

İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ
TİCARET HUKUKU ANABİLİM DALI

TÜRK TİCARET KANUNU EKSENİNDE
SERMAYE PİYASASI HUKUKU
TOPLANTI SERİSİ
(TEBLİĞLER VE TARTIŞMALAR)

3 KASIM 2015 / 23 ARALIK 2015 / 24 ŞUBAT 2016
1 NİSAN 2016 / 23 KASIM 2016 / 8 ŞUBAT 2017
3 MAYIS 2017

YAYINA HAZIRLAYANLAR:

PROF. DR. MEHMET HELVACI

ARAŞ. GÖR. NECDET UZEL

ARAŞ. GÖR. NUMAN SABİT SÖNMEZ

ARAŞ. GÖR. AHMET ÖZSOY

İSTANBUL 2019

onikilevha
TİCARET HUKUKU ANABİLİM DALI

İÇİNDEKİLER

Önsöz	VII
İçindekiler	XI
Kısaltmalar.....	XV

BİRİNCİ TOPLANTI – 3 KASIM 2015

Açılış Konuşmaları.....	3
Doç. Dr. N. Füsün NOMER ERTAN Sermaye Piyasası Hukukunun Hukuk Sistemimizdeki Yeri.....	17
Doç. Dr. Ali PASLI Türk Ticaret Kanunundaki Sermaye Piyasası Hukukuna İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi	27
Tartışmalar	43

İKİNCİ TOPLANTI – 23 ARALIK 2015

Prof. Dr. Mehmet HELVACI 6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanununun (ve Tebliğlerin) Genel Değerlendirilmesi.....	61
Tartışmalar	73

Araş. Gör. İbrahim Çağrı ZENGİN

Halka Açık Anonim Ortaklığın Tanıtılması, Halka Açık Anonim Ortaklık Statüsünün Kazanılması ve Kaybı	85
Tartışmalar	99

ÜÇÜNCÜ TOPLANTI – 24 ŞUBAT 2016

Yard. Doç. Dr. M. Fatih ARICI

Sermaye Piyasası Araçlarının Halka Arzı, İzahname ve İhraç Belgesi..	107
--	-----

Yard. Doç. Dr. Fatih AYDOĞAN

Sermaye Piyasası Araçlarının Satışı ve Kaydileştirilmesi.....	123
---	-----

DÖRDÜNCÜ TOPLANTI – 1 NİSAN 2016

Açılış Konuşmaları.....	143
-------------------------	-----

Prof. Dr. Arslan KAYA

Örtülü Kazanç Aktarımı Yasası.....	149
------------------------------------	-----

Araş. Gör. Dr. Mustafa Halil ÇONKAR

Kâr Payı Hakkı.....	163
---------------------	-----

Tartışmalar	173
-------------------	-----

BEŞİNCİ TOPLANTI – 23 KASIM 2016

Prof. Dr. Mehmet HELVACI

Kayıtlı Sermaye Sistemi.....	187
------------------------------	-----

Doç. Dr. N. Füsün NOMERERTAN

Genel Kurulda Pay Sahibinin Temsili.....	199
--	-----

Tartışmalar	209
-------------------	-----

ALTINCI TOPLANTI – 8 ŞUBAT 2017

Doç. Dr. Ali PASLI

Kurumsal Yönetim..... 225

Yard. Doç. Dr. Fatih AYDOĞAN

Önemli Nitelikteki İşlemler..... 237

Tartışmalar 249

YEDİNCİ TOPLANTI – 3 MAYIS 2017

Dr. Yusuf Z. SÖNMEZ

TK ve SPK Çerçevesinde İlişkili Taraf İşlemleri, HAAO'da
Malvarlığının Korunması Sorunu..... 265

Dr. Gökçen TURAN

TK'da Yer Alan Finansal Destek Yasağına İlişkin Hükmün
HAAO'da Uygulanması Sorunu 279

Doç. Dr. Ali PASLI

Pay Alım Teklifi Zorunluluğu..... 289

Tartışmalar 301

Dr. Ercan URKAN

TK ve SPK'da Bağımsız Denetim Sözleşmesi 307

Yard. Doç. Dr. Selman DURSUN

6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Suç ve Kabahat
Düzenlemelerindeki Yenilikler 325

Tartışmalar 347

6362 SAYILI SERMAYE PİYASASI KANUNUNUN SUÇ VE KABAHAT DÜZENLEMELERİNDEKİ YENİLİKLER

**YARD. DOÇ. DR.
SELMAN DURSUN***

Sayın Başkan ve değerli katılımcılar, öncelikle herkesi saygıyla selamlıyorum. Ben sunumumda 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun geniş anlamda ceza hukukuna ilişkin hükümlerine değineceğim. Tabii vaktimiz sınırlı olduğu için SerPK’da yer alan suç ve kabahat düzenlemelerini kapsamlı olarak anlatmayacağım. Sadece 6362 sayılı Kanunun getirdiği yeniliklere değinen, yani 2499 sayılı mülga SerPK ile karşılaştırma içeren bir sunum hazırladım. Başka bir deyişle mevcut Kanundaki suç ve ceza muhakemesi ile kabahatlere ilişkin düzenlemelerde ne gibi yenilikler var, mülga Kanundan farklı noktalar nelerdir, sadece bununla sınırlı bir sunum olacak.

Bilindiği gibi ceza hukuku sahip olduğu yaptırımların sertliği ve ağırlığı itibariyle hukuk dalları içerisinde son araç olma (ultima ratio) özelliğine sahip. Farklı bir anlatımla yaptırımlarının ağırlığı sebebiyle son araç olarak, en önemli ihlallerde başvurulması gereken bir alan ... Bu nedenle SerPK’daki suç (ve kabahat) hükümleri, önlenmesinde özel hukuk ve idare hukuku düzenlemelerinin yetersiz görüldüğü dolayısıyla ceza hukuku yaptırımlarından yararlanmak amacı güdülen ihlalleri ifade etmektedir.

I. SUÇLAR

Suçlarla başlamak gerekirse, öncelikle konuyla ilgili birtakım genel tespitler yapalım.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

A. Genel Tespitler

1. Suçların ayrı hükümlerde düzenlenmesi ve yaptırımlarının bağımsız olarak gösterilmesi (karş. mülga SerPK m. 47: A, B ve C bentlerinde birden fazla suç ve fakat ortak ceza)

Yeni SerPK'nın 106 ve devamı maddelerinde suçlar düzenleniyor. Eski Kanundan farklı olarak yürürlükteki yeni Kanunda suçların esas itibarıyla ayrı ayrı hükümlerde, yaptırımlarının bağımsız olarak düzenlendiğini görüyoruz. Oysa bilindiği gibi mülga SerPK'nda suçlar, tek bir maddede, 47. maddede bentler halinde, A, B ve C bendi şeklinde üç bentte adeta aynı suçun seçimlik hareketleriymiş gibi sıralanıyordu. Ceza yaptırımı da bent bazında tüm suçlar için ortaktı. Bu tabii suçların kendi aralarındaki farklılıklarının, ceza yaptırımının belirlenmesi noktasında gözetilmesini engelliyordu. Keza bu durum, suçların birbirleriyle içtimasında da sorun teşkil ediyordu. Yeni Kanun, bu noktada kısmen daha başarılı bir düzenleme içeriyor ve her bir suç tipini en azından ayrı bir hüküm olarak, aynı maddede olsa bile fıkra bazında ayrı bir hüküm olarak düzenliyor. Bu önemli bir farklılık...

2. Cezai olmayan hükümlere atıf yapılarak düzenleme yapılmaması (karş. mülga SerPK m. 47/1-A-4, A-6, 47/1-C) ve fakat başka kanunlara atıf yapılması (m. 110, 111, 112)

Yine eski Kanunda bazı suç tiplerinde cezai olmayan hükümlere atıf yapmak suretiyle suçlar düzenlenmekteydi. Bu aslında ekonomik suçlara ya da ekonomi ceza hukukuna ilişkin mevzuatın genelinde yaygın olan ve ceza hukuku ilkeleri açısından sorun teşkil eden bir düzenleme tarzı... Söz konusu alanda çoğunlukla, özel hukuka ve idare hukukuna ilişkin maddelere yerlandıktan sonra son aşamada cezai hükümler adı altında, önceki hükümlere atıfla, cezai olmayan, ceza hukuku mantığıyla yazılmamış maddelere veya fıkralara yollama yapmak suretiyle suçlar düzenlenmektedir. Mülga SerPK'da da bu nitelikte bazı örnekler vardı. Özellikle mülga Kanun m. 47/1 bent C'deki adli para cezasıyla cezalandırılan suç tiplerinin tamamı bu şekilde, atıf yöntemiyle düzenlenmişti. Tabii bu durum, genel olarak önemli yorum güçlüklerine yol açmaktadır. Zira ceza hukukundaki suç ve cezada kanunilik ilkesi, belirlilik ilkesi gibi

ilkeler, suç hükümlerinin yorumu ve uygulamasında son derece dikkatli ve kısıtlayıcı bir çerçevede hareket edilmesini gerektiriyor. Fakat atıf yapılan hükümler, özel hukuk ya da idare hukuku mantığıyla düzenlendiği için çeşitli yorum sorunları, boşluklar veya cezalandırmanın alanının gereksiz biçimde genişlemesi gibi problemler ortaya çıkabilmektedir. Yeni Kanunda bu şekilde bir atıf sistemi esas itibarıyla terk edilmiş vaziyette. Fakat başka kanunlara, örneğin Türk Ceza Kanunu'na (TCK'ya) atıfla bazı suç tiplerinin düzenlendiğini görüyoruz. Bu atıf usulünün her zaman için, yorum noktasında, suçların unsurlarının belirlenmesi bakımından sorun çıkarabildiğini belirtmemiz gerekir.

3. Madde başlıkları bağlamında suçların isimlendirilmesi

Yeni Kanunun önemli bir farklılığı da madde başlıkları içermesi ... Esasen madde başlıkları kanun koyucunun, suçların isimlendirilmesi noktasındaki tercihini de gösteriyor. Oysa eski Kanunda öyle bir isimlendirme söz konusu değildi. Suçlar, “Cezai Sorumluluk” başlıklı 47. maddede sıralanıyordu. Suçların adlandırılması doktrin ve uygulamaya bırakılmıştı. Bu noktada aynı fiiller için farklı isimlendirmeler söz konusu olabiliyordu. Yeni Kanunda madde başlığı tarzında da olsa bir isimlendirmenin yapılması – bazı isimlendirmeler eleştirilebilirse de- en azından terminolojik bir birliktelik sağlayacaktır.

4. “Bunlarla birlikte hareket edenler” (karş. mülga SerPK m. 47/1-A-2, 3, 6) ifadesine yer verilmemesi: Genel iştirak kurallarıyla yetinilmesi

Mülga Kanunda bazı suçların faili bakımından, failer belirtildikten sonra bunlarla birlikte hareket edenler şeklinde iştirake dair bazı hükümler yer almaktaydı. Örneğin manipülasyon suçlarında, ilgili hareketleri yapan “gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler” biçiminde genel bir ifade bulunmaktaydı. Bu hükümlerin -farklı görüşler olsa da- TCK'nın genel hükümleri karşısında gereksiz olduğu savunulduğu için yeni Kanunda buna yer verilmediğini görüyoruz.

5. Nispi-tali norm özelliğinin terk edilmesi (karş. mülga SerPK m. 47: “Diğer kanunlara göre daha ağır cezayı gerektiren suç oluşturmadığı takdirde”) ve özel norm niteliğinin öne çıkarılması

Mülga SerPK'nın 47. maddesi şu ifadeyle başlıyordu: “Diğer kanunlara göre daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde”. Devamında da suç oluşturan fiiller düzenleniyordu. Dolayısıyla mülga SerPK'daki suç tipleri ve suç tiplerine ilişkin normlar, cezanın ağırlığına nispeten tali, ikincil normlardı. Yani söz konusu suçlara vücut veren fiiller, TCK'da ya da ceza hükmü içeren başka bir kanunda yer alan ve daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturduğu takdirde, öncelikle ve yalnızca o ağır cezayı gerektiren hükümden dolayı ceza verilmesi gerekiyordu. Böylelikle mülga SerPK'nın her hâlükârda özel norm olarak öncelikle uygulanması önlenmekteydi. Buradaki amaç, sermaye piyasasına ilişkin ihlallerin her zaman için daha ağır bir yaptırımla karşılanmasıydı. Yeni Kanunda bu ifadeye yer verilmediğini görüyoruz. Dolayısıyla artık cezanın ağırlığına bakılmaksızın, SerPK'daki suçlara dair hükümler –öngörülen ceza daha hafif olsa bile- her zaman için özel norm olarak öncelikle uygulanacaktır ki bize göre bu tercih isabetli olmamıştır.

6. Ekonomik suça ekonomik yaptırım: Nispi para cezaları (m. 106, 107, kazanç müsadresi?) ve etkin pişmanlık hükümleri (m. 107/3, 110/3)

Yeni Kanunda dikkat çeken bir başka önemli husus, ekonomi ceza hukukunda benimsenen prensiplerden biri olan ekonomik suça ekonomik yaptırım yaklaşımının bazı suçların yaptırımlarına yansmasıdır. Söz konusu ilke, aksi yönde görüşler olsa da ekonomik suçlulukla mücadelede, suçun bir kazanç aracı olmasının önüne geçme amacıyla en uygun yaptırımın yine ekonomik yaptırım olduğu, ekonomik suç failleri bakımından ekonomik yoksunluk doğuran yaptırımların caydırıcılık taşıdığı fikrine dayanmaktadır. Bu yaklaşım mülga Kanunda da belli ölçüde vardı ancak yeni Kanunda ekonomik yaptırımlar çok daha kapsamlı olarak karşımıza çıkıyor. Özellikle bu noktada nispi para cezaları dikkat çekiyor. Hem idari hem adli açıdan, bilhassa idari para cezaları bakımından nispi para cezası özelliği yeni bir durum sayılabilir. Nispi para cezasından kastedilen, para cezasının miktarının elde edilen menfaate nispeten saptanmasıdır. Önceden belirlenen alt ve üst sınırlar içinde veya doğrudan maktu olan bir miktar yerine, işlenen suçtan elde edilen gelire göre değişen bir para cezası sistemine ağırlık verildiğini görüyoruz. Tabii burada TCK'nın genel hükümleri arasında yer alan kazanç müsadresi kurumunu hatırlamak

gerekir. Bu kurumun amacı da suç işlemek yoluyla kazanç elde edilmesini önlemektir. Söz konusu kurum ile nispi para cezalarının uyumu tartışmaya açıktır.

Bundan başka bazı suç tiplerinde ilk defa etkin pişmanlık hükümleri öngörülmüştür. Ancak burada klasik etkin pişmanlık düzenlemelerinden farklı olarak -kuşkusuz kişinin tercihinine bağlı olmakla birlikte- ceza alma, cezada indirim sonucuyla ilişkili bir biçimde dolaylı bir ekonomik yaptırımdan söz etmek mümkündür. İlgili suç tiplerinde bunlara tekrar değineceğiz.

7. *Tüzel kişilerin güvenlik tedbiri sorumluluğu: SerPK m. 114 (karş. TCK m. 60)*

Tüzel kişilerin güvenlik tedbiri sorumluluğu da ilk defa Kanunun 114. maddesinde, bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçları açısından getirilmiştir. Bilindiği gibi ceza hukuku sistemimizde tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmemektedir. Yalnızca güvenlik tedbiri, yani faaliyet izninin iptali ve müsadere şeklinde güvenlik tedbiri yaptırımlarından sorumluluk söz konusudur. TCK'nın 60. maddesi uyarınca da bu tedbirlerin uygulanabilmesi için ilgili suç tiplerinde açık hükümlerin olması gerekiyor. Yani her suçta tüzel kişiler için güvenlik tedbiri sorumluluğu doğmuyor. Sermaye piyasası suçları arasında bazı suçlar bakımından 114. maddede bu sorumluluk öngörülmüş. Buna göre örneğin piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) suçlarının tüzel kişilerin yararına işlenmesi halinde, tüzel kişilere de müsadere ya da faaliyet iznini iptali tedbirleri, orantılılık koşuluyla uygulanabilecektir.

8. *Bazı fiillerin suç olmaktan çıkarılması:*

- *Karşılıksız repo (mülga SerPK 47/1-A-6, karş. mülga SerPK m. 47-Daha ağır cezayı gerektiren suçlar: İzinsiz bankacılık, dolandırıcılık, tefecilik)*

- *Gerçeğe aykırı bilgi verme (mülga SerPK m. 47/1-B)*

- *Mülga SerPK m. 47/1-C'deki tüm fiiller*

Başka bir genel tespit olarak, mülga Kanunda suç olarak düzenlenen bazı fiillerin, suç olmaktan çıkarıldığını görüyoruz. Örneğin mülga Kanunda karşılıksız repo suçu vardı, m. 47/1-A-6'da. Aslında bu suç, menkul kıymetlerin Merkez Bankası'na depo edilmesi şartı karşısında uygulanma kabiliyeti sınırlı olan, keza suçu oluşturan fiillerin başka suç tipleri, örneğin izin bankacılık, dolandırıcılık, tefecilik kapsamında da değerlendirilebileceği bir düzenlemeydi. Yeni Kanunda bu suça ve repo işlemine genel olarak yer verilmediği saptamasını yapabiliriz.

Mülga SerPK m. 47/1-B'de, Sermaye Piyasası Kurulu'nun özellikle denetim faaliyetleri kapsamında kişilerden bilgi istemesi halinde, bilgi vermemenin yanı sıra gerçeğe aykırı bilgi verme de suç olarak düzenleniyordu. Yeni Kanunda gerçeğe aykırı bilgi verme fiiline dair açık bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır. Bu konuya suç tipleri kapsamında tekrar değineceğiz.

Nihayet mülga Kanun m. 47/1-C'deki sadece adli para cezasıyla cezalandırılan ve Kanunun çeşitli hükümlerine atıf suretiyle öngörülen fiillerin tümünün suç olmaktan çıkarıldığını belirleyebiliriz. Bunların bazılarının kabahat, yani idari para cezasıyla cezalandırılan fiiller haline dönüştüğü söylenebilir.

9. Yeni suç tiplerinin öngörülmesi: İnceleme veya denetime ilişkin sırrı ifşa suçu (SerPK m. 113, karş. m. 90/2), defter ve belgeleri saklamama suçu (SerPK m. 112/1-b)

Mevcut suç tiplerindeki değişiklikleri, ilave fiilleri bir tarafa bırakacak olursak, ilk defa öngörülen bir suç tipi olarak 113. maddedeki inceleme veya denetime ilişkin sırrı ifşa suçundan söz etmek gerekir. Bu suç aslında 90. maddenin, yaptırım itibarıyla tamamlayıcısı işlevine de sahip. 90. maddede bir denetim sırasında, kişilerden denetime ilişkin olarak bilgi istendiğinde kendisinden bilgi istenilen kişilerin, söz konusu incelemenin varlığını ve niteliğini sır olarak saklaması öngörülüyor. Yapılan denetimin başarıya ulaşması amacıyla bir yaptırım hükmü olarak, sırrın açıklanması suç şeklinde düzenlenmiştir.

Bir diğer yeni suç tipi, defter ve belgelerle ilgili olup, daha önce yalnızca bunların tutulmaması, gerçeğe aykırı tutulması gibi fiiller cezalandırılırken, mevcut Kanunda bunların kanuni süresince saklanmaması da yaptırım altına alınmıştır.

B. Bilgi Suistimali Suçu (m. 106)

1. Yeni isimlendirme: İçeriden öğrenenlerin ticareti yerine bilgi suistimali

Bilgi suiistimali suçu, 106. maddede düzenleniyor. Bu suç aslında içeriden öğrenenlerin ticareti (insider trading) olarak bilinen suçun yeni Kanundaki düzenleniş ve adlandırılış şekli... İçeriden öğrenenlerin ticareti yerine, kısaca bilgi suiistimali biçiminde bir adlandırma tercih edilmiş.

İsim tercihinden başka burada suçun konusu, fiil ve fail unsurları itibariyle de bazı farklılıklar görüyoruz.

2. Konu: Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini, yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikte bilgi (karş. mülga SerPK: "Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek" nitelikte bilgi)

Yeni düzenlemede suçun konusunu, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini ve yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki kamuya açıklanmamış bilgiler oluşturuyor. Oysa eski Kanunda sadece sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek bir nitelikten bahsedilmekteydi. Yeni Kanun, fiyatları, yatırımcının kararlarını etkileyebilme özelliğini de eklemiştir.

3. Fiil: Alım ya da satım emri verme, emri değiştirme veya iptal etme (karş. mülga SerPK: "Sermaye piyasasında işlem yapma")

Fiil bakımından eski Kanunda sermaye piyasasında işlem yapmadan bahsedilirken, yeni Kanun, alım satım emri verme, emri değiştirme veya iptal etme şeklinde, işlem yapma kavramının içeriğini açmış durumda.

4. Fail: Yeni fail grupları

- Bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler (suç yerine hukuka aykırı olarak?)

- Sahip oldukları bilginin bu fıkra da belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi halinde bilmesi gereken kişiler

Fail bakımından yeni fail grupları öngörölmüştür. İçeriden öğrenebilecekler ya da bilgi suiistimali suçunu işleyebilecek kişiler bakımından, bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler de artık bu suçun faili olabilecek. Belki suç işleme yerine hukuka aykırı olarak ifadesi daha yerinde olabilirdi. Böylece suç teşkil etmeyen, fakat diğer hukuka aykırı yollarla bilgi elde eden kişiler de kapsama dâhil edilebilirdi. Bir diğer yeni fail grubu olarak sahip oldukları bilginin bu fıkra da belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi halinde bilmesi gereken kişiler de artık -içeriden kişiler olmasa bile- suçun faili olabileceklerdir.

C. Piyasa Dolandırıcılığı Suçları (m. 107)

1. Yeni isimlendirme: Manipölasyon yerine piyasa dolandırıcılığı

Manipölasyon suçları olarak bilinen fiiller, içerdikleri aldatıcılığa binaen piyasa dolandırıcılığı şeklinde adlandırılmıştır. Manipölasyon deyiminin yerleşmeye başlamış olması karşısında bu adlandırma eleştiriye açıktır. Söz konusu suçların işleme dayalı ve bilgiye dayalı ayrımı, yeni Kanunda da mevcuttur. İki fıkra dan oluşan 107. maddenin 1. fıkrasında işleme dayalı, 2. fıkrasında ise bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu düzenleniyor.

2. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığı (m. 107/1)

a. Fiil: Alım veya satım yapma, emir verme, emri iptal etme, emri değıştirme, hesap hareketi gerçekleştirme (karş. mülga SerPK: alım ve satım yapma)

Fiil yönüyle önemli bir farklılık var. Eski Kanunda sadece alım ve satım yapmadan bahsedilmekteydi. Öncelikle mülga Kanundaki “ve” bağlacı doktrinde eleştirilmekte, bunun “veya” şeklinde değıştirilmesi gerektiğı belirtilmekteydi. Yeni Kanunda açıkça bu fiiller seçimlik olarak düzenlenmiştir. Öte yandan alım satım yapma, tamamlanmış bir işlem olarak kabul edilmekte, aynı etkiyi doğurmaya elverişli olsa bile salt emir vermek, teşebbüs kapsamında değerdendirmektedir. Yürürlükteki Kanun

alım satım yapmanın yanı sıra, sırf emir verme, emri iptal etme, emri değiştirme, hesap hareketi gerçekleştirme fiillerini de yeni seçimlik hareketler olarak düzenlenmiştir.

b. Amaç: Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırma amacı (karş. mülga SerPK: “Yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasa varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacı”)

İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığının haksızlık içeriğini esasen, failin işlemi yaparken güttüğü amaç oluşturmaktadır. Eski Kanunda yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkileme, aktif piyasa varlığı izlenimi uyandırma gibi amaçlardan bahsedilmekteydi. Yeni Kanunda sermaye piyasası araçlarının fiyatlarına, fiyat değişimlerine, arz ve taleplerine ilişkin olarak yanlış veya yanıltıcı izlenim uyandırma amacından bahsediliyor. Bu bağlamda mülga Kanun döneminde “yapay olarak” ifadesinin hareketi mi amacı mı nitelediği tartışması da ortadan kalkmış bulunmaktadır.

3. Bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı (m. 107/2)

a. Fiil: Yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi verme, söylenti çıkarma, haber verme, yorum yapma, rapor hazırlama ya da bunları yayma (karş. mülga SerPK: “Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan”)

İkinci tür olan bilgiye dayalı manipülasyon ya da piyasa dolandırıcılığına baktığımızda, yine fiil unsuru bakımından önemli birtakım farklılıklar tespit edilebilmektedir. Bir defa eski Kanunda icrai hareketler olarak, bilgi verme, haber verme, yorum yapma fiilleri varken, yürürlükteki Kanunda bunlara söylenti (yani kesinlik kazanmayan haber) çıkarma, rapor hazırlama ve bunları yayma fiilleri eklenmiştir. Özellikle söylenti çıkarma fiili Avrupa Birliği’nin Piyasanın Kötüye Kullanılması Direktifi’nde de bahsedilen bir harekettir.

İkinci önemli bir farklılık; eski Kanundaki ihmali hareketin yeni Kanunda yer almayışıdır. Mülga Kanuna göre, açıklamakla yükümlü olunan bilgileri açıklamama, yani kamuyu aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde birtakım bilgilerin, örneğin finansal tabloların ya da diğer önemli bilgilerin açıklanmaması suretiyle de bilgiye dayalı manipülasyon suçu işlenebiliyordu. Yeni Kanunda bu harekete yer verilmemiştir. Dolayısıyla bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu artık sadece icrai hareketlerle, gerçeğe aykırı bilgi verme, söylenti çıkarma, haber verme, yorum yapma, rapor hazırlama veya bunları yayma suretiyle işlenebilecektir. Bilgileri açıklamama fiilinin, yeni Kanunda bilgileri açıklama yükümlülüğü bağlamında belki genel bir kabahat olarak (m. 103) ya da piyasa bozucu eylemler şeklinde adlandırılan kabahat (m. 104) kapsamında değerlendirilmesi mümkündür.

b. 2015 Değişikliği: Menfaat sağlama neticesi

Bu suç tipinde 2015 yılında 6637 sayılı Kanunla bir değişiklik yapıldı. Suç esasen neticeli bir suç değildi, sırf hareket suçuydu. Yani failin örneğin bir sermaye piyasası aracı veya onu ihraç eden ortaklık hakkında, belirli amaçlarla gerçeğe aykırı bir bilgi yayması yeterliydi. Yapılan değişiklikle “ve bu suretle menfaat sağlayanlar” ibaresi getirildi. Bu durumda ilgili hareketlerin yapılması yeterli olmayıp bu yolla menfaat sağladığının da ispatlanması gerekiyor. Değişiklik gerekçesinde, ilgili amaçların ispatlanmasının zor olduğu, menfaatin elde edilip edilmediğine bağlı olarak bunun belirlenebileceği ileri sürülmüştür. Kanaatimizce suçun bu şekilde neticeli hale getirilmesi esasen suçun koruduğu değer açısından isabetli olmamış, ceza hukuku korumasını daraltmıştır.

c. Amaç: Sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileme amacı (karş. mülga SerPK: Fiilin niteliği)

Amaç unsuru bakımından konu incelendiğinde, eski Kanunda bilgiye dayalı manipülasyon suçunun manevi unsuru olarak bir amaçtan bahsedilmemekteydi. “Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek” nitelikte olma, maddi unsurlar kapsamında fiilin bir özelliği olarak düzenlenmişti. Yeni Kanunda bu özellik, fiilin niteliği olmaktan çıkarılarak, failin amacı haline getirilmiştir. Yani failin, yalan, yanlış veya yanıltıcı bir

bilgi veya haber verme ya da yorum yapma hareketlerini, sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini, yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla gerçekleştirmesi gerekmektedir. Artık bu husus, fiil açısından doğrudan değil, fiilin bu amacı gerçekleştirmeye elverişliliği bağlamında dolaylı olarak değerlendirilecektir.

4. İşleme dayalı piyasa dolandırıcılığında etkin pişmanlık (m. 107/3): Hazineye ödeme yapma

Yeni bir düzenleme olarak işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçu açısından etkin pişmanlık hükmünü görüyoruz. 107. maddenin 3. fıkrasındaki bu düzenlemeye göre, asgari 500 bin TL olmak üzere, eğer elde edilen menfaat 500 bin TL'den daha fazlaysa elde edilen ya da elde edilmesine sebep olunan menfaatin iki katı kadar bir paranın, hazineye ödenmesi etkin pişmanlık hali olarak düzenlenmiş. Pişmanlığın gösterildiği zamana göre bunun etkisi farklı olup, soruşturma öncesinde bu ödeme gerçekleştirilirse hiç ceza verilmemesi, soruşturma evresinde veya kovuşturma evresinde ve fakat hükümden önce ödeme yapılırsa cezadan değişik oranlarda indirim öngörülmüştür. Böylece bu suça özgü cezayı kaldıran veya azaltan bir şahsi neden hüküm altına alınmıştır.

Mevzuatımızdaki etkin pişmanlık hükümleriyle karşılaştırıldığında son derece ilginç bir düzenlemeyle karşı karşıyayız. Zira etkin pişmanlık hükümlerinin çoğunda genellikle bir mağduriyetin giderilmesi ya da ilgili suçla mücadeleye katkı sağlanması teşvik edilir. Oysa genel olarak manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) suçlarında mağdur belirli bir kişi değildir, başka bir ifadeyle, çoğunlukla belirlenebilir değildir. Mağdur esas itibarıyla piyasanın işlevselliği, buna duyulan güven bağlamında toplumu oluşturan herkestir, kamudur. Burada adeta kamu adına hazineye ödeme yapılması dikkat çekici olduğu gibi, asgari maktu bir meblağın ya da menfaatin iki katı bir miktarın ödenmesinin öngörülmesi de “kamusal mağduriyet”in giderilmesinin ötesinde, dolaylı olarak ekonomik nitelikte bir yaptırım izlenimi vermektedir.

D. Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Sayılmayan Haller (m. 108)

Yine hem bilgi suistimali hem de piyasa dolandırıcılığı suçlarıyla ilişkili önemli bir hüküm 108. maddedeki düzenlemedir. Maddede bazı fiiller, bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı dışında tutulmuştur ki bunlar, karşılaştırmalı hukukta da mevcut olan, kabul edilen durumlardır. Mesela Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası'nın ya da yetkili resmi kurum ya da bunlar adına hareket eden kişilerin, para, döviz kuru, kamu borç yönetim politikalarının uygulanması veya finansal istikrarın sağlanması amacıyla işlem yapması... Yani genel, makro düzeydeki ekonomik işlemlerde henüz kamuya açıklanmamış, içerideki bilgilerin kullanılması, bu çerçevede sermaye piyasasıyla ilişkili olarak işlem yapılması mümkün. Keza geri alım programları, çalışanlara pay edindirme veya pay tahsisi, fiyat istikrarını sağlayıcı, piyasa yapıcılığı çerçevesindeki işlemler, piyasa dolandırıcılığı, yani manipülasyon olarak kabul edilmiyor. Avrupa Birliği'nin ilgili direktifinden dolayı mevzuatımıza giren düzenlemeler. Belirtilen hususlar, doktrinsel olarak tipikliği engelleyen neden ya da çoğunlukla hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendiriliyor. Ama sonuç itibarıyla maddede üç bent halinde sayılan durumlarda suçun oluşmadığını söyleyebiliriz.

E. Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Sermaye Piyasası Faaliyeti Suçları (m. 109)

Usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçlarında da fiil bakımından bazı farklılıklar görüyoruz. Bundan başka özel bir içtima hükmüne de yer verilmiş.

1. Usulsüz halka arz suçu (m. 109/1)

Söz konusu suçun fiil unsuru, mülga SerPK'da "Kurula kaydettirmeden ihraç veya halka arz" şeklindeyken, yeni Kanundaki farklı ihraç ve halka arz süreci hükümlerine bağlı olarak, onaylı izahname yayınlamaksızın halka arz veya onaylı ihraç belgesiz satım şeklinde düzenlenmiştir.

2. İzinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçu (m. 109/2)

Bu suçun fiil unsuru da mülga SerPK’da “İzinsiz olarak faaliyette bulunma, yetki belgeleri iptal olunduğu veya faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilan veya reklamlarında sermaye piyasasında faaliyette bulundukları intibamı yaratacak kelime veya ibare kullanma veya faaliyete devam etme” şeklinde teşebbüs kapsamında değerlendirilebilecek hareketleri de kapsayan geniş bir ifadeyle tarif edilmişken, yürürlükteki Kanunda yalnızca izinsiz olarak faaliyette bulunma biçiminde daha kısa ve genel bir tanımla yetinilmiştir. Bu noktada Kanunun 100. maddesindeki idari tedbirlerin de bu suçu oluşturan fiillerle mücadeleyi tamamlayıcı bir niteliğe sahip olduğunu vurgulamak gerekir.

3. Özel içtima hükmü: Yalnızca izinsiz faaliyette bulunma suçundan dolayı cezalandırma (m. 109/2, cümle 2)

Aynı maddede usulsüz halka arz ile izinsiz faaliyette bulunma fiillerinin içtima etmesi halinde failin yalnızca izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçundan dolayı cezalandırılacağı ve cezanın da yarı oranında artırılacağı öngörülmüştür.

F. Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları (m. 110)

1. Güveni kötüye kullanma suçu (m. 110/1)

a. Örtülü kazanç aktarmanın dâhil edilmesi ve TCK’ya atıf

Mülga SerPK’da özel olarak düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu yeni Kanunda da korunmaktadır. Fakat eski Kanunda bağımsız bir suç tipi olan örtülü kazanç aktarma fiilleri, yeni Kanunda söz konusu özel güveni kötüye kullanma suçunun bir parçası haline getirilmiş ve TCK’daki güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli haline atıfla ve fakat alt sınırın 3 yıl olması şeklinde bir cezalandırma öngörülmüştür.

b. Üç özel işleniş şekli

Kanunun 110. maddesinin 1. fıkrasında suçun üç farklı işleniş şekli bentler (a, b ve c) halinde düzenlenmektedir. Buna göre m. 110/1-a’daki hüküm, esas itibarıyla mülga SerPK’da güveni kötüye kullanma suçunun düzenlendiği m. 47/1-A-5 ile -sahtecilik fiilleri hariç- aynı içeriğe sahip-

tir. Fıkranın (b) bendi de mülga SerPK m. 47/1-A-6'da öngörülen örtülü kazanç aktarma suçuna ilişkin hükmün atfı yaptığı m. 15/son fıkranın aynen aktarılması niteliğindedir. Buna karşılık m. 110/1-c hükmü yeni olup, yine örtülü kazanç aktarma özelliğinde ve fakat halka açık ortaklıkların yanı sıra kolektif yatırım kuruluşları, iştirak ve bağlı ortaklıkları kapsayan, örnek kabilinden başka birtakım işlem türlerini içeren geniş bir suç tanımına yer verilmektedir. Bu yönüyle (c) bendi, bir önceki (b) bendini kapsar bir görünüm arz etmektedir.

Öte yandan Kanunun örtülü kazanç aktarımı yasağını düzenleyen 21. maddesinin 2. fıkrasında bahsedilen ihmali hareketle örtülü kazanç aktarma, 103. maddenin 6. fıkrasında kabahat olarak yaptırım altına alınmıştır. Böylece mülga Kanun döneminde tartışılan ihmali harekete dair bir düzenleme de yapılmıştır.

c. Örtülü kazanç aktarmak suretiyle işlenen güveni kötüye kullanmada etkin pişmanlık (m. 110/3): Kazancın iadesi ve hazineye iki katı ödeme yapma

İşleme dayalı manipülasyon (piyasa dolandırıcılığı) suçunda olduğu gibi burada da aynı nitelikte bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir. Öncelikle etkin pişmanlık, güveni kötüye kullanma suçunun işleniş şekillerinden yalnızca örtülü kazanç aktarma fiilleri (m. 110/1-b, c) açısından öngörülmüş olup, suçun asıl şekli (m. 110/1-a) kapsam dışı bırakılmıştır. Bu noktada söz konusu fiillerin güveni kötüye kullanma olarak nitelenmesi ve ifade tarzı itibarıyla TCK'ya genel bir yollama yapılması, yalnızca cezanın alt sınırı konusunda özel düzenlemeye gidilmesi karşısında, TCK'nın malvarlığına karşı suçlara ilişkin ortak etkin pişmanlık hükmü olan 168. maddesinin, SerPK 110/1-a'daki fiiller bakımından da uygulanabileceği sonucuna varılabilir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki bu durum -daha önce bahsettiğimiz- atfı sisteminin yol açtığı yorum sorunlarına iyi bir örnek oluşturmaktadır.

Örtülü kazanç aktarma fiillerinde ise etkin pişmanlık olarak, kazancın ilgili ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iade edilmesinin yanı sıra bunun iki katı ödeme yapma yükümü öngörülmüş ve ödemenin yapıldığı aşamalara göre (soruşturma öncesi) cezasızlık veya (soruşturma evresi veya hüküm verinceye kadar kovuşturma evresi) ceza indirimi sonucu

bağlanmışır. Burada iade ile birlikte hazineye iki katı bir ödeme yapma şartına yer verilmesi -işleme dayalı piyasa dolandırıcılığındaki etkin pişmanlıkla karşılaştırıldığında- yapılan düzenlemenin dolaylı bir ekonomik yaptırım özelliğini daha da öne çıkarmaktadır.

2. Kayıtlarda sahtecilik suçu (m. 110/2)

Kayıtlarda sahtecilik suçu, mülga Kanunda güveni kötüye kullanmanın bir parçası olarak düzenlenmişti. Yeni Kanunda ayrı bir suç tipi olarak öngörölmüş. Fiil unsuru bakımından da farklılıklar bulunmaktadır. Mülga SerPK m. 47/1-A-5’te güveni kötüye kullanmanın devamı olarak, “bu amaca ulaşmak ya da bu fiillerini gizlemek için bilgisayar ortamında tutulanlar dâhil kayıtları tahvil ve tağyir etmek”ten bahsedilirken, yürürlükteki Kanunda kayıtları bozma, yok etme, değıştirme, erişilmez kılma tanımlaması yapılmıştır. Söz konusu suç tipi, TCK m. 208 ve özellikle m. 244/2’deki suç tiplerinin özel görünümü niteliğindedir. Suçun düzenlendiğı maddede ayrıca, bu suçtan dolayı mahkûmiyet halinde TCK’nın belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerinden mahkûmiyete bağlanan sonuçların doğacağı da hüküm altına alınarak ilginç bir paralellik kurulmuştur. Bu noktada örneğın, SerPK m. 44/1-d’de aracı kurum kurucu ortağı olabilmek için aranan sahtecilik suçundan mahkûm olmama şartına, söz konusu hüküm aracılığıyla bu suç da dâhil edilebilecektir.

G. Bilgi ve Belge Vermeme, Denetimin Engellenmesi Suçları (m. 111)

1. Bilgi ve belge vermeme suçu (m. 111/1)

Mülga Kanunda da yer alan bu suçla ilgili olarak, suçun konusu ve fiil unsurlarında farklılık görüyoruz.

a. Konu: Kurul veya bu Kanuna göre görevlendirilenler tarafından istenen bilgi, belge ve elektronik ortamda tutulanlar dâhil kayıtlar (karş. mülga SerPK m. 47/1-B-1: “Bu Kanuna göre Kurul veya Kurul tarafından görevlendirilenler(c)e istenecek bilgiler”)

Yürürlükteki Kanunda bilgi ifadesinin yanı sıra, belge ve kayıtlardan da söz edilerek suçun konusunun kapsamının daha açık ve görece geniş bir biçimde tarif edildiği, keza kuruldan başka bu Kanuna göre görevlendirilenlerden bahsedilmek suretiyle de bir genişlemeye gidildiği belirtilebilir.

b. Fiil: Hiç vermeme veya istenen şekliyle vermeme (karş. mülga SerPK: “vermeyen, eksik veya gerçeğe aykırı olarak veren”)

Daha önce de ifade ettiğimiz gibi, mevcut düzenlemede gerçeğe aykırı bilgi verme hareketine yer verilmemiştir. Burada hükmün konuluş amacı, koruduğu hukuki değer ve söz konusu fiilin suç olmaktan çıkarılması yönünde açık iradenin ve nedenin bulunmaması karşısında, “istenen şekliyle vermeme” hareketinin kapsamına -istenen bilginin doğru bir bilgi olduğu kabulüyle- gerçeğe aykırı bilgi verme hareketi de dâhil edilebilir (kıyasa varmayan genişletici yorum?). Ancak kuşkusuz kanunilik ve belirlilik ilkeleri uyarınca bu fiilin açıkça düzenlenmesi ideal olandır.

2. Denetim görevlilerini engelleme suçu (m. 111/2)

Bu suçta fiil unsuru, mülga Kanunda “*defter ve belgeleri bu görevlilere ibraz etmeyen, saklayan, yok eden veya bunların görevlerini yapmalarını engelleyenler*” şeklindeyken, yürürlükteki Kanunda daha genel bir ifadeyle görevlerini yapmayı engelleme ibaresi kullanılmıştır.

Bundan başka engelleme sırasında cebir veya tehdit kullanılmışsa ayrıca TCK'daki suçlar, örneğin görevi yaptırmamak için direnme (m. 265) veya bu suç oluşmuyorsa duruma göre cebir (m. 108), tehdit (m. 106), kasten yaralama (m. 86 vd.) suçlarından dolayı da sorumluluk öngörülmüştür (özel gerçek içtima).

H. Defter, Kayıt ve Finansal Belgelerde Usulsüzlük Suçları (m. 112)

1. Defter ve kayıtları usulüne uygun tutmama suçu (m. 112/1-a)

Bu suçla ilgili olarak iki husus dikkat çekmektedir. Bunlardan birincisi fiil unsuruna ilişkin olup, mülga Kanunda “Defter ve kayıt tutmayanlar” şeklindeki tarif, kanuni defter ve kayıtları “usulüne uygun” tutmama

biçiminde değiştirilmiştir. Bu yönüyle suçun önemli ölçüde farklılaştığı söylenebilir. İkinci bir husus ise, fıkranın başındaki “kasıtlı olarak” vurgusudur. Böylece defter ve kayıtlardaki hataların suç teşkil etmeyeceğine özel olarak işaret edilmiştir.

2. Defter ve belgeleri saklamama suçu (m. 112/1-b)

Bu suç tipi yeni Kanunla öngörülmüş olup, saklamakla yükümlü olunan defter ve belgelerin kanuni süresi içinde kasıtlı olarak saklanmaması cezalandırılmaktadır. Benzer bir suç, Bankacılık Kanunu (BankK) m. 152’de de yer almaktadır. Bu düzenleme özellikle denetim düzeni açısından önemli bir işleve sahiptir.

3. Belgede sahtecilik suçları (m. 112/2)

Mülga Kanunda da yer alan bu düzenlemede, finansal belgelerde ve birtakım raporlardaki sahtecilik fiilleri, TCK’ya atıfla cezalandırılmakta ve yeni bir hüküm olarak özel belgede sahtecilik suçu için aranan kullanma hareketinin gerekli olmadığı belirtilmektedir. Bu kapsamda, finansal tablo ve raporları gerçeği yansıtmayan şekilde düzenleme (m. 112/2-a), gerçeğe aykırı hesap açma (m. 112/2-b), kayıtlarda her türlü muhasebe hilesi yapma (m. 112/2-c), yanlış veya yanıltıcı bağımsız denetim ve değerlendirme raporu düzenleme veya düzenletme (m. 112/2-ç) şeklinde dört grup fiilden söz edilmektedir. Esasen burada belgede sahtecilikteki “maddi-fikri sahtecilik” ayrımı bağlamında fikri sahtecilikler suç olarak düzenlenmektedir. TCK’da özel belgede sahtecilik suçunda –farklı görüşler olmakla birlikte- fikri (içerik) sahteciliğinin cezalandırılmaması noktasında yapılan bu atıf önem taşımaktadır.

I. Bilişim Suçlarında Banka veya Kredi Kurumu Sayılma (m. 112/3)

Suçlarla ilişkili son bir hüküm, yine farklı bir biçimde TCK’ya atıf yapmaktadır. Buna göre TCK’daki bilişim sisteminin işleyişine (m. 244/1) ve bilişim sistemindeki verilere müdahale (m. 244/2) suçları açısından ortak bir nitelikli hal olan, suçun banka veya kredi kurumuna ait sistemlere karşı işlenmesi hususu, yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketi

gibi diğer bazı kurumların da banka veya kredi kurumu sayılması suretiyle sermaye piyasasına da teşmil edilmiştir. Benzer bir hüküm BankK m. 157’de de mevcut olup, burada da bir paralellik göze çarpmaktadır.

II. CEZA MUHAKEMESİ HÜKÜMLERİ

İkinci olarak muhakeme hükümlerine kısaca değinmek gerekirse, beş temel farklılıktan söz edilebilir.

A. Atıfta Bulunulan Suçlar Açısından da SPK Başvurusu

Bilindiği gibi sermaye piyasası suçları resen soruşturulup, kovuşturulan suçlar değil. SPK’nın yazılı başvurusu, doktrinde müracaat olarak anılan bir muhakeme şartı gerekiyor. Yeni Kanunda da bu şart muhafaza edilmiş. Ancak önemli bir farklılık olarak, yalnızca bu Kanundaki suçlar için değil, atıf yapılan suçlar, örneğin güveni kötüye kullanma, belgede sahtecilik vs. açısından da SPK’nın başvurusu gerekecek.

B. Katılan Sıfatının Dava Açıldıktan Sonra Kazanılması

Mülga Kanunda SPK’nın müracaatla birlikte katılan sıfatını elde edeceği yönünde yanlış bir hüküm bulunmaktaydı. Oysa müracaat, soruşturma evresinde, henüz ortada kamu davası yokken yapılan bir işlem ve katılan sıfatı da dava açıldıktan sonra elde edilebilen bir sıfat. Bunun düzeltildiğini görüyoruz.

C. Savcının Soruşturmada Kurul Meslek Personelinden Yararlanabilmesi

Savcının, sermaye piyasası suçlarının soruşturulmasında, bu bağlamda şüpheli veya tanıkların ifadelerinin alınması sürecinde Kurul meslek personelinin yararlanabileceği öngörülerek, soruşturmaların dolaylı olarak uzman bir yapı içerisinde yapılmasının amaçlandığı söylenebilir.

D. Usulsüz Halka Arz ve İzinsiz Sermaye Piyasası Faaliyeti Suçlarında Erişimin Engellenmesi Tedbiri

Usulsüz halka arz ve izinsiz sermaye piyasası faaliyeti suçlarının internet ortamında işlenmesi halinde, 5651 sayılı Kanunda belirli suçlar açısından adli ve idari tedbir olarak öngörülen erişimin engellenmesi tedbiri bu suçlar açısından da uygulanabilir hale getirilmiştir.

E. İhtisas Mahkemelerinin Görevlendirilmesi

Mülga Kanunda yetkili mahkeme konusunda özel bir düzenleme yer almazken, mevcut Kanunda sermaye piyasası suçlarına ilişkin ceza mahkemelerinin, ihtisas mahkemesi olarak görevlendirilecek asliye ceza mahkemelerinde yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Böylece soruşturma evresinde Kurul meslek personelinden yararlanma şeklindeki uzmanlaşma yaklaşımı, kovuşturma evresinde ihtisas mahkemeleriyle perçinlenmiştir.

III. KABAHATLER

Son olarak kısaca kabahatlere ilişkin hükümlere baktığımızda birkaç başlık altında bir kısım saptamalar yapabiliriz.

A. İdari Para Cezasını Gerektiren Fiil=Kabahat (KabK m. 2, karş. SerPK m. 105/2; mülga SerPK m. 47/A)

Kabahat kavramı, 2004-2005 yıllarında gerçekleştirilen Türk Ceza Hukuku reformuyla birlikte farklı bir anlam kazanmıştır. Söz konusu terim, 2005 öncesinde suçun cürümle birlikte bir türünü ifade ederken, 2005 sonrasında idari para cezası ve diğer idari tedbirleri gerektiren haksızlıklar için kullanılıyor. Eskiden idari suç, idari kabahat dediğimiz fiiller artık kabahat olarak anılıyor. SerPK’da bölüm başlığı olarak “İdari Para Cezası Gerektiren Fiiller” başlığı kullanılmış. Oysa Kabahatler Kanunu (KabK) bu fiilleri kabahat olarak tanımlıyor (m. 2). Dolayısıyla doğrudan kabahat ibaresi de kullanılabilirdi. Nitekim devam eden hükümlerde, söz gelimi 105. maddenin 2. fıkrasında kabahat kavramına da yer veriliyor.

B. Tüzel Kişilere İdari Para Cezası Uygulanmasının Özel Olarak Düzenlenmesi (m. 103/2)

Yeni Kanunda işlenen kabahat dolayısıyla tüzel kişilere de ayrıca idari para cezasının verilmesi özel olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda kabahatin tüzel kişinin zararına sonuç doğurması halinde idari para cezasının uygulanmayacağı da isabetli olarak belirtilmiştir.

C. Disiplin Fiillerinin Kabahat Olarak Düzenlenmesi (TSPB m. 103/5 ve TDUB m. 76/10)

Türkiye Sermaye Piyasası Birliği'nin (TSPB) ve Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği'nin (TDUB) aslında mesleki disipline ilişkin kurallara aykırılık (disiplin suçu) teşkil eden fiilleri de kabahat olarak düzenlenmiş. Kanaatimizce bunların mesleki disiplin çerçevesinde değerlendirilmesi daha uygun olurdu. Belirtelim ki benzer bir düzenleme BankK'da da bankacılığa ilişkin kuruluş birlikleri açısından mevcuttur (m. 81). Öte yandan, TSPB'ne ilişkin hükmün kabahatlere ilişkin düzenlemelerin toplu olarak yer aldığı 103. maddede, buna karşılık TDUB'ne dair hükmün 76. maddede yer alması sistematik açıdan eleştirilmelidir.

D. Yeni Kabahatler

Kanunun 103. maddesinin 1. fıkrasındaki genel kabahatin dışında ilk defa özel birtakım kabahat tipleri düzenlenmiştir. Pay alım teklifini yerine getirmeme (m. 103/3), ihraççıların bilgi suistimalinde elde ettikleri kazancı iade etmemeleri (m. 103/4), ihmali hareketle örtülü kazanç aktarma (m. 103/6) ve piyasa bozucu eylemler (m. 104) yeni kabahatler olarak dikkate çekmektedir.

İhmali hareketle örtülü kazanç aktarma, ilgili ortaklığın, mesela bir ihaleye girmemek suretiyle ilişkili olduğu kişilere menfaat sağlaması esasen suç olarak da düzenlenebilirdi. Ancak ihmali hareket burada icrai hareketlere nazaran haksızlık içeriğinin ağırlığı itibarıyla hafif kabul edilmiş ve adli bir cezayı gerektirmediği sonucuna varılarak kabahat olarak yaptırım altına alınmış. Piyasa bozucu eylemler kabahati, aslında gerek

hacim itibarıyla gerekse ispat noktasında manipülasyon ya da piyasa dolandırıcılığı suçunun oluşmadığı veya saptanamadığı hallerde gündeme gelen, tamamlayıcı bir yaptırım hükmü olarak dikkat çekiyor.

E. İçtima, Usul ve İnfaz Hükümleri

Burada son olarak değinilmesi gereken yeni bir hüküm 105. madde ... Bu hükümde de BankK'nın ilgili düzenlemeleriyle paralellik kurulduğunu görüyoruz. Maddenin 1. fıkrasında idari para cezasının uygulanmasından önce savunma hakkı düzenleniyor. KabK'da idari para cezasının nasıl uygulanacağına dair bir düzenleme bulunmuyor. Burada ise en azından yaptırımın muhatabına savunma yapma imkânı tanınmış durumda.

Maddenin 2. fıkrasında esasen kabahatlerin içtimayla ilgili bir husus düzenleniyor. Aynı kabahatin idari yaptırım kararı verilmeye kadar zincirleme olarak birden fazla kez işlenmesi halinde bir idari para cezasının verileceği ve fakat cezanın iki kat artırılacağı, eğer menfaat veya zarar söz konusuysa cezanın bunun üç katından az olamayacağı öngörülüyor. Bu yönüyle SerPK, KabK'nın zincirleme kabahati (keza aynı neviden fikri içtimayı) kabul etmeyen ve her bir kabahat için ayrı ayrı yaptırım uygulanmasını düzenleyen hükmünden (m. 15/2) ayrılmıştır.

Maddenin 3. fıkrasında idari para cezalarının infaz edildikten sonra gelir olarak nereye kaydedileceği düzenlenmiş.

Nihayet son fıkrada idari para cezası uygulanması kararına karşı idari yargı yoluna başvurulabileceği belirtiliyor. Oysa KabK'da başvuru yolu olarak esas itibarıyla sulh ceza mahkemesi (hâkimliği) öngörülüyor. Burada da SerPK, söz konusu Kanunun düzenlemesinden ayrılmış.

Sorular olduğu takdirde daha detaya girebiliriz. İlginiz için teşekkür ederim.

TARTIŖMALAR

Prof. Dr. Mehmet Helvacı (Oturum Başkanı): Biz teŖekkür ederiz, yalnızca üç dakika ile süre sınırını aşarak konuşmasını sonlandırdı Sayın Yard. Doç. Dr. Selman Dursun. Ŗimdi iki tane önemli sunum dinledik ve salona sorusu olan var mı diye sormak istiyorum. Bu iki değerli tebliğ ile ilgili sorusu olan var mı acaba?

Prof. Dr. Arslan Kaya: 110. maddenin birinci fıkrasının b ve c bentlerinde bir tekrar var bunlar bire bir aynı şeyleri düzenliyor b fıkrasının ilginç tarafı eski örtülü kazanç düzenlemesini “gibi” yi çıkararak aynen aktarıyor ancak c bendi ise malum yeni 21. maddeye karşılık geliyor. Bu bir unutmaya eseri midir yoksa var olan ya da devam eden bir şeyin düşmesinden korkulduğu için mi ya da yeni düzenlemenin eskisini kapsamayacağı düşüncesi mi var? Yani mutlak olmayan bir düzenleme biçimi onun için söylüyorum.

Yard. Doç. Dr. Selman Dursun: Öncelikle teŖekkür ederim bu soru için hocam. Bir defa bu “gibi” ifadesi Anayasa Mahkemesi’nin 2013 tarihli iptal kararıyla metinden çıkarılmış vaziyette ve bu husus uygulamadaki tartışmalarda da gündeme gelmişti. Eski örtülü kazanç aktarımı suçuna ilişkin düzenlemedeki “*emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunma*” ifadesinde aslında örtülü işlemi tariften ziyade buna bir örnek veriliyordu. Başka bir deyişle emsallerine göre bariz şekilde farklı bir fiyat uygulanması örtülü kazanç aktarımıdır. Ama başka örtülü kazanç aktarımı oluşturan haller de olabilir. Bu düzenleme bakımından suçta kanunilik ilkesi gereği suçun unsurlarının kanunda açıkça gösterilmesi gerektiği yönünde eleştiriler vardı. Aslında Kanunda yalnızca örtülü işlem yapma şeklinde bir suç tarifi olsaydı bu tartışma olmayacaktı. Kanun koyucu bu ifadeyi açma noktasında bir örnek veriyordu ancak Anayasa Mahkemesi bu ifadeyi kanunilik ilkesine aykırı diye iptal etti. Ŗimdi c bendine baktığımızda b bendini kapsıyor, o halde b bendi niye var? Yorum olarak şu söylenebilir, eski hükme göre

açılmış davalar var, yeni bir hüküm geldiğinde bu eskiyi kapsıyor mu fiil suç olmaktan çıktı mı gibi tartışmalara mahal vermeme amacı var denebilir.

Prof. Dr. Arslan Kaya: Böyle bir tehlike var mı ki (c) bendinde?

Yard. Doç. Dr. Selman Dursun: Esasen yok ama anladığım kadarıyla bir tedbir olarak bu düşünülmüş olabilir. Çünkü benzer bir tartışma Bankacılık Kanununda da var. Nitekim Kanunda denetim sonucu alınması gereken tedbirleri almamak şeklinde bir suç tipi var, suçun unsurları ise mülga 4389'a göre alınması gereken tedbirleri almamak şeklinde düzenlenmiş, eski Kanunu da bu şekilde sürdüren bir hüküm var. Muhtemelen yürüyen davalara etki etmeme adına getirilmiş bir düzenleme olabilir.

Prof. Dr. Mehmet Helvacı (Oturum Başkanı): Teşekkür ederiz. Ali Paslı'nın bir sorusu var.

Doç. Dr. Ali Paslı: Ercan Bey'e bağımsız denetim şirketinin seçilmesi ile alakalı olarak bir soru sormak istiyorum. Objektifliği sağlama noktasında denetim komiteleri –denetim tebliğinde de var- işin içine katılmaya çalışılıyor, denetim komitesi bağımsız üyelerden oluşuyor. Onlar seçiyorlar daha sonra yönetim kurulu öneriyor ve genel kurula sunuluyor, ancak sonuç itibarıyla komitenin işlevini de uygulama açısından düşündüğümüz zaman burada yönetim kurulu ne diyorsa sonuç da o oluyor. Bu denetçinin yapacağı şey de esasen yönetim kurulunun denetlenmesi. Bu eski kanunda çok tartıştığımız denetçinin faaliyetinde objektif olmaması hem denetçinin hem de denetlediğinin aynı kişi tarafından seçilmesi sorun mudur? Esasında bu bağımsız denetim seçim sisteminden dolayı fiilen devam etmiyor mu? Birinci soru bu. Selman Bey'e sorum da bu SPK'nın başvurusu olmaksızın ceza soruşturması yapılamamasını nasıl değerlendiriyorsunuz. Burada mutlaka SPK'yı ikna etmem gerekli, ikna olmaması durumunda SPK'nın suç duyurusunda bulunmama kararına karşı benim yapabileceğim idari bir başvuru var mı? Teşekkür ederim.

Dr. Ercan Urkan: Teşekkür ederim bu sorunuz için. Söylediğiniz gibi aynı riskler devam ediyor. Denetim komitesi denetçi ile şirket arasında bir köprü vazifesi görüyor. Aslında denetim komitesinin görevleri ara-

sında denetçi belirlemek, denetçinin Ŗirketle olan sorunlarını yönetime iletmek, cevabını denetçiye iletmek bir Ŗekilde ve son tahlilde denetim komitesinin yaptığı yönetim kuruluna öneride bulunmak, yönetim kurulu ne derse aslında o denetçi olacak. Artık denetim zelleŖtirildi. Tabiri caizse denetim Ŗirket dıŖındaki nc kiŖiler tarafından yapılacaktır. Ancak denetçilerin sorumlulukları uluslararası standartlara uygun olarak ağır Ŗekilde dzenlenmiŖtir. Uygulamada karŖılaŖtıđımız sorunlara gelecek olursak...

Doç. Dr. Ali Paslı: Ben de onu soracaktım; uygulamada hiç gördünüz m?

Dr. Ercan Urkan: Ben haricen bir denetim Ŗirketi hakkında yatırımcılar tarafından açılan bir tazminat davası olduğunu duydum. Ama biz kurul olarak taraf olmadığımız için dosyayı takip edemiyoruz. Fakat dıŖardan haricen takip etmeye alıŖıyorum. Yeni açıldı. Denetçilerin sorumlulukları gayet ciddi büyüklükte, denetçiler henüz farkında olmayabilirler ya da davayı aanlar çok farkında olmayabilir. Dolayısıyla eskiden denetim kuruluŖlarının denetim yapmaktaki etkili olmamaları artık söz konusu değil çünkü bağımsız denetçiler üzerinde ciddi bir sorumluluk var artık. Ayrıca denetçiler üzerinde düzenleyici otoritelerin de denetimleri var. Kurul sanırım yayınladığı son bültende bir bağımsız denetim Ŗirketinin faaliyet yetkisini iptal etti. Bunlar çok ciddi yaptırımlar, dolayısıyla Kurulun da denetçiler üzerinde ciddi etkisi var.

Prof. Dr. Mehmet Helvacı (Oturma BaŖkanı): TeŖekkr ederiz.

Yard. Doç. Dr. Selman Dursun: TeŖekkr ediyorum bu soru için. Sermaye piyasası sularının sadece SPK'nın baŖvurusu ile soruŖturulması aslında Bankacılık Kanunundan aktarılan bir hüküm. Bankacılık suçlarında da aynı durum geçerli. Sermaye Piyasası Kanunu sonraki bir kanun olduğu için oradan aktarılmıŖ. Söz konusu Kanunlar niçin böyle bir Ŗart arıyor? Savcılar niye doğrudan soruŖturamıyor bankacılık veya sermaye piyasası suçlarını? Çünkü piyasaya duyulan güvenin ve piyasa istikrarının önemli olduğu alanlarda her türlü iddiaya istinaden savcılık kurumunun harekete geçmesi bu piyasaların güvenilirliğini zedeleyebilir. Dolayısıyla iddiaların uzman bir kurumun denetiminden gerçekten ciddi midir değil

midir diye geçmesi ondan sonra savcılığın soruşturmaya başlaması amaçlanmış. Tabii bunu eleştiren görüşler de var, idari bir kuruma bir suçun soruşturulup soruşturulmama konusunda takdir yetkisi verilmesinin yerinde olmadığı yönünde. Peki, bu takdir yetkisi ne şekilde kullanılacak? Suçun tüm unsurları oluşmuş ama buna rağmen SPK başvuruda bulunmayabilir mi? Kamu yararı değerlendirmesi mi yapacak? Bu kısım açık değil. Yani acaba gerçekten suçun unsurlarının oluşması konusunda mı takdir yetkisi var yoksa suçun unsurları var ama bunun adliyeğe yansması piyasayı etkileyebilir bunları da eleyebilir miyim kısmı açık. Ama kamu yararı itibarıyla çok bariz olarak adliyeğe yansması gereken bir durum olmasına rağmen yansıtılmıyorsa bu halde tabii ki yetkisini kötüye kullandığı için SPK'nın idari ve cezai sorumluluğu gündeme gelebilir. Başvuruda bulunmama bir idari denetime tabi mi acaba? SPK bağımsız idari bir otorite niteliğinde. Konuyu idare hukukçularına sorduğumuzda, bu işlemlerin idari işlem olmadığı yargısal özellik taşıdığı söylenmekte, dolayısıyla idari denetime tabi olmadığı sonucuna varılmakta. Ancak bu görüş ne kadar doğru bilemiyorum. İdare hukukçularının alanına giren bir tartışma.

Prof. Dr. Mehmet Helvacı (Oturma Başkanı): Teşekkür ederiz. Şimdi sabahki oturumla ilgili sorular varsa başlayabiliriz.

Bir Katılımcı: Teşekkür ederim öncelikle anonim şirketin iflasa dayanmasından bahsettik burada 380 ile çalışanlara finansal yardımdan bulunulmasından bahsettik. Yine kişilerin şirkette pay sahibi olması durumu yöneticilere finansal yardımda bulunulması kanuni istisna kapsamına girer mi? Bir de kredi kurumunun durumu mutlak hükümden sonra ne olacak, birleşik sözleşme mi sayılacak bunlar, pay iktisabında mutlak butlan durumu ne olacak? Şimdiden teşekkür ediyorum.

Dr. Gökçen Turan: Bankanın kusuru olmaksızın burada teminattan yoksun kalması bankaya verdiği kredinin nerede kullanacağını bilmek zorundasın diyemeyeceğini bu bir bağıl kredi değilse eğer, bir bağıl kredi ise bu krediyi nerde kullandığını banka bilemez, bilemediği zaman ise eğer bankanın paylarının satın alınması söz konusu olursa istisna kapsamına girer. İstisna sadece bankanın paylarını kullanmasını kapsayabilir. Başka