

ANAYASA MAHKEMESİ KARARI

Anayasa Mahkemesi Başkanlığından:

**İKİNCİ BÖLÜM
KARAR**

KENAN IŞIK BAŞVURUSU

Başvuru Numarası : 2017/26291
Karar Tarihi : 17/7/2019

Başkan : Engin YILDIRIM
Üyeler : Celal Mümtaz AKINCI
Muammer TOPAL
M. Emin KUZ
Yıldız SEFERİNOĞLU
Raportör : Umut FIRTINA
Başvurucu : Kenan IŞIK
Vekili : Av. Yavuz AKSEKİLİ

I. BAŞVURUNUN KONUSU

1. Başvuru, başvurucunun hissedarı olduğu bir bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmesi nedeniyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasına ilişkindir.

II. BAŞVURU SÜRECİ

2. Başvuru 30/5/2017 tarihinde yapılmıştır.

3. Başvuru, başvuru formu ve eklerinin idari yönden yapılan ön incelemesinden sonra Komisyona sunulmuştur.

4. Komisyonca başvuruların kabul edilebilirlik incelemesinin Bölüm tarafından yapılmasına karar verilmiştir.

5. Bölüm Başkanı tarafından başvuruların kabul edilebilirlik ve esas incelemesinin birlikte yapılmasına karar verilmiştir.

6. Başvuru belgelerinin bir örneği bilgi için Adalet Bakanlığına (Bakanlık) gönderilmiştir. Bakanlık görüşünü bildirmiştir.

7. Başvurucu, Bakanlığın görüşüne karşı süresinde beyanda bulunmamıştır.

III. OLAY VE OLGULAR

8. Başvuru formu ve eklerinde ifade edildiği şekliyle olaylar özetle şöyledir:

A. Uyuşmazlığın Arka Planı

9. Asya Katılım Bankası A.Ş. (Banka) 24/10/1996 tarihinde faaliyetine başlamış ve 20/12/2005 tarihinde *Asya Finans Kurumu Anonim Şirketi* olan şirket unvanı *Asya Katılım Bankası Anonim Şirketi* olarak değiştirilmiştir.

10. Banka hisseleri 12/5/2006 tarihinde borsada işlem görmeye başlamış ve bu tarihte Banka hisselerinin %23'ü halka arz edilmiştir. Bankanın Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna (TMSF) devredilmesinden hemen önce 31/5/2015 tarihi itibarıyla 900 milyon TL ödenmiş sermayesi ve toplam 200 şubesi bulunmakta ve Banka hisselerinin %54,75'i borsada işlem görmektedir.

11. Başvurucu, devredildikten sonra iflası talep edilen Bankanın (B) grubu (Borsada hisse senetleri A ile D arasında çeşitli gruplara ayrılmış olup (B) grubu fiili dolaşımdaki pay değeri belirli tutarlar arasında olan bir hisse senedi grubunu temsil etmektedir) hissedarıdır.

B. Bankanın Fona Devri ve Sonraki İdari Süreç

12. Anılan Banka ile ilgili olarak Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu (BDDK) tarafından 26/8/2014 tarihinde "*Banka Hakkında Kanunun 67. maddesine İstinaden Alınabilecek Önlemler*" konulu rapor düzenlenmiştir. Bu raporda;

i. 2014 yılının ilk sekiz aylık döneminde 7 milyar TL civarında katılım fonu çıkışı gerçekleştiği, bunun 2 milyar TL'sinin son on yedi iş gününde olduğu, yine bu süre içinde Bankanın likit varlıklarının %50,74 azaldığı belirlenmiştir.

ii. Bankanın 22/8/2014 tarihinde Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankasında (TCMB) serbest olarak tuttuğu 192.454.000 TL tutarındaki zorunlu karşılığı çektiği, 25/8/2014 tarihi itibarıyla ihtiyaç anında kullanabileceği likit değerlerinin 723.591.000 TL, TCMB'den onay alarak kullanabileceği zorunlu karşılık yabancı para hesabının toplam 725.886.000 TL olduğu belirtilmiştir.

iii. Son on yedi iş gününde günlük ortalama katılım fonu çıkışının 124.061.000 TL olduğuna işaret edilerek Bankanın anılan likit değerleriyle söz konusu fon çıkış tutarını mevcut koşulların devamı hâlinde yaklaşık beş iş günü $(723.591/124.061=5,83)$ daha karşılayabileceği, sonrasında başka bir önlem alınmadığı takdirde ise TCMB bloke zorunlu karşılıklarının çözülmesi durumunun gündeme gelebileceği vurgulanmıştır.

iv. Katılım fonu çıkışı kaynaklı likidite sıkışıklığı nedeniyle 15-28 Ağustos 2014 dönemi TL zorunlu karşılık tutarının eksik tutulmasının kuvvetle muhtemel olduğu ve söz konusu trendin devam etmesi hâlinde Bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi riskinin doğmasının kuvvetle muhtemel olacağı açıklanmıştır.

v. Likiditeye ilişkin olarak alınacak önlemlerin derhal ve bir gün daha gecikmeye mahal verilmeksizin hayata geçirilmesinin önem arz ettiği belirtilmiştir. Bu bağlamda Bankanın öncelikle likidite durumunun iyileştirilmesine ilişkin önlemlerin en süratli şekilde hayata geçirilerek likiditeye ilişkin sorunun çözülmesi gerektiği ifade edilerek likidite durumunu iyileştirerek Bankanın yükümlülüklerini

vadesinde yerine getirememe tehlikesini ortadan kaldıracak her türlü tedbirin Kanun'da hangi maddede yer aldığına bakılmaksızın alınmasının önem arz ettiği ve Kurum ve/veya Kurulca kanunda öngörülen tedbirlerden uygun olanların ivedilikle alınmasının yerinde olacağı ifade edilmiştir.

13. BDDK 28/8/2014 tarihinde raporda yer alan tespitler çerçevesinde Bankanın 19/10/2005 tarihli ve 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun "*Kısıtlayıcı önlemler*" kenar başlıklı 70. maddesi kapsamına alınmasına karar vermiştir.

14. Bu kapsamda Bankadan istenen hususlar şöyledir:

i. İmtiyazlı paya sahip ortaklarının derhâl nakit sermaye artırımına gitmesi

ii. Acil likidite ihtiyacı dikkate alındığında nakdi sermaye artırımında kullanılacak fonun ortaklarca sermaye artırımını süreci başlamadan ivedilikle Bankaya muvazaadan ari (reel) nakit girişi sağlayacak şekilde Banka nezdinde hesaba yatırılarak bloke edilmesi ve nakit sermayenin Banka nezdinde bloke edilmesini takiben ortaklarca gerçekleştirilecek sermaye artırımına ilişkin olarak Kuruma yazılı taahhüt verilmesi

iii. Ortaklarca sermaye artırımını dışındaki kaynakların da Bankaya aktarılması, kredi portföyü dâhil olmak üzere muhtelif teminatların devreye sokulması seçeneği de dikkate alınarak Bankaca katılım fonu dışında da uzun vadeli, uygun maliyetli kredi ve benzeri fon temin edilmesi

iv. Sigortaya tabi katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlaması, satış kabiliyeti yüksek olanlardan başlamak üzere krediler de dâhil aktiflerin elden çıkarılması suretiyle likidite temin edilmesi

v. Banka risk grubuna ve hissedarlara nakdi ve gayrinakdi kredi kullandırılmasının durdurulması

vi. Likidite durumu iyileşene kadar orta ve uzun süreli fon kullandırılmaması, mensuplarına her ne ad altında olursa olsun düzenli olarak ödenenler dışındaki ödemelerin durdurulması da dâhil olmak üzere işletme ve yönetim giderlerini azaltacak tüm tedbirlerin alınması

vii. Yeni yatırımların durdurulması, uzun vadeli veya duran varlıkların elden çıkarılması, Bankanın mevcut ve gelecekteki likidite durumunu güçleştirecek şekilde üçüncü kişiler ile yapacağı işlemlerde emsallerine göre önemli derecede farklılık arz edecek yükümlülüklerin altına girmemesi, gereken durumlarda Kurumdan ön izin alması

viii. Aktif kalitesindeki bozulmanın temel nedeni olan sorunlu kredilerin tahsili ve/veya satışı için gerekli girişimlerde bulunulması, Bankanın öz kaynaklarının güçlendirilmesine yönelik her türlü tedbirin alınması

15. Daha sonra BDDK tarafından söz konusu talimatların yerine getirilmesi konusunda Bankanın nitelikli pay sahibi ortaklarının gerekli mali güç ve itibara sahip olup olmadıkları ile şeffaf ve açık ortaklık yapısının bulunup bulunmadığı hususlarının ortaya

konulabilmesi açısından 185 adet (A) grubu nitelikli paya sahip ortakların kurucularda aranan şartları taşıdıklarını gösterir belgelerin sunulması istenmiştir.

16. Bir bağımsız denetim firması tarafından 31/12/2014 tarihi itibarıyla *Bağımsız Denetim Raporu* hazırlanmıştır. Raporun "*Görüş Vermekten Kaçınmanın Dayanakları*" başlıklı kısmında özetle;

i. Bankanın daha önce yakın takibe almış olduğu 336.240.000 TL tutarındaki dövize endeksli kredi alacağına ilişkin olarak 24/12/2014 tarihinde yeniden ödeme planı imzaladığı, yapılan bu yeniden ödeme planında söz konusu dövize endeksli krediye ilişkin olarak 2015 yılı içinde aylık ödemeler mevcut olmakla birlikte 336.240.000 TL'nin %96'sına tekabül eden 323.241.577 TL (TL karşılığı 31/12/2014 tarihi itibarıyla Banka döviz alış kuru ile hesaplanmıştır) tutarındaki geri ödemenin tarihinin 21/12/2015 olarak belirlendiği, söz konusu müşterinin geçmiş dönem ödeme performansı da dikkate alındığında alacağın toplam tutarının vadesinde tahsil edilebilirliği konusunda bir görüş oluşturabilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.

ii. 2014 yılı denetim çalışmaları sırasında Bankanın üç üst düzey yöneticisinin işten ayrıldığı/çıkarıldığı ve bu kişiler ile yapılmış 2013 tarihli sözleşmeler gereği kendilerine 8.778.591 TL tutarında brüt tazminat ödendiği ve bu tutarın da 2014 hesap dönemine gider yazıldığı tespit edildiği, Bankanın söz konusu sözleşmeler nedeniyle ilgili yükümlülüğünü 31/12/2013 tarihli hesap dönemine ilişkin finansal tablolarına yansıtmış olması hâlinde ilişkide sunulan 31/12/2014 tarihli ve bu tarihte sona eren yıla ilişkin finansal tablolarda yansıtılan geçmiş dönem kârlarının vergi etkisi dâhil 7.022.812 TL daha az, 2014 yılı hesap dönemine ait net dönem zararının da bu tutar kadar daha az olacağı belirtilmiştir.

iii. 31/12/2013 tarihi itibarıyla sunulan finansal tablolar ile karşılaştırıldığında 31/12/2014 tarihi itibarıyla pasif kalemlerde yansıtılan katılım fon payı hesaplarında ve aktif kalemlerde yansıtılan krediler ve alacaklar hesaplarında sırasıyla yaklaşık olarak %52 ve %56 oranlarında azalma meydana geldiği, Bankanın 31/12/2014 tarihi itibarıyla sona eren yıl içinde 876.872.000 TL zarar ettiği ve öz kaynaklarının yaklaşık olarak %35 oranında azaldığı, ayrıca bilanço tarihinden sonra hazırlanan 6/3/2015 tarihli denetlenmemiş yasal mizan sonuçları ile karşılaştırıldığında 31/12/2014 tarihi ile 6/3/2015 tarihi arasında da Bankadan yine yaklaşık olarak 895 milyon TL katılım fon payı çıkışı olduğu, kredilerin de yaklaşık 579 milyon TL daha azaldığı vurgulanmıştır.

iv. Söz konusu katılım fon payı çıkışında ve kredilerde meydana gelen azalmaların Bankanın gelecek dönemlerde bankacılık faaliyetlerini sürdürebilmesine ve faaliyet giderlerini karşılayabilmesine ilişkin olarak ciddi şüphe uyandırabilecek ölçüde önemli bir belirsizliğe işaret ettiği açıklanmıştır.

17. Banka tarafından gerekli tedbirlerin alınmadığı ve eksikliklerin giderilmediği gerekçesiyle BDDK'nın 3/2/2015 tarihli kararı kapsamında Fon Kurulunun aldığı 3/2/2015 tarihli kararlar 5411 sayılı Kanun'un 18. maddesinin beşinci fıkrasına istinaden Bankanın Meltem Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. ve (A) grubu imtiyazlı paya sahip diğer 122 pay sahibine ait imtiyazlı hisselerin temettü hariç ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılmasına karar verilmiş ve gerekli atamalar yapılarak Banka yönetimi Fon tarafından devralınmıştır.

18. 2015 yılının Nisan ayında Bankaya ilişkin olarak *Finansal Durum Raporu* düzenlenmiştir. Bu raporda şu tespitlere yer verilmiştir:

i. Bankanın aktif kalitesindeki bozulmanın devam ettiği, Bankanın kaliteli kredilerinin kapanması ve 2014 yılında takibe dönüşüm oranındaki (TDO) 12,8 puanlık yükselişle birlikte Banka aktifinde kalan diğer kredilerin seyyaliyetinin azaldığı, Banka aktifinin önemli ölçüde donuklaşmasına neden olan kredi portföyündeki bu daralmanın kredi kalitesine ilişkin rasyoların da gittikçe bozulmasına sebebiyet verdiği görülmüştür.

ii. Bankanın mevduat bankaları ile katılım bankaları arasında en yüksek TDO'ya sahip banka olduğu, TDO'su Aralık 2014 dönemi itibarıyla %18,4 ile Bank Asya hariç emsal grup 2 (%2,4) ve sektör (%2,9) rasyosunun oldukça üzerinde seyrettiği, Bankaya ilişkin söz konusu rasyonun 27/3/2015 tarihli günlük geçici verilere göre %20,8 düzeyinde gerçekleştiği, Bankanın 2014 yılında sektörde XBank'tan (1.160 milyon TL) sonra en fazla takipteki alacağını aktifinden silen ikinci banka konumunda olduğu, 2014 yılında aktiften silinen 942 milyon TL tutarındaki alacağın Aralık 2013 dönemi takipteki alacak bakiyesine oranının %81 olduğu, söz konusu oranın bankacılık sektörü için %19 olduğu, aktiften silinen krediler de dâhil edildiğinde 2014 yıl sonu itibarıyla Bankanın TDO'sunun %25,9'a (emsal grup %2,8 ve sektör %3,3) yükseldiği ve emsal grup ile sektörden yüksek oranda negatif yönde ayrıştığı anlaşılmıştır.

iii. 2014 yıl sonu itibarıyla Bankanın toplam potansiyel sorunlu kredilerinin tutarının 1.001 milyon TL olduğu, potansiyel sorunlu kredilerin takip hesaplarına aktarılması durumunda Bankanın TDO'sunun Aralık 2014 itibarıyla %29'a, 2014 yılında aktiften silinen sorunlu alacakların da hesaplama dâhil edilmesi durumunda ise %35,3'e yükseldiği, Bankanın 2014 yılında takipteki alacaklara ilave olan tutarın 2013 yıl sonu takipteki alacak bakiyesine oranının %157 ile sektörde en yüksek olan banka olduğu, söz konusu oranın emsal grup için %121 sektör için ise %84,8 olduğu belirlenmiştir.

iv. Bankanın sorunlu alacaklarına ayırdığı karşılık bakımından da emsal grubun ve sektörün oldukça gerisinde olduğu, Aralık 2014 itibarıyla Bankanın takipteki alacakları için ayırdığı özel karşılığın takipteki brüt alacaklarına oranını gösteren karşılık ayırma oranı %51,9 iken söz konusu oranın emsal grupta %75,8 ve sektörde %73,9 olduğu, toplam aktifin %71'ini oluşturan kredilerinde (takipteki alacaklar dâhil) 2014 yılı boyunca miktar ve kalite bakımından büyük gerileme yaşayan Bankada aktifte yer alan varlıkların gelir yaratma potansiyelinin azalmakta olduğu, bu durumun Bankanın kârlılığını ciddi şekilde olumsuz yönde etkilemeyi sürdüreceği öngörülmekte olup Bankanın kredilerinin 1 milyar TL'lik kısmının potansiyel sorunlu kredilerden oluştuğu dikkate alındığında mevcut durumun kısa ve orta vadede düzeltilmesinin zor olduğu hususuna dikkat çekilmiştir.

v. 2013 yılında 181 milyon TL net kâr elde eden Bankanın 2014 yılını 877 milyon TL zararla kapattığı, Bankanın 2014 yılı zararının önceki dört yılda elde ettiği kâr toplamından (847 milyon TL) daha fazla olduğu, 2014 yılı zararının gelecek dört yılda elde edileceği tahmin edilen kâr toplamından (822 milyon TL) da fazla olduğu, tek seferlik satış gelirleri gözardı edildiğinde Bankanın 2014 yılı

zararının 1.182 milyon TL'ye yükseldiği, 1.182 milyon TL'lik bu zararın Bankanın son beş yılda elde ettiği kâr toplamından (1.147 milyon TL) daha fazla olduğu, Bankanın emsal grubundaki diğer üç katılım bankasının toplam kârının 957 milyon TL olduğu, Bank Asyanın iştirak satış gelirleri hariç zararının emsal grubun toplam kârından %23,4 daha fazla olduğu, aktif büyüklüğü bakımından sektör payı %0,7 olan Bankanın zararının (1.182 milyon TL) bankacılık sektörü kârının %4,8'ine tekabül ettiği, söz konusu zarar tutarının 2014 yıl sonunda kâr açıklayan yirmi yedi küçük ve orta ölçekli bankanın kârları toplamından daha fazla olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

vi. Yüksek miktarda dönem zararı neticesinde Bankanın aktif ve öz kaynak getirileri bakımından sektör ve emsal gruptan çok net bir şekilde olumsuz ayrıştığı, 2014 yılında Bankanın 2. vade dilimi toplam likidite yeterlilik oranının beş kere %100'lük yasal sınırı altına kaldığı, Bankanın 15-28/8/2014, 29/8-11/9/2014, 12-25/9/2014 tesis dönemlerinde zorunlu karşılık yükümlülüklerini yerine getiremediği, eksik tesis edilen zorunlu karşılıklar sebebiyle TCMB tarafından Bankaya bu üç dönem için toplam 5,4 milyon TL idari para cezası uygulandığı, 17/12/2013 tarihinden sonra Bankanın katılım fonu yapısının da önemli ölçüde değişikliğe uğradığı, ticari ve diğer katılım fonlarının toplam katılım fonlarına oranı 17/12/2013 tarihinde %37,1 iken 27/3/2015 tarihinde %26,1'e gerilediği, gerçek kişi katılım fonlarında ise güvence kapsamında olabılme ve Banka'ya sahip çıkma gibi ekonomik menfaat dışı diğer saiklerle de hareket edilmesi sonucu güvence kapsamındaki katılım fonlarının toplam gerçek kişi katılım fonları içindeki payının hızla arttığı tespit edilmiştir.

vii. Aralık 2014 döneminde Bankanın türev finansal araçlar hariç bilanço dışı risklerinin toplam aktife oranının %68,9 ile hem emsal grup (%37,5) hem de sektör (%43,9) ortalamasının üzerinde seyrettiği, potansiyel sorunlu gayrinakdi kredilerin (495 milyon TL) toplam gayrinakdi kredilerin içindeki payının da emsal ve sektörün üzerinde olduğu görülmüştür. Söz konusu oranın Banka için %7,3 iken emsal grupta %5,9, sektörde ise %2,5 olduğu, kredi karşılama oranının 2014 yıl sonunda %5,8 ile emsal (%8,4) ve sektörden (%11,2) olumsuz ayrıştığı, Banka Yönetim Kurulunun 16/9/2014 tarihli kararı ile Bankanın sermayesinin tamamı nakit olmak üzere 1.125 milyon TL'ye çıkarılmasına karar verilmiş olmakla birlikte Aralık 2014 itibarıyla sermaye artırımı işleminin henüz gerçekleşmediği açıklanmıştır.

19. Bankaya ilişkin (31/12/2014 tarihi ve sonraki dönem gelişmeler) 28/5/2015 tarihli *Mali Durum Tespit Raporu*'nda da çeşitli tespitler yapılmıştır:

i. Bankanın mali bünyesinin bozulmuş olduğu ve bozulmanın artarak devam ettiği, bu bağlamda 2014 yılında Banka bilançosunda temelde mevduat ve kredilerde olmak üzere hemen hemen tüm kalemlere sirayet edecek şekilde ve %50,7 oranına varacak ölçüde küçülme gerçekleştiği, öz kaynakların da 813.7471 bin TL'lik 2014 zararının etkisiyle %34,6 oranında küçüldüğü, söz konusu küçülmenin 2015 yılı ilk üç ayında da artarak devam ettiği, Banka bilançosundaki küçülme, aktif kalitesindeki bozulma ve öz kaynaklardaki erime birlikte değerlendirildiğinde Bankanın mali verilerindeki bozulmanın açık bir şekilde görüldüğü ifade edilmiştir.

ii. Bankanın gelirlerini artıramadığı ve içinde bulunduğu koşullarda bir değişiklik olmadığı sürece faaliyetlerini kârla sonuçlandırmasının mümkün görünmediği, yüksek montanlara ulaşan Banka zararının yapısallığa dönüşme eğilimi taşıdığı, Banka mevduatındaki azalış trendinin devam ettiği, bu durumun mudilerin Bankaya olan güvenlerini kaybettiğini gösterdiği, Bankanın mevduat artışı sağlayacak şekilde yeni mudi kazanmasının mevcut koşullar devam ettiği takdirde imkân dâhilinde olmadığı, Banka kaynak yapısı ve likiditesinin sürdürülebilir bir yapı arz etmediği, bunun da ötesinde 2014 yılı içinde bazı dönemlerde likidite yeterlilik rasyosunu gerçekte karşılayamadığı hâlde işletilen muvazaalı yollarla bunun karşılanmış olarak gösterildiği ve bu şekilde kamu otoritesini yanıltıcı raporlama yapıldığı değerlendirilmiştir.

iii. Bankanın gelecek dönemlerde bankacılık faaliyetlerini sürdürebilmesi ve faaliyet giderlerini karşılayabilmesi konusunda bağımsız denetim şirketinin de ciddi şüpheler ve önemli belirsizlikler olduğunu beyan ettiği, Bankanın mali durumundaki bozulmanın ve belirsizliğin ekonominin geneline dair herhangi bir krizin mevcut olmadığı 2014 yılında oluştuğu ve geliştiği dikkate alındığında ileride yaşanabilecek herhangi bir krizin bu Bankanın mali durumuna etkisinin sektör genelinden çok daha büyük boyutlarda olacağı, Banka kredi portföyünün yapısının bu durumu beslediği, Banka mali yapısında devam eden kötü yöndeki trendin gelecek dönemde mali sistemdeki güven ve istikrarı tehlikeye düşüreceği, aksiyon alınmaması durumunda Bankanın kamuya olan maliyetinin yüksek tutarlara ulaşacağı belirtilmiştir.

iv. Bankanın üst yönetiminde istikrarın bulunmadığı, kurumsal kimliği ile bağdaşmayan uygulamalar olduğu (banka genel müdür yardımcılara yüklü tazminatlar ödenmesini öngören sözleşmeler örneğinde olduğu gibi bankayı yükümlülük altına sokan ancak kayıtlardan ve ilgili birimden temin edilemeyen başka birtakım sözleşmelerin de var olma riskinin mevcut olduğu), Bankanın kurumsal yapısının (organizasyon yapısı, bilgi işlem sistemi, şube ağı, personel vb.) kurumsal yönetim anlayışıyla bağdaşmayacak şekilde siyasi faaliyetler içinde olduğu, dolayısıyla Bankanın kanun kapsamında kendisine verilen faaliyet izinleri dışında başka faaliyetler içinde organize bir şekilde yer aldığı vurgulanmıştır.

v. Beş ayrı şehirde bulunan 14 şubedeki 19 ayrı hesaptan çoğunluğu -2006 ile 2009 yılları arasında olmak üzere- 8.503.127 TL, 125.344 USD ve 10.000 Euro tutarındaki 346 adet ödeme ve/veya havalenin, 4.200.877 TL tutarındaki 783 adet çekin usulsüz işlemlere konu edildiği, söz konusu 19 hesabın tamamının -sistematik ve ülke geneline yaygın bir şekilde- Gülen cemaatine maddi kaynak sağlamak üzere gayriresmî yollarla temin edilen çeklerin tahsili amacıyla kullanıldığına işaret ettiği, yapılan işlemlerin uzun yıllar boyunca farklı şehir ve şubelerde yoğun bir şekilde aynı yöntemlerle sürdürülebilmiş olmasının usulsüzlüklerin şube ve Banka üst yönetiminin bilgisi ve onayı dahilinde gerçekleştirildiğinin göstergesi olarak değerlendirilmesi gerektiğine dikkat çekilmiştir.

vi. Banka ortaklık yapısının şeffaf olmadığı, bunun da ötesinde aralarında Banka kurucularının da olduğu ve 3/2/2015 tarihi itibarıyla %41,94 oranındaki (A) grubu nitelikli paya sahip gerçek kişi ortak ile tüzel kişi ortakları temsilen yönetici ve/veya hissedarlarca -geçmiş yıllarda Fona devrolan bazı bankalarda rastlandığı gibi- tarih ve devralan kısımları boş bırakılmış, tek tip hisse devir sözleşmelerine

imza atıldığı, bu durumun banka nitelikli pay sahiplerinin sahipliğe ilişkin iradelerini kim olduğu bilinmeyen kişi ya da kişilere teslim etmiş olduğunu açık bir biçimde gösterdiği, ayrıca bu iradenin teslim edildiği perde arkasındaki kişi ya da merkezin geçmişten beri Bankanın her türlü karar ve yönetim mekanizmasında tek söz sahibi olduğunu gösteren birtakım verilere ulaşıldığı, böyle bir vaziyetin bir bankada var oluşunun ise yatırımcıların ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatleri açısından büyük bir risk ve tehlike oluşturacağı açıklanmıştır.

vii. Yukarıda ifade edilen hususlar gözöntüne alındığında Bankanın bankacılık ilke ve teamüllerine aykırı çok sayıda uygulama ve faaliyetinin bulunduğu, bu faaliyetlerin katılım fonu sahiplerinin hak ve menfaatlerine halel getirecek nitelikte olduğu, Bankanın açık ve şeffaf olmayan ortaklık yapısı ve organizasyon şemasından dolayı mali sistemin güven ve istikrarı açısından tehlike arz ettiği, Bankaya BDDK tarafından gönderilen 28/8/2014 tarihli, Kanun'un 70'inci maddesinde çeşitli tedbirler almasını isteyen talimat yazısında yer alan üç talimata aykırı uygulamalar yapıldığı anlaşıldığından Asya Katılım Bankası A.Ş. hakkında Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinde ifade edilen "*Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması*" durumunun oluştuğu ve Bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin -zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla- kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devredilmesi gerektiği sonuç ve kanaatine varıldığı ifade edilmiştir.

20. Banka nezdinde BDDK denetim elemanları tarafından yapılan denetimler neticesinde düzenlenen 28/5/2015 tarihli *Mali Durum Tespit Raporu*'nda belirlenen hususlar, *Asya Katılım Bankası A.Ş. Finansal Durum Raporu*'nda belirlenen hususlar ile Hukuk İşleri Daire Başkanlığının 29/5/2015 tarihli yazısı ile verilen mütalaa neticesinde BDDK, 29/5/2015 tarihinde Bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetimi ve denetiminin kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla 5411 sayılı Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendi gereğince Fona devredilmesine karar vermiştir. Bu karar uyarınca Bankanın yönetim ve denetim yetkisi Fon tarafından kullanılmaya başlanmıştır.

21. TMSF tarafından yürütülen süreçte Fon Kurulunun 18/5/2016 tarihli kararı ile Bankanın toplamda 360.000.000 adet olan nitelikli (A) grubu hisselerinin %51'ine tekabül eden 183.600.000 adedinin satışa sunulacak asgari miktar olarak belirlenmesine ve satışa sunulmasına karar verilmiştir.

22. 15/7/2016 tarihinde yapılan ihale neticesinde teklif gelmemesi nedeniyle Fon Kurulunun almış olduğu 18/7/2016 tarihli kararla Banka hisselerinin satış ihalesi sürecinin kapatılmasına ve nihai çözümleme stratejisinin belirlenmesine kadar geçecek süre zarfında Bankanın bankacılık faaliyetlerinin 5411 sayılı Kanun'un 107. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında geçici olarak durdurulmasına karar verilmiştir.

23. Fon Kurulu 21/7/2016 tarihinde, yapılandırma çalışmaları sonuçsuz kalan Bankanın Kanun'un 107. maddesinin son fıkrası kapsamında faaliyet izninin kaldırılmasının BDDK'dan talep edilmesine karar vermiştir. Bu talebi kabul eden BDDK 22/7/2016 tarihinde Bankanın faaliyet iznini kaldırmıştır.

24. Fon Kurulunun 24/11/2016 tarihli kararına istinaden Banka nezdindeki sigortaya tabi katılım fonunun hak sahiplerine ödenmesine 5/12/2016 tarihinden itibaren Vakıf Katılım Bankası A.Ş. aracılığıyla başlanmıştır.

25. Banka mudilerine yapılan ödemedan dolayı alacaklı sıfatıyla Fon Kurulu, 22/12/2016 tarihli kararına istinaden Bankanın İstanbul 1. Asliye Ticaret Mahkemesinden (Mahkeme) iflasını talep etmiştir. Mahkeme 16/11/2017 tarihinde Bankanın iflasına ve iflasın 16/11/2017 saat 15.28'den itibaren açılmasına karar vermiştir. İflas kararına karşı davalı tarafından istinaf kanun yoluna başvurulmuş, ancak İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi 17. Hukuk Dairesi tarafından istinaf talebinin reddine karar verilmiştir. Karar davalı tarafından temyiz edilmiş olup dosya Yargıtay 23. Hukuk Dairesinin temyiz incelemesindeir.

26. İflas tasfiyesine İstanbul 1. İflas Müdürlüğünün 2017/14 İflas sayılı dosyası üzerinden başlanmış ve iflas idare memurluğuna atamalar yapılarak iflas idaresi oluşturulmuştur. Fon Kurulunca birinci alacaklılar toplantısı yerine kaim olmak üzere 1/12/2017 tarihli karar alınmış ve iflas kararı kesinleşmediğinden kanun gereği ikinci alacaklılar toplantısı henüz yapılmamıştır.

27. İstanbul 1. İflas Müdürlüğünün 2017/14 İflas sayılı dosyası üzerinden başlanmış olan alacak kayıt başvuruları kapsamında hâlihazırda toplam 4.932 başvuru alınmıştır. Birinci sıra cetveli kapsamında 3.040 başvuruya ait (3.131.587.139,49 TL) talep incelenerek 2.182 (1.392.809.818,65 TL) talep kabul edilmiş ve 28/5/2018 tarihli sıra cetveli ile ilan edilmiştir.

C. İptal Davası Süreci

28. Bankanın TMSF'ye devredilmesine ilişkin 29/5/2015 tarihli BDDK kararına karşı başvuru tarafından Ankara 13. İdare Mahkemesinde (Mahkeme) iptal davası açılmıştır.

29. Mahkeme 22/4/2016 tarihli kararında davanın reddine karar vermiştir. Mahkeme gerekçeli kararında;

i. Bankanın banka dışı müdahale ve yönlendirmelere açık olduğunun görüldüğü, Banka bilançosunun 2013 yılından itibaren sürekli ve ciddi oranda küçüldüğü, bu küçülmenin de devam ettiği, bu hâliyle Bankanın faaliyetlerini sağlıklı bir şekilde sürdürebilmesinin imkân dâhilinde olmadığı,

ii. Bankanın pasif tarafta önemli oranda katılım fonu çekilişlerine maruz kaldığı, bu süreçte bankacılık açısından temelde ticari saiklerle değil aidiyet duygusuyla fon sağlandığı, aktif tarafta ise gelir yaratıcı bir varlık yapısına sahip olmadığı, dolayısıyla bu durumun kârlılık açısından sürdürülebilir olmadığı,

iii. Banka likitedisinin sürdürülebilir bir yapı arz etmediği, bazı dönemlerde likitide yeterlilik rasyosunu tutturmayı teminen Kuruma yanıltıcı raporlamalar

yapıldığının tespit edildiği, likitide yapısının katılım ve benzeri fon girişlerine değil esas itibarıyla kredi geri dönüşlerine bağımlı olduğu, bir başka ifadeyle likitidenin temelde kaynak girişiyle değil varlık azaltımı yoluyla sağlanmaya çalışıldığı,

iv. Bankanın kaynak sağlama süreçlerinin de rasyonaliteden uzaklaştığı tespitleri yapılmıştır.

30. Mahkeme, bu tespitlerden hareketle Bankanın faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ile mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz etmesi hâlinin ortaya çıkmış olduğu sonucuna varmış; Bankanın BDDK'nın Fona devrine ilişkin 29/5/2015 tarihli kararında hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine hükmetmiştir.

31. Başvurucu tarafından temyiz edilen karar Danıştay Onüçüncü Dairesince 27/3/2017 tarihinde onanmıştır.

32. Nihai karar 9/5/2017 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiştir.

33. Başvurucu 30/5/2017 tarihinde bireysel başvuruda bulunmuştur.

IV. İLGİLİ HUKUK

A. Ulusal Hukuk

34. 5411 sayılı Kanun'un "Amaç" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Bu Kanunun amacı, finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir."

35. 5411 sayılı Kanun'un "Tanımlar ve kısaltmalar" kenar başlıklı 3. maddesinin ilgili kısımları şöyledir:

"...Katılım bankası: Bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini

Nitelikli pay: Bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları

Özel cari hesap: Katılım bankalarında açılabilen ve istenildiğinde kısmen veya tamamen her an geri çekilebilme özelliği taşıyan ve karşılığında hesap sahibine herhangi bir getiri ödenmeyen fonların oluşturduğu hesapları,

Katılma hesabı: Katılım bankalarına yatırılan fonların bu kurumlarca kullandırılmasından doğacak kâr veya zarara katılma sonucunu veren, karşılığında hesap sahibine önceden belirlenmiş herhangi bir getiri ödenmeyen ve anaparanın aynen geri ödenmesi garanti edilmeyen fonların oluşturduğu hesapları,

Katılım fonu: Katılım bankaları nezdinde açtırılan gerçek ve tüzel kişilere ait özel cari hesap ve katılma hesaplarında yer alan parayı,

..."

36. 5411 sayılı Kanun'un "Pay edinim ve devirleri" kenar başlıklı 18. maddesinin (5) numaralı fıkrası şöyledir:

"Nitelikli paya sahip olan ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşıması şarttır. Kurucularda aranan nitelikleri kaybeden nitelikli paya sahip ortaklar temettü dışındaki ortaklık haklarından yararlanamaz. Bu halde, diğer ortaklık hakları Kurumun bildirimini üzerine Fon tarafından kullanılır. Bu ortaklar sermayedeki doğrudan ve dolaylı payları yüzde onun altına düşene kadar rüçhan haklarını kullanamazlar. "

37. 5411 sayılı Kanun'un "Önlem alınmasını gerektiren hâller" kenar başlıklı 67. maddesi şöyledir:

"Konsolide veya konsolide olmayan bazda yapılan denetimler sonucunda bir bankanın;

a) Aktiflerinin vade itibarıyla yükümlülüklerini karşılayamama tehlikesiyle karşı karşıya gelmesi ya da likiditeye ilişkin düzenlemelere uymaması,

b) Gelir ve giderleri arasındaki ilgi ve dengelerin bozulması nedeniyle kârlılığın faaliyetleri emin bir şekilde yürütecek yeterlilikte olmaması,

c) Özkaynaklarının sermaye yeterliliğine ilişkin düzenlemelere göre yetersiz olması veya bu durumun gerçekleşmek üzere bulunması,

d) Aktif kalitesinin mali bünyeyi zayıflatabilecek şekilde bozulması,

e) Bu Kanuna ve ilgili düzenlemelere veya Kurulca alınan kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamalarının bulunması,

f) İç denetim, iç kontrol ve risk yönetim sistemlerini kurmaması veya bu sistemleri etkin ve yeterli bir şekilde işletmemesi veya denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunması,

g) Yönetiminin basiretsizliği nedeniyle bu Kanun ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya mali bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması,

Hâllerinden herhangi birinin tespit edilmesi durumunda, bu Kanunun 68 inci, 69 uncu ve 70 inci maddelerinde öngörülen tedbirler derhal alınır. "

38. 5411 sayılı Kanun'un "Düzeltilici önlemler" kenar başlıklı 68. maddesi şöyledir:

"a) (a), (b), (c) ve (d) bentlerindeki hâllerden birinin veya birkaçının tespiti hâlinde, bankanın özkaynağının artırılması veya kâr dağıtımının geçici bir süreyle durdurularak ihtiyatlara aktarılması veya ayrılan karşılıkların artırılması, hissedarlara kredi verilmesinin durdurulması veya aktiflerin elden çıkarılması suretiyle likidite temin edilmesi veya yeni yatırımların sınırlandırılması veya durdurulması, ücret ve diğer ödemelerin sınırlandırılması, uzun vadeli yatırımların durdurulması,

b) (e), (f) ve (g) bentlerindeki hâllerden birinin veya birkaçının varlığı hâlinde bu aykırılıkların giderilmesi, kredi politikasının gözden geçirilerek riskli işlemlerin durdurulması, maruz kalınan vade, kur veya faiz riskinin azaltılması için gerekli önlemlerin alınması,

Tedbirlerinden bir veya birkaçının ya da tamamının ve Kurumca uygun görülecek diğer tedbirlerin, Kurumun uygun göreceği bir süre ve onaylayacağı bir plân dahilinde alınmasını ve uygulanmasını bankanın yönetim kurulundan ister."

39. 5411 sayılı Kanun'un "İyileştirici önlemler" kenar başlıklı 69. maddesi şöyledir:

"Banka tarafından 68 inci maddede yer alan önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağının Kurumca belirlenmesi hâlinde Kurul;

a) 67 nci maddenin (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde sayılan hâllerden herhangi birinin veya birkaçının gerçekleşmesi durumunda, mali bünyenin düzeltilmesi, sermaye yeterliliği veya likidite düzeylerinden birinin ya da her ikisinin yükseltilmesi, uygun bir süre vererek uzun vadeli veya duran varlıkların elden çıkarılması, işletme ve yönetim giderlerinde kısımtıya gidilmesini veya mensuplarına her ne ad altında olursa olsun düzenli olarak ödenenler dışındaki ödemelerin durdurulması, belirli kişi, kurum, risk grubu veya sektörlerle nakdi ve gayrinakdi kredi kullandırımının sınırlandırılması veya yasaklanması,

b) 67 nci maddenin (e), (f) ve (g) bentleri ile ilgili olarak aykırılıkların giderilmesi, karar, işlem ve uygulamalarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bulunması hâlinde genel kurulun en kısa sürede olağanüstü toplantıya çağrılarak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının veya tamamının değiştirilmesi veya üye sayısını artırarak üye atanması veya karar ve işlemlerde sorumluluğu bulunan mensuplarının görevden alınması, (g) bendi ile ilgili olarak maruz kalınan risklerin azaltılması için kısa, orta ve uzun vadeli olmak üzere Kurulca uygun görülecek bir plân oluşturulması ve yönetim kurulu üyeleri ile nitelikli paya sahip ortaklarından, bu plânın yazılı olarak taahhüt edilmesi ve belirlediği dönemler itibarıyla uygulama sonuçlarının gönderilmesi,

De dâhil olmak üzere, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını ve ivedilikle uygulanmasını banka yönetim kurulundan ister."

40. 5411 sayılı Kanun'un "Kısıtlayıcı önlemler" kenar başlıklı 70. maddesi şöyledir:

"Banka tarafından 68 inci ve/veya 69 uncu maddelerde yer alan önlemlerin alınmaması veya alınan önlemlere rağmen sorunların giderilememesi ya da bu tedbirlerin alınması durumunda dahi sonuç alınamayacağının belirlenmesi hâlinde Kurul bankadan;

a) Faaliyetlerini, faaliyet türleri itibarıyla tüm teşkilatını veya gerekli görülecek yurt içi veya yurt dışı şubelerini veya muhabirlerle ilişkilerini kapsayacak şekilde kısıtlaması veya geçici olarak durdurulması

b) Kaynakların toplanması ve kullanılmasına ilişkin olarak faiz oranı ve vade kısıtlamaları da dâhil olmak üzere, her türlü sınırlama ve kısıtlama getirmesi,

c) Yönetim kurulu da dâhil olmak üzere genel müdür, genel müdür yardımcıları, ilgili birim ve şube yöneticilerinin bir kısmını veya tamamını görevden alması, görevden alınan kişilerin yerine atanacak veya seçilecek kişiler için Kurumdan onay alınması,

d) Sigortaya tâbi mevduat veya katılım fonu tutarını aşmamak ve yeterli teminatı hâkim ortakların hisse senetlerinden veya diğer malvarlıklarından karşılanmak üzere uzun vadeli kredi sağlaması,

e) Zarar doğurduğu tespit edilen faaliyetlerinin sınırlandırılması veya durdurulması, verimi düşük veya verimsiz varlıklarının elden çıkarılması,

f) İstekli olan bir veya birkaç banka ile birleşmesi,

g) Özkaynakların artırılmasını sağlamak amacıyla uygun görülecek yeni hissedarlar bulunması,

h) Doğan zararın özkaynaktan indirilmesi,

Tedbirlerinden bir ya da birkaçının veya uygun göreceği diğer tedbirlerin alınmasını ve uygulanmasını ister. "

41. 5411 sayılı Kanun'un "Faaliyet izninin kaldırılması veya Fona devir" kenar başlıklı 71. maddesi şöyledir:

"Denetlemeler sonucunda bir bankayla ilgili olarak;

a) Bu Kanunun 70 inci maddesi kapsamında alınması istenen tedbirlerin Kurul tarafından verilen süre içerisinde ya da her halükârda en geç oniki ay içinde kısmen ya da tamamen alınmaması ya da bu tedbirleri kısmen veya tamamen almış olmasına rağmen, mali bünyesinin güçlendirilmesine imkân bulunmadığı veya bu tedbirler alınmış olsa dahi mali bünyesinin güçlendirilemeyeceğinin tespit edilmesi,

b) Faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin ortaya çıkması,

c) Yükümlülüklerini vadesinde yerine getiremediğinin tespit edilmesi,

d) Yükümlülüklerinin toplam değerinin varlıklarının toplam değerini aşması,

e) Hâkim ortaklarının veya yöneticilerinin, banka kaynaklarını, bankanın emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye düşürecek biçimde doğrudan veya dolaylı veya dolanlı olarak kendi lehlerine kullanması veya dolanlı olarak kaynak kullandırması ve bankayı bu suretle zarara uğratması,

Hâllerinden bir veya birkaçının varlığı durumunda Kurul, en az beş üyesinin aynı yöndeki oyuyla alınan kararlarla bankanın faaliyet iznini kaldırmaya ya da kredi kuruluşunun temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimini, zararın mevcut ortakların sermayesinden indirilmesi kaydıyla kısmen veya tamamen devri, satışı veya birleştirilmesi amacıyla Fona devretmeye yetkilidir.

Faaliyet izni kaldırılan kredi kuruluşları bu Kanunda yer alan hükümlere göre, kalkınma ve yatırım bankaları ise genel hükümlere göre tasfiye edilir.

Bu madde kapsamında alınan Kurul kararları Resmî Gazete'de yayımlanır. Yayımlanma tarihi ilgililer bakımından tebliğ tarihi olarak kabul edilir."

42. 5411 sayılı Kanun'un "Kurumun görev ve yetkileri" kenar başlıklı 93. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Kurum, bu Kanun ve ilgili diğer mevzuatın verdiği yetkiler çerçevesinde finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışması, mali sektörün gelişmesi, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması için;

a) Bankalar ve finansal holding şirketleri ile diğer kanunlarda ve ilgili mevzuatta yer alan hükümler saklı kalmak kaydıyla finansal kiralama, faktoring ve finansman şirketlerinin; kuruluş ve faaliyetlerini, yönetim ve teşkilat yapısını, birleşme, bölünme, hisse değişimini ve tasfiyelerini düzenlemek, uygulamak, uygulanmasını sağlamak, uygulamayı izlemek ve denetlemek,

b) Yurt içi ve yurt dışı muadil kurumların katıldığı uluslararası mali, iktisadi ve mesleki teşekküllere üye olmak, görev alanına giren hususlarda yabancı ülkelerin yetkili mercileri ile mutabakat zaptı imzalamak,

c) Kanunla verilen diğer görevleri yapmak,

İle görevli ve yetkilidir.

Kurum, tasarruf sahiplerinin haklarını ve bankaların düzenli ve emin bir şekilde çalışmasını tehlikeye sokabilecek ve ekonomide önemli zararlar doğurabilecek her türlü işlem ve uygulamaları önlemek, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasını sağlamak üzere gerekli karar ve tedbirleri almak ve uygulamakla yükümlü ve yetkilidir..."

43. 5411 sayılı Kanun'un "Faaliyet izninin kaldırılması" kenar başlıklı 106. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Bir bankanın bu Kanun hükümlerine göre faaliyet izninin kaldırılması hâlinde yönetim ve denetimi Fona intikal eder.

İzin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının Resmi Gazetede yayımlandığı tarihten itibaren, banka hakkındaki ihtiyatî tedbir dahil her türlü icra ve iflas takibati durur ve yeni icra ve iflas takibi yapılamaz. Banka hakkında Fon haricinde üçüncü kişiler tarafından açılmış tüm dava, icra ve iflas takipleri mahkeme, icra ve iflas dairesi tarafından derhal Fona bildirilir.

Fon, yönetim ve denetimi kendisine intikal eden bankadaki sigortalı mevduatı ve sigortalı katılım fonunu doğrudan veya ilân edeceği başka bir banka aracılığı ile ödeyerek, mevduat ve katılım fonu sahipleri yerine bankanın doğrudan doğruya iflasını ister. Bu görev ve yetki münhasıran Fona aittir. Bu şekilde yapılacak iflas isteminde 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 178 inci maddesinin ikinci fıkrası ve 179 uncu maddesinin iflasın ertelenmesine ilişkin hükümleri uygulanmaz.

Fonun iflas talebi hakkında 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun seri muhakeme usulü hükümleri uygulanır ve en geç altı ay içerisinde iflas talebi hakkında karar verilir.

Yönetim ve denetimi Fona intikal eden banka hakkında iflas kararı verilmesi hâlinde Fon, iflas masasına 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 206 ncı maddesinde yer alan üçüncü sıradaki tüm imtiyazlı alacaklılardan önce, ancak Devletin ve sosyal güvenlik kuruluşlarının 6183 sayılı Kanun kapsamındaki alacaklarından sonra gelmek üzere

imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder. Fon, bu Kanunun uygulanması ile sınırlı olmak üzere 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 166 ncı, 218 inci, 219 uncu, 223 üncü, 234 üncü, 236 ncı, 249 uncu, 251 inci ve 254 üncü maddelerindeki yetki ve görevler hariç olmak üzere iflas dairesi, alacaklılar toplantısı ve iflas idaresi görev ve yetkilerine sahip olarak bankayı tasfiye eder.(1)

İflasına hükmolunan bankanın Fona olan borçları, masanın nakit durumuna göre 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 232 nci maddesinde gösterilen sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin ödenir. Alacaklılar sıra cetvelinin düzenlenmesinde İcra ve İflas Kanununun 232 nci maddesinde öngörülen üç aylık sürenin yetersiz kalması hâlinde iflas idaresinin talebi üzerine, Fon Kurulu tarafından üçer aylık ek süreler verilebilir.

..."

44. 5411 sayılı Kanun'un "Fona devredilen bankalar ile ilgili hükümler" kenar başlıklı 107. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"Fon, bu Kanunun 71 inci maddesi hükümlerine göre ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankanın faaliyetlerini Fon Kurulunca belirlenecek süre ile geçici olarak durdurmaya ve/veya devir tarihi itibarıyla düzenlenecek bilançosunu esas almak suretiyle ... yetkilidir.

...

71 inci madde kapsamında temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi kendisine devredilen bankaların, mali bünyelerinin güçlendirilmesi, yeniden yapılandırılması, devri, birleştirilmesi ve satışı ile ilgili süreç devrin yapıldığı tarihten itibaren en geç dokuz aylık bir süre içerisinde tamamlanır. Fon Kurulu kararı ile bu süre üç ayı geçmemek üzere uzatılabilir. Bu süre içinde devir, birleşme veya satışın tamamlanamamış olması hâlinde Fonun talebi üzerine Kurul bankanın faaliyet iznini kaldırır."

B. Uluslararası Hukuk

45. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (Sözleşme) ek 1 No.lu Protokol'ün "Mülkiyetin korunması" kenar başlıklı 1. maddesi şöyledir:

"Her gerçek ve tüzel kişinin mal ve mülk dokunulmazlığına saygı gösterilmesini isteme hakkı vardır. Bir kimse, ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabilir.

Yukarıdaki hükümler, devletlerin, mülkiyetin kamu yararına uygun olarak kullanılmasını düzenlemek veya vergilerin ya da başka katkıların veya para cezalarının ödenmesini sağlamak için gerekli gördükleri yasaları uygulama konusunda sahip oldukları hakka halel getirmez."

46. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bankalara el konulması ile bağlantılı şikâyetleri, bankaya el konulması kimi durumlarda mülkiyetten yoksun bırakma sonucuna yol açsa dahi ülkedeki bankacılık sektörünü kontrol etmek amacına yönelik bir tedbir niteliğinde olduğu gerekçesiyle mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelemiştir (Reisner/Türkiye, B. No: 46815/09, 21/7/2015, § 47; Süzer ve Eksen Holding A.Ş./Türkiye, B. No: 6334/05, 23/10/2012, §§ 146, 147).

Bununla birlikte AİHM'e göre söz konusu müdahale, Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde belirtilen genel ilke ışığında yorumlanmalıdır. Buna göre müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı, kamu yararına dayalı meşru bir amacının olup olmadığı ve başvurucunun mülkiyet hakkı ile müdahalenin taşıdığı meşru amacın dayandığı kamu yararı arasında adil bir denge sağlanıp sağlanmadığı belirlenmelidir (*Reisner/Türkiye*, § 47). AİHM, bu kararda bankanın yönetimi ve kontrolünün devredilmesinin hukuka aykırı olduğunun ulusal yargı organlarıınca tespit edilmesine rağmen kararın icra edilememesi nedeniyle mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin ölçüsüz olduğuna karar vermiştir (*Reisner/Türkiye*, §§ 49, 50).

47. Bir bankanın TMSF'ye devrinin şikâyet edildiği *Yaşar Holding A.Ş./Türkiye* (B. No: 48642/07, 4/4/2017) kararında AİHM, iç hukukta hukuki bir temel varlığının hukukilik ilkesini karşılaması için yeterli olmadığını hatırlatarak bu hukuki temel ayrıca hukukun üstünlüğüne uygun olan ve keyfiliğe karşı güvenceler sunan belirli bir nitelik teşkil etmesi gerektiğini vurgulamıştır (*Yaşar Holding A.Ş./Türkiye*, § 91). Diğer taraftan AİHM, somut olayda kamu makamlarının müdahalesinin 17/12/1999 tarihli ve 4491 sayılı Kanun tarafından değiştirildiği şekliyle 4389 sayılı Kanun'un 14. maddesinin üçüncü ve beşinci fıkralarına dayandığını ve bu yeni hükmün yürürlüğe girmesinden hemen iki gün sonra başvuru için uygulanmasının öngörülebilirliği konusunun Danıştay tarafından incelenmediğini tespit etmiştir (*Yaşar Holding A.Ş./Türkiye*, §§ 93-95). AİHM önceki mevzuatın bu türden bir tedbire izin vermemesine rağmen 4389 sayılı Kanun'un 14. maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişikliğin yürürlüğe girmesinden hemen iki gün sonra başvurucuya ait hisselerin mülkiyetinin devredilmesinin başvuru tarafından öngörülebilmesinin güç olduğu kanaatine ulaşmıştır. Sonuç olarak AİHM, somut olayda uygulanan kanunun öngörülebilirlikten yoksun olması sebebiyle ihtilaf konusu müdahalenin hukukilik ilkesine uygun olmadığı gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir (*Yaşar Holding A.Ş./Türkiye*, §§ 99-101).

48. AİHM *Cem Cengiz Uzan/Türkiye* (B. No: 13567/097, 21/11/2017) kararında ise BDDK kararıyla Adabank'ın Yönetim Kurulunun değiştirilmesinin banka müşterilerinin menfaatlerini koruma ve bankanın güvenli bir şekilde işleyişini tehlikeye düşürecek koşulları ortadan kaldırma amaçlarına hizmet ettiğini vurgulamıştır. AİHM, bu amacın kamu menfaati kavramına uygun düştüğünü belirterek ulusal makamlarca alınan tedbirin toplumun genel menfaatinin gereklilikleri ile başvuranın mülkiyet hakkının korunması arasındaki adil dengiyi bozmadığı, başvurana bireysel ve aşırı bir külfet yüklediği sonucuna varmıştır. Neticede AİHM söz konusu şikâyetin açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur (*Uzan/Türkiye*, §§ 33, 34).

V. İNCELEME VE GEREKÇE

49. Mahkemenin 17/7/2019 tarihinde yapmış olduğu toplantıda başvuru incelenip gereği düşünüldü:

A. Başvurucunun İddiaları ve Bakanlık Görüşü

50. Başvurucu hissedarı olduğu Bankanın hukuka aykırı olarak TMSF'ye devredildiğinden yakınmıştır. Diğer taraftan başvuru, idarenin mevzuatın kendisine verdiği yetkinin çok üzerinde bir tasarrufla bulunduğu hususuna vurgu yapmış; Bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetimi ve denetiminin Fona devrine ilişkin süreçte mülkiyetten yararlanabilme hakkının elinden alındığını ifade etmiştir. Bankanın faaliyet izninin kaldırılmasıyla birlikte mülkiyet hakkının esaslı bir biçimde ihlal edildiğini öne süren

başvurucu, bu süreçte kendisine herhangi bir bedel ödenmemesinden şikâyet etmiştir. Başvurucu ileride bir bankanın kurucu ortağı ve nitelikli pay sahibi olma imkânının elinden alındığını ve yapılan uygulamaların orantılılık ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir. Başvurucu sonuç olarak bu gerekçelerle mülkiyet ve adil yargılanma haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.

51. Bakanlık görüşünde, derece mahkemeleri tarafından yapılan değerlendirmelerde keyfilik ve bariz bir takdir hatası bulunmadığı belirtilerek takdirin Anayasa Mahkemesine ait olduğu bildirilmiştir.

B. Değerlendirme

52. Anayasa'nın "*Mülkiyet hakkı*" kenar başlıklı 35. maddesi şöyledir:

"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz."

53. Anayasa Mahkemesi, olayların başvuru tarafından yapılan hukuki nitelendirmesi ile bağlı olmayıp olay ve olguların hukuki tavsifini kendisi takdir eder (*Tahir Canan*, B. No: 2012/969, 18/9/2013, § 16). Başvurucu adil yargılanma hakkının da ihlal edildiğini ileri sürmekte ise de hissedarı olduğu bankanın yönetimi ve kontrolünün devredilmesi yönündeki şikâyetinin esas itibarıyla mülkiyet hakkını ilgilendirdiği anlaşıldığından başvurunun bütün şikâyetlerinin mülkiyet hakkının ihlali iddiası kapsamında incelenmesi gerektiği değerlendirilmiştir.

1. Kabul Edilebilirlik Yönünden

54. Açıkça dayanaktan yoksun olmadığı ve kabul edilemezliğine karar verilmesini gerektirecek başka bir neden de bulunmadığı anlaşılan mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın kabul edilebilir olduğuna karar verilmesi gerekir.

2. Esas Yönünden

a. Mülkün Varlığı

55. Somut olayda, Bankanın TMSF'ye devir tarihine kadar bankacılık sektöründe faaliyet gösterdiği, bankacılık lisansına ve belirli bir müşteri kitlesine sahip olduğu konusunda bir ihtilaf bulunmamaktadır. Öte yandan sermaye şirketlerinin ortaklık paylarının Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülk olduğunda da kuşku bulunmamaktadır (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Josef Asboth*, B. No: 2013/6484, 31/3/2016, § 46; *Halis Toprak ve diğerleri*, B. No: 2013/4488, 23/3/2016, § 46). Başvurucu da anılan Bankanın (B) grubu hisse sahibidir. Dolayısıyla başvurunun sahip olduğu banka hisseleri yönünden Anayasa'nın 35. maddesi kapsamında mülkünün mevcut olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

b. Müdahalenin Varlığı ve Türü

56. Anayasa'nın 35. maddesinde bir temel hak olarak güvence altına alınmış olan mülkiyet hakkı kişiye -başkasının hakkına zarar vermemek ve yasaların koyduğu sınırlamalara uymak koşuluyla- sahibi olduğu şeyi dilediği gibi kullanma, üzerinde tasarruf

etme, onun ürünlerinden yararlanma olanağı verir (*Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 32). Dolayısıyla malikin mülkünü kullanma, mülkün semerelerinden yararlanma ve mülkü üzerinde tasarruf etme yetkilerinden herhangi birinin sınırlanması mülkiyet hakkına müdahale teşkil eder (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, B. No: 2014/1546, 2/2/2017, § 53).

57. Anayasa'nın 35. maddesi ile mülkiyet hakkına temas eden diğer hükümleri birlikte değerlendirildiğinde Anayasa'nın mülkiyet hakkına müdahaleyle ilgili üç kural ihtiva ettiği görülmektedir. Buna göre Anayasa'nın 35. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu belirtilmek suretiyle *mülkten barışçıl yararlanma hakkına* yer verilmiş; ikinci fıkrasında da mülkten barışçıl yararlanma hakkına müdahalenin çerçevesi belirlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında, genel olarak mülkiyet hakkının hangi koşullarda sınırlandırılabileceği belirlenerek aynı zamanda *mülkten yoksun bırakmanın* şartlarının genel çerçevesi de çizilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise mülkiyet hakkının kullanımının toplum yararına aykırı olamayacağı kurala bağlanmak suretiyle devletin mülkiyetin kullanımını kontrol etmesine ve düzenlemesine imkân sağlanmıştır. Anayasa'nın diğer bazı maddelerinde de devlet tarafından mülkiyetin kontrolüne imkân tanıyan özel hükümlere yer verilmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki mülkten yoksun bırakma ve mülkiyetin düzenlenmesi, mülkiyet hakkına müdahalenin özel biçimleridir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, §§ 55-58).

58. Sermaye şirketlerinin idare edilmesi şirketin ekonomik faaliyetleri, mal varlığı ve gelirleri üzerinde tasarrufta bulunma yetkisi tanınması bakımından önem taşımaktadır. Dolayısıyla yönetimin kamu gücü kullanılarak bankanın yönetiminin ve kontrolünün kamu makamlarına devredilerek bankacılık faaliyetinin kaldırılmasının mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiği açıktır.

59. Başvuruya konu Bankanın Fona devredilmesiyle bankacılık faaliyetinin sona erdirilmesine ilişkin süreçte BDDK tarafından alınan tedbirlerin bankacılık sektörünü denetleme ve sektörün düzenli işleyişini temin yetkisine dayandığı açıktır. Nitekim 29/5/2015 tarihli BDDK kararında da bu amaçlar ifade edilmiştir. Bu durumda başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin devletin mülkiyetin kamu yararına kullanımının kontrolü veya düzenlenmesine ilişkin kural kapsamında incelenmesi uygun görülmüştür (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Halis Toprak ve diğerleri*, § 46).

c. Müdahalenin İhlal Oluşturup Oluşturmadığı

60. Anayasa'nın 13. maddesi şöyledir:

"Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

61. Anayasa'nın 35. maddesinde mülkiyet hakkı sınırsız bir hak olarak düzenlenmemiş, bu hakkın kamu yararı amacıyla ve kanunla sınırlandırılabilceği öngörülmüştür. Mülkiyet hakkına müdahalede bulunulurken temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri düzenleyen Anayasa'nın 13. maddesinin de gözönünde bulundurulması gerekmektedir. Dolayısıyla mülkiyet hakkına yönelik müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir (*Recep Tarhan ve Afife Tarhan*, § 62).

i. Kanunilik

62. Mülkiyet hakkına yönelik müdahalelerde ilk incelenmesi gereken ölçüt kanuna dayalı olma ölçütüdür. Bu ölçütün sağlanmadığı tespit edildiğinde diğer ölçütler bakımından inceleme yapılmaksızın mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varılacaktır. Müdahalenin kanuna dayalı olması, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını gerektirmektedir (*Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK]*, B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44; *Ford Motor Company*, B. No: 2014/13518, 26/10/2017, § 49; *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55).

63. Başvurucu hissedarı olduğu Bankanın TMSF'ye hukuka aykırı olarak devredildiğini belirterek mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanunilik ölçütünü taşımadığını ileri sürmüştür.

64. Başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahaleye ilişkin süreçte idare tarafından gerçekleştirilen işlemler ve alınan kararlar 5411 sayılı Kanun hükümlerine dayanmaktadır. Buna göre öncelikle bu Kanun'un 70. maddesine göre Banka hakkında kısıtlayıcı tedbirler uygulanmış, sonrasında aynı Kanun'un 18. maddesinin beşinci fıkrası uyarınca imtiyazlı hisselerin temettü hariç ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılmasına karar verilmiştir. Sürecin devamında anılan Kanun'un 71. maddesine göre Bankanın yönetiminin ve kontrolünün Fona devredilmesine, Kanun'un 107. maddesine göre de Bankanın bankacılık faaliyetlerinin önce geçici olarak durdurulmasına, sonrasında da tamamen kaldırılmasına karar verilmiştir. Nihayet Bankanın yönetiminin kontrol edildiği TMSF tarafından bu Kanun'un 106. maddesine göre Bankanın iflası talep edilmiş ve asliye ticaret mahkemesince bu madde hükmü çerçevesinde Banka hakkında iflas kararı verilmiştir. Anılan Kanun başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale tarihine kadar yaklaşık on yıldır uygulanmakta olup erişilebilir, açık ve öngörülebilir mahiyettedir. Bu durumda mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kanuni dayanağının bulunduğu anlaşılmaktadır.

ii. Meşru Amaç

65. Anayasa'nın 13. ve 35. maddeleri uyarınca mülkiyet hakkı ancak kamu yararı amacıyla sınırlandırılabilir. Kamu yararı kavramı, mülkiyet hakkının kamu yararının gerektirdiği durumlarda sınırlandırılması imkânı vermekle, bir sınırlandırma amacı olmasının yanı sıra mülkiyet hakkının kamu yararı amacı dışında sınırlanamayacağını öngörerek ve bu anlamda bir sınırlama sınırı oluşturarak mülkiyet hakkını etkin bir şekilde korumaktadır. Kamu yararı kavramı, devlet organlarının takdir yetkisini de beraberinde getiren bir kavram olup objektif bir tanıma elverişli olmayan bu ölçütün her somut olay temelinde ayrıca değerlendirilmesi gerekir (*Nusrat Külah*, B. No: 2013/6151, 21/4/2016, §§ 53, 56; *Yunis Ağlar*, B. No: 2013/1239, 20/3/2014, §§ 28, 29).

66. BDDK; yukarıda değinilen tespitlerden hareketle (bkz. §§ 18, 19) Bankanın faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz ettiğinin tespit edildiği gerekçesiyle yönetiminin ve kontrolünün TMSF'ye devredilerek bankacılık faaliyetinin kaldırılmasına karar vermiştir. Kararda geçen mevduat sahiplerinin hakları ile mali sistemin güven ve istikrarını sağlama hedefinin kamu yararına yönelik olduğu açıktır. Bahsedilen kamu yararı amacı, devletin belli şartlar dâhilinde piyasa ekonomisine müdahale edebileceğini düzenleyen Anayasa'nın 48. ve 167. maddelerinde geçen özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun çalışmasını ve para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli

işlemesini sağlama amaçlarıyla da uyumludur (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Halis Toprak ve diğerleri*, § 81). Dolayısıyla kamu yararı amacına yönelik olduğu anlaşılan müdahalelerin ölçülülüğünün incelenmesi gerekmektedir.

iii. Ölçülülük

(1) Genel İlkeler

67. Ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkeden oluşmaktadır. *Elverişlilik* öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, *gereklilik* ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmasının mümkün olmamasını, *orantılılık* ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir (AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38).

68. Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine göre ölçülü olabilmesi için her şeyden önce bu tedbirin öngörülen kamu yararı amacını gerçekleştirmeye elverişli olması zorunludur. Diğer taraftan müdahalede bulunulurken ilgili kamu yararı amacını gerçekleştirmeye en uygun aracın seçilmesi gerekmektedir. Bu alanda hangi araçların tercih edileceği ise öncelikli olarak daha isabetli karar verebilecek konumda olan ilgili kamu makamlarının yetkisindedir. Bu nedenle hangi aracın tercih edileceğinin belirlenmesi hususunda idarelerin belli ölçüde takdir yetkisi bulunmaktadır. Ne var ki seçilen aracın gerekliliğine ilişkin olarak idarelerin sahip olduğu takdir yetkisi sınırsız değildir. Tercih edilen aracın müdahaleyi ulaşılmak istenen amaca nazaran bariz bir biçimde ağırlaştırması durumunda Anayasa Mahkemesince müdahalenin gerekli olmadığı sonucuna ulaşılması mümkündür. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu kapsamda yapacağı denetim, seçilen aracın isabet derecesine yönelik olmayıp hak ve özgürlükler üzerinde oluşturduğu müdahalenin ağırlığına dönüktür (benzer yöndeki değerlendirmeler için bkz. *Hamdi Akın İpek*, B. No: 2015/17763, 24/5/2018, § 108; *Hanife Ensaroğlu*, B. No: 2014/14195, 20/9/2017, § 67).

69. Orantılılık ilkesi gereği kişilerin mülkiyet hakkının sınırlandırılması hâlinde elde edilmek istenen kamu yararı ile bireyin hakları arasında adil bir dengenin kurulması gerekmektedir. Bu adil denge, başvurunun şahsi olarak aşırı bir yüke katlandığının tespit edilmesi durumunda bozulmuş olacaktır. Müdahalenin orantılılığını değerlendirirken Anayasa Mahkemesi; bir taraftan ulaşılmak istenen meşru amacın önemini, diğer taraftan da müdahalenin niteliğini, başvurunun ve kamu otoritelerinin davranışlarını gözönünde bulundurarak başvurucuya yüklenen külfeti dikkate alacaktır (*Arif Güven*, B. No: 2014/13966, 15/2/2017, §§ 58, 60; *Osman Ukav*, B. No: 2014/12501, 6/7/2017, § 71).

70. 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, 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).

71. Mülkiyet hakkının usule ilişkin güvenceleri hem özel kişiler arasındaki mülkiyet uyumsuzluklarında hem de taraflardan birinin kamu gücü olduğu durumlarda geçerlidir. Bu bağlamda mülkiyet hakkının korunmasının söz konusu olduğu durumlarda usule ilişkin güvencelerin somut olayda yerine getirildiğinden söz edilebilmesi için derece mahkemelerinin kararlarında konu ile ilgili ve yeterli gerekçe bulunmalıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki bu zorunluluk tarafların bütün iddialarına cevap verilmesi anlamına gelmemekle birlikte mülkiyet hakkını ilgilendiren davanın sonucuna etkili esasa ilişkin temel iddia ve itirazların yargılamaya makamlarınca özenli bir şekilde değerlendirilerek karşılanması gerekmektedir (*Kamil Darbaz ve Gmo Yapı Grup End. San. Tic. Ltd. Şti.*, B. No: 2015/12563, 24/5/2018, § 53).

(2) İlkelerin Olaya Uygulanması

(a) Müdahalenin Elverişliliği

72. Somut olayda başvurunun hissedarı olduğu Bankanın yönetiminin ve kontrolünün TMSF'ye devredilerek faaliyet izninin kaldırıldığı ve sonrasında iflasının istendiği anlaşılmaktadır. Başvuruya konu müdahalenin yukarıda değinilen kamu yararı amacını gerçekleştirme yönünden *elverişli* olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

(b) Müdahalenin Gerekliliği

73. Müdahalenin *gerekliliği* bağlamında başvuru bildirilen eksikliklerin giderilmemesinin yaptırımı idari para cezası iken kamu makamlarının elkoyma gibi ağır bir tedbir uyguladıklarından yakınmıştır. Buna göre müdahalenin en uygun araç seçilerek yapıлып yapılmadığının belirlenmesi yönünden ilk olarak Banka hakkında düzenlenen idari ve mali raporlar ile uygulanan tedbirlere değinmek gerekir.

74. Bankanın Fona devrine ilişkin süreçte BDDK tarafından Banka nezdinde muhtelif tarihlerde incelemeler yapılmıştır. Bu incelemeler neticesinde eksikliklerin giderilmesine ve likitide durumunun iyileştirilmesine ilişkin önlemlerin alınması konusunda Bankaya yine muhtelif tarihlerde bildirimlerde bulunulmuştur. Bu kapsamda BDDK tarafından 26/8/2014 tarihinde "*Banka Hakkında Kanun'un 67. maddesine İstinaden Alınabilecek Önlemler*" konulu rapor düzenlenmiştir.

75. Anılan raporda genel olarak 2014 yılının ilk sekiz aylık döneminde yüksek miktarda katılım fonu çıkışı gerçekleştiği, Bankanın TCMB nezdinde tuttuğu zorunlu karşılıkların bir kısmını çekmek durumunda kaldığı, mevcut likit değerlerle fon çıkışını uzun süre karşılayamayacağı, söz konusu trendin devam etmesi hâlinde Bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi riskinin doğmasının kuvvetle muhtemel olacağı hususlarına vurgu yapılmıştır. Raporda likidite durumunun iyileştirilmesine ilişkin önlemlerin en süratli şekilde hayata geçirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Raporun sonuç kısmında ise bankanın yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememe tehlikesini ortadan kaldıracak her türlü tedbirin -Kanun'da hangi maddede yer aldığına bakılmaksızın- alınması önerisi getirilmiştir.

76. Raporda yer alan tespitlerin BDDK tarafından değerlendirilmesi sonucunda 28/8/2014 tarihinde Bankanın 5411 sayılı Kanun'un "*Kısıtlayıcı Önlemler*" kenar başlıklı 70. maddesi kapsamına alınmasına karar verilmiş, buna göre Bankadan bazı isteklerde bulunulmuştur. Bunlar özetle imtiyazlı paya sahip ortaklarının derhâl nakit sermaye

artırımına gitmesi, ortaklarca gerçekleştirilecek sermaye artırımına ilişkin olarak Kuruma yazılı taahhüt verilmesi, Bankaca uzun vadeli uygun maliyetli kredi ve benzeri fon temin edilmesi, risk grubuna ve hissedarlara nakdi ve gayrinakdi kredi kullanılarak durdurulması, işletme ve yönetim giderlerini azaltacak tüm tedbirlerin alınması, Bankanın öz kaynaklarının güçlendirilmesine yönelik her türlü tedbirin alınması şeklinde sıralanabilir. Ayrıca 185 adet (A) grubu nitelikli paya sahip Banka ortağının kurucularda aranan şartları taşıdığını gösterir belgelerin sunulması da BDDK tarafından istenmiştir.

77. Fon Kurulu BDDK'nın 3/2/2015 tarihli kararına dayanarak aynı tarihte, Banka tarafından gerekli tedbirlerin alınmadığı ve eksikliklerin giderilmediği gerekçesiyle imtiyazlı hisselerin temettü hariç ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılmasına karar vermiştir.

78. İmtiyazlı hisselerin temettü hariç ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılmasına karar verilmesinden iki ay sonra bu defa *Asya Katılım Bankası A.Ş. Finansal Durum Raporu* düzenlenmiştir. Bu raporda; 2013 yılında 181 milyon TL net kâr elde eden Bankanın 2014 yılı 877 milyon TL zarar ile kapattığı, Bankanın 2014 yılı zararının önceki dört yılda elde ettiği kâr toplamından (847 milyon TL) daha fazla olduğu, 2014 yılı zararının gelecek dört yılda elde edeceği tahmin edilen kâr toplamından (822 milyon TL) da fazla olduğu, Bankanın kredilerinin 1 milyar TL'lik kısmının potansiyel sorunlu kredilerden oluştuğu, mevduat bankaları ve katılım bankaları arasında en yüksek takibe dönüşüm oranına (TDO) sahip Banka olduğu, *Bankaya sahip çıkma* gibi ekonomik menfaat dışı saiklerle de hareket edilmesi sonucu gerçek kişi katılım fonlarında artış gerçekleştiği gibi finansal verilere ilişkin tespitlerden yola çıkılarak Bankanın mali yapısının bozulmaya devam ettiği hususuna vurgu yapılmıştır.

79. Bankanın Fona devrinden bir gün önce 28/5/2015 tarihinde *Asya Katılım Bankası A.Ş.* (31/12/2014 ve sonraki dönem gelişmeler) *Mali Durum Tespit Raporu* hazırlanmıştır. Bu raporda da Bankanın mali yapısının bozulmaya devam ettiği, likitide durumunun sürdürülebilir olmadığı, Bankanın kurumsal yönetim anlayışıyla bağdaşmayacak şekilde siyasi faaliyetler içinde olduğu, Banka ortaklık yapısının şeffaf olmadığı tespitlerine yer verilmiştir.

80. *Mali Durum Tespit Raporu*'nda bunların dışında iki önemli değerlendirmeye yer verilmiştir. Bunlardan birincisi Bankanın mali yapısında devam eden kötü yöndeki trendin önümüzdeki dönemde mali sistemdeki güven ve istikrarı tehlikeye düşüreceği, aksiyon alınmaması durumunda Bankanın kamuya olan maliyetinin yüksek tutarlara ulaşacağı kanaatidir. Diğer ise aralarında Banka kurucularının da olduğu ve 3/2/2015 tarihi itibarıyla %41,94 oranındaki (A) grubu nitelikli paya sahip gerçek kişi ortak ile tüzel kişi ortakları temsilen yönetici ve/veya hissedarlarca -geçmiş yıllarda Fona devrolan bazı bankalarda rastlandığı gibi- tarih ve devralan kısımları boş bırakılmış, tek tip hisse devir sözleşmelerine imza atıldığı, bu durumun banka nitelikli pay sahiplerinin sahipliğe ilişkin iradelerini kim olduğu bilinmeyen kişi ya da kişilere teslim etmiş olduğunu açık bir biçimde gösterdiği, ayrıca bu iradenin teslim edildiği perde arkasındaki kişi ya da merkezin geçmişten bugüne Bankanın her türlü karar ve yönetim mekanizmasında tek söz sahibi olduğunu gösteren birtakım verilere ulaşıldığı, böyle bir vaziyetin bir bankada var oluşunun ise yatırımcıların ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatleri açısından büyük bir risk ve tehlike oluşturacağı tespitidir.

81. *Mali Durum Tespit Raporu*'nda belirlenen hususlar, *Asya Katılım Bankası A.Ş. Finansal Durum Raporu*'nda belirlenen hususlar ile Hukuk İşleri Daire Başkanlığının 29/5/2015 tarihli yazısı ile verilen mütalaa neticesinde BDDK 29/5/2015 tarihinde, Bankanın faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz etmesi hâlinin ortaya çıkmış olması durumunun gerçekleştiğini tespit ederek 5411 sayılı Kanun'un 71. maddesinin birinci fıkrasının (b) bendinin uygulanmasına karar vermiştir.

82. Mülkiyet hakkına müdahale bağlamında hangi aracın en uygun olduğunun tespiti bakımından kamu makamlarının belirli bir takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir. Ancak bu takdir yetkisi sınırlı olup Anayasa Mahkemesi mülkiyet hakkına en az müdahale eden aracın seçilip seçilmediğini denetlemek durumundadır. Somut olayda da başvuru fonu hissedarı olan Banka hakkında doğrudan kontrolünün ve yönetiminin devri gibi bir tedbir uygulanması yoluna gidilmediği, ilgili kanunda yer alan çeşitli süreçler izlenip bazı tedbirler uygulandıktan sonra bu kararın alındığı görülmektedir.

83. Nitekim somut olayda öncelikle 5411 sayılı Kanun'un 67. maddesi çerçevesinde bir inceleme raporu düzenlendiği ve bu rapordaki Bankanın likidite yapısının bozulduğu yönündeki tespitler çerçevesinde anılan Kanun'un 70. maddesindeki kısıtlayıcı önlemlerin uygulanmasına karar verildiği görülmektedir. Buna göre BDDK söz konusu Bankadan sermaye artırımı, fon temini, öz kaynakların güçlendirilmesi gibi tedbirlerin uygulanmasını istediği gibi Banka ortaklarına ilişkin bazı belgeleri de talep etmiştir. Ancak BDDK'nın bu tedbirlerinin gereğinin yerine getirilmediği yönündeki kararı doğrultusunda Fon Kurulu bu imtiyazlı hisselerin temettü hariç ortaklık haklarının Fon tarafından kullanılmasına karar vermiştir. Bundan sonra düzenlenen mali durum raporları çerçevesinde şikâyet edilen idari kararlar uygulanmıştır. Dolayısıyla kamu makamları tarafından belirli bir inceleme süreci sonunda ve bazı ihtar ve bildirimlerde bulunulduktan sonra bu kararların alındığı anlaşılmaktadır.

84. Başvurucu ise özellikle Bankanın ortaklık yapısı ve mali durumu yönünden BDDK tarafından yapılan bildirimler çerçevesinde hangi tedbirlerin alındığını belirtmemiş ve alındıysa bu tedbirlerin yeterli kabul edilmesini gerektirir herhangi bir bilgi veya belge sunmamıştır. Başvurucu ayrıca söz konusu süreçlerde Bankanın ortaklık yapısındaki belirsizliğin giderildiğini veya mali durumunda iyileşme sağlandığını bireysel başvuru kapsamında dile getirmemiştir. Nitekim derece mahkemelerinin de BDDK'nın bildirimlerinin gereğinin yerine getirilmediği yönündeki tespitlerinden ayrılmayı gerektirir bir durumun olmadığını tespit ederek sonuca ulaştıkları görülmektedir. Müdahalenin dayanağı olan 5411 sayılı Kanun hükümlerine göre öncelikle önleyici tedbirlerin uygulanması, buna uyulmadığının tespiti hâlinde bankanın yönetiminin ve kontrolünün devri, nihayet Bankanın mali yapısının düzeltilmemesi durumunda ise tasfiyesi süreci öngörülmektedir. Somut olayda da bu idari süreçlerin sırasıyla uygulandığı görülmektedir. Buna göre başvuru müdahalenin *gerekli* olmadığını ortaya koyamamıştır.

(c) Müdahalenin Orantılılığı

85. Başvurucu Bankanın faaliyet izninin kaldırıldığını ve elkoyma sebebiyle kendisine de bir bedel ödenmediğini belirterek yapılan uygulamaların orantılılık ilkesine aykırı olduğunu öne sürmüştür. Başvurucu bunun bir sonucu olarak ileride bir bankanın kurucu ortağı ve nitelikli pay sahibi olma imkânının da elinden alındığından yakınmıştır.

86. Somut olayda yönetimi ve kontrolü TMSF'ye devredilen Bankanın öncelikle satışı gerçekleştirilmek istenmiş ancak alıcı çıkmaması üzerine satış süreci sona erdirilerek mali durumu düzelmeyen Bankanın faaliyet izni kaldırılmıştır. Faaliyet izni kaldırdıktan sonra ise Bankanın iflası istenmiş ve Mahkemece iflas kararı verilmiştir.

87. Bankaya elkonmasına sebep olan neden sadece bildirilen eksikliklerin giderilmemesi değil esas olarak Bankanın 28/8/2014 tarihinde 5411 sayılı Kanun'un "Kısıtlayıcı önlemler" kenar başlıklı 70. maddesi kapsamına alınmasına karar verilmesinden sonra da mali yapısının bozulmaya devam etmesidir. Nisan 2015 tarihli *Asya Katılım Bankası A.Ş. Finansal Durum Raporu* ile 28/5/2015 tarihli *Mali Durum Tespit Raporu* da Bankanın mali durumundaki bozulmanın devam ettiğini teyit etmektedir. BDDK Bankanın faaliyetine devamının mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz etmesi halinin ortaya çıkmış olduğu sonucuna vararak Bankanın Fona devrine karar vermiştir.

88. Başvurucunun Bankanın Fona devrine ilişkin idari işlemin iptali istemiyle açtığı dava işleminde hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiş, hüküm kanun yolu incelemesinden geçerek kesinleşmiştir.

89. Başvurucunun bütün bu idari işlemlere karşı ilgili yargısal süreçlerde delil ve savlarını bildirerek etkin bir biçimde itiraz edebilme imkânı bulamadığına dair açık bir şikâyeti söz konusu değildir.

90. İkinci olarak derece mahkemelerince idare tarafından önleyici tedbirler uygulanmasının istenmesine rağmen bu tedbirlerin yerine getirilmediği yönündeki tespitler ve Banka hakkında düzenlenen mali durum raporları dikkate alınarak 5411 sayılı Kanun hükümlerinin yorumlanması suretiyle davanın reddi sonucuna varılmıştır. Buna göre belirtilen gerekçeler dikkate alındığında söz konusu kararların keyfi veya öngörülemez nitelikte olmadıkları anlaşılmaktadır.

91. Ayrıca finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanması ve tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla bankaların etkin bir biçimde denetlenmesi büyük bir önem taşımaktadır. Kamu makamlarınca yapılan bu denetimler sonucunda özellikle mali durumu bozulan veya bankacılık kurallarına aykırı iş ve işlemleri saptanan bankalar hakkında bazı tedbir ve yaptırımlar uygulanması takdir yetkisi kapsamında kabul edilmelidir. Bu çerçevede somut olayda olduğu gibi ortaklık yapısının belirsiz olduğu tespit edilen ve mali durumu gerek bankacılık piyasası gerekse de katılım fonu sahipleri yönünden tehlike arz eden bir konuma gelen Banka hakkında belirtilen kamu yararı amacının sağlanması için şikâyet edilen tedbirlerin ve işlemlerin uygulanması makul görülebilir. Kaldı ki alınan tedbirlerin ve işlemlerin keyfi oldukları ortaya konulmadığı gibi bu tedbirlerin alınmasına da Bankanın mali durumu ile bankacılık kurallarına uymamasının yol açtığı dikkate alınmalıdır. Başvurucunun da hakkında bazı önleyici tedbirler alınan bir Bankanın hissedarı olarak kalmaya devam ettiği, ayrıca ortaklığın getirdiği haklardan yararlanma imkânına sahip olan başvurucunun ticaret hayatı çerçevesinde karşılaşılabilecek risk ve yükümlülükleri de öngörebileceği değerlendirilmektedir. Diğer bir deyişle başvuru ticari bir risk olarak bir Bankanın hissedarı olmuş ve neticede mali durumu bozulan Banka iflas etmiştir.

92. Son olarak başvurucuya yüklenen külfeti hafifletebilecek mekanizmaların mevcut olup olmadığı irdelenmelidir. Banka hakkında iflas kararı verilmiş olup birinci sıra cetveli oluşturularak ilan edilmiştir. Bu bağlamda genel hükümlere göre alacaklı sıfatıyla sıra

cetvelinde yer almak için talepte bulunması yönünde kanuni veya fiilî bir engel olduğu başvuru tarafından ortaya konulamamıştır. Buna göre başvurunun tasfiye bakiyesi yönünden talepte bulunabileceği de anlaşılmaktadır.

93. Bu durumda başvurunun hissedarı olduğu Bankaya gerekli tedbirleri alması için bildirimde bulunulmasına rağmen Bankanın mali durumundaki bozulmanın devam etmesi, bunun da mevduat ve katılım fonu sahiplerinin hakları ve mali sistemin güven ve istikrarı bakımından tehlike arz etmesi hâlinin ortaya çıkmasına yol açması ve bankanın yönetiminin ve kontrolünün TMSF'ye devredilerek tasfiyesi suretiyle başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile elde edilmek istenen kamu yararı karşılaştırıldığında gözetilmesi gereken adil dengenin bozulmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Başvurunun mülkiyet hakkına yapılan müdahale kamu yararı amacı ile karşılaştırıldığında ölçüldür.

94. Açıklanan gerekçelerle Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerekir.

VI. HÜKÜM

Açıklanan gerekçelerle;

A. Mülkiyet hakkının ihlal edildiğine ilişkin iddianın KABUL EDİLEBİLİR OLDUĞUNA,

B. Anayasa'nın 35. maddesinde güvence altına alınan mülkiyet hakkının İHLAL EDİLMEDİĞİNE,

C. Yargılama giderlerinin başvuru üzerinde BIRAKILMASINA,

D. Kararın bir örneğinin Adalet Bakanlığına GÖNDERİLMESİNE 17/7/2019 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi.

Başkan
Engin YILDIRIM

Üye
Celal Mümtaz AKINCI

Üye
Muammer TOPAL

Üye
M.Emin KUZ

Üye
Yıldız SEFERİNOĞLU