



T.C.  
KAMU DENETÇİLİĞİ KURUMU  
(OMBUDSMANLIK)

**ŞİKAYET NO** : 2014/4340

**KARAR TARİHİ** : 01/12/2015

**ŞİKAYETÇİ**

**TAVSİYE KARARI**  
: M.E.G.

**ŞİKAYETÇİ VEKİLİ**

: -

**ŞİKAYET EDİLEN İDARE**

: Sermaye Piyasası Kurulu

**ŞİKAYETİN KONUSU**

: Şikâyetçinin, sahibi olduğu hisse senetlerine ilişkin olarak, kaydileştirme işlemine dair mevzuattan doğan hak kayıplarının tazmin edilmesi yönündeki talebi hakkındadır.

**ŞİKAYET BAŞVURU TARİHİ** : 10.10.2014

**I. USÛL**

**A. Şikâyet Başvuru Süreci**

1. Şikâyet başvurusu, Ankara Valiliğinin 2014 tarihli ve .... sayılı yazısı ile gönderilen 26/9/2014 tarihli dilekçe ile yapılmış olup, 10/10/2014 tarih ve 9316 evrak kayıt numarası ile Kurumumuz kayıtlarına girmiştir. Şikâyet başvurusunun karara bağlanması için 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 8 inci maddesinin ikinci fıkrası ile 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 41 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi ve İmza Yetkileri Yönergesinin 7 nci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendi uyarınca, şikâyetin incelenmesine ve araştırılmasına geçilmiş olup, 2014/4340 şikâyet sayılı “Tavsiye” önerisiyle Kamu Başdenetçisi’ne sunulmuştur.

**B. Ön İnceleme Süreci**

2. Şikâyet başvurusu hakkında yapılan ön inceleme neticesinde; şikâyet konusunun Kurumumuzun görev alanına girdiği, şikâyetçinin menfaat ihlali koşulunu taşıdığı, idari başvuru yollarının tüketildiği, şikâyetin süresinde yapıldığı ve diğer ön inceleme konularında da bir eksiklik olmadığı, bu nedenle şikâyetin incelenmesine ve araştırılmasına engel bir durumun bulunmadığı tespit edilmiştir.

## II. OLAY VE OLGULAR

### A. Şikâyetçinin Konu Hakkındaki Açıklamaları ve İddiaları

3. Şikâyetçi başvurusunda, 19.. yılından itibaren muhtelif tertiplerde .... A.Ş.’den bir miktar hisse senedi aldığını ve seneler içinde çeşitli şekillerde sermaye artışlarına katıldığını,

4. Söz konusu şirket hisselerinin 20.. tarihi itibarıyla kayden izlenmeye başlandığını ve yasal düzenlemelere göre 7 nci yıl sonu olan 2012 tarihinin hisse senetleri için kanunen intikal, fon için kayden iptal tarihi olduğunu sonradan öğrendiğini,

5. Her ne kadar 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında; *“...Kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları YTM’ye intikal eder. Bunların üzerindeki sınırlı aynı haklar kendiliğinden sona ermiş sayılır. Bunlar YTM’nin hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılır.”*, denmişse de, bu durumun kabulünün mümkün olmadığını; zira söz konusu hükmün mülkiyet hakkını sınırlandırmak bir yana bu hakkı tamamen ortadan kaldırdığını, dolayısıyla Anayasanın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduğu gibi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Sermaye Piyasası Kanununun amacına da aykırı olduğunu,

**belirtmiş ve .... A.Ş.’deki hisselerinin elde ediliş tarihlerindeki değerlerinin bugünkü kıymetleri üzerinden tarafına iadesine; iade mümkün olmadığı taktirde bugünkü değerlerinin bedelinin ödenmesine karar verilmesini Kurumumuzdan talep etmiştir.**

### B. İdarenin Şikâyete İlişkin Açıklamaları

6. Şikâyet konusunun çözümüne dayanak teşkil etmek üzere, Sermaye Piyasası Kurulu’ndan bilgi-belge talep edilmiş olup, bahse konu idare 2015 tarihli cevabi yazısında özetle,

6.1. Ülkemizde kaydi sistemin, mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’na (SPKn) 15/12/1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun ile eklenen 10/A maddesi ile yasal çerçeveye oturtulduğunu, Kurullarının 28/10/2005 tarihli ve 43/1318 sayılı kararı ile, **İstanbul Menkul Kıymetler Borsası’nda işlem gören hisse senetlerinin 28/11/2005 tarihinden itibaren Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) sisteminden kayden izlenmeye başlandığını,**

6.2. 30/12/2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren ve 2499 sayılı SPKn’nu yürürlükten kaldıran **6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun “Sermaye Piyasası Araçlarının Kaydileştirilmesi” başlıklı 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasında konuya ilişkin olarak;** *“Kaydileştirilmesine karar verilen sermaye piyasası araçlarının Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde teslimi zorunludur. Teslim edilen sermaye piyasası araçları kendiliğinden hükümsüz hâle gelir. Teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları ise kaydileştirilme kararından sonra borsada işlem göremez, aracı kurumlarca bu sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık edilemez ve katılma belgelerinin geri alımı yapılamaz. Kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları YTM’ye intikal eder. Bunların üzerindeki sınırlı*

***aynı haklar kendiliğinden sona ermiş sayılır. Bunlar YTM'nin hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılır.***” hükmüne yer verildiğini,

6.3. Bahsi geçen Kanun hükümleri kapsamında, borsada işlem gören pay senetleri 28/11/2005 tarihinden itibaren kayden izlenmeye başlandığından, **fiziki olarak elde tutulan pay senetleri için gerek 2499 gerekse de 6362 sayılı Kanunlar ile belirlenen 7 yıllık sürenin 31/12/2012 tarihi itibarıyla dolduğunu,**

6.4. **Anılan sürenin kanuni bir hak düşürücü süre olduğunu, belirlenen sürede hakkın ileri sürülmemesinin hakkın varlığını ortadan kaldırdığını,** bu çerçevede, kaydileştirilmesine karar verilen söz konusu pay senetlerinden mülga 2499 sayılı SPKn'nun Geçici 6 ncı maddesi uyarınca ihraççı, yetkili aracı kuruluş veya MKK'ya teslim edilmeyenlerin mülkiyetinin, 6362 sayılı SPKn'nun 13 üncü maddesinin dördüncü fırcası gereği 31.12.2012 tarihi itibarıyla doğrudan ve kendiliğinden, üzerlerindeki her türlü sınırlı aynı haktan bağımsız olarak, Yatırımcı Tazmin Merkezi'ne (YTM) intikal ettiğini, **buna göre şikayetçi tarafından ifade edilen fiziki senetler üzerindeki mülkiyet hakkının kanunen sona erdiğini,**

6.5. Yatırımcıların herhangi bir hak kaybına uğramamaları için ellerinde bulundurdukları sermaye piyasası araçlarını 2012 tarihine kadar ihraççı şirketlere, aracı kurumlara ve/veya bankalara teslim ederek bu senetleri kaydileştirmeleri gerektiğinin Kurul tarafından 23-24.08.2012 ve 21-25.11.2012 tarihlerinde ayrıca 23-27.08.2012 ve 20-24.11.2012 tarihlerinde farklı gazetelerde ilan edildiğini, MKK tarafından resmi internet sitesinde 31/12/2012 tarihine kadar hak sahipleri tarafından fiziken teslim edilmemiş sermaye piyasası araçlarının mülkiyetinin YTM'ye intikal ettiği ve bunlar üzerindeki sınırlı aynı hakların kendiliğinden sona erdiği ifade edilerek, 31/12/2012 ve izleyen yıllarda hak kaybı süresi dolacak şirketlerin ve fonların listelendiğini, ayrıca MKK'nın aracı kurumlar, bankalar ve ihraççılara iletilen 551 sayılı genel mektubunda yer alan *“Kaydileşmemiş hisse senedi ve yatırım fonu katılma belgelerini kaydileştirmelerini teminen, ilgili sürenin bitiminde hisse senetlerinin ihraççıya intikal edeceği ve yatırım fonu katılma belgelerinin kayden iptal edileceği hakkında tüm yatırımcıları bilgilendirmeniz beklenmektedir.”* uyarısı doğrultusunda tüm ihraççı ve aracı kuruluşlarca gerekli bildirimlerin yapıldığını,

6.6. **Söz konusu husus hakkında bilgisi olmayan ya da bildiği halde elindeki senetleri teslim etmeyi unutan yatırımcılara ilişkin bir tedbir, iyileştirici önlem veya çözüm mekanizmasının bulunmadığını,**

6.7. ... A.Ş.'ye ait toplam ... adet hisselerin 2012 tarihinde YTM'ye intikal ettiğini, bu payların değerinin ... TL olduğunu, Şirket'e ait ... adet hisselerin satışının .. A.Ş.'de resmi müzayede yoluyla ... 2013-..2013 tarihleri arasında gerçekleştirildiğini ve söz konusu hisselerin ... adedinin satıldığını, belirtmiştir.

### **C. Olaylar**

7. Şikâyetçi, 19.. yılında, ... AŞ'den olan alacağına karşılık hisse senetleri satın almış ve takip eden yıllar içerisinde sermaye artışına katılmıştır. Şikayetçi, ...**2012 ve ..2012 tarihli e-postalar ile ... A.Ş.'den,** elindeki hisse senetleri için ne gibi bir işlem yapması gerektiğini sormuştur.

8. Şikayetçi .... A.Ş.'ye ait hisse senetlerinin ... Menkul Kıymetler A.Ş.'nin takip edeceğini öğrenmesini müteakip **2012 tarihli dilekçesiyle ... Menkul Kıymetler A.Ş.'ye yaptığı başvurusunda;** 2012 tarihi itibarıyla ... Holding A.Ş. tarafından gönderilen 10,11 ve 12 tertip hisse senetleri için yatırım hesabı açılarak bundan böyle konunun takibini teminen hisse senetlerinin kabulünü ve gerekli işlemin yapılmasını talep etmiştir.

9. **Şikayetçi 2013 tarihli dilekçesiyle SPK'ya yaptığı başvurusunda;** ...Yatırım'a elindeki senetlerle başvurduğunu, T.L.'den altı sıfır silinmiş olması dolayısıyla elindeki senetlerin değerinin 23.00 TL olduğunun bildirildiğini, bu uygulamanın adalet, hak ve nesafete uygun olmadığını belirterek konunun incelenmesini talep etmiştir. **Bahse konu idare 2014 tarihli cevabi yazısında;** şikayetçinin sahip olduğu 23.164.000 (eski) TL nominal değerli şirket paylarının nominal değerinin 23 (yeni) TL'ye dönüştürülmesinde herhangi bir yanlışlık bulunmadığı, öte yandan 6362 sayılı SPKn'nun 13 üncü maddesi gereğince 2012 tarihi itibarıyla söz konusu fiziki senetlerin mülkiyetinin YTM'ye geçtiği belirtilmiştir.

10. **Şikayetçi 2014 tarihli dilekçesiyle YTM'ye yaptığı başvurusunda;** 6362 sayılı Kanunun 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasanın 35. maddesi ile AİHS'nin mülkiyet hakkını düzenleyen maddesine ve SPKn'nun amacı ve temel ilkelerine aykırı olduğundan bahisle, Merkezlerine intikal eden hisselerin iade edilmesini, mümkün değilse günümüz değerine karşılık bedellerinin verilmesini talep etmiştir. **İdarece şikayetçinin talebi 2014 tarihli yazıyla reddedilmiştir.**

11. **Şikayetçi 2014 tarihli dilekçesiyle YTM'ye yaptığı başvurusunda;** Anayasanın 13 üncü, 17 nci maddesinin birinci fıkrası, 35 inci maddesi ve Medeni Kanunun mülkiyet hakkıyla ilgili hükümleriyle hakkaniyet kaideleri de göz önüne alınmak suretiyle durumunun yeniden incelenmesini, hisse senetlerinin satılmış olması nedeniyle bu satış bedelinden hisselerinin karşılığını teşkil eden miktarın ödenmesini talep etmiştir. **Bahse konu idare 2014 tarihli cevabi yazısında;** Merkezlerince yapılacak bir değerlendirme bulunmadığını, yasal süre içinde yargı yoluna başvurulmasının mümkün olduğunu belirtmiştir.

#### **D. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz MAKAS'ın İnceleme ve Araştırma Bulguları**

12. Şikâyet konusu ile ilgili olarak Sermaye Piyasası Kurulu'ndan 2014 tarihli ve ..... sayılı yazıyla bilgi ve belge talep edilmiş olup, Sermaye Piyasası Kurulu'nun 2015 tarihli ve ... sayılı cevabi yazısı 2014 tarih ve .... sayı ile Kurum kayıtlarımıza girmiştir.

### **III. HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE GEREKÇE**

#### **A. İlgili Mevzuat**

#### **13. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası**

13.1. **“Cumhuriyetin nitelikleri” başlıklı 2 nci maddesi;** "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir.",

13.2. **“Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması” başlıklı 13 üncü maddesi;** “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere

bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”,

**13.3. “Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı” başlıklı 17 nci maddesinin birinci fıkrası;** “ Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

**13.4. "Mülkiyet hakkı" başlıklı 35 inci maddesi;** "Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.", hükmündedir.

**14. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 17 nci maddesi;** “Herkesin tek başına veya başkalarıyla ortaklaşa mülkiyet hakkı vardır. Hiç kimse keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamaz.”

**15. İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’ye Ek 1 No.lu Protokolün “Mülkiyetin korunması” başlıklı 1 inci maddesi;** “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 hâle getirmez.”

#### **16. Mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu**

**16.1. “Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi” başlıklı 10/A maddesi – (Ek: 15/12/1999 - 4487/1 md.);** “Sermaye piyasası araçları ve bunlara ilişkin haklar; özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlenir...”

**16.2. Geçici 6 ncı maddesine 25/2/2011 tarih ve 27857 Mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 6111 sayılı Kanun ile eklenen dördüncü fıkrası;** “Her bir sermaye piyasası aracı için Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından kayden izlemenin başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları hisse senedi ise, ihraççıya kanunen intikal eder. Bu durumda paydan doğmuş olan haklar, hisse senetlerinin ihraççıya intikal tarihinde kendiliğinden sona ermiş sayılır. Söz konusu payların satışı, ihraççılarca üç ay içerisinde yapılır. Teslim edilmeyen diğer sermaye piyasası araçlarından doğan alacaklar, bu tarihte zamanaşımına uğrar...”, hükmünü amirdir.

#### **17. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu**

**17.1. "Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesi" başlıklı 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının Anayasa Mahkemesi'nin 12/11/2015 tarihli ve 29530 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 22/10/2015 tarihli ve E. 2015/29, K. 2015/95 sayılı kararı ile iptal edilmeden önceki hali; "Kaydileştirilmesine karar verilen sermaye piyasası araçlarının Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde teslimi zorunludur. Teslim edilen sermaye piyasası araçları kendiliğinden hükümsüz hâle gelir. Teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları ise kaydileştirilme kararından sonra borsada işlem göremez, aracı kurumlarca bu sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık edilemez ve katılma belgelerinin geri alımı yapılamaz. Kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları YTM'ye intikal eder. Bunların üzerindeki sınırlı aynı**

haklar kendiliğinden sona ermiş sayılır. Bunlar YTM'nin hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılır." hükmünü amirdir.

17.2. **“Merkezî Kayıt Kuruluşu” başlıklı 81 inci maddesinin birinci ve beşinci fıkraları;** (1) Merkezî Kayıt Kuruluşu, sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, kaydileştirilen bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri itibarıyla kayden izlemek, bu araçların merkezî saklamasını yapmak üzere kurulmuş, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz anonim şirkettir...(5) MKK ve üyeleri, kayıtların yanlış tutulmasından dolayı hak sahiplerinin uğrayacağı zararlardan kusurları oranında sorumludur.

17.3. **“Yatırımcı Tazmin Merkezi” başlıklı 83 üncü maddesinin birinci fıkrası;** “ Yatırımcıların bu Kanundaki şartlar çerçevesinde tazmini amacıyla kamu tüzel kişiliğini haiz YTM kurulmuştur. YTM, Kurul tarafından çıkarılacak bir yönetmelik çerçevesinde Kurul tarafından idare ve temsil olunur...”

## **B. Şikâyet Konusuna İlişkin Uygulamalar**

### **18. Anayasa Mahkemesi'nin 12/11/2015 tarihli ve 29530 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 22/10/2015 tarihli ve E. 2015/29, K. 2015/95 sayılı kararı**

18.1. Başvuru kararında özetle; 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 13. maddesinin (4) numaralı fıkrası ile, pay senetlerini belli bir bedel ödeyerek satın alan kişilerin, mülkiyet haklarının öngörülen süre sonunda süresiz olarak ellerinden alındığı ve mülkiyet haklarının sona erdirildiği belirtilerek kuralın Anayasa'nın 2. ve 35. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüş, Yüksek Mahkemece itiraz konusu kural ilgisiz nedeniyle Anayasa'nın 13. maddesi yönünden de incelenmiştir.

18.2. Yüksek Mahkemece yapılan değerlendirmede; **Sahip olunan sermaye piyasası araçları olarak menkul kıymetlerin, alacak hakkı niteliğinde olup mülkiyet hakkı kapsamında yer aldığı, bu kıymetlerin elde edilmesini, kullanılmasını ve üzerlerindeki hakkı sınırlamaya ya da kaldırmaya yönelik düzenlemelerin;** mülkiyetten yararlanma ve mülkiyet üzerinde tasarruf etme yetkilerine ilişkin olduğundan **mülkiyet hakkına müdahale niteliği taşıdığı,**

18.3. Menkul kıymetler olarak sermaye piyasası araçlarının kaydileştirme yoluyla elektronik ortamda kaydının tutulması ve kişilerin ellerinde bulunan sermaye piyasası araçlarının teslimini öngören **düzenlemelerin, menkul kıymetlerin daha düşük risk ve maliyet ile saklanabilmesi;** basım, ihraç, sigorta ve saklama masraflarından tasarruf edilmesi, menkul kıymetlerin **sahtecilik, kayıp ve çalınma risklerinden korunması amacıyla tesis edildiklerinin açık olduğu,** bu bağlamda, menkul kıymetlerin kaydileştirme yoluyla elektronik ortamda kaydının tutulmasının ve kişilerin ellerinde bulunan sermaye piyasası araçlarının teslimini öngören düzenlemeler ile **mülkiyet hakkına bazı sınırlamalar getirilmesinin, meşru temellere dayandığı,**

18.4. **Ancak belirtilen meşru temellere rağmen bireylerin mülkiyet hakkına yapılan müdahale ile bu müdahaleyle güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunmasının zorunlu olduğu, Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla ve demokratik bir toplumda gerekli olduğu ölçüde sınırlanabileceğinin öngörüldüğü, ayrıca getirilen bu sınırlamaların, hakkın özüne dokunamayacağı gibi Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine de aykırı olamayacağı,**

18.5. **İtiraz konusu kuralın; kişilerin maliki oldukları menkul kıymetler üzerindeki mülkiyet hakkını sınırsız ve süresiz olarak ortadan kaldırdığı,** sermaye piyasalarında alım satım yapacak kişilerin tam bir güvenceye sahip olarak yatırım yapabilmesine olanak tanımadığı, kişilerin sahibi oldukları menkul değerler üzerinde rahat, kolay ve güvenli bir şekilde tasarrufta bulunmalarına imkân vermediği ve **sermaye piyasalarında işlem yapan kişilerin haklarının kaybı durumunda telafi edici herhangi bir yol veya tazmin mekanizması öngörmeyerek kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında adil bir denge kuramadığı,** bu yönüyle kuralın mülkiyet hakkına ölçsüz bir müdahale niteliğini taşıdığı ve Anayasa'ya aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılarak, 6362 sayılı SPKn'nun 13. Maddesinin (4) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "...ve katılma belgelerinin geri alımı yapılamaz" ibaresi ile dördüncü, beşinci ve altıncı cümlelerinin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduklarına ve iptallerine oybirliği ile karar verilmiştir.

**19. Şikayet konusu somut uyuşmazlığa uygulanabilecek AİHM kararlarından örneklere aşağıda kısaca yer verilmiştir.**

19.1. **Bramelid ve Malmström-İsveç davası;** Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, bu davada bir şirketin hisselerinin mülkiyetinin de 1. madde kapsamına girdiğini kabul etmiştir.

19.2. **Tre Traktörer Aktiebolag-İsveç davası;** AİHM bu davada, İsveç hukukunda mülk olarak tanımlanmamış olan bir işin yürütülmesine ilişkin tesis edilmiş ekonomik hakların Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesi kapsamında koruma altına alındığını kabul etmiştir.

19.3. **Sporrong ve Lönnroth-İsveç davası;** Bu davada AİHM müdahalenin gerekçesi ile ilgili olarak aşağıdaki önemli ilkeyi ortaya koymuştur;

*"AİHM toplumun genel çıkarlarının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir dengenin korunup korunmadığını belirlemek zorundadır... Bu denge arayışı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin tamamında esastır ve aynı zamanda 1 No'lu Protokolünün 1. maddesinin yapısında da görülmektedir."*

19.4. **James Birleşik Krallık davası;** AİHM bu davada, Sporrong ve Lönnroth-İsveç davasını referans göstererek orantısallık şartını ve toplumun genel çıkarları ile bireyin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir dengenin korunup korunmadığı testini ele alıp uygulamış, aynı zamanda da tazminat konusuna değinmiştir.

AİHM, mülkün alınması halinde, 1. maddenin bu konuda sessiz olmakla birlikte, genellikle tazminat zorunluluğu getirdiği hususunda AİHK'yla aynı fikirde olmuştur. AİHM akit devletlerin hukuki sistemlerinde, herhangi bir tazminat olmaksızın mülkün alınmasının ancak istisnai durumlarda haklı gösterilebileceğini vurgulamıştır; aksi takdirde mülkiyet hakkı büyük ölçüde "aldatıcı ve etkisiz" olacaktır. Tazminat standardına gelince, AİHM değeri ile makul oranda bağlantılı bir tazminat ödenmeksizin mülkün alınmasının orantısız sayılacağını vurgulamıştır. ***Ancak 1. madde her durumda tam tazminat hakkını teminat altına almamaktadır; ekonomik reform ile ilgili veya daha fazla sosyal adalet sağlamak üzere alınan önlemlerde olduğu gibi meşru bir 'kamu yararı' amacının bulunduğu durumlarda uygulanacak tazminat tam piyasa değerinin altında olabilir*** (Monica Carss-Frisk, *Mülkiyet Hakkı-İnsan Hakları El Kitapları*, No:4, s.46-47)

**20. Ankara 12. İdare Mahkemesi'nin E:2015/1036, K:2015/1397 sayılı ve 8/10/2015 tarihli kararı (Bu karar içtihat niteliğinde olmamakla birlikte vak'aya getirdiği uluslararası standart, Anayasanın ilgili hükmüne yaklaşımı, gösterdiği gerekçe yönünden idari yargının mülkiyet hakkına bakışını yansıtmaları açısından gösterilmiştir.)**

20.1. **Dava**, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu kapsamında emekli olarak, emekli maaşı almaya hak kazanan davacının, 30 hizmet yılından fazla geçen süreler için de emekli ikramiyesi ödenmesi istemiyle yaptığı başvurusunun reddine ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu işleminin, **30 yılı aşan hizmet süreleri yönünden emekli ikramiyesi ödenmemesi sonucunu doğuran yasal düzenleme Anayasa Mahkemesinin 25.12.2014 gün ve E:2013/111, K:2014/195 sayılı kararıyla Anayasa'ya aykırı bulunarak iptal edildiğinden** ve anılan karar 07.01.2015 gün ve 29229 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girdiğinden, isteminin oluşan yeni hukuki duruma göre değerlendirilmesi gerektiği iddiasıyla, **işlemin iptali ile fazla hizmet süresine göre hesaplanacak emekli ikramiyesinin yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmesi için açılmıştır.**

**Davalı idare savunmasında;** dava konusu işlemin hukuka ve mevzuata uygun olduğunu, **Anayasa Mahkemesi kararının geriye yürütülemeyeceğini, bu nedenle haksız açılan davanın reddi gerektiğini belirtmiştir.**

20.2. Mahkemece yapılan yargılama neticesinde özetle;

20.2.1. Kanun gücünü kullanan idarenin, idari işlem olarak ortaya çıkan açıklamalarının mutlaka hukuksal bir temelinin bulunması ve varlıklarını da bu temele dayalı olarak sürdürmelerinin gerektiği,

20.2.2. İdarenin, kanunla düzenlenmemiş bir alanda faaliyette bulunmayacağı gibi, faaliyette bulunabilmesi için de kanundan aldığı yetkiye sahip olması, ya da sahip olduğu yetkinin devam ediyor olmasının gerektiği, dolayısıyla **başlangıçta var olan bir yasa hükmüne dayalı olarak kullanılan bir yetkinin yasal dayanağının hukuka aykırılığı nedeniyle sonradan ortadan kalkması sonucunda, bu yasal yetkiye dayalı olarak gerçekleştirilen işlemlerin zincirleme olarak sakatlanacağı,**

20.2.3. Anayasa'nın 153. maddesinde; "iptal kararlarının geriye yürümeyeceği" kuralına yer verilmiş, **davalı idarece davaya konu işleme bu kural gerekçe gösterilmiş ise de; anılan hükmün burada uygulanmasının mümkün olmadığı, zira; davacının yeni bir hak kazanmadığı, aksine var olan bir hakkının önceki mevzuat ile elinden alındığı, bu hakka ancak "iptal" kararı ile kavuştuğu,**

20.2.4. Davacının, Anayasa Mahkemesi kararı ile birlikte geçmişte elde edemediği bu hakkını talep etme olanağı elde ettiği, aksine bir yorumun, **Anayasa Mahkemesi kararlarının geriye yürümez kuralı karşısında önceden emekli olanlar ile bu karardan sonra emekli olanlar arasında eşitlik ilkesini ihlal edeceği ve bunun da sosyal güvenlik hakkına ve hukuk devleti ilkesine aykırılık oluşturacağı açık olduğu belirtilerek;**

**Dava konusu işlemin iptaline, 30 hizmet yılından fazla geçen hizmet süresine göre hesaplanacak emekli ikramiyesinin hesaplanarak başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte ödenmesine karar verilmiştir.**



### C. Kamu Denetçisi Abdullah Cengiz MAKAS'ın Kamu Başdenetçisi'ne Önerisi

**21.** Kamu Denetçisinin incelemesi ve araştırması devam ederken yürürlükte olan mevzuat uyarınca; şikayet konusu kaydileştirme uygulamasının, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin mülkiyet hakkına ilişkin hükümlerine ve Sermaye Piyasası Kanunu'nun amacı ile temel ilkelerine aykırılık oluşturduğu için, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 13 üncü maddesinin 4 üncü fıkrasına ilişkin olarak, söz konusu 7 yıllık sürenin bitiminden itibaren yapılacak olan hisse senedi satışlarının tüm bilgileri ile Yatırımcı Tazmin Merkezi tarafından takip edilmesi ve bu hisse senetleri üzerindeki mülkiyet haklarının herhangi bir zamanda ispat edilmesi durumunda hak sahibine gerekli hak iadesinin yapılmasına olanak sağlayacak yeni bir yasal düzenleme yapılması için gerekli çalışmaları yapması hususunda **Sermaye Piyasası Kurulu'na tavsiyede bulunulması önerilmiştir.**

### D. Hukuka ve Hakkaniyete Uygunluk Yönünden Değerlendirme ve Gereke

**22.** Şikayetçi başvurusunda özetle (Bkz. par.4); ... A.Ş.'den 19.. yılında satın aldığı ve müteakip yıllarda da sermaye artırımına katıldığı hisse senetlerinin, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kaydileştirilmesine karar verilmiş olmasına rağmen 2012 tarihine kadar teslim etmemesi dolayısıyla söz konusu fiziki senetlerin mülkiyetinin Yatırımcı Tazmin Merkezi'ne intikal etmesi ve Şirket'e ait hisselerin satışının ...A.Ş.'de resmi müzayede yoluyla gerçekleşmesi üzerine, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasıyla; ... A.Ş.'deki hisselerinin elde ediliş tarihlerindeki değerlerinin **bugünkü kıymetleri üzerinden tarafına iadesine; iade mümkün olmadığı taktirde bugünkü değerlerinin bedelinin ödenmesine karar verilmesini Kurumumuzdan talep etmektedir.**

**23.** Bilindiği üzere **kaydileştirme**, sermaye piyasası araçlarının, fiziki olarak basılmaksızın aynı nitelik ve hakları taşıyacak şekilde elektronik ortamda kayden izlenmesi olup, Sermaye Piyasası Kurulu fiziki ortamdan kaynaklanan sahtecilik, çalınma ve yıpranma gibi risklerin ortadan kaldırılması için dünyadaki uygulamaları da gözeterek hak sahibi bazında kayıtların tutulmasını kararlaştırmış ve hisse senetlerinin kaydileştirilmesi uygulamasına geçmiştir. Kaydileştirme uygulamasına dair yürütülen işlemlerde iki kuruluş ön plana çıkmaktadır; Merkezî Kayıt Kuruluşu (MKK) ve Yatırımcı Tazmin Merkezi (YTM).

MKK, Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kaydileştirilmesine karar verilmiş sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin işlemleri gerçekleştirmek, kaydileştirilen bu araçları ve bunlara bağlı hakları, elektronik ortamda, üyeler ve hak sahipleri itibarıyla kayden izlemek, bu araçların merkezî saklamasını yapmak üzere kurulmuş, özel hukuk tüzel kişiliğini haiz anonim şirkettir. YTM ise, yatırım kuruluşlarının, yatırım hizmet ve faaliyetinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getirememeleri hâlinde, Sermaye Piyasası Kurulunca 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde alınan tazmin kararını yerine getirmek amacıyla kurulmuş olan kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruluştur.

**24.** 18 numaralı paragrafta yer verilen AYM iptal kararı öncesinde; **şikayet konusu uyuşmazlığın meydana geldiği tarihte yürürlükte bulunan mevzuat incelendiğinde;** 6111 sayılı yasa ile 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Geçici 6. maddesine eklenen dördüncü fıkrasında ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nu yürürlükten kaldıran 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 13/4 maddesinde, Merkezi Kayıt Kuruluşu tarafından **28 Kasım 2005 tarihinden itibaren izlenmeye başlanan pay senetlerinin, 31 Aralık 2012 tarihine kadar Merkezi Kayıt Kuruluşu'na teslim**

edilmediği takdirde bu senetlerin Yatırımcı Tazmin Merkezi'ne yasal olarak intikal edeceği ve bu durumda da paydan doğmuş olan hakların kendiliğinden sona ereceğinin hüküm altına alındığı görülmektedir.

**25. Anayasa Mahkemesi, Ankara 7. İdare Mahkemesi tarafından bahse konu kanun maddesine ilişkin yaptığı Anayasaya aykırılık incelemesi neticesinde 18 numaralı paragrafta yer verilen kararında;** mülkiyet hakkının kamu yararı amacıyla kanunla sınırlanabileceğini ve kanun koyucunun kamu yararını gözeterek ve ölçülülük ilkesine uygun olarak menkul kıymetlerin kaydileştirilmesi yoluyla elektronik ortamda kaydının tutulması ve kişilerin ellerinde bulunan sermaye piyasası araçlarının teslimini öngören düzenlemeler getirme konusunda takdir yetkisine sahip olduğunu kabul etmiş öte yandan **itiraza konu kural ile kişilerin maliki buldukları menkul kıymetler üzerindeki mülkiyet hakkının herhangi bir tazmin mekanizması öngörülmezsizin sınırsız ve süresiz olarak ortadan kaldırılmasını, kamu yararı ile bireyin hak ve özgürlükleri arasında dengeyi birey aleyhine bozduğunu ve ölçülülük ilkesini ihlal ettiğini belirterek, 6362 sayılı SPKn'nun 13. Maddesinin (4) numaralı fıkrasının üçüncü cümlesinde yer alan "...ve katılma belgelerinin geri alımı yapılamaz"** ibaresi ile dördüncü, beşinci ve altıncı cümlelerinin Anayasa'nın 13. ve 35. maddelerine aykırı olduklarına ve iptallerine oybirliği ile karar vermiştir.

**26. Nitekim, pay senetlerini zamanında Merkezi Kayıt Kuruluşuna teslim etmeyenlerin yukarıda bahse konu iptal edilen madde hükmü kapsamındaki durumu, gerek 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Bu Kanunun konusu, tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek"** olarak belirleyen **1 inci maddesi hükmü, gerekse de 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Amaç" başlıklı "Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir."** 1 inci maddesi hükmü ile bağdaşmadığı gibi, AYM kararında da vurgulandığı üzere pay senetlerini belli bir bedel ödeyerek satın alan kişilerin öngörülen süre sonunda bu varlıkların süresiz ve karşılıksız olarak ellerinden alınması dolayısıyla Anayasamız ve AİHS ile diğer uluslararası sözleşmelerde güvence altına alınan mülkiyet hakkına saygı ilkesine de açık aykırılık teşkil etmektedir.

**27. Bilindiği üzere, Anayasaya aykırılığın saptanması bir yasanın ya da hükmünün Anayasaya aykırı olduğunun Anayasa Mahkemesi'nce belirlenmesidir. Anayasa Mahkemesi başvuru türüne göre soyut norm (madde 150) ve somut norm (madde 152) denetimi yollarından birini kullanmak suretiyle kanunların Anayasaya uygunluğunu denetlemektedir (Erol CANSEL, "Anayasa Mahkemesinin Verdiği İptal Kararlarından Doğan Kimi Sorunlar", Anayasa Yargısı Dergisi, C. 9, 1992, s. 89.)**

Anayasanın 153 üncü maddesinin beşinci fıkrasında ise, iptal kararlarının geriye yürümeyeceği hüküm altına alınmıştır. **Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının geriye yürümemesi kuralı ile amaçlanan, kanunun uygulanması ile elde edilen kazanılmış hakların korunması ve hukuk güvenliğinin zedelenmemesidir (Yıldırım ULER, İdari Yargıda İptal Kararlarının Sonuçları, AÜHF Yayınları, Ankara, 1970, s.23).**

**28. Anayasa Mahkemesi bir kararında (AYM'nin E.1963/124, K.1963/243 sayılı kararı) Anayasaya aykırılık nedeniyle bir yasanın iptal edilmesi durumunda, iptal kararlarının geriye yürümeme kuralının tartışmasız uygulanmasının hukuk açısından sakıncalı olabileceğine işaret ettikten sonra "kararın**

*geriye yürüyecek olup olmayacağını tayin ve bunun sonuçlarını tesbit etmenin uygulamayla ilgili bir işlem olduğunu” belirtmiş, sonraki tarihli bir kararında ise (AYM’nin 12/12/1989 günlü, E.1989/11, K. 1989/48 sayılı kararı) “Türk Anayasal sisteminde devlete güven ilkesini sarsmamak ve ayrıca devlet yaşamında bir karmaşaya neden olmamak için iptal kararlarının geriye yürümezliği kuralı kabul edilmiştir. Böylece hukuksal ve nesnel alanda etkisini göstermiş, sonuçlarını doğurmuş bulunan durumların, iptal kararlarının yürürlüğe gireceği güne kadar ki dönem için geçerli sayılması sağlanmıştır”* diyerek hukuk güvenliği ilkesine vurgu yapmıştır.

Danıştay da iptal kararlarının geriye yürümemesi kuralının “kazanılmış hakları saklı tutmak”, “hukuki kararlılığı” ve dolayısıyla “kamu düzenini korumak” amacıyla getirildiği görüşünü benimsemiştir (Yılmaz ALİEFENDİOĞLU, “Anayasa Mahkemesince Verilen İptal Kararlarının Zaman İçinde Etkisi”, Amme İdaresi Dergisi, Cilt 23, Sayı 3, 1990, s. 3-4).

**29. Anayasanın 153 ncü maddesinin beşinci fıkrasının lafzi yorumundan hiçbir istisnaya yer verilmediği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, Anayasanın 152 nci maddesi incelendiğinde, bir davaya bakmakta olan mahkemenin Anayasaya aykırılık iddiasını AYM’ye taşıdıktan sonra Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davayı geri bırakacağı ve AYM’nin işin kendisine gelişinden başlamak üzere beş ay içinde kararını vermezse mahkemenin davayı yürürlükteki kanun hükümlerine göre sonuçlandıracağı ancak, AYM’nin kararı, esas hakkındaki karar kesinleşinceye kadar gelirse de, mahkemenin buna uymak zorunda olduğu kurala bağlanmakla, geriye yürümeme ilkesinden kaynaklanan adaletsizliğin telafiye çalışıldığı ancak tam da bir hakkaniyet tesis edilemediği görülmektedir** ( Halil ALTINDAĞ, “Anayasa Mahkemesinin İptal Kararı veya Anayasa Değişikliği Sonrasında İdari Dava Açma Süresinin Yeniden Doğması”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, 2014, Sa.3-4, s.777).

**30. Şöyle ki, AYM’nin iptal kararı sadece AYM’ye itiraz başvurusu yapılan davayı etkileyecek, ilgili Kanunun uygulaması niteliğindeki işlemlere karşı açılan ancak Anayasaya aykırılık iddiasının ileri sürülmediği davalarda uygulanmayacaktır. Bu noktada Danıştay, itiraz yolu sonunda verilen AYM kararının, Anayasaya aykırılık iddiası ileri sürülmeyen fakat verildiği tarihte derdest olan davalara da uygulanacağına karar vermiştir** (a.g.e. s.778). Danıştayın bu kabulü ile görülmekte olan davalar arasında ortaya çıkabilecek eşitsizliğin giderilmesi amaçlanmıştır. Bununla birlikte, Kanunun uygulandığı kişi, işlemdeki hukuka aykırılığın giderilmesi istemiyle idareye başvurmuş olmasına karşın, işlemin yürürlükteki mevzuata uygun olması sebebiyle iptal talebinin reddedileceğini düşünerek dava açmaktan imtina etmişse, bu kişinin iptal kararının etkilerinden yararlandırılmaması durumunda hakkaniyet, adalet, nesafet ve eşitlik ilkelerine aykırı bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Nitekim doktrinde de, statüyü oluşturan, düzenleyen veya etkileyen kuralların yargı kararıyla iptalinin, “çekişmeli hukuki statü”lere de etki edeceği kabul edilmektedir. Çekişmeli hukuki statü ile kastedilen ise, işlemdeki hukuka aykırılığın giderilmesi için işlemin dava edilmiş olması veya idareye başvurulmuş olmasıdır (Onur KARAHANOGULLARI, “İdarenin Hukukla Kavranması: Yasallık ve İdari İşlemler (Yargı Kararlarına Dayalı Bir İnceleme)”, Turhan Kitabevi, Ağustos 2011, s.619).

**31. Danıştay içtihatlarında da sıkça vurgulandığı üzere, geriye yürümeme ilkesinin amacı idari istikrar, bireylerin kanunun uygulandığı dönemde ilgili kanunun uygulanmasına olan güvenlerinin ve kazanılmış haklarının korunması ise de, geriye yürümezlik ilkesinin mutlak bir biçimde uygulanması Anayasaya aykırı olduğu tespit edilen kanundan aleyhe etkilenen bireylerin hukuk**

devletine olan inançlarını sarsacak ve Anayasaya göre kanunların Anayasaya aykırı olamayacağına işaret eden (m. 11, 138) Anayasanın üstünlüğü ilkesini de işlevsiz bırakacaktır.

**Nitekim adalet ilkesi bazen Anayasaya aykırı bir kanunun iptal kararının geriye yürümesini gerektirir. Hangi hallerde hukuk güvenliği ilkesine hangi hallerde adalet ilkesine öncelik tanınacağı ise ancak somut olaylarda söz konusu olan çıkarların ele alınmasıyla yapılabilecek bir değerlendirmedir** (Ülkü AZRAK, “*Anayasa Mahkemesi İptal Kararlarının Geriye Yürümezliği*”, Anayasa Yargısı Dergisi, Cilt.1, 1984, s.159).

**32. Diğer taraftan, Anayasamızın 35. maddesinde, BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 17. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesinde;** herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğu, hiç kimsenin keyfi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılamayacağı, herhangi bir kimsenin ancak kamu yararı sebebiyle ve yasada öngörülen koşullara ve Uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak mal ve mülkünden yoksun bırakılabileceği hüküm altına alınmıştır.

32.1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince, menkul ve gayrimenkul mallar, elle tutulabilir veya tutulamaz varlıklar, **hisseler** ve patentler gibi haklar **mülkiyet hakkı kapsamında ve 1 No.lu Ek Protokolün 1. maddesi korumasında** olduğunu kabul edilmektedir. AİHS'ye Ek 1 No'lu Protokolün 1. maddesinin geçerli olabilmesi için **iç hukukun söz konusu çıkarı bir mülkiyet hakkı olarak tanınması da zorunlu değildir.** Mülk kavramı AİHS'in uygulanması açısından özerktir.

32.2. AİHM mülkiyet hakkı ile ilgili olarak yapılan başvuruları üç temel kural doğrultusunda incelemektedir. Birinci kural, “mal ve mülkün dokunulmazlığı” ilkesine dayalıdır. İkinci kural, “**mal ve mülkten yoksun bırakılma**” veya “**mülke bir müdahale**” olduğunun tespit edilmesidir. Üçüncü kural ise, mülkiyet hakkına yapılan **müdahalenin “kamu” veya “genel çıkarlar” doğrultusunda meşru bir amaca hizmet edip etmediğine** ilişkindir. Bu hususta ispat yükü idarenin üzerinde bulunmaktadır. Ancak müdahalenin meşru bir amaca hizmet etmesi tek başına yeterli olmayıp aynı zamanda **orantısız olup olmadığı da** göz önünde tutulmaktadır. AİHM ayrıca, akit devletlerin hukuki sistemlerinde, herhangi bir tazminat olmaksızın mülkün alınmasının ancak istisnai durumlarda haklı gösterilebileceğini vurgulamıştır. Aksi takdirde mülkiyet hakkı büyük ölçüde aldatıcı ve etkisiz olacaktır. Bir başka deyişle **AİHM değeri ile makul oranda bağlantılı bir tazminat ödenmeksizin mülkün alınmasının orantısız sayılacağını belirtmektedir** (Örnek kararlar için bkz. par.19).

**33. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin "Hakları kötüye kullanma yasağı" başlıklı 17. maddesi;** Sözleşmedeki hiçbir hükmün, bir devlete Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşmede öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamayacağını düzenlemektedir. **Sözleşmenin "Olağanüstü hallerde yükümlülükleri askıya alma" başlıklı 15. maddesinde,** sadece savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Tarafın, durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklerle ters düşmemek koşuluyla, bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklerle aykırı tedbirler alabileceği öngörülmüştür.

**34. Somut olayımız, gerek Anayasa Mahkemesinin 18 numaralı paragrafta yer verilen ve şikayet başvurusuna da uygulanacak olan kararı, gerekse de 27-31 numaralı paragraflar arasında yer verilen öğretilerde kabul edilen AYM kararlarının geriye yürümeme kuralının somut olaya göre nasıl ele alınıp uygulanacağına ilişkin ilkeler ve 20 numaralı paragrafta yer verilen Mahkemenin benzer bir davadaki**

bakış açısı doğrultusunda ele alındığında; **şikayetçinin AYM kararı ile iptal edilen kurala ilişkin olarak idareye, işlemdeki hukuka aykırılığın giderilmesi istemiyle defalarca başvurduğu (bkz. par. 9-11), Anayasanın 153 üncü maddesinin beşinci fıkrasında AYM kararlarının geriye yürümeyeceği kurala bağlanmışsa da, bu kuralın getirilmesi ile amaçlananın, kamu düzeninin korunması, idari istikrarın sağlanması, kazanılmış hakların ve hukuki kararlılık ve hukuk güvenliğinin sağlanması olduğu gözetildiğinde, AYM kararıyla anayasaya aykırılığı sabit ve ihtilafsız olan bahse konu kuralın iptal edilmesi sonrasında, bundan doğan mağduriyetlerin telafi edilmesinin kanunların anayasaya aykırı olamayacağını öngören normlar hiyerarşisinin ve hukuk devleti ilkesinin gereği olduğu tespit edildiğinden; şikayetçinin 6362 sayılı Kanununun 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca, 31/12/2012 tarihine kadar Merkezi Kayıt Kuruluşu'na teslim etmediği hisse senetlerinin Yatırımcı Tazmin Merkezine intikal etmesi ve resmi müzayede yoluyla satılması dolayısıyla, resmi müzayede tarihindeki satış bedeli üzerinden karşılık değerinin ve uğradığı zararın şikayetçiye ödenmesi hususunda idareye tavsiye kararı vermek gerekmiştir.**

Her ne kadar benzer bir konuda yapılan şikayet başvurusuna (2013/1501 şikayet sayılı) ilişkin Kurumumuzca “Ret” kararı verilmişse de, o vak'ada hukuka uygunluk incelemesine dayanılmış olup hukuka uygunluğu tespit edilmişse de, olayımızda Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda bahse konu iptal kararı sonrasında şikayet başvurusu “mülkiyetin özü” bakımından ele alınıp değerlendirilmiş ve bu tespitler neticesinde “Tavsiye” kararı vermek gerekmiştir.

#### **D. İnsan Haklarına Uygunluk Yönünden Değerlendirme**

**35.** AİHM'nin mülkiyet hakkının korunmasına ilişkin 32 numaralı paragrafta yer verilen yaklaşımı ve somut olayımıza ilişkin 22-31 numaralı paragraflar arasında yer verilen tespitler ve açıklamalar birlikte ele alınıp değerlendirildiğinde, **şikayetçinin sahibi olduğu .... A.Ş.'te ilişkin hisse senetlerinin, mülkiyet hakkı kapsamında yer aldığı, 6362 sayılı Kanununun 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasının AYM tarafından iptali öncesinde şikayetçinin mülkiyet hakkına idarece yapılan müdahalenin mülkiyet hakkını sınırsız ve süresiz olarak ve herhangi bir tazmin öngörülmeksizin ortadan kaldırması dolayısıyla meşru ve orantılı olmadığı ve mülkiyet hakkının ihlal ettiği ayrıca hakları kötüye kullanma yasağına (Bkz. par. 33) da aykırı davranıldığı kanaati ve sonucuna varılmıştır.** Bunun dışında, etkin başvuru yollarının açık olduğu tespit edilmekle, başkaca insan hakları ihlallerine rastlanmamıştır.

#### **E. İyi Yönetim İlkelerine Uygunluk Yönünden Değerlendirme**

**36.** Günümüzde demokratik, modern ve katılımcı yönetim anlayışında idarelerden sadece hukuka uygun olarak hareket etmeleri değil aynı zamanda iyi yönetim ilkelerine de uygun işlem ve eylem tesis etmeleri beklenmektedir.

**37.** 28/03/2013 tarihli ve 28601 mükerrer sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin “İyi Yönetim İlkeleri” başlıklı 6 ncı maddesinde *"Kurum, inceleme ve araştırma yaparken idarenin, insan haklarına dayalı adalet anlayışı içinde; kanunlara uygunluk, ayrımcılığın önlenmesi, ölçülülük, yetkinin kötüye kullanılmaması, eşitlik, tarafsızlık, dürüstlük, nezaket, şeffaflık, hesap verilebilirlik, haklı beklentiye uygunluk, kazanılmış hakların korunması, dinlenilme hakkı, savunma hakkı, bilgi edinme hakkı, makul sürede karar verme, kararların gerekçeli olması, karara karşı başvuru yollarının gösterilmesi, kararın*

*geciktirilmeksizin bildirilmesi, kişisel verilerin korunması gibi iyi yönetim ilkelerine uygun işlem ve eylem ile tutum ve davranışta bulunup bulunmadığını gözetir ve iyi yönetim ilkelerine uyar."* hükmü yer almaktadır. Söz konusu Yönetmelik hükmünde yer alan ilkelerin kaynağını teşkil eden Avrupa Birliği Temel Haklar Şartınının 41 inci maddesinde de iyi yönetim hakkından bahsedilmekte olup, benzer ilkelere Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilen "Avrupa Doğru İdari Davranış Yasasında da yer verilmiştir.

**38.** Şikayetçinin 29/11/2013 tarihli dilekçesiyle SPK'ya yaptığı başvurusuna idarece 23/6/2014 tarihinde cevap verilmiş olup, cevabi yazıda **"kararların gerekçeli olması"** , **"şeffaflık"**, **"hesap verilebilirlik"**, **"bilgi edinme hakkı"**, ilkelerine uyulduğu, ancak, **"makul sürede karar verme"** ve **"karara karşı başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi"** ilkelerine uygun hareket edilmediği tespit edilmekle, idareden bundan böyle bu ilkelere de uygun davranması beklenmektedir.

**39.** Şikayetçinin 17/6/2014 ve 13/11/2014 tarihli dilekçeleriyle YTM'ye yaptığı başvurusuna bahse konu idarece 30/6/2014 tarihli ve 14/11/2014 tarihli yazılarla cevap verilmiş olup, cevabi yazıların **"kararların gerekçeli olması"** , **"şeffaflık"**, **"hesap verilebilirlik"**, **"bilgi edinme hakkı"**, **"makul sürede karar verme"** ilkelerine uygun olarak hazırlandığı ancak **"karara karşı başvuru yolları ve sürelerinin gösterilmesi"** ilkesine uygun hareket edilmediği tespit edilmekle, idareden bundan böyle bu ilkeye de uygun hareket etmesi beklenmektedir.

#### **IV. HAK ARAMA ÖZGÜRLÜĞÜNE İLİŞKİN YASAL MEVZUAT**

##### **A. Dava Açma Süresinin Yeniden Başlaması**

**40.** 14/6/2012 tarihli ve 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 21 inci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, bu tavsiye kararı üzerine otuz gün içinde herhangi bir işlem tesis edilmez veya eylemde bulunulmaz ise durmuş olan dava açma süresi kaldığı yerden işlemeye başlayacaktır.

##### **B. Yargı Yolu**

**41.** 2709 Sayılı 1982 Anayasasının "Temel Hak ve Hürriyetlerin Korunması" başlıklı 40 ıncı maddesinin ikinci fıkrasında, "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmü yer almakta olup, 6328 sayılı Kamu Denetçiliği Kurumu Kanununun 20 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, ilgili idarenin işlemine karşı dava açma süresinden arta kalan süre içinde Ankara İdare Mahkemesi'ne yargı yolu açıktır.

#### **V. KARAR**

Yukarıda açıklanan gerekçe ve dosya kapsamına göre **ŞİKAYETİN KABULÜNE;**

İdarenin şikayete konu işlemi Anayasa Mahkemesi'nin 12/11/2015 tarihli ve 29530 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 22/10/2015 tarihli ve E. 2015/29, K. 2015/95 sayılı kararı ile hukuki dayanaktan yoksun kaldığından, şikayetçinin mağduriyetinin ve zararının günün ekonomik koşulları ve talebi gözetilerek giderilmesi için makul sürede yeni bir işlem tesis etmesi hususunda **SERMAYE PİYASASI KURULU'NA TAVSİYEDE BULUNULMASINA,**

Yukarıda anılan kanunun 20 inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, merciince bu karar üzerine tesis edilecek işlem veya eylemin ya da tavsiye edilen çözümün uygulanabilir nitelikte görülmediği takdirde gerekçesinin otuz gün içinde Kurumumuza bildirilmesinin zorunlu olduğuna,

Bu kararın **ŞİKAYETÇİYE** ve **SERMAYE PİYASASI KURULU'NA** tebliğine,

**Türkiye Cumhuriyeti Kamu Başdenetçisi'nce karar verildi.**

M.Nihat ÖMEROĞLU  
Kamu Başdenetçisi