukuku anlamında suç teşkil etmesi de mümkündür. Başka bir anlatımla aynı (kusurlu) fiilden dolayı hukuk davasıyla bağlantılı bir ceza davası görülmesi mümkündür. Bu durumda adil yargılanma hakkının tüm unsurlarının (kanunla kurulmuş-bağımsız-tarafsız bir mahkemede, makul bir sürede, adil ve aleni biçimde yargılanma hakkı, mahkemeye erişim hakkı, silahların eşitliği-yargılamada çelişme-yargılamada vicahilik ilkelerinin) tecessüm edeceği bir mahkumiyet (kesin nitelikteki) hükmü aranmadan, ilgili kişilere rücu edilmesi, Anayasa'nın 38. maddesinde düzenlenen masumiyet karinesini de ihlal edecektir. Gerçekten de; Anayasa'nın 38. maddesinde güvence altına alınan masumiyet (suçsuzluk) karinesi, kişinin suç işlediğine dair kesinleşmiş bir yargı kararı olmadan suçlu olarak kabul edilmemesini güvence altına alır. Bunun sonucu olarak kişinin masumiyeti asıl olduğundan suçluluğu ispat külfeti iddia makamına ait olup kimseye suçsuzluğunu ispat mükellefiyeti yüklenemez. Ayrıca hiç kimse suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar yargılama makamları ve kamu otoriteleri tarafından suçlu olarak nitelendirilemez ve suçlu muamelesine tabi tutulamaz. Bu çerçevede masumiyet karinesi, kural olarak hakkında bir suç isnadı bulunan ve henüz mahkûmiyet kararı verilmemiş kişileri kapsayan bir ilkedir (Kürşat Eyol, B. No: 2012/665, 13/6/2013, §§ 26, 27). Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere, "Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan suçsuzluk karinesi, hakkında suç isnadı bulunan bir kişinin adil bir yargılama sonunda suçlu olduğuna dair kesin hüküm tesis edilene kadar masum sayılması gerektiğini ifade etmekte ve hukuk devleti ilkesinin de bir gereğini oluşturmaktadır" (AYM, E. 2017/109, K. 2018/39, K.T. 02.05.2018, R.G. 6/6/2018 – 30443, III-8). Adil yargılanma hakkının bir unsuru olan masumiyet karinesinin sağladığı güvencenin iki yönü bulunmaktadır. Güvencenin ilk yönü; kişi hakkındaki ceza yargılaması sonuçlanıncaya kadar geçen, bir başka ifadeyle kişinin ceza gerektiren bir suçla itham edildiği (suç isnadı altında olduğu) sürece ilişkin olup suçlu olduğuna dair hüküm tesis edilene kadar kişinin suçluluğu ve eylemleri hakkında erken açıklamalarda bulunulmasını yasaklar. Güvencenin bu yönünün kapsamı, sadece ceza yargılamasını yürüten mahkemeye sınırlı değildir. Güvence aynı zamanda diğer tüm idari ve adli makamların da işlem ve kararlarında, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kişinin suçlu olduğu yönünde ima ya da açıklamalarda bulunmamasını gerekli kılar. Dolayısıyla sadece suç isnadına konu ceza yargılaması kapsamında değil ceza yargılaması ile eş zamanlı olarak yürütülen diğer hukuki süreç ve yargılamalarda da (idari, hukuk, disiplin gibi) masumiyet karinesinin ihlali söz konusu olabilir (Galip Şahin, B. No: 2015/6075, 11/6/2018, § 39; Turgut Duman, B. No: 2014/15365, 29/5/2019, § 103). Güvencenin ikinci yönü ise ceza yargılaması sonucunda mahkûmiyet dışında bir hüküm kurulduğunda devreye girer ve daha sonraki yargılamalarda ceza gerektiren suçla ilgili olarak kişinin masumiyetinden şüphe duyulmamasını, kamu makamlarının toplum nezdinde kişinin suçlu olduğu izlenimini

15 Vitkauskas, Dovydas, Dikov, Grigoriy, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 35.

uyandıracak işlem ve uygulamalardan kaçınmasını gerektirir (Galip Şahin, § 40; Turgut Duman, § 104).

Nasıl ki AYM, masumiyet karanesinin kamu otoritelerini bağladığını ifade ediyorsa, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, masumiyet karanesinin ihlalinin bir hâkim veya mahkemeden kaynaklanabileceği gibi, başka kamu otoritelerinden de gelebileceğine dikkat çekmektedir (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 10.02.1995 tarihli ve 15175/89 Başvuru No’lu *Allenet de Ribemont . Fransa Kararı*, §36). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne göre, Sözleşme’nin 6. maddesinin ikinci fıkrasında güvence altına alınan masumiyet karanesinin iki boyutu bulunmaktadır. Buna göre, ilk boyut, bir suç isnadında bulunulmasından ceza yargılamasının sonuçlanmasına kadar geçen süreci güvence altına almaktadır. İkinci boyut ise, mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanmayan ceza yargılamalarıyla bağlantılı müteakip yargılamalar bağlamında kişinin masumiyetine saygı gösterilmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Ceza yargılamasının devam ettiği sürece ilişkin ilk unsurun kapsamı sadece ceza yargılamalarının adilliğini temin etmek adına usule ilişkin bir güvence olmakla sınırlı değildir. Bu ilke daha geniş kapsamlı olup hiçbir devlet temsilcisinin kişinin suçluluğu bir mahkeme tarafından tespit edilmeden o kişinin suçlu ilan edilmemesini veya suçlu muamelesine tabi tutulmamasını gerektirir. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin 28.03.2017 tarihli ve 45028/07 Başvuru No’lu *Kemal Coşkun . Türkiye Kararı*, § 41, 43; 23.01.2018 tarihli ve 60392/08 Başvuru No’lu *Seven . Türkiye Kararı*, § 43).

Bu itibarla, ihtilaflı ibarelerle; ilgili kişiler hakkında (suç teşkil eden) kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararı kesinleşmeden; Fon ve ilgili kurum tarafından ilgili kişilere ödenen meblağ rücu edilebileceğinden; Anayasa’nın 38. maddesini ihlal etmektedir.

Yine Anayasa’nın 40. maddesi mucibince herkes, Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen herkesin yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Kanun koyucu da iptali talep edilen ibarelerle anılan cümleler yürürlükten kaldırılmadan önce; Anayasa’nın amir hükmüne istinaden ilgili kişilerin kusurlu olduklarına ilişkin bir dava dosyasının görüleceği ve bu mahkeme kararının ancak kesin hükümle neticelenmesi halinde rücu müessesesinin işletilebileceğini hüküm altına almıştır. İptali talep edilen ibareler, olsa dahi; ilgili kişiler hakkında kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme, genel hükümlere istinaden yine görülecektir. Ancak ilgili kişilere rücu edilebilmesinin ön koşulu olarak bu davanın kesin hükümle sonuçlanmasına ilişkin cümleler yürürlükten kaldırılarak; ilgili kişilerin anılan hakkının kullanımı etkisizleştirmiştir; (Anayasa’nın temel hak ve özgürlüklerin güvencelerini ve sınırlandırılmasının sınırlarını düzenleyen 13. maddesinin aksine) anılan hakkın özüne dokunulmuştur.

Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa’nın 13, 36, 38 ve 40. maddelerine aykırıdır.

b)Kamu zararının kamu görevlilerine rücu edilmesi bakımından: Anayasa’nın 40. maddesinin üçüncü fıkrası: “Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” şeklindedir. Söz konusu Anayasal hüküm, Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında tecessüm etmiştir: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”. Rücu etme müessesesi bakımından; Anayasa’nın 40. maddesinde, (resmi görevliler için) takdir yetkisi; Anayasa’nın 129. maddesinde, (memurlar ve diğer kamu görevlileri için) bağlı yetki

öngörülmüştür. Anılan hükümlerin ratio legis'i kamu görevlilerinin, yönetilen karşısında korunmasıdır. Nitekim Günday'a göre;

“Memur görevini yerine getirirken ister istemez bir çok kimse ile ilişki içine girer ve pek çok kimsenin kişisel ve bazen de hak ve menfaatlerini ihlal eder. Bu nedenle, memurların birçok kin ve husumete maruz kalması doğaldır. Kötüniyetli kimselerin memuru, tehdit etmeleri, ona karşı suç işlemeleri olası olduğu gibi, memuru korkutmak ve onu görevinden alıkoymak için aleyhine dava açmaları da mümkündür. Böyle gerekli – gereksiz açılacak davalar, çoğu kez memurları görevlerini daha dikkatli yapmaya sevk etmez; tam tersine memurları korkak, ürkek ve çekingen bir duruma koyar ve pasif kalmaya itebilir. İşte bu nedenlerle, bir yandan ceza kanunlarına memurları koruyacak hükümler konması gerektiği gibi, memur aleyhine kötüniyetli kişilerin davalar açarak onu gereksiz masraf ve külfetlere sokmalarına karşı da bazı koruyucu önlemlerin alınması zorunlu olmuştur.¹⁶ ... İşte 1982 Anayasası, 129. maddesinin 5. fıkrası ile bu duruma kesinkes son vermek amacıyla şu hükmü getirmiştir: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Anayasanın bu hükmü ile, memurların idare edilenlere karşı doğrudan sorumluluğu kaldırılmış ve böylece memur idare edilenlerin kendisi aleyhine açacakları davalara karşı korunmuştur.”¹⁷

Anayasa Mahkemesi de bir kararında:

“Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." hükmü yer almakta olup, maddenin gerekçesinde bu husus" İhlalden doğan zarar Devletçe ödenecek ve Devlet, bu ödeme nedeniyle, sorumlu görevliye rücu hakkı vardır." şeklinde belirtilmiştir.”

formülü ile lafzi ve tarihsel yorum ilkelerini birlikte uygulamıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 25.11.2015 tarihli ve 2014/86 E.; 2015/109 K. sayılı Kararı, § 113). Yine Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında:

“Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Bu hüküm, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri her türlü kusurdan kaynaklanan tazminat davalarının muhatabının idare olduğunu açıkça ifade etmektedir. Ancak kusuruyla idareyi zarara uğratan kamu görevlisinin sorumluluğu ortadan kaldırılmamıştır. Anayasa'nın anılan maddesi uğranılan mali zarar için sorumlu kamu görevlisine rücu edilmesini zorunlu kılmaktadır. Maddenin gerekçesinde bu husus, “Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.”

¹⁶ Günday, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş B. 10, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013, s. 619.

¹⁷ ibid, s. 626.

şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2021 tarihli ve 2020/18 E.; 2021/38 K. sayılı Kararı, § 14).

Anılan 40 ve 129. maddelerin Anayasal ratio legis'i kamu görevlilerini, yönetilenlerin karşısında korumak ise; ilgili kişilerin kusurlu olduklarına ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesinin beklenilmemesi, söz konusu Anayasal amaca aykırıdır. Zira Fon veya ilgili kurum, mahkeme kararı kesinleşmeden; ilgili kişiye, ödediği meblağı rücu edecek; akabinde ilgili kişinin kusurunun olmadığına ilişkin mahkeme kararı kesinleşecek ve ilgili kişiden hukuka aykırı biçimde tahsilat yapılmış olacaktır. İdare, ilgili kişinin kusurlu olduğu kesin hükümle karara bağlanmadığından (yargılama süreci boyunca) sebepsiz zenginleşecektir. Elbette ilgili kişi, bu türden bir olasılıkta; idareden, kendisinden haksız yere talep edilen meblağın iadesini isteyebilir ancak bu hal, dahi; ilgili kişi üzerindeki baskıyı ("kötüniyetli kimselerin memuru, tehdit etmeleri, ona karşı suç işlemeleri olası olduğu gibi, memuru korkutmak ve onu görevinden alıkoymak için aleyhine dava açmaları vb.") bertaraf etmeye yeterli değildir. (Öte yandan bu durum, bürokratik işlemlerin lüzumu olmaksızın artmasına neden olacaktır.) Bu nedenlerle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 40 ve 129. maddelerine aykırıdır.

c)Mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı).

Ancak kesinleşmiş yargı kararı olmaksızın; Fon veya ilgili kurumun ödenen meblağı ilgili kişilere rücu etmesi, ilgili kişilerin mülkiyet hakkını korumasız bırakacak ve onun özüne dokunacaktır. Zira ilgili kişi hakkında kusurlu olduğuna ilişkin mahkeme kararı kesinleşmeksizin; ilgili kişiden ödenen meblağın talep edilmesi, mülkiyet hakkına idari işlemlerle müdahale edilmesinin önünü açacaktır.

Başka bir anlatımla kanun koyucu, kesin nitelikteki bir yargı kararı olmaksızın ilgili kişiler hakkında idare tarafından işlem yapılmasına (Fon veya ilgili kurumun ödenen meblağı talep etmesine) cevaz vermek suretiyle; Anayasa'nın 13. maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının gereklerini karşılamayarak; onların mülkiyet hakkını ihlal etmiştir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere; Anayasa'nın 35. maddesi usule ilişkin açık bir güvenceden söz etmemektedir. Bununla birlikte mülkiyet hakkının gerçek anlamda korunabilmesi bakımından bu madde, Anayasa Mahkemesinin çeşitli kararlarında da ifade edildiği üzere mülk sahibine müdahalenin kanun dışı veya keyfi ya da makul olmayan şekilde uygulandığına ilişkin savunma ve itirazlarını sorumlu makamlar önünde etkin bir biçimde ortaya koyabilme olanağının tanınması güvencesini kapsamaktadır. Bu değerlendirme ise, uygulanan sürecin bütününe bakılarak yapılmalıdır (Züliye Öztürk, B. No: 2014/1734, 14/9/2017, § 36; Bekir Yazıcı [GK], B. No: 2013/3044, 17/12/2015, § 71) (Recep Tarhan ve Afife Tarhan, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 62) (Anayasa Mahkemesi'nin 01.07.2020 tarihli ve 2016/4293 Bireysel Başvuru No'lu Güven Bostan Başvurusu, § 48). Ancak ilgili kişiler bakımından söz konusu mahkeme kararına kesin hüküm bağlanmayarak ve dolayısıyla hakkı koruyucu usuli güvenceler bertaraf edilmek suretiyle hakkın özüne

dokunularak mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

ç)Hukuk devleti ve idarenin kanuniliği ilkeleri bakımından: Hukuk devleti, bütün işlem ve eylemlerinin hukuk kurallarına uygunluğunu başlıca geçerlik koşulu sayan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurmayı amaçlayan ve bunu geliştirerek sürdüren, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, insan haklarına saygı duyarak bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, Anayasa'ya ve hukuk kurallarına bağlılığa özen gösteren, yargı denetimine açık olan, yasaların üstünde yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri ile Anayasa'nın bulunduğu bilinci olan devlettir (Anayasa Mahkemesi'nin 02.06.2009 tarihli ve 2004/10 E.; 2009/68 K. sayılı Kararı). Hukuk devletinin ön koşullarından olan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını; hukuki belirlilik ilkesi de, kanun hükümlerinin şüpheye yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir olmasını ve ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlemler içermesini ifade etmektedir (bkz. AYM 9.2.2017, 2016/143 E.– 2017/23 K. par. 13; RG. 12.4.2017-30036) (Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2017 tarihli ve 2015/41 E.; 2017/98 K. sayılı Kararı). Başka bir deyişle, hukuk devleti ilkesi gereğince, idareye işlem yaparken ve eylem tesisi ederken veya görevlerini yerine getirirken belirli oranda hareket serbestliği sağlayan takdir yetkisinin kullanımı mutlak, sınırsız, keyfi biçimde gerçekleşemez; idarenin takdir yetkisinin sınırları, keyfi işlem ve eylemleri önlemek amacıyla kanunla çizilmelidir. Öte yandan; Anayasa'nın 123. maddesinde yer alan idarenin kanuniliği ilkesinin iki boyutu bulunmaktadır. İlk boyutu, idarenin secundum legem özelliğidir (kanuna dayanma ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin düzenleme yetkisi kanundan kaynaklanır. İkinci boyutu, idarenin intra legem özelliğidir (kanuna aykırı olmama ilkesidir). Bu ilkeye göre idarenin işlem ve eylemleri, kanunun çizdiği sınırlar içinde kalmalıdır.

Ancak iptali talep edilen ibarelerle anılan cümleler yürürlükten kaldırılarak; idareye sınırsız takdir yetkisi tanınmıştır. Başka bir anlatımla yürürlükten kaldırılan cümlelere istinaden idare, ilgili kişiye rücu edebilmek için; ilgili kişi hakkında kusurlu olduğuna ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesini beklemek suretiyle kayıtlı olmakta idi. Ancak iptali talep edilen ibarelere istinaden idare, mahkeme kararı kesinleşmeden de ilgililere rücu edebilecek yahut kesinleşse bile rücu etmeyebilecektir. İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkraların lafzında idareyi kayıtlı olacak, idarenin takdir yetkisini keyfi biçimde kullanmasını önleyecek hiçbir nesnel, açık, net, anlaşılabilir ölçüt bulunmamaktadır. İdarenin rücu ederken kanuna dayanması ve aykırı olmaması için esas alacağı nesnel yasal çerçeve belirsizdir. Söz konusu rücu yetkisi, ne esas ne de usul yönlerinden objektif olarak tanımlanmıştır ve son tahlilde, tamamen uygulayıcının keyfi kararına tabi şekilde öngörülmüştür. Bu nedenle iptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 2 ve 123. maddelerine aykırıdır.

d)Yasama yetkisinin devredilmezliği bakımından; Anayasa'nın 7. maddesinde temelini bulan yasama yetkisinin devredilmezliği ilkesine göre yasama yetkisi yalnız Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne aittir. Bu nedenle idareye düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının temel ilkeleri ortaya koyması ve çerçeveyi çizmesi gerekir. Diğer bir deyişle idareye sınırsız ve belirsiz bir düzenleme yetkisi bırakılamaz. Nitekim idarenin düzenleme yetkisi; sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Yasa ile yetkilendirme, Anayasa'nın öngördüğü biçimde yasa ile düzenleme anlamını taşımamaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 02.05.2008 tarihli ve 2005/68 E.; 2008/102 K. sayılı Kararı). İptali talep edilen ibarelerin yer aldığı fıkraların hükmünde olduğu gibi temel ilkeleri belirlenmeksizin ve çerçevesi çizilmeksizin; idareye (Fona ve ilgili kuruma) ödediği meblağı ilgililere rücu etme yetkisi veren yasa hükmü, Anayasa'nın 7. maddesine aykırılık oluşturur.

e)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği sınırsız takdir yetkisi, ilgililer arasında idare tarafından kayırma/ayrımcılık yapılmasına neden olabileceğinden; anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayrıma ilişkin bir “haklı neden”in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilaflı düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; “[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır.” (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; “Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir” (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: “Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir” (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Ancak iptali talep edilen ibarelerin idareye verdiği öznel ve keyfi uygulamalara sebep olabilecek sınırsız takdir yetkisi; söz gelimi ilgili kişilerin biri hakkındaki yargılamanın kesin hükümle neticelenmesinin beklenilmesine ve fakat diğeri için beklenilmemesine ilişkin haklı nedeni somutlaştırmaya elverişli değildir. Bir başka deyişle, ihtilaflı düzenleme, haklı bir sebebe dayanmayan ve keyfiliğe açık muamele farklılıklarını idarenin yetki alanına dahil etmektedir. Bu nedenle anılan ibareler, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

f)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Bunun yanında; Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen ibareler, Anayasa'nın 35, 36, 38 ve 40. maddeleriyle benzer hükümler içeren Türkiye'nin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 6. ve etkili başvuru hakkına ilişkin 13. maddelerini; Ek 1 No'lu Protokol'ünün mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddesini de ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan “dördüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış” ibaresi ile “fıkranın üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış” ibaresi, Anayasa'nın 2, 7, 10, 13, 35, 36, 38, 40, 90, 123 ve 129. maddelerine aykırıdır; anılan ibarelerin iptali gerekir.

2) 26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 19. maddesiyle yeniden düzenlenen 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesiyle 6758 sayılı Kanun'un 20. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesinin Anayasa'ya aykırılığı

7407 sayılı Kanun'un 17. maddesiyle 6758 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun satış ve tasfiyeye ilişkin

yetkilerini düzenleyen 20. maddesinin birinci fıkrası değiştirilmiştir. Anılan fıkranın iptali talep edilen ikinci cümlesine göre yönetim ve denetimi veya kayyımlik yetkisi Fona devredilen veya Fonun kayyım olarak atandığı banka/şirketleri ve ortaklık paylarını soruşturma, kovuşturma veya iflas ve tasfiye süresince yönetmek ve temsil etmek üzere atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler ile 5271 sayılı Kanun'un 128. maddesinin onuncu fıkrasına göre malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler ve bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler hakkında 08.11.2016 tarihli ve 6755 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Alınması Gereken Tedbirler ile Bazı Kurum ve Kuruluşlara Dair Düzenleme Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabul Edilmesine Dair Kanun'un 37. maddesi uygulanacaktır. Ancak söz konusu ikinci cümle, Anayasa'ya aykırıdır.

İptali talep edilen cümlelerin kapsamında kalan kişi kategorileri: “yönetim ve denetimi veya kayyımlik yetkisi Fona devredilen veya Fonun kayyım olarak atandığı banka/şirketleri ve ortaklık paylarını soruşturma, kovuşturma veya iflas ve tasfiye süresince yönetmek ve temsil etmek üzere atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler ile 5271 sayılı Kanun'un taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymayı düzenleyen 128. maddesinin onuncu fıkrasına göre malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler”dir.

Anayasa'nın 128. maddesi gereğince; Devletin, kamu iktisadi teşebbüsleri ve diğer kamu tüzelkişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür. O halde yönetim ve denetimi veya kayyımlik yetkisi Fona devredilen veya Fonun kayyım olarak atandığı banka/şirketleri ve ortaklık paylarını soruşturma, kovuşturma veya iflas ve tasfiye süresince yönetmek ve temsil etmek üzere atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler ile 5271 sayılı Kanun'un taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymayı düzenleyen 128. maddesinin onuncu fıkrasına göre¹⁸ malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla atananlar, görevlendirilenler veya atananlar tarafından temsil yetkisini haiz olmak üzere görevlendirilenler de kamu görevlisidir. Zira Fon, başta 5411, 6758 sayılı Kanunlar olmak üzere ilgili mevzuat tarafından kendisine tevdi edilen görevleri, söz konusu kimseler aracılığıyla yerine getirir.

Bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler hakkında 6755 sayılı Kanun'un sorumluluğu düzenleyen 37. maddesi uygulanacaktır.

6755 sayılı Kanun'un “Sorumluluk” başlıklı 37. maddesi:

“MADDE 37- (1) 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında karar alan, karar veya tedbirleri icra eden, her türlü adli ve idari önlemler kapsamında görev alan kişiler ile olağanüstü hal süresince yayımlanan kanun hükmünde kararnameler kapsamında karar alan ve

¹⁸ 5271 sayılı Kanun'un taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoymayı düzenleyen 128'inci maddesinin onuncu fıkrası: “Bu madde uyarınca elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilir. Bu durumda 133 üncü madde hükümleri kıyasen uygulanır.” şeklindedir.

görevleri yerine getiren kişilerin bu karar, görev ve fiilleri nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğu doğmaz.

(2) (Ek: 20/11/2017-KHK-696/121 md.; Aynen kabul: 1/2/2018-7079/113 md.) Resmi bir sıfat taşıyıp taşımadıklarına veya resmi bir görevi yerine getirip getirmediğine bakılmaksızın 15/7/2016 tarihinde gerçekleştirilen darbe teşebbüsü ve terör eylemleri ile bunların devamı niteliğindeki eylemlerin bastırılması kapsamında hareket eden kişiler hakkında da birinci fıkra hükümleri uygulanır.

(3) (Ek:5/12/2019-7194/50 md.) Terör örgütlerine veya (İptal ibare: Anayasa Mahkemesinin 3/6/2021 tarihli ve E.:2020/18; K.:2021/38 sayılı Kararı ile) (...) Devletin milli güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplara üyeliği, mensubiyeti veya iltisakı yahut bunlarla irtibatı olan ve bu nedenle kamu görevinden çıkarılmış olan kişilerden, adli veya idari soruşturma veya kovuşturması devam edenlerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin başvuruları hakkında 31/10/2019 tarihine kadar karar alan, bu kararları yerine getiren veya işlem yapmayan kamu görevlilerinin bu karar ve fiilleri nedeniyle (İptal ibare: Anayasa Mahkemesinin 3/6/2021 tarihli ve E.:2020/18; K.:2021/38 sayılı Kararı ile) (...) idari, (İptal ibare: Anayasa Mahkemesinin 3/6/2021 tarihli ve E.:2020/18; K.:2021/38 sayılı Kararı ile) (...) ve cezai sorumluluğu doğmaz.”

şeklindedir. (Anayasa Mahkemesi, söz konusu 37. maddenin ikinci fıkrasının, 16.07.2020 tarihli ve 2018/31 E.; 2020/38 K. sayılı Kararı (§15) ile af niteliğini haiz olmadığını hüküm altına almıştır. Yine Anayasa Mahkemesi, söz konusu 37. maddenin üçüncü fıkrasının, 03.06.2021 tarihli ve 2020/18 E.; 2021/38 sayılı Kararı ile nitelik itibarıyla genel af düzenlemesi olduğunu hüküm altına almıştır.)

O halde iptali talep edilen cümle hükmü, genel olarak; bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler hakkında hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğun doğmayacağına, mutlak bir sorumsuzluğun varlığına işaret etmektedir. Bu durum, Anayasa’ya aykırıdır.

a)Hukuk devleti ilkesi, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları, hak arama hürriyeti, temel hak ve hürriyetlerin korunması, idarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolunun açık olması bakımından: İptali istenilen kuralla bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler hakkında hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğun doğmaması, hak arama özgürlüğünü düzenleyen Madde 36, etkili başvuru hakkını koruyan Madde 40 ve “İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu”nun açık olduğunu öngören Madde 125’e aykırıdır.

Anayasa Mahkemesi bir kararında; “Anayasanın hak arama özgürlüğüne ilişkin 36. maddesinde, herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip bulunduğu belirtilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan dava yoluyla hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımanın ötesinde, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden birini oluşturmaktadır. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin en etkili ve güvenceli yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması adil yargılamanın ön koşulunu oluşturur. Anayasa'nın 40. maddesinde; 'Anayasa ile tanınmış

hak ve hürriyetleri ihlâl edilen herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkânının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir. Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır...' ... denilmektedir.'' şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 25.06.2009 tarihli ve 2008/30 E.; 2009/96 K. sayılı Kararı). Buna ilave olarak Anayasa'nın 125. maddesine göre idarenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır.

Öte yandan Anayasa Mahkemesi'nin belirttiği üzere;

“92. Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, Anayasa ve kanunlarla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir.

93. Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve özgürlüklerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların da Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâîk Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı ifade edilmiştir.

94. Anayasa'nın 36. maddesinin birinci fıkrasında, "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." hükmüne yer verilmiştir. Maddeyle güvence altına alınan hak arama özgürlüğü ve adil yargılanma hakkı, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının yanında, diğer temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir.

95. Kişilere yargı mercileri önünde dava hakkı tanınması, adil bir yargılamanın ön koşulunu oluşturmakla birlikte, hak arama özgürlüğü bakımından tek başına yeterli bulunmamaktadır. Mahkemeye erişimi etkisiz kılacak ya da yargı yoluna başvurmayı caydırıcı nitelikteki düzenlemelerin, hak arama özgürlüğüne uygun olduğundan söz edilemez.”

(Anayasa Mahkemesi'nin 13.07.2015 tarihli ve 2014/88 E.; 2015/68 K. sayılı Kararı).

Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin belirttiği üzere; mahkemeye erişim hakkı, “sınırlı bir haktır: söz konusu bu hak devletlerin muhtemel davacılar kısıtlamalar getirmesine açıktır. Buna karşın bu kısıtlamaların meşru amaç gütmesi, ölçülü olması ve hakkın özüne zarar verecek şekilde geniş kapsamlı olmaması gerekmektedir (Ashingdane).”¹⁹

Ancak kanun koyucu, iptali talep edilen cümleyle bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler dolayısıyla hak ihlaline uğradığını iddia edenlerin yargı mercileri önünde davacı konumunda bulunmalarını yasaklamış, yetkili makama geciktirmeden başvurma imkanını ortadan kaldırmış, hak ihlaline uğradığını iddia eden kişilerin açacağı davalar bakımından âdeta yasama kısıntısı oluşturmuş; kanun hükmüyle idarenin birtakım işlemlerini yargı denetimi dışında bırakmıştır. Bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler dolayısıyla ilgili kişilerin haklarına yapılacak hukuka aykırı müdahalenin dava yolu ile bertaraf

19 Vitkauskas, Dovydas, Dikov, Grigoriy, (Çev. Serkan Cengiz), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları, Avrupa Konseyi, Strazburg, 2012, s. 26.

edilmesinin kanun hükmüyle önüne geçilmektedir. Kanun koyucu, bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler dolayısıyla hak ihlaline uğradığını iddia edenler bakımından yargı mercilerine ve idari makamlara erişimi, normatif düzenlemeyle engellemekte; adil yargılanma hakkının ve geciktirilmeksizin etkili başvuru hakkının kullanımını açıkça yasaklamak suretiyle onun özüne dokunmaktadır. Buna ilave olarak hukuk devleti ilkesinin ve Anayasa'nın 125. maddesinin aksine idarenin söz konusu işlemlerini yargı denetiminden çıkarmaktadır. Oysa hak sınırlamalarının olağanüstü hal devresinde dahi ölçülü olma gereğine aykırı olmanın da ötesinde (Anayasa, m.15/1), ihtilaflı kural, olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin olağanüstü halin kaldırılmasının akabinde geçerli olamayacaklarına dair temel Anayasal prensibi de ihlal etmektedir (Bkz. Anayasa m.15/1 : “ ... olağanüstü hallerde ... durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir ... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Bkz. ayrıca AİHS, m.15/1). Bu nedenle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 2, 13, 15, 36, 40 ve 125. maddelerine aykırıdır.

b)Kamu zararının kamu görevlilerine rücu edilmesi bakımından: Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrası: “Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.” şeklindedir. Söz konusu Anayasal hüküm, Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında tecessüm etmiştir: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.”. Rücu etme müessesesi bakımından; Anayasa'nın 40. maddesinde, (resmî görevliler için) takdir yetkisi; Anayasa'nın 129. maddesinde, (memurlar ve diğer kamu görevlileri için) bağlı yetki öngörülmüştür. Anılan hükümlerin ratio legis'i kamu görevlilerinin, yönetilen karşısında korunmasıdır. Nitekim Günday'a göre;

“Memur görevini yerine getirirken ister istemez bir çok kimse ile ilişki içine girer ve pek çok kimsenin kişisel ve bazen de hak ve menfaatlerini ihlal eder. Bu nedenle, memurların birçok kin ve husumete maruz kalması doğaldır. Kötüniyetli kimselerin memuru, tehdit etmeleri, ona karşı suç işlemeleri olası olduğu gibi, memuru korkutmak ve onu görevinden alıkoymak için aleyhine dava açmaları da mümkündür. Böyle gerekli – gereksiz açılacak davalar, çoğu kez memurları görevlerini daha dikkatli yapmaya sevk etmez; tam tersine memurları korkak, ürkek ve çekingen bir duruma koyar ve pasif kalmaya itebilir. İşte bu nedenlerle, bir yandan ceza kanunlarına memurları koruyacak hükümler konması gerektiği gibi, memur aleyhine kötüniyetli kişilerin davalar açarak onu gereksiz masraf ve külfetlere sokmalarına karşı da bazı koruyucu önlemlerin alınması zorunlu olmuştur.²⁰ ... İşte1982 Anayasası, 129. maddesinin 5. fıkrası ile bu duruma kesinkes son vermek amacıyla şu hükmü getirmiştir: “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Anayasanın bu hükmü ile, memurların idare edilenlere karşı doğrudan sorumluluğu kaldırılmış ve böylece memur idare edilenlerin kendisi aleyhine açacakları davalara karşı korunmuştur.”²¹

Anayasa Mahkemesi de bir kararında:

²⁰ Günday, Metin, İdare Hukuku, Güncellenmiş ve gözden geçirilmiş B. 10, Ankara, İmaj Yayınevi, 2013, s. 619.

²¹ ibid, s. 626.

“Anayasa'nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında, "Kişinin, resmî görevliler tarafından vâki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır." hükmü yer almakta olup, maddenin gerekçesinde bu husus" İhlalden doğan zarar Devletçe ödenecek ve Devlet, bu ödeme nedeniyle, sorumlu görevliye rücu hakkı vardır." şeklinde belirtilmiştir.”

şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 25.11.2015 tarihli ve 2014/86 E.; 2015/109 K. sayılı Kararı, § 113). Yine Anayasa Mahkemesi diğer bir kararında:

“Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Bu hüküm, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri her türlü kusurdan kaynaklanan tazminat davalarının muhatabının idare olduğunu açıkça ifade etmektedir. Ancak kusuruyla idareyi zarara uğratan kamu görevlisinin sorumluluğu ortadan kaldırılmamıştır. Anayasa'nın anılan maddesi uğranılan mali zarar için sorumlu kamu görevlisine rücu edilmesini zorunlu kılmaktadır. Maddenin gerekçesinde bu husus, “Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.”

şeklindeki temellendirmeyi kaleme almıştır (Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2021 tarihli ve 2020/18 E.; 2021/38 K. sayılı Kararı, § 14).

Kanun koyucu iptali talep edilen cümleyle bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunun doğmayacağını hüküm altına alarak; Anayasa'nın 40 ve 129. maddelerinin amir hükümlerini hukuken etkisiz kılmıştır. Başka bir anlatımla Anayasa koyucunun bu kişi kategorileri bakımından öngördüğü güvence sistemini, onlar bakımından sorumsuzluğa ilişkin mahfuz alan oluşturarak başkalaştırmıştır.

Başka bir anlatımla bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemlerde ne derece hukuka aykırı olursa olsun hiçbir sorumlulukları doğmayacaktır. Kasıtlı eylemlerinden dahi bir dokunulmazlık alanı oluşturulmuştur. Bu durumun hukuki açıdan tehlike arz ettiği, Venedik Komisyonu'nun Raporuna da konu olmuştur.²² Bu nedenlerle tamamen keyfi bir “hukuk” kurgusu inşa eden iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 40 ve 129. maddelerine aykırıdır.

c)Hiçbir kimsenin veya organın Anayasa'dan kaynaklanmayan bir yetkiyi kullanamaması ve Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcılığı bakımından: Anayasa Mahkemesi kararlarında Anayasa'nın 153. maddesinde belirtilen bağlayıcılık ilkesine aykırılıktan söz edilebilmesi için iptal edilen kuralla dava konusu yeni düzenlemenin içerik ve kapsam bakımından aynı ya da benzeri olması gerektiği belirtilmektedir (Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.1991 tarihli ve 1991/7 E.: 1991/43 K. sayılı Kararı). Eldeki dava

²² Venedik Komisyonu'nun 12.12.2016 tarihli ve 865 / 2016 No'lu Görüşü: “OPINION ON EMERGENCY DECREE LAWS NOS. 667-676 ADOPTED FOLLOWING THE FAILED COUP OF 15 JULY 2016”, § 95-100, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2016\)037-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2016)037-e) (Erişim Tarihi: 27.06.2022).

konusuyla benzer içeriği sahip bir hüküm hakkındaki iptal kararının gerekçesinin müteallik bölümü:

“13. 30/3/2011 tarihli ve 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun’un 43. maddesi uyarınca kural, ilgisi nedeniyle Anayasa’nın 129. maddesi yönünden de incelenmiştir.

14. Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre “Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.” Bu hüküm, kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri her türlü kusurdan kaynaklanan tazminat davalarının muhatabının idare olduğunu açıkça ifade etmektedir. Ancak kusuruyla idareyi zarara uğratan kamu görevlisinin sorumluluğu ortadan kaldırılmamıştır. Anayasa’nın anılan maddesi uğranılan mali zarar için sorumlu kamu görevlisine rücu edilmesini zorunlu kılmaktadır. Maddenin gerekçesinde bu husus, “Kamu hizmeti görevlilerinin görevleri ile ilgili olarak kusurlu eylem ve işlemleri ile idareye verdikleri zarardan sorumlu olacakları ise esasen uygulanmakta olan bir ilkenin tekrarıdır.” şeklinde ifade edilmiştir.

15. Dava konusu kurallar, belirli bir tarihe kadar terör örgütlerine veya devletin millî güvenliğine karşı faaliyette bulunduğu karar verilen yapı, oluşum veya gruplarla bağı olan ve bu nedenle kamu görevinden çıkarılmış olan kişilerden adli veya idari soruşturma veya kovuşturması devam edenlerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin başvuruları hakkında karar alan, bu kararları yerine getiren veya işlem yapmayan kamu görevlilerinin hukuki ve mali sorumluluğunun olmadığını düzenlemektedir.

16. İdari eylem ve işlemler ihdas edilirken bireylerin bazı haklarının ihlal edilmesi nedeniyle çeşitli zararların ortaya çıkması mümkündür. Bu zararların giderilmesi yükümlülüğü, hukuk alanında sorumluluk olarak kabul edilmektedir.

17. Dava konusu kurallar, belirli şartlar altındaki kişilerin sosyal güvenlik haklarına ilişkin başvuruları hakkında 31/10/2019 tarihine kadar karar alan, bu kararları yerine getiren veya işlem yapmayan kamu görevlilerinin sorumsuzluğunu öngördüğünden kamu görevlisinin göreviyle bağlantısı bulunan kusurlarına ilişkin düzenleme öngörmektedir. Kamu görevlisinin bu tür kusurları doktrinde hizmet içi kişisel kusur ya da görevsel kusur olarak da tanımlanmaktadır.

18. Anayasa’nın 40. maddesinin üçüncü fıkrasında kişilerin, resmi görevliler tarafından gerçekleştirilen haksız işlemler sonucu uğradığı zararların devletçe tazmin edileceği ve devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu ifade edilmiş, Anayasa’nın 129. maddesinin beşinci fıkrasında da memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının ancak idare aleyhine açılabileceği belirtilmiştir. Nitekim bu doğrultuda 14/7/1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesinin birinci fıkrasında kişilerin kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı sadece ilgili kurum aleyhine dava açabilecekleri düzenlenmiştir.

19. Dava konusu kurallarda, kamu görevlisinin görevsel kusurundan kaynaklanan tazmin sorumluluğunun düzenlendiği ve bu bağlamda aynı anlamda kullanılan hukuki ve mali

sorumluluk kavramlarıyla dava konusu fıkra da belirtilen konularda idarenin kamu görevlisine rücu etme imkânının ortadan kaldırılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

20. Dava konusu kurallarda düzenlenen kamu görevlisinin hukuki ve mali sorumluluğu, yerine getirdiği kamu görevi nedeniyle idarenin maddi olarak zarara uğraması durumunda ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 129. maddesinin beşinci fıkrasına göre kamu görevlisinin neden olduğu maddi zarar kamu görevlisine rücu edilmek şartıyla idare tarafından karşılanmaktadır. Dava konusu "...hukuki,..." ve "...mali..." ibareleri ise kamu görevlisinin hukuki ve mali bir sorumluluğunun olmadığını düzenlemek suretiyle söz konusu Anayasa hükmü ile çelişmektedir.

21. Açıklanan nedenlerle kurallar Anayasa'nın 129. maddesine aykırıdır. İptalleri gerekir.'

şeklindedir (Anayasa Mahkemesi'nin 03.06.2021 tarihli ve 2020/18 ve 2021/38 sayılı Kararı). Anayasa Mahkemesi'nin verdiği iptal kararı karşısında; kanun koyucunun Anayasa'nın 129. -benzer sakatlıktan muzdarip olması hasebiyle- aykırı olan iptali talep edilen cümleyi kanunlaştırması, Anayasa'nın 153. maddesini ihlal ettiği gibi, hiçbir kimse ve organın kaynağını Anayasa'dan almayan bir Devlet yetkisi kullanamayacağını öngören 6. maddesine de halel getirmektedir.

ç)Eşitlik ilkesi bakımından: İptali talep edilen cümleyle kamu görevlileri arasında hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluk yönünden kayırma/ayırmacılık yapıldığından; anılan cümle, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine de aykırıdır. Zira eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespiti, münferit olayda benzer durumdaki kişi kategorileri arasında gerçekleştirilen ayırma ilişkin bir "haklı neden" in var olup olmadığına göre yapılır ve ancak ihtilaflı düzenlemede haksız nedenlere dayalı keyfi muamele farklılıklarını engelleyecek hiçbir objektif kıstas ve güvence bulunmamaktadır.

Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği üzere; "[Eşitlik ilkesi] ile güdülen amaç, benzer koşullar içinde olan, özdeş nitelikte bulunan durumların yasalarca aynı işleme uyruk tutulmasını sağlamaktır." (Anayasa Mahkemesi'nin 13.04.1976 tarihli ve 1976/3 E.; 1976/3 K. sayılı Kararı). Yine AYM'ye göre; "Eşitlik ilkesinin amacı, aynı durumda bulunan kişilerin yasalar karşısında aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak, ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir" (Anayasa Mahkemesi'nin 07.02.2006 tarihli ve 2006/11 E.; 2006/17 K. sayılı Kararı). Eşitlik ilkesinin ihlal edilip edilmediği hususunun tespitinde, somut olayda yapılan ayırımın haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı noktası dikkate alınır: "Anayasa'nın 10. maddesinde öngörülen eşitlik, mutlak anlamda bir eşitlik olmayıp, ortada haklı nedenlerin bulunması halinde, farklı uygulamalara imkan veren bir ilkedir" (Anayasa Mahkemesi'nin 11.12.1986 tarihli ve 1985/11 E.; 1986/29 K. sayılı Kararı).

Anayasa'nın 40 ve 129. maddeleriyle kamu görevlilerinin sorumluluğunun doğması halinde açılacak davaların usulüne yönelik esaslar düzenlenmiş; ancak haklı bir neden olmaksızın bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunun doğmayacağı hüküm altına alınmıştır. Onlar yönünden Anayasa'nın amir hükümlerinin aksine mahfuz alan oluşturulmuştur. Bir an için olağanüstü halden dolayı iptali talep edilen cümlelerin kanunlaştırıldığı haklı neden olarak ileri sürülse de; 15 Temmuz 2016 tarihindeki darbe girişiminin ardından 21 Temmuz 2016 Tarihli ve 29777 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 2016/9064 sayılı "Anayasanın 120. maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. maddesinin birinci fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke

Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00'dan İtibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar'' ile ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir; yedi kez uzatılan olağanüstü hal, Temmuz 2018'de sona ermiştir. Bir başka deyişle, en geç anılan tarihten itibaren, varsayılan haklı neden ortadan kalkmıştır. Bu nedenle anılan cümle, Anayasa'nın 10. maddesine aykırıdır.

d)Mülkiyet hakkı ve temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları bakımından: Banka/şirketler ve ortaklık payları ile malvarlığı değerlerinin yönetimi ve temsili, mülkiyet hakkının konusunu oluşturduğundan; bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler, anılan hakkın kullanımına etki edecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Ek 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde ve Anayasa'nın 35. maddesinde temelini bulan mülkiyet hakkı; sahibine mülkiyetine müdahale edilmeksizin yararlanma, mülkiyetten yoksun bırakılmama, mülkiyetinin kullanımının kontrol edilmemesi imkanı sağlar. Bununla birlikte mülkiyet hakkı; bir kimsenin, başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara da uymak koşulu ile bir şey üzerinde dilediği biçimde kullanma, ürünlerinden yararlanma, tasarruf etme (başkasına devretme, biçimini değiştirme, harcama ve tüketme, hatta yok etme) şeklinde tanımlanmaktadır (Anayasa Mahkemesi'nin 21.06.1989 tarihli ve 1988/ 34 E., 1989/26 K. sayılı Kararı).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyım atanan bir şirketin mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla ilgili verdiği bir kararında:

“81. Kayyum atama tedbirinin bir müsadere yani mülkiyetten yoksun bırakma değil, mülklerin mal sahibi tarafından kullanımını geçici olarak kısıtlayan önleyici bir tedbir olduğunu kaydetmektedir. Niteliği dikkate alındığında, müdahale 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin ikinci fıkrası anlamında, devletlerin, mülklerin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek konusunda sahip oldukları hak açısından incelenmelidir (bk. diğer birçok karar arasından, Smirnov/Rusya, no. 71362/01, § 54, AİHM 2007-VII, Borjonov /Rusya, no.18274/04, § 57, 22 Ocak 2009).

82. Mahkeme bu tedbirin CMK'nın 133. maddesiyle öngörüldüğünü ve yeni suçların işlenmesinin önlenmesi (Michaud/Fransa, no. 12323/11, § 123, AİHM 2012, Filkin/Portekiz, no. 69729/12, § 82, 3 Mart 2020) delil yönetimini kolaylaştırma (Lachikhina/Rusya, no. 38783/07, § 59, 10 Ekim 2017) ve yargılama sonunda mahkemelerce verilebilecek muhtemel bir müsadere kararının yerine getirilmesini sağlamak (Karahasanoğlu/Türkiye, no. 21392/08 ve diğer 2 başvuru, § 148, 16 Mart 2021) olmak üzere meşru amaç izlediğini gözlemlemektedir.

83. Diğer hususların yanı sıra, bilhassa usuli nitelikteki güvencelerin varlığını gerektiren müdahalenin orantılılığı ile ilgili olarak, Mahkeme ilk olarak başvuranın ihtilaf konusu tedbire itiraz edebildiğini ve ileri sürdüğü argümanların, gerekçeli yanıtlar veren Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere ulusal mahkemeler tarafından dikkatli bir şekilde incelendiğini kaydetmektedir (bk. aksi yönde bir karar için (a contrario), Džinić/Hırvatistan, no. 38359/13, §§ 78 ve 79, 17 Mayıs 2016).

84. Söz konusu tedbirin uygulanmasına, bağımsız bir yargı makamı tarafından teknik raporlara dayanılarak karar verilmiştir. Bu hususla ilgili olarak, Mahkeme, sulh ceza hâkimliklerinin bağımsızlığı konusunda başvuranın şikâyetlerine benzer şikâyetler hakkında daha önce karar verdiğini ve bunları kabul edilemez bulduğunu hatırlatmaktadır (bk. yukarıda

anılan Baş kararı, §§ 269 ila 281). Mahkeme, somut olayda bu sonuçtan uzaklaşmak için herhangi bir sebep görmemektedir.

91. Başvuran, kayyum atama usulüne dâhil edilmediğinden şikâyet etse de, Mahkeme, Sözleşme'nin böyle bir hakkı güvence altına almadığını değerlendirmektedir. Mahkeme, ilk kayyumların uzmanlıkları esas alınarak mahkemeler tarafından seçildiğini ve daha sonrasında bu görevin, şirketlerin yönetimi konusunda yetki ve deneyim sahibi bir kamu kurumu olan Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na verildiğini ve kamusal niteliği nedeniyle, yükümlülüğünün doğması halinde herhangi bir acizlik riski taşımadığını, bu durumun başvuran için bir güvence sunduğunu gözlemlemektedir.

92. Mahkeme ayrıca, yargı makamlarının, yönetim kayyumları yerine denetim kayyumları atanmasının kabul edilebilir olup olmadığı soruna yanıt verdiklerini ve böyle bir tedbirin, kayyum atanmasıyla hedeflenen amaçlara ulaşmayı mümkün kılmayacağı kanaatinde olduklarını gözlemlemektedir.

93. Öte yandan, Mahkeme, ihtilaf konusu tedbirin bir dizi başka güvencelerle çevrili olduğunu gözlemlemektedir.

94. Başvuran böylelikle, kayyumun eylemlerine yargı yoluyla itiraz etme, kayyumların faaliyetlerine bağlı bir zarar meydana gelmesi durumunda Devlettten tazminat alma ve beraat durumunda kayyumlara ödenen ücretlerin iade edilmesi imkânına sahiptir.

95. Tedbirin süresiyle ilgili olarak, Mahkeme, söz konusu sürenin başvurunun yapıldığı sırada üç yıldan biraz fazla olduğunu ve bunu aşırı olarak değerlendirmedikçe kaydetmektedir. Tedbirin halen yürürlükte olduğu varsayılsa bile, Mahkeme, davanın karmaşıklığı, tedbirle izlenen amaçlar, başvuranın zimmetine geçirmekle suçlandığı meblağlar ve sahip olduğu güvenceler göz önünde bulundurulduğunda, tedbirin süresinin adil dengeyi bozacak nitelikte olmadığı kanısındadır (bk. yukarıda anılan Karahasanoğlu kararı, §§ 151 ve 153 ila 154, Mahkeme, ilgili kişiye tanınan usuli güvenceleri dikkate alarak, başvuranın taşınmaz malları üzerinde yedi yıl, taşınır malları üzerinde altı yıl süren tedbirlerin adil dengeyi bozmadığı değerlendirilmesinde bulunmuştur).

96. Son olarak, Mahkeme, başvuranın herhangi bir zamanda yasal merciden tedbirin kaldırılması talebinde bulunabileceğini ve gerektiği takdirde, bilhassa tedbirin süresinin aşırı hale gelmesi veya başkaca unsurların tedbirin kaldırılması lehinde ağır basması halinde yeniden Anayasa Mahkemesine başvurabileceğini gözlemlemektedir.”²³

şeklinde hüküm kurmuştur (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 21.1.2021 tarihli ve 4158/19 Başvuru No'lu Hamdi Akın İpek/ Türkiye Kararı). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayyım mekanizması özelindeki müdahalenin usuli nitelikteki güvencelere sahip, orantılı olduğu takdirde; meşru bir amaç güttüğünü ve mülkiyet hakkını ihlal etmediğini hüküm altına almıştır. Ancak bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunun doğmaması, söz konusu usuli güvenceleri bertaraf edebilecek niteliktedir.

²³<https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22languageisocode%22:%22TUR%22,%22appno%22:%224158/19%22,%22documentcollectionid%22:%22ADMISSIBILITYCOM%22,%22itemid%22:%22001-216795%22}}> (Erişim Tarihi: 23.06.2022).

Başka bir anlatımla iptali talep edilen cümleyle bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler nedeniyle hukuki, idari, mali ve cezai sorumluluğunun doğmaması, mülkiyet hakkına yönelik yapılacak müdahalenin idari makamlara başvuru ve dava yolu ile men edilmesini engelleyecektir. Bir başka deyişle, ihtilaflı kuralla var olması gereken usule dair güvenceler külliye inkâr edilmektedir. Bu kişi kategorileri ile bu kapsamda icra edilen iş ve işlemler nedeniyle mülkiyet haklarının ihlal edildiğini iddia eden kimselerin mülkiyet hakları bütünü korumasız bırakılarak (Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırlarının gereklerinin aksine) onun özüne dokunulmaktadır. Bu nedenlerle iptali talep edilen cümle, Anayasa'nın 13 ve 35. maddelerine aykırıdır.

e) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasının sınırları ve temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması bakımından: Olağanüstü dönemler de hukuk içi rejimlerdir. Nitekim Kaboğlu'na göre:

“Olağanüstü yönetimi gerekleri ortaya çıktığı zaman, ortak hukukta geçerli özgürlükler düzeninden ayrılma anlamına gelebilecek önlemler alınır. Askıya alma veya sapma (derogation) olarak adlandırılan önlemler, amaç ve yerle sınırlı olup geçicidir; keyfi olmayıp denetime bağlıdır, bu nedenle olağanüstü yönetimler de hukuk rejimi olarak adlandırılır. Buna karşın, artan yetkileri keyfi olarak kullanma olasılığı nedeniyle, olağanüstü yönetimler doğaları gereği insan hakları ve demokrasi için tehdit oluştururlar. Bütün özgürlükler değil, düzenin sağlanması bakımından hassas olanlar kayıtlamaya tabi tutulur. Olağanüstü rejimi ilân etmeyi gerekli kılan nedenler ortadan kalkınca, olağan düzene geçilir. Doğallıkla, olağanüstü hal ve/veya sıkıyönetim, “geçici” özelliğe sahiptir. Kısacası, olağanüstü yönetimler, hukuki, geçici ve ölçülü olmalıdır.”²⁴

Anayasa Mahkemesi eldeki dava konusuyla benzer bir hüküm hakkında verdiği (red) kararında:

“123. Dava konusu kuralın düzenlenme ihtiyacının olağanüstü hâl KHK'ları ile verilen görevlerin niteliğinden kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Nitekim terör örgütlerine aidiyet, iltisak ve irtibat nedeniyle el konulan şirketleri veya mal varlığı değerlerini yönetmek amacıyla kayyım atanması veya görevlendirilmesi olağanüstü hâl kapsamında üstlenilen bir görevin icrasından ibaret olup söz konusu görevin önemli bir kısmı olağanüstü hâlde alınması gereken, dolayısıyla olağan dönemin hukuki düzenlemelerinden oldukça farklı olan tedbirlere yöneliktir. Söz konusu tedbirlerin anılan niteliği dikkate alındığında bunlara ilişkin görevlerin etkili biçimde uygulanması hususunda tereddüt oluşabilir. Bu bağlamda dava konusu kuralla kanun koyucunun olağanüstü hâl kapsamında şirket, ortaklık payları ve varlıkların yönetimi ve bu kapsamdaki işlerin yürütülmesi için atananların veya görevlendirilenlerin olağanüstü hâl süresince yayımlanan KHK'lar kapsamında görevlerini herhangi bir endişe ve tereddüt duymadan yerine getirmelerini ve çalışmalarında başarılı olmalarını amaçladığı anlaşılmaktadır. Bu itibarla kural kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.”

²⁴ Kaboğlu, İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), Güncellenmiş ve Sadeleştirilmiş B. 15, İstanbul, Legal Yay., 2020, s. 289.

şeklinde hüküm kurmuştur (Anayasa Mahkemesi'nin 13.10.2021 tarihli ve 2018/93 E.; 2021/69 K. sayılı Kararı) (Aynı yönde Anayasa Mahkemesi'nin 24.12.2020 tarihli ve 2017/21 E.; 2020/77 K. sayılı Kararı, § 241-254).

O halde bir an için iptali talep edilen cümlelerin olağanüstü halin koşulları sebebiyle kanunlaştırıldığı ileri sürülse dahi; söz konusu mutlak sorumsuzluk, Anayasa'nın 15. maddesinde belirtilen “durumun gerektirdiği ölçü” kaydının sınırlarını aşmaktadır.

Kaldı ki 15 Temmuz 2016 tarihindeki hain darbe girişiminin ardından 21 Temmuz 2016 Tarihli ve 29777 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2016/9064 sayılı “Anayasanın 120. Maddesi ile 2935 Sayılı Olağanüstü Hal Kanununun 3. Maddesinin Birinci Fıkrasının (b) Bendine Göre, Ülke Genelinde 21/7/2016 Perşembe Günü Saat 01.00’den İtibaren Doksan Gün Süreyle Olağanüstü Hal İlan Edilmesi Hakkında Karar” ile ülke genelinde olağanüstü hal ilan edilmiştir; yedi kez uzatılan olağanüstü hal, Temmuz 2018’de sona ermiştir.

O halde olağan dönemde iptali talep edilen cümlelerin kanunlaştırıldığı göz önüne alındığında; mutlak sorumsuzluk halinin, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlandırmanın sınırlarının (bilhassa öze dokunma yasağı, demokratik bir toplum düzeninin gerekleri, ölçülülük ilkesinin) gereklerini karşılamadığı açıkça ortadadır. Hak sınırlamalarının olağanüstü hal devresinde dahi ölçülü olma gereğine aykırı olmanın da ötesinde (Anayasa, m.15/1), ihtilafli kural, olağanüstü hale ilişkin tedbirlerin olağanüstü halin kaldırılmasının akabinde geçerli olamayacaklarına dair temel anayasal prensibi de ihlal etmektedir (Bkz. Anayasa m.15/1 : “ ... olağanüstü hallerde ... durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir ... Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.” Bkz. ayrıca AİHS, m.15/1).

f)Uluslararası anlaşmaların iç hukuka etkisi bakımından: Anayasa'nın 90. maddesine göre temel hak ve özgürlüklere ilişkin usulüne göre yürürlüğe konmuş uluslararası anlaşmalar, (kanunlara nazaran hakkı koruyucu, kullanımını genişletici hükümler barındırması kaydıyla) normlar hiyerarşisinde kanunun üstündedir. İptali talep edilen cümle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6., ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. ve Ek 1 No'lu Protokol'nün mülkiyet hakkını düzenleyen 1. maddelerini ihlal ettiğinden Anayasa'nın 90. maddesine de aykırıdır.

Tüm bu nedenlerle 7407 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle yeniden düzenlenen 26.09.2011 tarihli ve 655 sayılı Ulaştırma ve Altyapı Alanına İlişkin Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 17. maddesiyle 6758 sayılı Kanun'un 20. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 10, 13, 15, 35, 36, 40, 90, 125, 129 ve 153. maddelerine aykırıdır; anılan cümlelerin iptali gerekir.

I. YÜRÜRLÜĞÜ DURDURMA İSTEMİNİN GEREKÇESİ

26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un ile getirilen iptali talep edilen düzenlemeler, birden fazla kanunda hukuka aykırı değişiklikler yapmaktadır. Kamu yararına aykırı olan, telafisi mümkün olmayacak sonuçlara yol açacak bu düzenlemelerin iptal davası sonuçlanana kadar yürürlüğünün durdurulması gerekmektedir.

Nitekim anayasal düzenin hukuka aykırı kural ve düzenlemelerden en kısa sürede arındırılması, hukuk devleti sayılmanın en önemli gerekleri arasında sayılmaktadır. Anayasa'ya aykırılıkların sürdürülmesi, özenle korunması gereken hukukun üstünlüğü ilkesini de zedeleyecektir. Hukukun üstünlüğünün sağlanamadığı bir düzende, kişi hak ve özgürlükleri güvence altında sayılamayacağından, bu ilkenin zedelenmesi hukuk devleti yönünden giderilmesi olanaksız durum ve zararlara yol açacaktır.

Bu zarar ve durumların doğmasını önlemek amacıyla, Anayasa'ya açıkça aykırı olan ve iptali istenen hükmün iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün de durdurulması istenerek Anayasa Mahkemesi'ne dava açılmıştır.

II. SONUÇ VE İSTEM

26.05.2022 tarihli ve 7407 sayılı Bankacılık Kanunu ile Bazı Kanunlarda ve 655 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un

1) 7. maddesiyle değiştirilen 5411 sayılı Kanun'un 127. maddesinin dördüncü fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "Fonun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır" ibaresi ile beşinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan "kurumun bu meblağı kusurlu bulunan ilgililerinden talep etme hakkı saklıdır" ibaresi, Anayasa'nın 2, 7, 10, 13, 35, 40, 90, 123 ve 129. maddelerine,

2) 7. maddesinde yer alan "dördüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış" ibaresi ile "fıkranın üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış" ibaresi, Anayasa'nın 2, 7, 10, 13, 35, 36, 38, 40, 90, 123 ve 129. maddelerine,

3) 17. maddesiyle 6758 sayılı Kanun'un 20. maddesinin değiştirilen birinci fıkrasının ikinci cümlesi, Anayasa'nın Başlangıç bölümüne, 2, 6, 10, 13, 15, 35, 36, 40, 90, 125, 129 ve 153. maddelerine, aykırı olduğundan iptaline ve uygulanması halinde giderilmesi güç ya da olanaksız zarar ve durumlar olacağı için, iptal davası sonuçlanıncaya kadar yürürlüğünün durdurulmasına karar verilmesine ilişkin istemimizi saygı ile arz ederiz."