



ANKARA

HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

**SERMAYE PİYASALARINDA
UYGULANACAK TEDBİRLER**

Asude KORUCUOĞULLARI

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI**

TEMMUZ - 2019

ankara

IBM

SERMAYE PİYASALARINDA UYGULANACAK TEDBİRLER

Asude KORUCUOĞULLARI

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
TİCARET HUKUKU BİLİM DALI**

**ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ**

TEMMUZ 2019

Asude KORUCUOĞULLARI tarafından hazırlanan “Sermaye Piyasalarında Uygulanacak Tedbirler” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında Ticaret Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Başkan : Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Özel Hukuk Anabilim Dalı, Kırıkkale Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/.....



Üye : Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK


Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Tez Savunma Tarihi: 24.07.2019

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Figen ZAİF

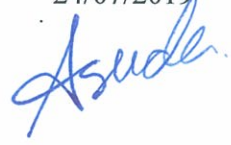
Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada; tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi, tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu, tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi, kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı, bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu, bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Asude KORUCUOĞULLARI

24/07/2019



SERMAYE PİYASALARINDA UYGULANACAK TEDBİRLER

(Yüksek Lisans Tezi)

Asude KORUCUOĞULLARI

ANKARA HACI BAYRAM VELİ ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

Temmuz 2019

ÖZET

Bu çalışma, sermaye piyasasına ilişkin olarak kanun ve ikincil mevzuatta yer alan idari tedbirleri ele almaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu, finansal piyasaların regülasyonu ile görevli olan bağımsız idari otorite niteliğinde bir kamu kurumudur. Bağımsız idari otoritelerin sahip oldukları yetkiler arasında kanaatimizce en önemli nitelikleri idari yaptırımları uygulayabilme yetkileridir. Sermaye piyasalarının istikrar ve güven olgusu ile çalışması, ekonomik kamu düzeninin sağlanması amacı bakımından bir gerekliliktir. Bu gerekliliğin yerine getirilmesinde, sermaye piyasalarında rol alan aktörlere piyasaya zarar verici davranışlarda bulunmaktan kaçınma görevi düşmesinin yanı sıra, SPK da bu aktörlerin denetimi ve gerektiğinde mevzuattan kaynaklanan yetkisini kullanarak idari yaptırımlar uygulama vazifesiyle donatılmıştır. İdari yaptırımların bir alt türü olan idari tedbirlerin hukuki nitelik ve sınıflandırmasının tespiti, uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir. Bu çerçevede SPK'nın sahip olduğu uygulama yetkisi bağlamında hangi tür idari tedbirlerin hangi durumlarda hangi usullerle hangi sınırlar içerisinde uygulanacağı konusu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bilim Kodu : 51501

Anahtar Kelimeler : *Sermaye Piyasası Kurulu, bağımsız idari otorite, finansal piyasalar, yatırımcının korunması, idari tedbirler*

Sayfa Adedi : 157

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

ADMINISTRATIVE MEASURES TO BE IMPLEMENTED IN CAPITAL MARKETS
(Master's Thesis)

Asude KORUCUOĞULLARI

ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL FOR ANKARA HACI BAYRAM VELİ UNIVERSITY

July 2019

ABSTRACT

This study deals with administrative measures relating to capital market in the Capital Markets Law and the secondary legislation. The Capital Markets Board is an independent regulatory authority which is in charge of the regulation of financial markets. In our opinion, the most important characteristics of the independent regulatory authorities are their Powers to implement administrative sanctions. The functioning of capital markets with stability and confidence is a necessity for the purpose of providing economic public order. In order to fulfill this requirement, the actors in capital markets have the duty of avoiding damaging behaviors to the market, and the Capital Markets Board also has the duty of supervising these actors and, where necessary, applying administrative sanctions by using the power arising from the legislation. The determination of the legal characteristics and classification of administrative measures, which is a sub-type of administrative sanctions, is important in terms of determining the applicable law. In this scope, it shall be clarified which administrative measures will be applied in which situations and within which limits within the context of the Capital Markets Board 's power to impose sanctions.

Science Code : 51501

Key Words : *Capital Markets Board, regulatory authorities, financial markets, protection of investors, administrative measures*

Page Number : 157

Supervisor : Prof. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR

TEŞEKKÜR

Yoğun ve meŐakkatli bir çalışmanın ürünü olan bu tez ile hukuk literatürüne katkı sağlamış olmayı temenni ederim.

ÇalıŐmam boyunca benden bilgilerini, tecrübelerini ve değerli zamanını esirgemeyen danıŐmanım Sayın Prof. Dr. Hayrettin AğLAR'a teşekkür ve minnetlerimi özellikle belirtmek isterim. Ayrıca çalıŐmama çok değerli katkılarını sunan sayın jüri üyeleri Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR ve Doç. Dr. Kürşat GÖKTÜRK'e teŐekkürlerimi sunarım.

Tez sürecim boyunca vermiş olduğu her türlü destekten ötürü çok kıymetli arkadaŐım ArŐ. Gör. Dr. Zeynep BAHADIR'a, tüm eğitim hayatım boyunca benden maddi ve manevi desteklerini esirgemeyen, her zaman yanımda olan sevgili aileme teŐekkürlerimi bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

Sayfa

ÖZET.....	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER.....	vii
KISALTMALAR	x
1. GİRİŞ.....	1
2. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE OLARAK SERMAYE PİYASASI KURULU VE İDARİ TEDBİR UYGULAMA YETKİSİ.....	3
2.1. Bağımsız İdari Otoriteler ve Ortaya Çıkışı.....	3
2.1.1. Tarihsel Süreç.....	3
2.1.2. Ortaya Çıkış Nedenleri.....	5
2.1.3. Yapısal ve İşlevsel Özellikleri.....	6
2.2. Sermaye Piyasası Kurulu, Oluşumu, Görev ve Yetkileri.....	8
2.2.1. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Oluşumu.....	8
2.2.2. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Görev ve Yetkileri	9
2.2.2.1. Düzenleyici işlem yapma yetkisi	9
2.2.2.2. Denetim yetkisi	10
2.2.2.3. Uyuşmazlık çözme yetkisi	13
2.2.2.4. İdari yaptırım uygulama yetkisi	14
2.3. İdari Yaptırımlara İlişkin Genel Esaslar.....	17
2.3.1. İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği, Cezai Yaptırımlardan Farkı ve Uygulanacak İlkeler.....	17
2.3.1.1. İdari yaptırımların hukuki niteliği.....	19
2.3.1.2. İdari yaptırım kararlarının özellikleri.....	22
2.3.1.2.1. Tek taraflı kararlar olması	22
2.3.1.2.2. İcrai nitelikte olması	22
2.3.1.2.3. Hukuka uygunluk karinesi	23
2.3.1.2.4. İdarenin takdir yetkisi çerçevesinde alınması.....	24
2.3.1.2.5. Gerekçeli olması	26
2.3.2. Cezai Yaptırımlardan Farkları.....	28
2.3.2.1. Yaptırımların türleri bakımından farklar.....	29
2.3.2.2. Yaptırımı uygulayan organ ve yaptırımın uygulanmasında izlenen usul ..	30
2.3.2.3. Yaptırımın sonuçları bakımından farklar	31
2.3.3. İdari Yaptırımların Uygulanmasında Uygulanacak İlkeler.....	33
2.3.3.1. Kanunilik ilkesi	33

2.3.3.2. Kıyas yasağı	36
2.3.3.3. Geçmişe uygulama yasağı	37
2.3.3.4. Şahsilik ilkesi	39
2.3.3.5. Ölçülülük ilkesi	40
2.3.3.6. Non Bis İn İdem ilkesi	41
2.3.3.7. Savunma hakkı	43
2.4. İdari Yaptırımların Bir Türü Olarak İdari Tedbirler	44
2.4.1. İdari Yaptırımlarda Sınıflandırma Sorunu	44
2.4.2. Uygulanacak Hukuk Kuralının Tespiti Bakımından İdari Cezaların İdari Tedbirlerden Ayrıştırılması	47
2.4.3. İdari Yaptırım Türleri	50
2.4.3.1. İdari Cezalar	50
2.4.3.1.1. Regülatif Para Cezaları	54
2.4.3.1.2. Faaliyetin engellenmesine ilişkin cezalar	58
2.4.3.2. İdari Tedbirler	59
2.4.3.2.1. İdari İzin Geri Alınması	61
2.4.3.2.2. Geçici Engelleme	62
2.4.3.2.3. Eşyaya Geçici Elkoyma	63
2.4.3.2.4. Atipik İdari Tedbirler	64
3. SERMAYE PİYASASI KURULU TARAFINDAN UYGULANACAK TEDBİRLER	67
3.1. Hukuka Aykırı İşlemleri Karşısında İhraççılara Uygulanacak Tedbirler	68
3.1.1. Kanuna Aykırı Olarak Sermaye Piyasası Aracı İhraç Edilmesi	68
3.1.2. İhraççıların Sermaye ve Malvarlığını Azaltıcı Hukuka Aykırı İşlemleri	75
3.2. Kayıtlı Sermaye Sisteminde Uygulanacak Tedbirler	78
3.3. Örtülü Kazanç Aktarımında Uygulanacak Tedbirler	81
3.4. Genel Kurul Toplantılarına Gözlemci Gönderilmesi	83
3.5. Sermaye Piyasası Kurumlarının Hukuka Aykırı Faaliyet veya İşlemlerinde Uygulanacak Tedbirler	85
3.6. Sermaye Piyasası Kurumlarının Finansal İstikrarının Korunmasına Yönelik İdari Tedbirler	88
3.6.1. Mali Durumun Bozulması Hâlinde Uygulanacak Tedbirler	89
3.6.2. Tedrici Tasfiye Halinde Uygulanması Gereken Tedbirler	94
3.7. İzinsiz Sermaye Piyasası Faaliyetinde Uygulanacak Tedbirler	98
3.8. Kanuna Aykırı İlan, Reklam ve Açıklamalarda Uygulanacak Tedbirler	100
3.9. Bilgi Suiistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Fiillerine İlişkin Tedbirler	102
3.9.1. Bilgi Suiistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler	103
3.9.2. Bildirim Yükümlülüğü	111
3.10. Kanunda Yer Alan Diğer Tedbirler	114
3.10.1. Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Zorunluluğuna İlişkin Tedbirler	114
3.10.2. Önemli Nitelikteki İşlemlerde Uygulanacak Tedbirler	116
3.10.3. Finansal İstikrarı Bozulan Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylara İlişkin Uygulanacak Tedbirler	120

3.10.4. Yetki Belgesi ve Faaliyet İzninin İptali	123
3.10.5. Boşalan Yönetim Kurulu Üyelikleri İçin Üye Atanması	125
3.10.6. Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklıklarının Mali Durumunun Korunmasına Yönelik Tedbirler	126
3.10.7. Kira Sertifikası Sahiplerinin Korunmasına Yönelik Tedbirler	128
3.10.8. Bağımsız Denetim, Derecelendirme ve Değerleme Kuruluşları.....	131
3.10.9. İşlemlerin Durdurulması ve Kottan Çıkarma.....	133
3.10.10. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine Üye Olunmaması Durumunda Uygulanacak Tedbirler	137
3.10.11. Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine Üye Olunmaması Durumunda Uygulanacak Tedbirler	138
3.11. İdari Tedbir Kararlarına Karşı Gidilecek Yargı Yolu	140
4. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	145
KAYNAKLAR.....	149
ÖZGEÇMİŞ	157

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklamalar
AATUHK	6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
Akt	Aktaran
AMF	The Autorité des Marchés Financiers (Fransa)
A.Ş	Anonim Şirket
AYM	Anayasa Mahkemesi
BDDK	Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BİO	Bağımsız İdari Otorite
Bkz.	Bakınız
C	Cilt
D	Daire
Dpn	Dipnot
E	Esas
FCA	Financial Conduct Authority (Birleşik Krallık)
HAAO	Halka açık anonim ortaklık
HMK	6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İDDK	İdare Dava Daireleri Genel Kurulu
İİK	2004 sayılı İcra İflas Kanunu
İYUK	2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu
K	Karar
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KK	5326 sayılı Kabahatler Kanunu

Kısaltmalar	Açıklamalar
m	Madde
MiFID II	Markets in Financial Instruments Directive II (2014/65/EU)
RG	Resmi Gazete
s	Sayfa
Sa	Sayı
SerPK	6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
T	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TTK	6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
vd.	Ve devamı
Y	Yıl
YTM	Yatırımcı Tazmin Merkezi

1. GİRİŞ

Kamunun rekabete açık alanlarında faaliyet gösteren, icrai karar alma yetkisi ile donatılmış, kararları yargı denetimine tâbi, klasik idari birimlerin dışında nevi şahsına münhasır kuruluşlar olarak nitelendirilen bağımsız idari otoriteler, özel kanunlarla kurulan, idari ve mali özerkliği haiz kamu tüzel kişileridir. Kamu yaşamının önemli sektörlerinin düzenliliğini sağlamakla görevli ve yetkili kamu kurumları olan bağımsız idari otoriteler, geniş idari yetkiler ile donatılmışlardır. Bu yetkiler; düzenleme yetkisi, gözetim ve denetim yetkisi, görüş bildirme yetkisi, uyuşmazlık çözme yetkisi ve yaptırım uygulama yetkisi olarak ifade edilebilir.

Hukuki statüsü ve sahip olduğu yetkiler göz önüne alındığında Sermaye Piyasası Kurulu (SPK)'nın da bir bağımsız idari otorite olduğu açıktır. Sermaye piyasasının güvenilir, istikrarlı, rekabetçi, etkin ve şeffaf bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi görevlerini yerine getirmek üzere SPK, finansal piyasalarda düzenleme, denetleme ve yaptırım uygulama yetkileri ile donatılmıştır.

Düzenleme, izleme ve denetleme yetkisinin bir uzantısı olarak, tespit edilen mevzuata aykırılıkların idari yaptırıma tabi tutulması, finansal piyasaların etkin bir biçimde işlemesi için olmazsa olmaz unsurlardan biridir. Gerçekten de yaptırıma bağlanmamış olan emredici hukuk kurallarının uygulamada herhangi bir anlamı yoktur.

Sermaye piyasalarının güven ve istikrar içinde çalışması, ekonomik kamu düzeninin sağlanması ve korunması amacı açısından elzemdir. Bu zorunluluğun yerine getirilmesi ise sermaye piyasalarında rol alan aktörlerin sermaye piyasasının güvenilirliğine zarar verici davranışlarda bulunmaktan kaçınmalarının sağlanmasına bağlıdır. SerPK'da yer alan idari tedbirler de bu açıdan ciddi bir fonksiyonu yerine getirmektedir. İdari cezalarda güdülen cezalandırma amacından çok önleyici nitelik taşıyan idari tedbirler, yatırımcıların korunması bakımından uygulamada büyük önem taşımaktadır.

Sermaye piyasasında rol alan kurumların her birinin istikrarını sağlamak, güçlü sermaye piyasaları için vazgeçilmez bir ilkedir. Güven ölçütlerini temel alarak finansal piyasalara yatırım yapan yatırımcıların korunması, mikro düzeyde bireysel olarak yatırımcıların hak ve menfaatleri açısından önem arz ederken, makro düzeyde finansal piyasaların istikrarı ve

ekonomik büyümenin sürdürülebilirliğine hizmet etmektedir. Bu nedenle SPK'nın her bir olayın kendi iç dinamiklerine uygun olarak cezalandırıcılıktan ziyade caydırıcı nitelik taşıyan tedbirlere başvurması, söz konusu otoritenin idari düzendeki varoluş nedenidir.

Bu çalışmanın amacı sermaye piyasası mevzuatında yer alan idari tedbirlerin ve bu tedbirlerin uygulanmasına neden olan fiillerin neler olduğunu açıklamak, bu yaptırımların hangi hukuk kurallarına tabi olduğunu ortaya koymak ve SPK'nın idari yaptırım kararı alırken uyması gereken ilkelerin neler olduğunu tespit etmektir. Konuya ilişkin inceleme ve değerlendirme yapılırken, mer'i mevzuatın yanı sıra yargı kararları üzerinde de durulmuştur.

Çalışmamızın birinci bölümünde öncelikle bağımsız idari otorite kavramı ortaya konularak bir bağımsız idari otorite olarak SPK'nın yaptırım uygulama yetkisinin kaynağına değinilmiştir. Daha sonra idari yaptırımların uygulanmasında uyulacak ilkeler açıklanmış olup doktrinde bulanık bir alan olduğunu düşündüğümüz idari yaptırım-idari ceza-idari tedbir sınıflandırmasına yer verilerek söz konusundaki kavramların hukuki nitelikleri arasındaki fark ve bu kavramların birbirinden ayrıştırılmasının niçin önemli olduğuna ilişkin açıklamalara yer verilmiştir.

İkinci bölümde ise öncelikle SerPK'nın "Tedbirler" başlıklı beşinci kısım ikinci bölümünde yer alan idari tedbirlere ve bu tedbirlerin uygulanma koşullarına yer verilmiş olup daha sonra Kanunun bu kısmının dışında kalan maddelerinde serpiştirilmiş olarak yer alan idari tedbirler açıklanmıştır. Ayrıca SPK'nın idari tedbir kararlarına karşı gidilebilecek yargı yolu hususunda uygulamada halihazırda giderilmiş olan sorunlara da kısaca değinilerek idari mahkemelerin bu hususta yetkili olduğu ortaya konulmuştur.

Anlatılan konuların AB mevzuatında nasıl uygulandığını ortaya koyabilmek adına düzenlemelerde esas alınan AB direktifleri ve tüzükleri de incelenmiş, finansal piyasaların regülasyonundan sorumlu yabancı ülkelerdeki idari otoritelerin örnek uygulamalarına da değinilmiştir.

2. BAĞIMSIZ İDARİ OTORİTE OLARAK SERMAYE PİYASASI KURULU VE İDARİ TEDBİR UYGULAMA YETKİSİ

2.1. Bağımsız İdari Otoriteler ve Ortaya Çıkışı

2.1.1. Tarihsel Süreç

Bağımsız idari otoriteler (BİO), idari hiyerarşinin ve denetimin dışında bulunan ve işleyişi, teşkilatlanması ve oluşumu bakımından bağımsız olmaları öngörülen kamu kuruluşlarıdır. *Ulusoy* BİO'ları “toplumsal yaşam için özel bir önem ve duyarlılık taşıyan, temel hak ve özgürlükler ile ekonomik ve sosyal sektörlerde veya alanlarda düzenleme, denetleme yahut yönlendirme faaliyetlerinde bulunan, kararları üzerinde hiçbir makamın etkisinin olmadığı, karar organları özel güvencelere sahip, mali özerkliği haiz, özerk bütçeli kamu tüzel kişileri” olarak tanımlamıştır¹. *Atay* ise bu kurumların görevine dikkat çekerek “devletin belirli bir alanda ve özellikle de ekonomide genel regülasyon misyonunun gerçek anlamda yerine getirilmesine imkan tanıyan, iyice düşünüldükten sonra kararlar alıp ve uygulamaya aktaran organlar” şeklinde bir tanımlama yapmaktadır². BİO'lar klasik idari yapının dışında, bağımsızlıkları kuruluş kanunları ile güvence altına alınmış ve spesifik bir sektörde düzeni ve hukuka uygunluğu sağlama ve müdahalede bulunma yetkisine sahip kuruluşlardır.

Kamu yaşamının hassas sektörleri olarak nitelendirilebilecek alanların düzenlenmesi ve denetimi ihtiyacı ile beraber, rekabete açılan hizmet sektörlerine ilişkin düzenlemelerin klasik idare yapılanması dışında bir otorite tarafından yapılması gereksinimi, bağımsız idari otorite olgusunu ortaya çıkarmıştır³. BİO'ların ilk örnekleri 1800'lü yılların sonunda ABD'de görülmüştür. 1889 yılında kurulan Eyaletlerarası Ticaret Komisyonu (Interstate Commerce Commission), dünyada BİO'ların ilk örneği olarak kabul edilmektedir. İzleyen süreçte İngiltere, XX. yüzyılın ikinci yarısından sonra özellikle altyapı ve benzer sektörlerde faaliyet göstermek üzere Yarı Özerk Hükümet Dışı Örgütler (Quasi Autonomous Non-Governmental Organizations) adıyla BİO niteliğindeki kuruluşların teşkilatlanmasına ağırlık vermeye başlamıştır. Kıta Avrupası ülkelerinde ise 1970'lerde kurulmaya başlanan BİO'ların

¹ ULUSOY, A. D. (2003). *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara: Turhan Kitabevi, s.2.

² ATAY, E. E. (2006). *Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi c. X, sa.1,2, s. 270.

³ DÖNMEZ, E. (2003). *Türkiye'de Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara Barosu Dergisi, 2003-2, s. 56.

oluşturulmasında Anglo-Sakson sisteminden esinlendiği kabul edilmektedir⁴. 1970'lerin sonundan itibaren ekonomik alanda meydana gelen küresel gelişmeler ve AB teşkilatı içerisindeki devletlerin ekonomilerinin hızla ivme kazanan bir entegrasyon sürecine girmeleri ile düzenleyici kuruluşların sayısında dikkat çekici bir artış görülmüştür.

Son yıllarda devletlerin yatırım ve kalkınma programları kapsamında doğal tekelleşmiş niteliğinde olan ve ekonomik bakımdan kritik noktalarda bulunan birtakım hizmetlerde özelleştirmeye gidilmiştir. Ancak bu özelleştirmeler neticesinde bu kritik hizmetlerin tüketiciye sunulmasında yüksek maliyetler ortaya çıkmış ve rekabetin oluşması ile tüketiciye etkin ve verimli hizmet sunulması amacıyla uzaklaşmıştır. Bu ortamda makul fiyatlarla ve kaliteli hizmetin sunulmasını teminen düzenleyici makamlar olan BİO'lar kamu hizmetlerinin değişen yüzü olmuştur⁵.

Türkiye'de ise düzenleyici kurumların ortaya çıkışları ülkemizin kalkınma politikalarındaki esas dönüşümlerin başlatıldığı 1980'li yıllarda görülmektedir. Türkiye ekonomisinin karma ekonomiden serbest piyasa ekonomisine dönüşümünü sağlayan ve ekonomi tarihinde çok önemli yer tutan 24 Ocak 1980 kararlarıyla başlatılan ekonomik dönüşümün hız kazanması, düzenleyici kurumların gelişme seyrini de hızlandırmıştır. Ekonominin serbest piyasa ilkeleri içinde çalışmasını öngören ve devletin piyasaya müdahalesini en aza indirmeyi hedefleyen bu bakış açısı, piyasada oluşabilecek başıboşluğun önüne geçilmesi amacıyla birtakım kurumsal güvenceler oluşturma zorunluluğunu beraberinde getirmiştir. Diğer yandan AB'ye uyum sürecinin yarattığı baskı ve diğer uluslararası ekonomik kuruluşlarla gelişen ilişkilerin doğurduğu yükümlülüklerle Türkiye, bağımsız ve özerk nitelikteki kamu kurumlarının kurulmasına ilişkin düzenlemelere ağırlık vermeye başlamıştır⁶. Bu kapsamda gerçek anlamdaki ilk BİO, 1981 yılında kurulmuş olan Sermaye Piyasası Kurulu'dur.

Bağımsız idari otoritelere ilişkin herhangi bir hükmün Anayasada açıkça bulunmuyor olması, BİO'ların anayasal dayanağının mevcudiyeti konusunda sıklıkla tartışmalara sebep olmuştur. Ancak AYM'nin Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu'na ilişkin olarak

⁴ TAN, T. (2002). *Bağımsız İdari Otoriteler ve Düzenleyici Kurullar*, Amme İdaresi Dergisi Cilt 35 Sayı 2, s.13.

⁵AUSTIN, R. (1997). *Administrative Law's Reaction to the Changing Concepts of Public Service*, Administrative Law Facing the Future (ed. Leyland, Peter; Woods, Terry), New York: Blackstone Press Ltd., s. 16.

⁶ URAN, E. (2012). *Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s.48-49.

vermiş olduğu bir kararında⁷, devletin bu yükümlülükleri kapsamında ekonomik hayata müdahale edebileceğini, bu sebeple söz konusu BİO'nun piyasa ile ilgili düzenlemeler yapmada yetkili kılınmasının Anayasa'ya aykırı olmadığını ifade ederek bir anlamda BİO'ların anayasal dayanağı ortaya konulmuştur⁸.

2.1.2. Ortaya Çıkış Nedenleri

Temelde birbiriyle aynı olmakla beraber BİO'ların ortaya çıkış amaçları, farklı yazarlar tarafından farklı yollarla ifade edilmiştir. Tan, BİO'ların ortaya çıkıp yaygınlaşmasının temel nedenlerini,

- Ekonomik alanda teknik sorunların çözümünün uzmanlık gerektirmesi ve bu sorunların çözümünde klasik bakanlık yapısının yetersiz kalması,
 - Piyasada faaliyet gösteren yapıların devlete ait olması durumunda, söz konusu faaliyet alanına ilişkin alınacak kararların bağımsız ve tarafsız otoritelerce alınmasının sağlanabilmesi,
 - Hükümetin siyasi nedenlerle alamayacağı kararların alınmasının kolaylaştırılması, daha uzun dönemli politikalar oluşturulup uygulanması ihtiyacı,
 - Siyasi kurum ve bireylerin bazı kriz dönemlerinde yapılan işlemlere ilişkin sorumluluğu kendi üzerinden atma isteği
- olarak dört başlık altında sıralamaktadır⁹.

Klasik idari yönetim ve tekniklerinin uzmanlık gerektiren bazı sorunların çözümünde yetersiz kalması, geleneksel idari yapı ve bakanlık anlamındaki bir teşkilat şeması içinde bu sorunların çözümünün her zaman için mümkün olamaması, kamu işlevinin tarafsızlığının mümkün olduğu en geniş ölçüde sağlanması için idarenin bazı işlevlerinin siyasi organdan

⁷ AYM E. 2002/ 32, K. 2003/100 R.G. T. 11/08/2004, sa. 25550. “Anayasa'nın “kişilerin ve toplumun refah huzur ve mutluluğunu sağlamak” görevini Devlete veren 5. maddesi, “özel teşebbüslerin millî ekonominin gerekleri ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri” almakla görevlendiren 48. maddesi, “ekonomik, sosyal ve kültürel kalkınmayı, özellikle sanayi ve tarımın yurt düzeyinde dengeli ve uyumlu biçimde hızlı gelişmesini, ülke kaynaklarının döküm ve değerlendirmesini yaparak verimli şekilde kullanılmasını” planlama görevi veren 166. maddesi ve Devletin “para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı önlemleri alacağını” öngören 167. maddesi hükümleri, Devletin gerektiğinde ekonomik hayata müdahale edebileceğini göstermektedir.” (erişim:06/05/2018 www.anayasa.gov.tr).

⁸ ÖRS, C. O. (2015). *Bağımsız İdari Otoritelerin Doğuşu, Gelişimi ve Türkiye Örneği*, İzmir Barosu Dergisi, Eylül, s. 40.

⁹ TAN, 2002, s. 14.

bağımsız, tarafsız, hızlı hareket edebilme yetkisi ile donatılmış kuruluşlarca gerçekleştirilmesine duyulan gereksinim, BİO'lara duyulan ihtiyacın temel nedenleridir. Klasik idari yapıların ağırlığı, kimi zaman çağın gerektirdiği düzenleme ve denetleme faaliyetlerini zamanında ve gereği gibi yerine getirememelerine yol açabilmektedir. İdarenin yavaş işleyen bu karar alma mekanizması özellikle denetim faaliyetinin zamanında yerine getirilmemesini yol açabileceği zararlar noktasında büyük önem taşıdığından bağımsız bir yapılanmaya ihtiyaç duyulmuştur¹⁰. Bununla beraber idarenin yargısal denetiminin uzunca bir süre alması, bireye tanınan güvencelere yenilerinin eklenmesini, idarenin yargı dışı denetim yollarını çeşitlendirmeyi zorunlu kılmıştır.

2.1.3. Yapısal ve İşlevsel Özellikleri

Bağımsız idari otoriteler, ilgili oldukları sektörlerle ilişkin olarak regülasyon işlevini yerine getirmektedirler. Genel olarak regülasyon, belirli bir sektördeki piyasa faaliyetlerine yönelik olarak, kurallar koyma anlamındaki *düzenleme* ile konulan kurallara uyulup uyulmadığını gözetleme ve kuralların ihlal edilmesi durumunda yaptırım uygulama anlamındaki *denetim* yetkilerini kapsamaktadır¹¹. Bu yetkileri çerçevesinde BİO'ların birtakım yapısal ve işlevsel özellikleri bulunmaktadır.

Bağımsız idari otorite terimi, bünyesinde barındırdığı üç temel kavram ile bu kurumların yapısal özelliği hakkında fikir vermektedir. Bu kapsamda BİO'ların, “bağımsız”, “idare” teşkilatı içinde yer alan “otorite” niteliğinde icrai kararlar alan kurumlar olduğunu söylemek mümkündür.

BİO'lar devlet idaresi içinde yer almakla beraber herhangi bir siyasi ve idari makama bağlanmamakta, genel itibarıyla bir bakanlıkla ilişkilendirilmektedirler. Bu uygulamanın temelinde yatan sebep, BİO'ların idare teşkilatı içinde konumlandırılması gerekliliğine pratik bir çözüm getirilmesidir¹². Yasama ve yürütme organlarının düzenleyici işlemleri dışında bütçe, teşkilat yapısı, personel alımı gibi konularda kendileri karar verme yetkilerini haizdir. Dolayısıyla idari özerkliğin yanı sıra mali özerkliğe de sahip kuruluşlardır.

¹⁰ THOMPSON, B. (1997). *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, 3rd Edition, London: Blackstone Press Limited, s. 259.

¹¹ ÖRS, s. 16-17.

¹² DÖNMEZ, s. 63.

BİO'ların bu yapısal özelliklerinin yanında, özgün niteliklerinden kaynaklanan birtakım işlevsel özellikleri de vardır. Bu kurumlar görev alanları kapsamında düzenleyici işlemler yapma yetkileriyle donatılmış olmalarının yanı sıra sektörel denetim ve gözetim, idari yaptırım uygulama gibi önemli işlevleri yerine getirmektedirler.

Kuruluş kanunları BİO'lara görev ve yetki alanları içinde düzenleyici işlemler yapma yetkisi tanımaktadır. Bu yetki bilindiği üzere türevsel, yani ikincil nitelikte bir yetkidir. Dolayısıyla idare bu yetkisini kullanarak yapacağı işlemlerle kanuni düzenlemelerin kapsamını genişletemez. Anayasanın 124 üncü maddesi hükmü çerçevesinde yönetmelik çıkarma yetkisine sahip bu kurumlar, bunun dışında alacakları kararlar, çıkaracakları tebliğler çerçevesinde faaliyet alanlarına ilişkin esasları belirlemektedirler.

Bununla beraber kanunlar ve kendileri tarafından ortaya konulan bu ikincil düzenlemelere uyulup uyulmadığının gözetimi de BİO'ların yetki alanındadır. Kendi faaliyet alanlarında mevcut olan yapılar üzerinde gözetim ve denetim yapmak, bu kapsamda gerekli bilgi ve belgeleri istemek, yazılı ve sözlü açıklama talep etmek yetkilerine sahip olan BİO'lar, bizzat yürütmüş olduğu denetimler sonucu mevzuat ihlali tespit etmesi halinde idari yaptırımlara hükmedebilir. İdare teşkilatı içinde bulunan ve bir anlamda yürütme işlevine dahil olan BİO'ların yaptırım uygulama yetkisinin keyfi olarak kullanılmaması için bazı güvenceler getirilmiştir. Yaptırım uygulanmadan önce, hukuki düzenlemeye aykırı davranış konusunda ilgilinin uyarılması, belgeleri inceleme olanağı tanınarak sözlü ve yazılı savunma yapma imkanı tanınması, uygulanacak yaptırım ile fiil arasında orantılılık olması, alınacak kararın gerekçeli olması ve yaptırım kararına karşı yargı yolunun açık olması bu güvenceler arasında sayılmaktadır¹³.

Son olarak BİO'lar karakteristik yapıları çerçevesinde, alternatif uyuşmazlık çözüm yolları arasında olduğu da kabul edilen uyuşmazlık çözme yetkisine de sahiptir. Faaliyet alanlarının teknik ve uzmanlık gerektiren özellikleri, uyuşmazlığın yargı yoluyla çözümünün zaman alması gibi nedenler bu kurumlara uyuşmazlık çözme yetkisi tanınmasına yol açmıştır.

¹³ TAN, 2002, s. 30.

2.2. Sermaye Piyasası Kurulu, Oluşumu, Görev ve Yetkileri

Ülkemiz ekonomik hayatında yukarıda bahsi geçen gelişmelerin yaşanmasını takiben klasik idare yapılanmasından farklı bazı idari kurumlar ortaya çıkmıştır. Bu kurumlar genel olarak ekonominin hassas denilebilecek alanlarına ilişkin düzenleme ve denetim işlevlerini yerine getirmek üzere kurulmuş olmakla beraber, bunlar dışında da geniş yetkilerle donatılmışlardır.

2.2.1. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Oluşumu

Ülkemizde sermaye piyasasına ilişkin hukuki altyapının oluşturulması ilk kez 1. Beş Yıllık Planda öngörülmüş, ancak uzun süren çalışmalar sonunda Sermaye Piyasası Kanunu'nun kabulü 1981 yılını bulmuş ve bu Kanun 30/07/1981 tarih ve 17416 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir¹⁴.

2499 sayılı Kanun, daha sonra 30/12/2012 tarihli ve 28513 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren SerPK ile ilga edilmiş ve SPK'nın teşkilat yapısı yeniden ortaya konulmuştur. SerPK'nın 117 nci maddesi ile SPK'nın idari ve mali özerkliği haiz tüzel kişiliğinin altı çizilmiş; Kurul'un mevzuatla kendisine verilen görev ve yetkileri kendi sorumluluğu altında bağımsız olarak yerine getireceği ve hiçbir organ, makam, merciden emir ve talimat almayacağı ifade edilmiştir.

SerPK'nın 118 inci maddesi uyarınca Kurul Karar Organı; biri başkan, biri ikinci başkan olmak üzere yedi üyeden oluşmaktadır. Başkan, ikinci başkan, başkan vekili ve üyeler, Cumhurbaşkanınca atanmaktadır ve göreve başlamadan önce Yargıtay'da yemin edecekleri öngörülmüştür. Bununla beraber söz konusu Kanun uyarınca Kurumun ilgili olduğu Bakanlığın, Hazine ve Maliye Bakanlığı olduğu ifade edilerek idarenin bütünlüğü sağlanmaya çalışılmıştır.

¹⁴ ÜNAL, O. K. (2005). *Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı*, Ankara: Asil Yayınları, s.13 vd.

2.2.2. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Görev ve Yetkileri

BİO'ların faaliyet konuları içerisinde geleneksel idari yapılanma içerisinde yer alan kurumların görev ve yetkilerinden farklı olmak üzere birtakım yetkilere sahip bulunduğu göze çarpmaktadır. Bu kapsamda bu kurumlar, kanunlarla ve kendi düzenlemeleriyle getirilen kurallara uyulup uyulmadığını gözlemlemek, bu kurallara aykırı davranışta bulunanlar aleyhine yaptırımlara hükmetmek yahut uyuşmazlık çözme yetkisi gibi regülasyonun ötesinde görev ve yetkilerle donatılmışlardır.

Sermaye piyasalarının düzenlenmesi ve denetlenmesi finansal sistemin adil, şeffaf ve istikrarlı bir şekilde işlemlerini sağlamak adına vazgeçilmez bir husustur. Menkul kıymetlerin regülasyonunun genellikle yatırımcı koruması ve şirketler için pazara erişimi kolaylaştırma arasındaki dengenin sağlanmasını öngörmesi bakımından özellik arz ettiği düşünülmektedir¹⁵.

SPK'nın kural koyma ve bu kurallara uyulup uyulmadığını denetleme faaliyetlerinin yanında görev alanı içerisindeki piyasaları sürekli biçimde kontrol altında tutarak gerekli hallerde müdahale etme yetkisi bulunmaktadır.

2.2.2.1. Düzenleyici işlem yapma yetkisi

Ekonomik hayatın önemli sektörlerinin kamu yararı ve kamu düzeni gereklerine uygun olarak düzenlemesini, denetimi ve gözetimi işlevinin, bağımsız idari otoritelerin varlık sebebini oluşturduğundan yukarıda bahsetmiştik. Bu kapsamda BİO'ların kendine özgü durumlarının temelinde, bu kurumların regülasyon işlevleri yatmaktadır.

Bağımsız idari otoriteler, kendi görev alanlarına ilişkin olarak düzenleyici işlemler ile kurallar koymaktadırlar. Anayasa'nın "Yönetmelikler" başlıklı 124 üncü maddesi uyarınca kamu tüzel kişileri kendi görev alanlarını ilgilendiren yasa ve tüzüklerin uygulanması amacıyla ve bunlara aykırı olmamak şartıyla yönetmelikler çıkarabilmektedir. BİO'lar da düzenleme yetkilerini kendi çıkardıkları yönetmelikler kapsamında kullanmaktadırlar. Bunun yanı sıra,

¹⁵ LEINO, P. (2017). *Accountability Dilemmas of Regulating Financial Markets Through the European Supervisory Agencies*, Research Handbook on EU Administrative Law, Harlow, Carol (ed.) Edward Elgar Publishing Ltd., s.221.

görev alanına ilişkin ikincil mevzuatın oluşturulması kapsamında çıkardıkları yönetmeliklerin yanında karar, tebliğ gibi düzenleyici işlemler ile isimsiz düzenleyici işlemler de yapmaktadırlar. İkincil, yani türevsel bir yetki niteliğindeki bu yetkinin kullanılırken yasal sınırlar içerisinde kalması, hukuka uygunluk açısından önem arz etmektedir.

SPK'nın kuruluşu ile sermaye piyasalarına ilişkin alanlarda birçok konudaki düzenleme yetkisi SPK'ya verilmiştir. SPK da bu yetkisini başta SerPK'nın Kurul Karar Organının görev ve yetkilerini düzenleyen 122 nci maddesi olmak üzere bu kanun içerisine serpiştirilmiş düzenleme yetkileri kapsamında kullanmaktadır. Ayrıca SerPK'nın 128 inci maddesi, Kurul'un yetkilerini düzenleyici işlemler tesis etmek ve özel nitelikli kararlar almak suretiyle kullanacağını; kararlarının RG'de veya internet ortamı dâhil uygun araçlarla yayımlanmasına karar verebileceğini ve düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğlerin RG'de yayımlanarak yürürlüğe gireceğini düzenlemektedir. SerPK'nın 39 uncu maddesinin yedinci fıkrasında yer alan *“Kurul, sermaye piyasası araçlarının ödünç alma ve verme işlemleri ile açığa satış işlemlerine ilişkin ilke ve esasları belirlemeye ve Hazine Müsteşarlığı ile TCMB'nin görüşü alınmak suretiyle kredili sermaye piyasası aracı işlemleri ile ilgili düzenlemeler yapmaya yetkilidir.”* hükmü bu yetkiye örnek olarak gösterilebilirken, Kanun birçok konudaki düzenleyici işlemlerin yapılmasını açık bir şekilde Kurulca çıkarılacak yönetmeliklere bırakmıştır. Kurul'un düzenleme yapma yetkisi sermaye piyasası araçlarına ilişkin, sermaye piyasası kurumlarına ilişkin, sermaye piyasası faaliyetlerine ilişkin düzenlemeler yapma yetkisi olarak ayrıştırılabilmektedir. Bunun yanında SPK'nın borsalara ilişkin olarak ve kamunun aydınlatılmasına ilişkin olarak da düzenlemeler yapma yetkisi mevcuttur¹⁶.

2.2.2.2. Denetim yetkisi

Bağımsız idari otoritelerin ve dolayısı ile SPK'nın diğer bir yetkisi, faaliyet alanı kapsamındaki konular üzerinde sahip olduğu denetim yetkisidir. BİO'lar, kanunlara ve kendi çıkardıkları ikincil mevzuata uyulup uyulmadığının denetimini yapma görevini haizdirler. Bu görev ise ilgili sektörlerle ilişkin piyasa izleme ve gözetim mekanizmaları ile yerine getirilir. Bu kapsamda BİO'lar gerekli gördüğü bilgi ve belgeleri ilgililerden talep etme, ilgilileri dinleme ve gerektiğinde yerinde inceleme yapma yetkilerine sahiptir. Ekonomik kamu düzenini

¹⁶ YÜZÜGÜLLÜ, G. (2011). *Bağımsız İdari Otorite olarak Sermaye Piyasası Kurulu* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi). Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Ticaret Hukuku Bilim Dalı, Ankara, s. 58 vd.

sağlamaya, korumaya ve bozulduğunda yeniden oluşturulmaya yönelik faaliyetlerden biri olan sermaye piyasalarının gözetimi ve denetimi faaliyeti, organik açıdan bir BİO olan SPK tarafından yerine getirilir¹⁷. Nitekim SerPK'nın 1 inci maddesinde sermaye piyasasının şeffaf, güvenilir, istikrarlı, adil, etkin ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi hususlarının bu kanunun temel amacı olduğu hüküm altına alınmıştır. Bunun dışında SPK'nın denetim yetkisi kanunun farklı hükümlerine serpiştirilmiş olup denetim faaliyetinin icrasına ilişkin hükümler madde 88 ve devamında düzenlenmiştir.

SerPK'da denetimin kapsamı, bu kanun çerçevesindeki tüm kurum ve kuruluş ile ilgili diğer gerçek ve tüzel kişilerin bu Kanun ve ilgili diğer mevzuatın sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili faaliyet ve işlemleri olarak çizilmiştir (m.89).

Her türlü sermaye piyasası faaliyet ve işlemlerinin denetimine ilişkin olarak Kurul Başkanı tarafından görevlendirilen meslek personeli yetkili kılınmıştır (m. 88/1). Denetimle görevlendirilen personel, ilgili gerçek ve tüzel kişilerden ilgili mevzuatın sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili görecekları bilgi ve belgeleri istemeye, tüm defter ve belgeleri ile tüm kayıtları incelemeye, bunlara erişimin sağlanmasını istemeye ve bunların örneklerini almaya, işlem ve hesaplarını denetlemeye, ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya, gerekli tutanakları düzenlemeye yetkilidir (m. 89/1). İlgililer ise denetim ile görevlendirilen personelin taleplerini yerine getirmekle ve tutanakları imzalamakla yükümlüdür. Ayrıca kendilerinden bilgi istenilen gerçek ve tüzel kişiler, bu Kanun ve özel kanunlardaki gizlilik ve sır saklama hükümlerini ileri sürerek bilgi vermektan imtina edemezler (m.90).

Denetim faaliyeti esnasında gerekli yerlerde kolluk yardımı ile arama yapılması ise Kurul Başkanının talepte bulunması ve sulh ceza hâkiminin kararı şartına bağlanmıştır (m.89/3). Aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen belgeler dışında yerinde incelemenin mümkün olmaması halinde, muhafaza altına alınarak inceleme yapan meslek personelinin çalıştığı yere gönderilmesi mümkündür. Denetim faaliyeti kapsamında elde edilen bilgi ve belgelerin amacı dışında kullanılması mümkün olmamakta, ilgililer ve üçüncü kişilere dair elde edilen bilgi ve belgelerin özel hayatın gizliliği ve ticari sırna ilişkin genel ilkelere

¹⁷ KARAKURT, A. (2009). *Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar*, TBB Dergisi, Sayı 85, s. 140.

uygun muhafaza edilmesi ve gereken önlemlerin alınması gerekmektedir¹⁸. Söz konusu düzenleme mülga kanundan farklıdır. Mülga kanunda arama yapılabilmesinin ön şartı denetimle görevlendirilen uzmanlar tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgelerin ibraz veya teslim edilmiyor olmasıdır. Bu durumda arama yapılabilmesi için mülga kanun uyarınca da yine Kurulun gerekçeli bir yazı ile arama kararı vermeye yetkili sulh ceza hakiminden talepte bulunması üzerine, sulh ceza hakiminin istenilen yerlerde arama yapılmasına karar vermesi gereklidir. Aramada bulunan ve incelenmesine lüzum görülen defterler ve belgeler ayrıntılı bir tutanakla tespit olunur ve yerinde incelemenin mümkün olmadığı hâllerde, muhafaza altına alınarak inceleme yapanın çalıştığı yere sevk edileceğine ilişkin hüküm, mülga kanunla birebir aynıdır. Ancak eski kanunda bunlara ilaveten arama sonucunda alınan defter ve belgeler üzerindeki incelemeler en geç üç ay içinde sonuçlandırılarak bir tutanakla sahibine geri verileceğine ilişkin düzenleme yer almaktadır.

Burada belirtmek gerekir ki, mülga 2499 sayılı Kanunun 46/f maddesinde Kurul, denetimle görevlendirilenler tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve bilgi ihtiva eden diğer vasıtaların ibraz veya teslim edilmemesi halinde, gerektiğinde mahkemeye başvurarak, bunların ibraz veya tesliminin sağlanmasını talep etmeye yetkili kılınmış iken, yeni kanunda Kurulun mahkemeye başvurma yetkisi kaldırılmıştır. Mevcut kanunda bu düzenleme bir tedbir olarak öngörülmemiştir. Gerçekten de bu yetki, yatırımcının korunmasına yönelik bir tedbirden çok Kurumun bağımsız bir idari otorite olarak, idarenin üstünlüğü prensibi çerçevesinde kullanabileceği bir yetkisidir. Denetim faaliyetine ilişkin 89 uncu maddede sadece defter ve kayıtların incelenmesine ilişkin yetki, denetimle görevlendirilen personele verilmiştir.

Her ne kadar Kurul'un denetim faaliyetini öncelik ve önemlilik ilkeleri ile risk değerlendirmeleri kapsamında oluşturulacak program uyarınca yürütüleceği belirtilmiş olsa da, oluşturulan program dışında incelenmesinin gerekli görüldüğü konularda program dışı denetim de yapılabileceği hüküm altına alınmıştır (m.88/2). Danıştay, esasen Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu'na ilişkin olarak vermiş olduğu, ancak benzer niteliklerinden ötürü SPK için de geçerli olabilecek nitelikteki bir kararında¹⁹, düzenleyici kurumların ilgili buldukları

¹⁸ ATAY, s. 288.

¹⁹ Danıştay 13. D. E. 2005/9375, K. 2006/4919, T. 25/12/2006. "Düzenleyici kurumların ilgili buldukları sektörde düzenleme, denetleme görevi üstlendikleri, bu kuruluşların temel işlevinin, toplumsal ve ekonomik yaşamın temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili alanlarındaki kamusal ve özel kesim etkinliklerini, bir takım kurallar koyarak düzenlemek, konulan kurallara uyulup uyulmadığını izlemek ve denetlemek görevinin bulunduğu tartışmasıdır." (erişim: 25/05/2018 www.danistay.gov.tr).

sektördeki düzenleme ve denetleme görevlerinin yanı sıra izleme görevinin de bulunduğu vurgu yapmıştır. Söz konusu kararda bahsi geçen izleme kavramı da denetimin sürekliliğini ifade eden bir kavramdır. Dolayısıyla BİO'ların ve bu kapsamda SPK'nın denetim yetkisinden bahsedilirken en geniş anlamda hem süreklilik arz eden izleme niteliğindeki denetim, hem de kendisine gelen ihbar ve şikâyetler üzerine yapacağı olaya özgü (ad hoc) denetim anlaşılmalıdır.

2.2.2.3. Uyuşmazlık çözme yetkisi

Günümüz hukuk düzeninde yargı organlarının iş yükünün fazla olması ve dolayısıyla yargılamaların uzun sürmesi; yargılama faaliyetini bireyler açısından kendisinden beklenen faydayı sağlamaktan uzaklaştırmaktadır. Bu nedenle alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri aracılığı ile uyuşmazlıkların taraflar açısından hem daha kısa sürede ve daha az masrafla giderilmesi tercih edilmektedir. Böylelikle doğabilecek uyuşmazlık, yargı organı önüne intikal ettirilmeksizin giderilme imkânına sahip olacak, diğer taraftan da yargı organlarının iş yükünün hafifletilmesine katkı sağlanmış olacaktır²⁰.

Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri sadece özel hukuk alanında değil idare hukuku alanında da uygulanabilmektedir. İdare hukukunda yer alan uyuşmazlıkların yargı dışı yollardan giderilmesine imkân tanıyan durumlardan biri de düzenleyici ve denetleyici kamu kurumlarının faaliyet alanlarında doğan uyuşmazlıkların giderilmesi konusunda üstlenmiş oldukları görevlerdir²¹.

Yatırım kuruluşlarının kendi aralarında veya müşterileriyle emirlerin iletilmesi ve eşleştirilmesi, gerçekleştirilen işlemlere ilişkin yükümlülüklerin zamanında yerine getirilmesi hususlarındaki borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar, borsa yönetim kurulu tarafından çözümlenmektedir (m.70).

Borsa üyeleri arasında veya Borsa üyeleri ile üyelerin müşterileri arasında Borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların çözümünde, Yönetim Kurulu yetkilidir; bu konuda, Yönetim Kuruluna Uyuşmazlık Komitesi yardımcı olur. Bu konu hakkında çıkarılmış olan Borsa İstanbul Anonim Şirketi Uyuşmazlık Komitesi Çalışma Usul ve Esasları Yönergesi

²⁰ CİDECİGİLLER, A. (2014). *Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları Tarafından Uyuşmazlıkların Giderilmesi*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Sa. 3-4, s.498.

²¹ CİDECİGİLLER, s.492.

uyarınca (m. 5 vd.) borsa üyeleri arasında, borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıkların Borsada çözümü zorunludur. Üyeler ile üyelerin müşterileri arasında borsa işlemlerinden doğan uyuşmazlıklar ise tarafların başvurusu halinde Borsada çözümlenmekle beraber tarafların yargı mercilerine başvuru hakkı saklı tutulmuştur. Ancak Borsa üyeleri ile üyelerin müşterileri arasındaki uyuşmazlıklarda, yargı yoluna başvurulması halinde, dosya işlemde kaldırılır.

Borsa yönetim kurulu kararlarının ilişkin olduğu tutarın YTM tarafından hak sahibi yatırımcıların zararını tazmin için ödenecek azami tutar olan yüz bin Türk Lirasını (m.84/5) aşması hâlinde bu karara karşı SPK'ya itirazda bulunulması mümkündür. Bu konuda alınacak SPK kararları nihaidir ve bu kararlara karşı yatırımcılar tarafından ancak idari yargı yoluna başvurulabilir.

BİO'ların uyuşmazlık çözme yetkisi kapsamında almış olduğu kararlar yargı kararı niteliğinde değildir. Anayasanın 9 uncu maddesi uyarınca yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılmaktadır. BİO'ların da yargı değil yürütme fonksiyonu içerisinde yer aldığı düşünüldüğünde, idari bir işlem niteliği içerisinde değerlendirilen uyuşmazlıkların çözümüne ilişkin Kurul Kararları da idari yargı denetimine tabi olabilecektir.

2.2.2.4. İdari yaptırım uygulama yetkisi

Değişen ekonomik koşulların idarenin faaliyet alanını oldukça genişletmesi, idarenin birtakım kamusal yetkilerle donatılmasını gerektirmiştir. Bu yetkilerin en etkin ve en önemli olanları ise ekonomik düzenlemelerden kaynaklanan idari yaptırımların uygulanması yetkisidir²². Bağımsız idari otoriteler, en mühim işlevleri olan regülasyon işlevleri kapsamında görev alanlarına ilişkin düzenleyici ve bireysel kararlar alma, denetim, araştırma, inceleme ve soruşturma yapma, bu kapsamda ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri talep etme, bu denetim sonucu gerektiği takdirde doğrudan yaptırım uygulama yetkilerini haizdir. Kanaatimizce BİO'ların kendilerine özgü en önemli nitelikleri de diğer işlevlerinin bir uzantısı olarak doğrudan veya dolaylı olarak idari yaptırımları uygulayabilme yetkileridir. Yaptırımlar, kamu gücünün bir parçası olarak düzenleme ve denetim işlevlerin sağlıklı bir biçimde yürütülmesini sağlayan araçlar niteliğindedir. Gerçekten de herhangi bir yaptırıma bağlı olmayan emredici hukuk kurallarının hukuk âlemine herhangi bir icrai etkisi olmayacaktır.

²² URAN, s. 319.

İdarenin, dolayısıyla da BİO'ların kanunda veya kanunla kendisine açıkça yetki verilen durumlarda yaptırım uygulama yetkisine sahip olduğu konusunda daha evvel de ifade edildiği üzere herhangi bir kuşku bulunmamaktadır. Bununla beraber, idarenin bir parçası olmalarına karşın BİO'ların doğrudan yaptırım uygulama yetkilerinin bu kurumlara yargısal nitelik kazandırıp kazandırmadığı doktrinde sıklıkla tartışmalara yol açmıştır. Oysaki Atay'ın da belirttiği üzere “*Kanun koyucunun BİO'ların bazılarında yaptırım uygulama yetkisi tanınması bunlara yargısal kuruluş olma özelliği vermez.*”²³.

Ayaydın, Ulusoy'un bu konudaki görüşleri ile uyumlu olarak BİO'ların kamu hizmetinin sağlanmasına yönelik idari izin verme yetkisinden yola çıkarak idarenin, yürütülen kamu hizmeti için gerekli olması kaydıyla söz konusu hizmetin her noktasına etki edecek müdahalelerde bulunabilme yeteneğini *içselleştirilmiş denetim* olarak adlandırmaktadır. Bu kapsamda özü itibarıyla regülasyon kurumları olan BİO'ların kullandıkları yetkinin regülasyon yetkisi, denetim yetkilerinin alanları ile ilgili içselleştirilmiş denetimler olduğunu söyleyerek uyguladıkları yaptırımları da re'sen icra yetkisi içerisinde olduğunu belirtmektedir²⁴.

Tasarruflarını sermaye piyasasında değerlendiren yatırımcıların korunması, SPK'nın başlıca yetki alanını oluşturmaktadır. Bu bakımdan SPK'ya geniş bir yaptırım uygulama yetkisi tanınmış ve bu yetkiye SerPK'da ayrıntılarıyla yer verilmiştir. Öyle ki Kanunda kimi maddelerde SPK'ya verilen yetki, “gerekli her türlü tedbiri alma” yetkisi şeklinde çerçevesi çizilmemiş geniş bir yetki olarak verilmiştir. Bu ifade kimi yazarlarca sınırlarının belli olmadığı gerekçesiyle ileriki bölümlerde ayrıntılarıyla anlatılacak olan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği dile getirilse de²⁵ kanaatimizce bu yetki idarenin takdir yetkisine bırakılmış bir alanı işaret etmektedir.

SPK'nın uygulamaya yetkili olduğu idari yaptırımlar genel olarak SerPK'nın beşinci kısım ve altıncı kısmında yer alan maddelerde düzenlenmiştir. Ayrıca SerPK'nın diğer maddelerinde de SPK'ya idari yaptırım uygulama yetkileri tanınmıştır.

²³ ATAY, s. 265.

²⁴ AYAYDIN, D. (2008). *Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Denetim ve Yaptırım Uygulama Yetkileri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İdare Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s. 59, 61.

²⁵ YÜZÜGÜLLÜ, s. 90.

SPK'nın yaptırım uygulama yetkisini doğrudan ve dolaylı olarak iki alanda incelemek mümkündür. Doğrudan yaptırım uygulama yetkisi uyarınca SPK, mevzuata aykırı fiillerde bulunan ilgili gerçek veya tüzel kişi aleyhine doğrudan sonuç doğurabilecek kararlar alabilir. Araya herhangi bir yargı kararı girmeksizin uygulanabilir nitelikte olan bu kararlar için en belirgin örnekler, SPK'nın piyasa dolandırıcılığının tespiti halinde idari para cezası uygulama yetkisidir. Dolaylı yaptırım uygulama yetkisi ise yaptırımın bizzat SPK eliyle değil, yargı eliyle uygulanmasını sağlayan yetkidir. Bir diğer deyişle SPK, dolaylı yaptırım uygulama yetkisiyle yargı makamlarını hukuka aykırılığın giderilmesi hususunda harekete geçirmektedir. SerPK'nın 99 uncu maddesinde Kurul'a verilen "izin almaksızın yapılan sermaye piyasası faaliyetlerinin doğurduğu sonuçların iptali ve sermaye piyasası araçlarının hak sahiplerine iadesi için dava açma" yetkisi, dolaylı yaptırım uygulama yetkisinin kanuni yansımasıdır.

Bazı yaptırımlar ise, BİO'ların sahip olduğu emir ve ihtar yetkisinin kullanılmasına rağmen hukuka aykırılığın giderilmesinin mümkün olmaması sonucunda uygulanabilmektedir. Asıl güttüğü amaç cezalandırmaktan ziyade hukuka aykırılığın doğuracağı olumsuz sonuçları gidermek olan BİO'lar, emir ve ihtar yetkilerini kullanarak söz konusu aykırılığı gidermeye çalışmakta; aykırılığın giderilmesinin mümkün olmadığı takdirde yaptırım uygulayabilmektedirler²⁶. SPK'nın yaptırım uygulaması öncesinde ilgisinden hukuka aykırılığın giderilmesini istemesine dair yetkisi, bir anlamda emir verme yetkisi olarak da tanımlanabilmektedir²⁷. SerPK'nın 96 ncı maddesinde düzenlenen Kurul'un sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, Kurulca belirlenen standartlar, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi hâlinde; ilgililerden aykırılıkların Kurulca belirlenen bir sürede giderilmesini isteme yetkisi, bu yetkisine örnektir. Doktrinde ise öncelikli amacı yatırımcıların korunması olan SPK'nın, kanunda belirtilmese dahi ilgililerden hukuka aykırılıkların giderilmesini isteme yetkisinin her zaman bulunduğundan bahisle bu yetkinin SerPK'da açıkça düzenlenmesine gerek bulunmadığı ifade edilmektedir²⁸.

İdari yaptırım kararına ilişkin idari işlemin hukuken geçerliliğini sağlayan unsurlar da yaptırımın türüne göre değişiklik göstermektedir. Örneğin idari cezalarda kanunilik ilkesinin yokluğu işlemi doğrudan hukuka aykırı hale getirirken, idari tedbirlerde kanunilik ilkesi

²⁶ SİNOPLU, s. 31.

²⁷ TAN T. (1996). *Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu*, Prof Dr. İsmail Türk'e Armağan, Sermaye Piyasası Yayınları Yayın No:54, s. 12.

²⁸ YÜZÜGÜLLÜ, s. 91,92.

aranmaz. Bununla beraber BİO'ların kanun ile yaptırım uygulama yetkisiyle donatılmış olmalarının kuvvetler birliği ilkesine aykırılık oluşturmaması karşısında, bu yetkinin kullanılmasının yasa ile sınırlandırılması gerekmektedir. İdari yaptırım kararını verecek makam, kanunla kendisine verilen sınırlar içerisinde kalmalı; bununla birlikte yetkisi dahilinde vermiş olduğu kararlarda anayasal güvence altındaki temel hak ve hürriyetlere halel getirmemelidir²⁹. Bu kapsamda gerekçe gösterme yükümlülüğü, savunma hakkı, ölçülülük gibi hukukun genel ilkelerinin idari yaptırıma ilişkin kararlarda dikkate alınması gerektiği izahtan varestedir.

Kararları yargı kararı değil idari karar niteliğinde olan SPK kararlarına karşı yargı yolunun açık olduğuna herhangi bir kuşku yoktur. Bağımsız nitelikleri kapsamında BİO'ların herhangi bir hiyerarşik veya idari vesayete muhatap olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, SPK kararlarının idari değil yargısal bir denetime tabi tutulacağı söylenebilir. Bu çerçevede SerPK'nın 134 üncü maddesinde “*Kurul kararlarına karşı açılacak idari davalar idare mahkemelerinde görülür. Kurul kararlarına karşı yapılan başvurular acele işlerden sayılır.*” ifadelerine yer verilerek bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. Yaptırım kararlarına karşı yargı yolunun açık olması kapsamında ilgili işleme karşı iptal davası açılabileceği gibi, yaptırımdan zarar görülmesi durumunda söz konusu zararın giderilmesi amacıyla tam yargı davası da açılması mümkündür³⁰.

2.3. İdari Yaptırımlara İlişkin Genel Esaslar

2.3.1. İdari Yaptırımların Hukuki Niteliği, Cezai Yaptırımlardan Farkı ve Uygulanacak İlkeler

Yaptırım kavramı doktrinde farklı şekillerde tanımlanmaktadır. *Ulusoy*'a göre yaptırım, “*hukuk kuralının ihlal edilmesine hukuk düzenince öngörülen tepki*”dir³¹. Yaptırım *Uran* tarafından “*bir hukuk kuralında yer alan emrin yerine getirilmemesinin sonucuna ilişkin bir zorlama, önleme veya caydırma aracı*” olarak tanımlanmaktadır³². *Bilge* ise yaptırımı, “*hukukun kişilere yüklediği ödevleri yerine getirmemesi halinde devlet kuvvetlerinin bu*

²⁹ TAN, 2002, s. 30.

³⁰ SİNOPLU, s. 33.

³¹ ULUSOY, Ali D. (2013). *İdari Yaptırımlar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s.5.

³² URAN, s.67.

ödevlerin yerine getirilmesi için uyguladığı zorlama vasıtaları” olarak tanımlamıştır³³. Mahmutoğlu’na göre yaptırım, “toplumsal yaşantının bozulmuş düzeninin eski hale getirilmesi ya da telafi edilmesi için başvurulması kaçınılmaz olan sosyal bir tepki”yi ifade etmektedir³⁴.

Yaptırım kavramı sıklıkla karıştırılan ceza teriminden daha geniş bir anlam içermektedir. Yaptırım kavramı, ceza kavramı ile karşılaştırıldığında daha kapsamlıdır; yani her ceza aynı zamanda bir yaptırım olmasına karşılık her yaptırım aynı zamanda ceza niteliği taşımamaktadır. Yaptırımlar ceza hukukunun yanı sıra, hukukun farklı alanlarında farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Örneğin idare hukukuna ilişkin yaptırımlara faaliyet izninin iptali, kınama gibi yaptırımlar örnek olarak gösterilebilirken, hapis cezası verilmesi ceza hukukuna ilişkin yaptırımlara örnek teşkil etmektedir. Dolayısıyla yaptırım ve ceza kavramlarının birbiri yerine kullanılması halinde, cezalar haricindeki diğer yaptırım türlerinin göz ardı edilmesine neden olacaktır³⁵. Bununla beraber idari yaptırım kavramının idari ceza kavramı yerine kullanılmayarak farklı bir kavram olarak literatürde yer bulması sayesinde idari yaptırımların cezai yaptırımlardan farklı olan kendine özgü karakterine ve bu iki kavramın kullanım alanının ve kullanım amacının farklılığına dikkat çekilmiş olacaktır³⁶.

Her bir hukuk dalı, kapsamı dahilindeki mevcut kurallara uyulmaması halinde kendi alanına özgü yaptırımlara sahiptir. Bununla beraber hukuk dalları içerisinde yapılan sınıflandırma uyarınca yaptırımları da en geniş anlamda kamu hukuku yaptırımları ve özel hukuk yaptırımları olarak ikili bir sınıflandırmaya tabi tutmak mümkündür.

Taraflar arası eşitlik ve irade serbestisine dayanan özel hukukun yaptırımları, hukuki bir yükümlülüğü yerine getirmeyi reddeden kimseye karşı zor kullanarak yükümlülüğünü yerine getirtme anlamındaki “*cebri icra*”, kusurlu ve hukuka aykırı eylemle verilen zararın aynen ya da nakden karşılanması anlamındaki “*tazminat*” ve hukuka aykırı işlemin yokluk, mutlak butlan, nisbi butlanla batıl sayılması anlamındaki “*hükümsüzlük*” olarak tasnif edilebilir³⁷.

³³ BİLGE, N. (2011). *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 22.

³⁴ MAHMUTOĞLU, F. S. (1995). *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, İstanbul: Kazancı Yayınları, s. 117.

³⁵ ÖZKAYA ÖZLÜER, I. (2015). *İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu*, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s.127.

³⁶ SANCAKDAR, O. (2007). *İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri*, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007, s.61.

³⁷ AYATAR KIZILYAR, S. (2013). *Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı*, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, İzmir, s. 1640-1641.

Kamu hukuku yaptırımları ise, kamu hukuku dalları olan anayasa hukukunun, ceza hukukunun, uluslararası hukukun, vergi ve idare hukukunun birbirinden farklı ilke, amaç ve usullerine göre çeşitlilik arz etmektedir. Anayasa hukukunun temel yaptırımı; kanun, kanun hükmünde kararname, meclis içtüzüğü gibi yasama işlemlerinin anayasaya aykırılıkları halinde “iptal” edilmeleridir. Ceza hukukuna adını veren başta gelen yaptırım ise, “ceza” yaptırımıdır³⁸.

Yapmış olduğumuz bu ayırım, ihlal edilen hukuk normunun türüne göre yapılmış bir ayırımdır. Doktrinde kamu hukukuna ilişkin yaptırım türleri, yaptırımın uygulandığı özne göz önüne alınarak beş başlığa ayrılmıştır:

- Kişi üzerine uygulanan tedbir niteliğindeki *ihhtar* gibi yaptırımlar,
- Yürütülen faaliyete ilişkin *faaliyet izninin geri alınması* gibi yaptırımlar,
- Kişinin mal varlığı üzerine uygulanan *el koyma* gibi yaptırımlar,
- Doğrudan bireyin kendisine etki eden *sınır dışı edilme* gibi yaptırımlar,
- İşlemlere uygulanan *yokluk* gibi yaptırımlar³⁹.

Görüldüğü üzere aynı temel hukuk disiplini içerisinde olsa dahi yaptırımları kendi içinde ayırıştırma ihtiyacı duyulmaktadır. Bunun en temel amacı, hukukun alt dalına göre yaptırıma uygulanacak hukuk kuralının doğru şekilde tespit edilerek hem bu yaptırımın uygulanmasında hem de bu işlemlerin yargısal denetiminde hukuka uygun bir usul izlenebilmesidir.

2.3.1.1. İdari yaptırımların hukuki niteliği

İdari yaptırım, suç olmayan idari ihlallerin yaptırımı olarak mevzuatla konulan kuralların çiğnenmesini cezalandıran yaptırımlardır. *Çağlayan*, idari yaptırımları, “*idarenin asli görevi olan kamu düzenini korumak için bu düzeni ihlal eden hareketlere uygulanan yaptırımlar*” olarak tanımlamıştır⁴⁰. *Özay*’a göre idari yaptırımlar, “*Yasaların açıkça yetki verdiği ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin doğrudan*

³⁸ MAHMUTOĞLU, s. 120.

³⁹ OĞURLU, Y. (2001). *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 23.

⁴⁰ ÇAĞLAYAN, R. (2006). *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Ankara: Asil Yayınevi, s.21.

doğruya, bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu cezalar”dır⁴¹. Tan’a göre ise idari yaptırım, “yasal veya idari düzenlemelere uyulmamasının bir cezası olarak idari organ veya makamlar tarafından tek yanlı idarenin gücünün kullanılması”dır⁴².

Söz konusu tanımlarda dikkat çeken, yaptırımı uygulayan makamın ve usulün özellikle belirtilmiş olmasıdır. Bu vurgunun amacı, idari yaptırımlar ile cezai yaptırımlar arasındaki usul farklılığını ortaya koymak ve idari yaptırımların “ceza” olmadığını ifade etmektir⁴³.

İdare hukukunun kamu gücü anlayışı çerçevesinde idari yaptırımlar, idarenin düzenleme yetkisinin bir sonucu olarak nitelendirilebilir. İdare, kamu gücü ayrıcalığını kullanarak yapmış olduğu işlemler vasıtasıyla kişi veya kuruluşların hukuksal durumlarını etkileyecek nitelikte kararlar verir ve uygular⁴⁴. İdarenin kamu hizmeti, kamu sağlığı gibi toplumsal faaliyetleri yürütürken doğrudan ve re’sen kullandığı yetki sonucu ortaya çıkan yaptırımlara idari yaptırımlar denilmektedir⁴⁵.

AYM de vermiş olduğu birçok kararda idari yaptırım kavramının tanımına değinmiştir. Bir kararında “*İdari yaptırımlar, yasaların açıkça yetki verdiği ya da yasaklamadığı durumlarda araya yargısal bir karar girmeden, idarenin doğrudan doğruya bir işlemi ile ve idare hukukuna özgü usullerle vermiş olduğu ceza ve tedbirlerdir. Gelişen, büyüyen, çeşitlenen ve çoğalan toplumsal gereksinimleri yerinde, zamanında ve etkin bir biçimde karşılayabilmek için çağdaş yönetimlerde idareye değişik alanlarda yaptırım yetkileri tanınmaktadır.*⁴⁶” ifadelerine yer vererek aynı yöndeki başka bir kararında “*İdari yaptırımların, bir idari organ veya makam tarafından kamu gücü kullanılarak yapılan tek yanlı idari bir işlem olması ve yasal veya düzenleyici idari işleme uyulmamasının bir ceza içermesi olmak üzere belirleyici iki özelliği bulunmaktadır.*⁴⁷” hususlarına değinmiştir.

⁴¹ ÖZAY, İ. (1985). *İdari Yaptırımlar*, İstanbul Üniversitesi Yayınları No:3326 Hukuk Fakültesi no:691, İstanbul, s. 35.

⁴² TAN, T. (2005), *İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler*, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 310.

⁴³ KAYABAŞI, S. (2010), *İdari Yargının Görev Alanında Kabahatler Kanunu ile Meydana Gelen Değişiklikler*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 41.

⁴⁴ KARABULUT, M. (2008). *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 8.

⁴⁵ KURT, H. (2014). *İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII, Sa.1, s. 132.

⁴⁶ AYM, E: 2008/115, K: 2011/86, T. 02/06/2011 R.G. 17.03.2012, Sa: 28236.

⁴⁷ AYM, E: 2010/55, K: 2011/140 T. 20/10/2011 R.G. 14.02.2012, Sa: 28204.

İdari yaptırımların tüm bu tanımlarda göze çarpan en önemli iki özelliğinden birincisi tek yanlı bir idari işlem ile idari bir organ veya makam tarafından gerçekleştirilmesi, ikincisi ise düzene uyulmamasının yaptırımını içermesidir⁴⁸.

İdare, yasal düzenlemeler uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmek ve kamu hizmetlerini görebilmek için hukuk düzeninde etki doğuran işlemler yapmaktadır. Genel hukuksal durumların belirlenmesi, bunlara giriş, içinde bulunma veya çıkış çeşitli işlemlerle gerçekleştiğinden ‘‘işlem’’ kavramı, idare hukukunun en önemli kavramlarından birini oluşturmaktadır. İdari işlem, idareye karar alma, düzenleme yapma, yürürlükte olan hukuk kurallarını değiştirme ve idare edilenlerin hukuklarında onların rızalarına gerek görmeksizin değişiklikler yapabilme, yeni hukuk kuralları koyabilme olanağı sağlamaktadır⁴⁹.

İdari işlemler en temelde tek yanlı idari işlemler ve iki yanlı idari işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. İki yanlı idari işlemler idare ile ilgili kişinin aynı hukuki sonucu doğurmak amacıyla bir araya gelerek iradelerinde oluşturdukları mutabakattır. Tek yanlı idari işlemler ilgilinin rıza ve muvafakatine bağlı olmadan, idarenin tek yanlı olarak açıkladığı iradesiyle yapılan işlemlerdir. Bu işlemler de kendi içinde bireysel idari işlemler ve düzenleyici idari işlemler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Düzenleyici idari işlemler, genel ve kişisel olmayan idari işlemlerdir. Bireysel idari işlemler ise kişisel ve özel durumlara ilişkin idari işlemlerdir. Bu tür işlemlere idari kararlar da denilmektedir⁵⁰.

Söz konusu temel tanımlardan da görüleceği üzere işbu tezimizin konusunu teşkil eden idari tedbir kararları, tek yanlı idari işlemlere örnek oluşturmaktadır. İdari tedbir kararının tek yanlı olması, idari tedbir kararının geçerli olarak hukuki sonuçlar doğurabilmesi için ilgisinin kabul beyanına ihtiyaç göstermemesi, sadece işlemi yapanın iradesi ile oluşması anlamını taşımaktadır. Bu durumun temel dayanağını da kamusal iradenin üstünlüğü ya da bir başka deyişle, ‘‘kamu gücü ile bireyler arasındaki ilişkinin eşitsizliği’’ ilkesi oluşturmaktadır⁵¹.

⁴⁸ GÜNDÜZ, F. E. (2004), *İdari Yaptırımlar*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İdare Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s.10.

⁴⁹ EROL, A. (2009). *İdari Yaptırımların Hukuki Nitelikleri ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Yargısal Başvuru Yolları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Edirne, s.6.

⁵⁰ TAN, T. / GÖZÜBÜYÜK, Ş. (2010). *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 423-424.

⁵¹ EROL, s.6.

İdari yaptırım kararlarını oluşturan idari işlemler, kamunun yerine getirmekle yükümlü olduğu idari işlevlerine dayanarak yaptıkları işlemlerdir. Bu işlemler araya herhangi bir mahkeme kararı girmeksizin uygulanma yeteneğine sahip olması bakımından idari işlemlerle aynı niteliği taşımasıyla birlikte, diğer idari işlemlerden farklı olarak cezalandırıcı ve caydırıcı niteliğe de sahiptir⁵².

2.3.1.2. İdari yaptırım kararlarının özellikleri

İdarenin tek taraflı irade açıklaması ile hukuksal durum yaratabilen idari işlem niteliğinde olan idari yaptırım kararları, bu niteliklerinden kaynaklanan bazı özellikleri haizdir.

2.3.1.2.1. Tek taraflı kararlar olması

Özel hukukta hukuksal durumda değişiklik yapma, kural olarak tarafların karşılıklı anlaşmalarına bağlıdır. Buna karşılık idare hukukunda idarenin, karşı tarafın olumlu iradesine gerek olmaksızın hukuki durumda değişiklik yapma yetkisi mevcuttur. Bu yetki kamu hizmetinin görülebilmesi için idareye tanınan ayrıcalıkların en güçlüsüdür⁵³.

İdari yaptırım kararları, kural olarak idarenin tek yanlı iradesiyle, muhatabının rıza ve onayına gerek olmaksızın hukuki sonuç doğurmaktadır. İdari yaptırım kararına ilgisininin rıza göstermesi de yaptırım kararlarının tek taraflı olma özelliğini etkilememektedir⁵⁴.

2.3.1.2.2. İcrai nitelikte olması

İdari yaptırım kararları kendiliğinden icra yeteneğine sahip olup, üçüncü kişileri etkileyici hukuki sonuçlar doğururlar. Özel hukuktan farklı olarak kamu hukukunda idare, bir idari kararı almak için ilgili kişinin rızasını temin etmek zorunda değildir. Zira idari karar, kanunda başkaca bir usule gerek görülmemişse idarenin tek yanlı irade açıklaması ile tesis edilir; ilgisininin bu işlemi kabul etmesine gerek olmaksızın hukuki sonuç doğurur⁵⁵. Bu da

⁵² ERDİNÇ, B. (2012). *İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması*, Ankara Barosu Dergisi, Sa.2, s. 242.

⁵³ TAN / GÖZÜBÜYÜK, s. 442.

⁵⁴ OĞURLU, s.120.

⁵⁵ EROL, s. 10-11.

bireysel idari işlemler olan idari kararların icrai niteliğini, yani kesin ve yürütülebilir işlemler olduğunu göstermektedir.

İdari yaptırım kararlarının hukuki varlık kazanabilmesi, yargı organınca uygun görülmesine ve onanmasına bağlı değildir. İdari yaptırım kararları, tesis edildiği anda kesin ve icrai niteliktedir ve idari yargı yerinin onamasına bağlı olmaksızın hüküm ve sonuçlarını doğurur. İdari kararların alınması ile birlikte hukuki sonuçları da ortaya çıkar ve başkaca bir eylem yapılmasına ihtiyaç bırakmadan uygulanmaları, sonraki işlemlerde göz önünde tutulmaları yolu ile gerçekleşir⁵⁶. İdari yaptırımların icrailik özelliği ile idare, kendi iradesini ilgili kişilere kabul ettirme imkânına kavuşmaktadır. İdari yaptırım kararlarının icrai olmasının altında idarenin kamu gücüne sahip olması yatmaktadır. İdarenin kamu gücüne sahip olmasının temelinde ise, kamu yararı düşüncesi bulunmaktadır.

Nitekim, 3984 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunun 33 üncü maddesi çerçevesinde yayın ilkeleri ile izin koşullarına aykırı davranan radyo ve televizyon kuruluşlarına Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından bir yıla kadar yayın izninin durdurulması cezası verilebilmesi kuralına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi'ne İtiraz yoluna başvuran idare mahkemesi, yayın izninin yargı kararına gerek olmaksızın doğrudan durdurulmasını öngören bir yetkinin Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na verilmesinin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olduğunu ileri sürmüştü; Anayasa Mahkemesi ise, Radyo ve Televizyon Üst Kurulu tarafından uygulanacak yaptırımların idari nitelikte olduğunu ve dava konusu yaptırımın da idarenin yetki alanında bulunduğunu belirterek iptal talebini reddetmiştir⁵⁷.

2.3.1.2.3. Hukuka uygunluk karinesi

İdare hukukunda idarenin üstünlüğü prensibi çerçevesinde tek yanlı işlem yapabilme yeteneğinin bir yansıması da bu işlemlerin hukuka uygunluk karinesinden yararlanmalarıdır. Hukuka uygunluk karinesi, idarenin işlemlerinin hem yasal bir dayanağının olduğu, hem de hukuka uygun bulunduğu varsayımıdır⁵⁸. Hukuka uygunluk karinesi gereğince, idari yaptırım

⁵⁶ DURAN, L. (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, s.416.

⁵⁷ AYM, E.1996/48, K.1996/41, T. 23/10/1996, RG 18/9/1997, Sa: 2311.

⁵⁸ ÖZAY, İ. (2002). *Günışığında Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları, s. 327.

kararları, idari yargı yerinde dava konusu edilip iptal edilerek hukuka aykırılıkları ispat edilmediği sürece, hukuka uygun sayılır ve uygulanmasına devam edilir⁵⁹.

İdari yaptırımların hukuka uygunluk karinesinden yararlanması, beraberinde bazı sonuçları ortaya çıkarmaktadır⁶⁰. Hukuka uygunluk karinesinden yararlanan idari kararlar, hukuki sonuçlarını hâkim kararına ihtiyaç olmaksızın yargı denetiminden önce kendiliğinden doğurur. Ayrıca bir idari yaptırım kararına ilişkin bir uyuşmazlık çıkması halinde dava açması gereken taraf, işlemi yapan idare değil, karşı taraf olur. İlâveten, idari yaptırım kararı hukuka uygunluk karinesinden yararlandığından, yaptırım kararının iptali için açılan davada ispat yükü davacıya düşmektedir. Davacı, idari yaptırım kararının hukuka aykırılığını ispat etmelidir. Son olarak hukuka aykırı olduğu düşünülen idari yaptırım kararına karşı dava açılması, kural olarak o işlemin yürütmesini kendiliğinden durdurmaz. Bu durumun idari yaptırım kararları için de geçerli olabilecek bir istisnası, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 27 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca yürütmenin durdurulması talebiyle açılmış davalardır. Buna göre Danıştay veya idare mahkemeleri, idari işlemin uygulanması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve idari işlemin açıkça hukuka aykırı olması şartlarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, davalı idarenin savunması alındıktan veya savunma süresi geçtikten sonra gerekçe göstererek yürütmenin durdurulmasına karar verebilirler⁶¹.

2.3.1.2.4. İdarenin takdir yetkisi çerçevesinde alınması

Bir idari işlemin geçerliliği için idari işlemin unsurlarından olan sebep ve konu unsuru arasında sağlıklı bir nedensellik bağının mevcudiyeti gerekmektedir. Belirli sebeplerin varlığı halinde idare bazen o sebeplere bağlanmış idari işlemi yapmak zorundadır. Bu durumda idarenin bağlı yetkisi söz konusudur. Bazı durumlarda ise idare, bir konuda karar almak ile almamak arasında seçim yapma hakkına sahip olur. Bu durum ise idarenin takdir yetkisinin bir göstergesidir. İdare bir idari işlem tesis ederken ya bağlı yetki içinde bulunur ya da takdir yetkisini kullanır. Bu bakımdan bağlı yetkinin, idarenin takdir yetkisinin karşıtı olduğu söylenebilir⁶².

⁵⁹GÖZLER, K. / KAPLAN, G. (2017). *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi, s. 283.

⁶⁰GÖZLER / KAPLAN, s.283.

⁶¹ Bu kuralın bir diğer istisnasına yine İYUK'ta yer verilmiştir. Bu Kanunun 27 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca vergi mahkemelerinde, vergi uyuşmazlıklarından doğan davaların açılması, tarh edilen vergi, resim ve harçlar ile benzeri mali yükümlerin ve bunların zam ve cezalarının dava konusu edilen bölümünün tahsil işlemlerini durdurur.

⁶² KAYA, C. (2011). *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s.89-90.

İdarenin takdir yetkisi, genel hatları mevzuatta belirtilmiş ancak detayları birtakım imkansızlıklarla gösterilememiş bir idari usulün varlığı halinde, idareye bu idari usulün doldurulması konusunda tanınan belli bir kararı alıp almama, değişik ihtimaller arasında bir seçim yapıp yapmama, yani yetkinin kullanılıp kullanılmamasını belirleme yetkisidir⁶³. Bunun yanı sıra takdir yetkisi, belli olguların varlığı halinde, idarenin serbestçe ya da mevcut seçeneklerden birini uygun gördüğünce tercih ederek karar alabilme imkânı olarak da tanımlanabilir⁶⁴.

İdarenin alacağı kararlarda takdir yetkisini kullanabilmesi en temelde kamu gücü ayrıcalığıyla donatılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak bazı haller idareye takdir yetkisi tanınmasını zorunlu kılmaktadır. Çünkü idari işlemin hukuka uygunluğunun yanı sıra yerindeliği de bir o kadar önemlidir ve bu yerindeliliğin çerçevesinin mevzuatta gösterilmesi her zaman mümkün olmaz. İdarenin faaliyetlerini kapsayan düzenlemelerde her türlü ayrıntıya yer verilememesi, dönem içerisinde idarenin karşılaştığı sorunların artması, kamu hizmetlerinin değişen nitelikleri gibi durumlar, idareye bu yetkinin tanınmasını zorunlu kılmaktadır.

İdari yaptırımlarda idareye tanınan takdir yetkisi, hem ihlali oluşturan fiilin tespitinde, hem de bu fiili gerçekleştiren gerçek veya tüzel kişiye uygulanacak yaptırımın seçiminde ortaya çıkmaktadır⁶⁵. Danıştay bir kararında bu yetkinin keyfi bir hareket yetkisi olmayıp makul sınırlar içinde kullanılabilmesine dikkat çekmiştir⁶⁶. Dolayısıyla, idarenin idari yaptırım uygulama konusunda sahip bulunduğu takdir yetkisi mutlak ve sınırsız olmayıp bu yetkinin kamu yararı ve kamu hizmetinin gerekleri göz önünde tutularak kullanılması gerekmektedir.

İdarenin takdir yetkisine dayanarak tesis ettiği idari yaptırım kararları üzerindeki yargı denetimlerinin sınırı hem Anayasada hem de İYUK'ta yer almaktadır. Anayasanın 125 inci maddesine göre; *“Yargı yetkisi, idarî eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olup, hiçbir surette yerindelik denetimi şeklinde kullanılamaz. Yürütme görevinin*

⁶³ KAYA C., s.26.

⁶⁴ YAYLA, Y. (2009). *İdare Hukuku*, İstanbul: Beta Yayınevi, 2. Baskı, s.190.

⁶⁵ EROL, s.15.

⁶⁶ Danıştay 8. D., E. 2011/1214, K.2011/3344, T. 24/06/2011 “...idarelerde belli bir kararı alıp almamak veya kanunda öngörülen değişik çözümler arasında bir seçim yapmak konusunda tanınan serbestiye idarenin takdir yetkisi denir. Bu yetki, keyfi bir hareket yetkisi olmayıp ancak mevzuatın belirlediği alan içerisinde hukuka uygun bir şekilde kullanılabilir. Takdir yetkisine dayalı işlemlerin hukukun belirlediği sınırlar ile kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun şekilde objektif, makul ve geçerli neden ve gerekçelere dayalı olarak tesis edilmesi gerektiği idare hukukunun en temel ilkesidir...” (Erişim: 27/03/2018 <https://www.adanabarosus.org.tr/tr/barodan-haberler/t-c-danistay-8-daire-e-2011-1214>).

kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı verilemez.”. İYUK’un 2 nci maddesi uyarınca da “İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldırarak biçimde yargı kararı veremezler.”. Dolayısıyla, idarenin takdir yetkisini ortadan kaldırarak biçimde yargı kararı verilemeyeceği gibi, idari yaptırım kararları üzerinde yerindelik denetimi de yapılamamaktadır.

2.3.1.2.5. Gerekçeli olması

İdarenin yaptırım kararlarını alırken kullanmış olduğu takdir yetkisi her ne kadar yargı denetiminin dışında olsa da bu yetkinin hukuka uygun olarak kullanılması hukuk devleti için önem arz etmektedir. İdari yaptırım kararlarının gerekçeli olarak alınması, idarenin kullanmış olduğu takdir yetkisinin denetimi işlevini görecektir⁶⁷. Dolayısıyla aleyhinde yaptırım uygulanan kişi veya durumun yargıya intikal etmesi halinde mahkeme, uygulanan yaptırımın hukuki doğruluğunu yaptırımın gerekçesi sayesinde denetlemiş olur⁶⁸. *Akyılmaz* da idari işlemlerin gerekçeli olmasının hukuk devletinin gereği olarak görmekte ve bu gerekçelere kontrol işlevi, açıklık kazandırma ve ispat işlevi, ikna ve tatmin işlevi, hukuki yardım işlevi gibi işlevler yüklemektedir⁶⁹.

Gerekçe, idarî kararın alınmasına neden olan maddî ve hukukî sebeplerin açıklamasını içeren bir metindir. Türk hukukunda bazı yazarlara göre idareye gerekçe belirtme zorunluluğu getiren genel bir hüküm olmaması sebebiyle gerekçe, kural olarak idarî işlemlerde bulunması gereken zorunlu bir unsur değildir⁷⁰. Yargı mensupları olan Otacı ve Keskin’e göre toplumsal düzene aykırı görülen eylemlerin idare tarafından men edilmesi, kişi ve devlet arasındaki uyuşmazlığın yargıya taşınmadan çözümlenmesi amacı taşıyan idari yaptırım kararlarında, mahkeme kararları gibi gerekçe beklemek kanunun ruhuna uygun düşmeyecektir⁷¹. Ancak bu

⁶⁷ SEÇKİN, S. / ÜSTÜN, G. (2015). *İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi., Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt 21 Sa. 2, s. 524.

⁶⁸ KARABULUT, s.48

⁶⁹ AKYILMAZ, B. (2005). *İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü*, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi, s. 22-23.

⁷⁰ OTACI, C. / KESKİN, İ. (2010). *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s.36.

⁷¹ OTACI / KESKİN, s. 36-37.

yaklaşım kanaatimizce yerinde değildir. Hukuk sistemimizde idari işlemlerde gerekçe ilkesinin zorunlu bir unsur olduğunun kabulü ile birlikte, Tan'ın da belirttiği üzere gerekçelerin işlem metninde gösterilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır⁷². Dolayısıyla idari işlemlerin gerekçeli olması bir zorunluluk iken, bu gerekçenin ilgisine bildirilmesi idarenin bir yükümlülüğü değildir. Ancak istisnaen, mevzuatımızda metin içerisinde gerekçe gösterme zorunluluğu öngören hükümler mevcuttur.

İdari yaptırım kararlarının gerekçeli olması ilkesi, daha sonra değinilecek olan savunma hakkının kullanılabilmesi açısından da önem taşımaktadır. Çünkü hakkında bir idari yaptırım kararı tesis edilmiş olan muhatap, bu işleme sebep olan olayı ve kararın tesis edilmesi yönündeki bilgi ve belgeleri öğrenmesi halinde bunların doğruluğuna ikna olacak veya yerindeliğine ilişkin olarak hak arama yollarını savunma hakkı sayesinde kullanabilecektir. İdari yaptırımlarda gerekçe, yaptırımın muhatabını bu idari yaptırımın niçin uygulandığı hakkında bilgilendirme amacı taşımaktadır. İdari yaptırım kararlarının gerekçeli olması, idarenin bir yaptırımı uygulamak için var olduğunu düşündüğü sebepler üzerinde tartışma olanağı vererek ilgiliye kendisini savunma hakkı ve yaptırım kararına karşı önlem alma imkânı sağlamaktadır⁷³.

Hukumumuzda, idarece öne sürülen gerekçenin de hukuken uygun bir gerekçe olması, idari işlemin geçerliliği için önem arz etmektedir⁷⁴. Zira gösterilen gerekçenin hukuken kabul edilebilir olmaması idari işlemin iptal sebebidir. İdare kanundaki belirsiz kavramlara dayanarak işlem tesis ettiğinde bu belirsiz kavramı gerekçe göstermesi, soyut iddiaları gerekçe göstermesi, şüpheye dayanarak işlem yaptıysa bunu gerekçe göstermesi, kesin bilgi ve belgeler olmaksızın kanaate dayalı gerekçe göstermesi, hiç gerekçe göstermediği anlamına gelir⁷⁵.

Bunun yanında, yaptırım kararlarının gerekçeli olması yaptırım kararının sebep unsurunun yargısal denetimini de kolaylaştırmaktadır. Söz konusu yaptırım kararını takdir yetkisi kapsamında almış olması durumunda idare, bu yetkisini kullanış saikini gerekçede belirtmelidir⁷⁶. Örneğin alt ve üst sınırı kanunda belirtilen bir idari para cezasına ilişkin bir idari yaptırım kararı alan idare; kararına esas ceza miktarını belirlemede kullanmış olduğu

⁷² TAN, s. 478.

⁷³ AKYILMAZ, 2005, s. 29-30.

⁷⁴ KAYA, C., s. 172-174.

⁷⁵ AKYILMAZ, 2005, s. 31.

⁷⁶ EROL, s 17-18

takdir yetkisini gerekçeli olarak açıklamak durumundadır⁷⁷. Bu, idare karşısında kişinin ne yönde hareket etmesi gerektiği ve kendisini ne şekilde savunacağını bilmesi açısından, evrensel bir ilke olan savunma hakkının kullanılmasının da bir yansıması olarak kabul edilebilir.

2.3.2. Cezai Yaptırımlardan Farkları

Cezai yaptırımlar, ceza kanunları tarafından suç sayılan davranışlara devlet tarafından uygulanan ve toplum düzeninin korunması ve sağlanmasını amaç edinen yaptırımlardır. Devlet tarafından uygulanmaları, yani kamusal bir yaptırım olmaları idari yaptırımlar ve cezai yaptırımlar bakımından ortak olmakla beraber, cezai yaptırımların uygulanabilmesi için suç teşkil eden bir eylemin varlığı, idari yaptırımların uygulanabilmesi için idari düzene aykırı bir eylemin varlığı gerekir. Birçok unsuru bünyesinde barındıran ceza yaptırımının temel nitelikleri incelendiğinde, bunlardan en başta geleninin, verilen cezanın acı verici olma niteliği olduğu görülmektedir. Evrilen ceza hukuku anlayışında ise cezai yaptırımlarda gözetilen saik, suçun işlenmesi veya yeniden suç işlenmesine yol açan olguları ortadan kaldırma, yani failin ıslah edilmesidir⁷⁸.

Suç işleyenlerin cezalandırılmasında amaç sosyal düzenin korunması iken, asıl amacı idari düzeni korumak olan idari yaptırımlarda önleme amacı daha ağır basmaktadır. İdare, idari düzeni sağlamak için uyguladığı yaptırımlar ile ya zorlayıcı tedbirlere başvurur, ya da bireylere düzeni bozmama yükümlülüğünü hatırlatmayı amaçlar. Bu nedenle idari yaptırımlar, idari düzene aykırı hareket eden kişiye bir ihtar niteliği de taşır⁷⁹.

Hem idari yaptırımlar hem de cezai yaptırımlar, özünde bir hukuk kuralının ihlali durumunda ortaya çıkan kamusal yaptırımlar olmakla beraber birçok yönden farklı özellikler taşımaktadır. Danıştay da birçok kararında cezai yaptırımlar ile idari yaptırımların hangi yönlerden birbirinden ayrıldığını ortaya koymuştur⁸⁰.

⁷⁷ KAYA, C., s.174.

⁷⁸ ASLAN, Y. (2009). *İdari Yaptırımlar*, TBB Dergisi Sayı 85, Ankara, s. 175.

⁷⁹ GÜNDÜZ, s.13.

⁸⁰ Danıştay 10. D. E. 2002/521, K. 2003/4772, T. 05/12/2003. “Ceza yaptırımı ile idari yaptırımlar, amaç, yaptırma yetkili organ, usul, hukuki sonuç ve hukuksal nitelik yönlerinden birbirlerinden farklıdır. Ceza yaptırımları, Ceza Kanunlarında suç olarak öngörülen ihlallerin yaptırımı olarak ceza yargılaması sonucunda verilebilen kararlar iken, idari yaptırımlar yasaların açıkça yetki yerdığı ve yasaklamadığı durumlarda, araya yargı kararı girmeden, idarenin bir işlemi ile ve İdare Hukukuna özgü usullerle verdiği kararlardır” (Erişim: 27/01/2018 www.danistay.gov.tr).

Her şeyden önce, idari yaptırım bir suç karşılığında değil; bir kabahat ya da idare hukukuna aykırılık karşısında uygulandığından, bir suça karşılık uygulanan ceza yaptırımından farklıdır. Hem idari yaptırım hem de cezai yaptırım hukuk düzenini ihlal eden bir fiil sonucunda uygulanan bir işlem niteliğinde olduğundan bu ikisi arasında konu yönünden, yani hukuka aykırılık yönünden bir fark bulunmamaktadır. Bununla beraber, ceza hukuku alanında öngörülen yaptırımlar, toplumsal düzene aykırı olan ve ceza kanunlarında suç sayılan davranışlara uygulanıp, toplum düzeninin korunması ve sağlanması amacına yönelikken; idari yaptırımlar, idari düzenin sağlanmasına, idarenin kendi işleyişini düzenlemeye ve iç düzenini korumaya yöneliktir⁸¹.

2.3.2.1. Yaptırımların türleri bakımından farklar

Taraflarından biri idare olan kamu hukukuna özgü yaptırımlar ile kişiler arasındaki hukuki ilişkileri düzenleyen özel hukuka özgü yaptırımlar birbirinden farklılık göstermektedir. Bu farklılığın en temel sebebi, özel hukukta esas olan taraflar arasındaki eşitliğin kamu hukukunda mevcut olmaması ve idarenin üstünlüğü ilkesinin varlığıdır⁸². Bununla beraber, ikisi de kamu hukukunun birer alt dalı olmasına karşın idare hukukuna özgü yaptırımlar ile ceza hukuku yaptırımları arasında uygulanan yaptırımın türü bakımından farklar bulunmaktadır.

Ceza yaptırımı, kanun tarafından bir tehdit olarak öngörülen ve adli makamlar tarafından bir ceza muhakemesi sürecinde yine kanunun bir emrini ihlal eden kişiye uygulanan acıdır⁸³. Ceza kanunları ve diğer kanunlarda yer alan hükümler çerçevesinde suç teşkil eden fiillere karşılık öngörülen yaptırımlar, cezai yaptırımlardır.

12/10/2004 tarihli ve 25611 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun birinci kitap, birinci kısmında (m. 45 vd.) yaptırımlara yer verilmiştir. Kanunda yer alan bu sınıflandırma uyarınca cezai yaptırımlarda, cezalar ve güvenlik tedbirleri olarak ikili bir ayrıma gidilmiştir. Buna göre cezalar, hapis cezaları ve adli para cezaları olarak ikiye ayrılırken, güvenlik tedbirleri belli hakları kullanmaktan yoksun bırakılma, eşya müsaderesi, kazanç müsaderesi, sınır dışı edilme gibi çeşitlendirmelere tabi tutulmuştur.

⁸¹ AYATAR KIZILYAR, s. 1658 - 1659.

⁸² ERDİNÇ, s. 245.

⁸³ TOROSLU, N. (2005). *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Bası, Ankara: Savaş Yayınevi, s.374.

İdari yaptırım ise idarenin kamu gücü ayrıcalığı sayesinde sahip olduğu üstün yetkiler kapsamında, bir yargı kararı olmadan, yasayla kendisine tanınmış yetkiye dayanarak idare hukuku esaslarına göre, doğrudan doğruya idari kararların gereklerinin yerine getirilmesi amacıyla uyguladığı yaptırımlar olarak tanımlanabilmektedir⁸⁴. İdari yaptırımların türleri bakımından doktrinde çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Kanunun, karşılığında idari yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlamına gelen kabahatlere ilişkin hükümleri düzenleyen KK, idari yaptırımları idari para cezaları ve idari tedbirler olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Bizim de daha yakın olduğumuz üzere *Ulusoy* ise idari yaptırımların sınıflandırılmasında idari cezalar ve idari tedbirler olmak üzere ikili bir ayrıma gitmiş ve regülatif cezaları, kabahat cezalarını ve disiplin cezalarını idari cezalar başlığı altında toplamıştır⁸⁵.

Görüldüğü üzere bir hukuk kuralının ihlali sonucu ortaya çıkmış olması idari yaptırımlar ve cezai yaptırımlar için ortak olsa da, uygulanan yaptırımın türü her ikisinde farklılık göstermektedir. Örneğin Anayasanın 38 inci maddesinde idarenin, kişi hürriyetinin kısıtlanması sonucunu doğuran bir müeyyide uygulayamayacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla kişinin özgürlüğünden yoksun kalması sonucunu doğuran hapis cezası uygulaması cezai yaptırımlar arasında yer alırken idarenin bu türden bir yaptırım uygulaması mümkün değildir. AYM de bir kararında⁸⁶, idarece kişi hürriyetini kısıtlar nitelikte idari yaptırıma hükmedilemeyeceği, ancak bunun dışında idari yaptırım uygulama yetkisinin mevcut olduğunu açıkça ortaya koymuştur.

2.3.2.2. Yaptırımı uygulayan organ ve yaptırımın uygulanmasında izlenen usul

İdari yaptırımlar, idari makamların idare hukuku kuralları çerçevesinde almış olduğu kararlar olması hasebiyle birer idari işlemdir ve diğer idari işlemler gibi yetki ve usulde paralellik ilkesinin bir yansıması olarak kararı vermiş olan makam tarafından kural olarak geri alınabilir veya kaldırılabilir. İdari yaptırım kararına karşı idari yargı yoluna gitmeden önce idari

⁸⁴ AYM, E.2000/43, K.2004/60, T.13.05.2004, RG. T.04.11.2004 Sa: 25633.

⁸⁵ ULUSOY, 2013, s. 140 vd.

⁸⁶ AYM E. 2000/43, K.2004/60 T.13/05/2004 “...yasa koyucu Anayasanın öngördüğü ilkelere uygun olmak koşulu ile ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirlerini belirleyecek, ancak kişi hürriyetlerinin kısıtlanması sonucunu doğuran müeyyidelerin uygulanmasını idareye bırakmayacaktır. Aksi durum, temel hak ve özgürlüklerin en büyük güvencesi olan Yargı erkinin devre dışı bırakılmasını ve hukukun üstünlüğü ilkesinin zedelenmesi sonucunu doğuracaktır... Bu durumda, idareye yasayla hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında para cezası, disiplin cezası ya da belli bir haktan geçici olarak yoksun kılma gibi yaptırımlar uygulama yetkisi verilmesine Anayasal engel bulunmamaktadır.” (Erişim:17/02/2018 www.anayasa.gov.tr).

düzen içerisindeki bir üst makama başvurulması ve kararın bu makam tarafından denetlenmesi mümkündür.

Cezai yaptırımlar ise görevli yargı yerlerince kanunda düzenlenmiş usul kuralları çerçevesinde yapılan yargılama sonucunda uygulandılarından yargısal nitelik taşımaktadır⁸⁷ ve yaptırım kararını veren adli makamlarca dahi geri alınamaz, kaldırılamaz. Cezai yaptırımlar ancak bir üst yargı mercii tarafından denetlenebilir.

Cezai yaptırımlara, idari yaptırımlardan farklı olarak bir yargılama faaliyeti sonucunda hükmedilmektedir. Bu nedenle bu iki yaptırım türünü uygulayan organın farklı olması gibi, yaptırımın uygulanmasında izlenen usul de farklıdır. İdari yaptırımların uygulanmasında idari usuller uygulanır ve bu usule uyulmaması durumunda idari işlemin temel unsurlarından biri olan şekil sakatlığı durumu ortaya çıkar. Böyle bir durumda söz konusu işlemin iptali yoluna gidilebilir⁸⁸. Cezai yaptırımların uygulanmasında ise 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu uygulanır ve bu usule uyulmaması durumunda söz konusu kararın bu kanunun m. 288 vd. hükümleri doğrultusunda temyizi mümkün olur.

Son olarak idari yaptırım kararları, kararı veren idari makam tarafından re'sen uygulanırken cezai yaptırımların infazı 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un 5 inci maddesinde belirtildiği üzere Cumhuriyet savcılığınca izlenir ve denetlenir. Bir diğer deyişle re'sen icrailik yeteneğine sahip olan idari yaptırımlar idare tarafından doğrudan uygulanabilmektedir. Buna karşın cezalar ve güvenlik tedbirlerine Anayasa'da yer alan hükümler uyarınca mahkemelerce hükmedilmektedir. Cezai yaptırım kararları mahkemelerce alınıp bu yaptırımların infazı cumhuriyet savcılıklarınca gerçekleştirilirken; idari yaptırım kararlarında kararı veren de uygulayan da doğrudan idarenin kendisidir.

2.3.2.3. Yaptırımın sonuçları bakımından farklar

İdari ve cezai yaptırımlar, sonuçları bakımından da birtakım farklılıklar barındırmaktadır.

⁸⁷ ÖZAY, 1985, s. 40.

⁸⁸ TAN / GÖZÜBÜYÜK, s.483.

5352 sayılı Adli Sicil Kanunu çerçevesinde, hakkında Türk mahkemeleri veya kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunan Türk vatandaşları ile Türkiye'de suç işlemiş olan yabancıların kayıtları da dahil tüm adli sicil bilgileri, gerektiğinde ilgililere bildirilmek üzere Adalet Bakanlığı Adli Sicil ve İstatistik Genel Müdürlüğündeki Merkezî Adli Sicilde muhafaza edilmektedir. İdari yaptırım kararları ise, idari makamların doğrudan doğruya almış oldukları kararlardır ve adli sicile kaydedilmezler. Ancak disiplin cezaları gibi idari yaptırımların bazı türlerine ilişkin kayıtlar, kendilerine özgü sicil sistemlerinde tutulmaktadır.

Cezaların infazının ertelenmesi; sanık hakkında verilen cezanın infazının belirli bir süre ile geri bırakılması, öngörülen sürede sanığın suç işlememesi durumunda hükümlülüğün gerçekleşmiş sayılmasıdır⁸⁹. Ceza hukukunda mevcut olan ve esasen hükümlülerin topluma kazandırılmalarına hizmet eden bu sistem ceza hukukuna mahsus olup, idare hukukunda uygulanmamaktadır. İdari yaptırım kararı verildikten sonra bu yaptırımın uygulanmasının belirli şartlarla geri bırakılması kural olarak mümkün değildir. İdari yaptırım kararı idare tarafından kaldırılmadığı veya yargı mercilerince iptal edilmediği sürece derhal infaz edilir⁹⁰.

Ceza hukukunda kısa süreli hapis cezası, TCK'nın 50 nci maddesi uyarınca suçlunun kişiliğine, sosyal ve ekonomik durumuna, yargılama sürecinde duyduğu pişmanlığa ve suçun işlenmesindeki özelliklere göre adli para cezasına veya diğer yaptırımlardan birine çevrilebilmektedir. İdari yaptırımların ise yaptırım kararını veren idarenin aynı usulle kararını değiştirmesi hali dışında başka bir yaptırıma çevrilmesi mümkün olmamaktadır.

Tekerrür, bir suçtan ötürü kesin hükümle mahkûm edilen kimsenin yeniden suç işlemesi durumunda cezanın bir miktar ağırlaştırılarak uygulanmasıdır⁹¹. Tekerrür, hem ceza hukukunda hem de idare hukukunda uygulanabilirliği mevcut olan bir müessesedir. Ceza hukukunda tekerrür, aynı kişi tarafından belirli süre içerisinde tekrar suç işlenmesi halinde esas olup uygulama usulleri ve istisnalarına TCK'da yer verilmektedir. Ancak idare hukuku alanında tekerrür sadece aynı kanundaki ihlalin mevcut olması halinde uygulanmakta, bir kanunu ihlali sonucu uygulanan yaptırım, bir başka kanunun ihlali sonucu uygulanan yaptırım bakımından

⁸⁹ DEMİRBAŞ, T. (2016). *Ceza Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 688.

⁹⁰ KILIÇ, T. (2015). *İdari Yaptırımlar ve Para Cezaları*, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, s. 18.

⁹¹ TOROSLU, s. 393 vd.

tekerrüre esas teşkil etmemektedir. Aynı şekilde idari yaptırımlar cezai yaptırımların tekerrürüne de esas olmamaktadırlar⁹².

TCK'da yer alan suçların içtimaı hükümlerine göre işlediği bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren kişi, bunlardan en ağır cezayı gerektiren suçtan dolayı cezalandırılır⁹³. İdari yaptırımlara ise kural olarak her ihlale karşılık gelmek üzere ayrı ayrı hükmedilmektedir. İçtima ceza hukukunda genel uygulanabilir bir kurum olmakla beraber, idare hukukunda açık hüküm bulunan hallerde uygulama alanı bulabilmektedir⁹⁴.

Son olarak TCK'da yer alan açık hüküm gereği genel af hâlinde, kamu davası düşmekte, hükmolunan cezalar bütün neticeleri ile birlikte ortadan kalkmaktadır. Ancak af kanununda idari yaptırımlar için özel hükümler bulunması halinde bu yaptırımlar affın kapsamına girmektedirler⁹⁵.

2.3.3. İdari Yaptırımların Uygulanmasında Uyulacak İlkeler

Cezai yaptırım kararlarına hükmedilirken uyulması gereken birtakım temel ilkelere, idari yaptırım kararları verilirken de uyulması gerekmektedir.

2.3.3.1. Kanunilik ilkesi

Hukuk devletinin en önemli unsurlarından birisi de suçların ve cezaların kanuniliği ilkesidir. Anayasamızın 38 inci maddesinde “*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*” hükmü ile suç ve cezaların kanunla belirleneceği, aynı zamanda suçun işlendiği anda yürürlükte olan hükümlerin geçerli olacağını açıkça ortaya koymuştur. Yine hukuk devletiyle bağlantılı olarak “belirlilik kuralı”, “kıyas yasağı” ve “geçmişe uygulama yasağı”, kanunilik ilkesinin zorunlu sonuçlarıdır⁹⁶.

⁹² GÜNDÜZ, s. 19.

⁹³ İÇEL, K. (2002). *Yaptırım Teorisi*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 253.

⁹⁴ EROL, s. 36.

⁹⁵ ÖZAY, 1985, s. 63.

⁹⁶ KARABULUT, s. 114 vd.

Ceza hukukunun temel ilkelerinden olan “*belirlilik*” ilkesi, suçun unsurlarının, verilecek cezanın tereddüde yer vermeyecek biçimde açık ve anlaşılır olmasını gerektirir. Kanunilik ilkesi ve belirlilik, insan haklarını ilgilendiren hukuksal düzenlemelerin içeriğinin *öngörülebilir* olmasını, yani yoruma açık olmamasını emretmesi nedeniyle hukuk devleti ilkesinin doğrudan sonuçlarıdır⁹⁷. Anayasa Mahkemesinin birçok kararında da bu ilkenin önemine işaret edilmektedir⁹⁸.

İdari yaptırım kararının hukuken geçerli olabilmesi için idarenin bu idari işlemi uygulama yetkisini kanundan alması gerekir. Yaptırım kararını veren ve uygulayan idarenin bu yönde kanundan doğan bir yetkisi yok ise, idari yaptırımın hukuka uygun olduğu söylenemez⁹⁹.

Diğer taraftan idarenin sahip olduğu takdir yetkisi çerçevesinde yaptırıma sebep olacak davranışı tespit etme ve uygulanacak yaptırımı belirleme yetkisi bulunduğundan kanunilik ilkesinin idari yaptırımlar alanında cezai yaptırımlara oranla daha esnek uygulandığını söylemek mümkündür. Ancak bu noktada önemli olan husus, idari yaptırıma yol açacak ihlali içeren fiil ve uygulanacak yaptırımın belirlenmesine ilişkin yetkinin sınırının ne şekilde çizildiğidir. AYM idari yaptırımlarla ilgili olarak düzenleyici işlemlere bırakılabilecek alanı, uzmanlık gerektiren veya idare tekniğine ilişkin ayrıntılar olarak belirlemiştir. AYM bir kararında *yürütmenin düzenleme yetkisinin tamamlayıcı, bağımlı ve sınırlı bir yetki* olduğunu

⁹⁷ KARABULUT, s. 128.

⁹⁸ Bu kararlara örnek olarak; AYM E. 2013/28 K. 2013/106: “Anayasa’nın 38. maddesinin birinci fıkrasında, “*Kimse, ...kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz*” denilerek “*suçun kanuniliği*”, üçüncü fıkrasında da “*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur*” denilerek, “*cezanın kanuniliği*” ilkesi getirilmiştir. Anayasa’da öngörülen suçta ve cezada kanunilik ilkesi, insan hak ve özgürlüklerini esas alan bir anlayışın öne çıktığı günümüzde, ceza hukukunun da temel ilkelerinden birini oluşturmaktadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi uyarınca, hangi fiillerin yasaklandığının ve bu yasak fiillere verilecek cezaların hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak bir şekilde kanunda gösterilmesi, kuralın açık, anlaşılır ve sınırlarının belli olması gerekmektedir. Kişilerin yasak fiilleri önceden bilmeleri düşüncesine dayanan, hukuk devletinin temel aldığı, uluslararası hukukta ve insan hakları belgelerinde de özel bir yere ve öneme sahip bulunan bu ilkeyle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması amaçlanmaktadır. Kanunilik ilkesi, özgürlüğün sınırlarının önceden bilinerek, insanın davranışlarını bu çerçevede düzenlemesini temin için getirilmiştir. Kanunilik ilkesi aynı zamanda kıyas yoluyla suç ve ceza normlarının genişletilemeyeceğini de öngörür.” (erişim: 23/03/2018 www.anayasa.gov.tr).

AYM E. 2015/72 K. 2016/44 T. 26/05/2016: “Anayasa’nın 2. maddesinde yer alan hukuk devletinin temel ilkelerinden biri “*belirlilik*”tir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup bireyin, kanundan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını, bunların idareye hangi müdahale yetkisini verdiğini bilmesini zorunlu kılmaktadır. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar.” (erişim: 14/07/2018 www.anayasa.gov.tr)

⁹⁹ ERDİNÇ, s. 250.

ortaya koyarken¹⁰⁰; başka bir kararda idarenin düzenleyici işlemlerine bırakılan alanın uzmanlık gerektiren teknik ayrıntılar içeren alanlar olması gerektiğini vurgulamıştır^{101,102}.

Buna karşın Danıştay idari yaptırımın kanuni dayanağının olmasını ancak ihlali oluşturan fiilin kanunda yer almasının zorunlu olmadığını savunmaktadır. Dolayısıyla Danıştay, idari yaptırımların kanuniliği ilkesi açısından AYM'ye oranla daha esnek davranmaktadır¹⁰³. Kanaatimizce Danıştay'ın bu esnekliği idare hukukunun geniş alanındaki boşlukların idarenin takdir yetkisini kullanarak doldurabileceği, bir diğer deyişle kanunda sayılı olmayan bir fiilin de idari yaptırıma sebebiyet verecek bir ihlali oluşturabileceği, buna karşılık uygulanacak idari yaptırımda yine kanunilik ilkesine bağlı kalınarak kanundan yetki alınacağı temeline dayanmaktadır.

KK'nın "Kanunilik ilkesi" başlıklı 4 üncü maddesinde, "*Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.*" hükmüne yer verilerek idare hukukunda bu ilkenin esnekliğine işaret edilmiştir. Bu hükme göre kabahat niteliğinde olan fiillerin, kanunda açıkça tanımlanabilir. Bununla beraber kanunun kapsamı ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve bir hükmün içeriği, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle doldurulabilecek ve böylelikle kabahat niteliğindeki bir fiil belirlenebilecektir. Söz konusu hükme bakıldığında Türk hukukunda kanun koyucunun, kabahatler açısından *beyaz normu* düzenlemiş olduğu söylenebilir¹⁰⁴. Kanunun suç oluşturan fiili açıkça göstermeyip bunun tayinini idareye bırakması ve yalnızca müstakbel suçun yaptırımını belirlemesi, açık ceza normu/beyaz ceza normu olarak kabul edilmektedir ve

¹⁰⁰ AYM E. 1993/42, K. 1994/72 T. 27/09/1994 "*Anayasa'da yasayla düzenlenmesi öngörülen konularda yürütme organına genel ve sınırları belirsiz bir düzenleme yetkisinin verilmesi olanaklı değildir. Yürütmenin düzenleme yetkisi, sınırlı, tamamlayıcı ve bağımlı bir yetkidir. Bu nedenle, Anayasa'da öngörülen ayrık durumlar dışında, yasalarla düzenlenmemiş bir alanda, yasa ile yürütmeye genel nitelikte kural koyma yetkisi verilemez. Yürütme organına düzenleme yetkisi veren bir yasa kuralının Anayasa'nın 7. maddesine uygun olabilmesi için temel ilkeleri koyması, çerçeveyi çizmesi, sınırsız, belirsiz, geniş bir alanı yönetimin düzenlenmesine bırakmaması gerekir.*" (erişim: 25/03/2018 www.anayasa.gov.tr).

¹⁰¹ AYM E. 2004/84 K. 2004/124 T. 08/12/2014. "*Yasakoyucu tarafından suç oluşturan eylemin ve suçun unsurlarının saptanmasından, cezasının da yasada açıkça belirlenmesinden sonra uygulamaya yönelik olarak, uzmanlık ve yönetim tekniğine ilişkin ayrıntıların belirlenebilmesi için yürütme organına yetki verilmesi, düzenleyici işlemlerle suç ve ceza oluşturma anlamına gelmeyeceğinden suç ve cezada yasallık ilkesine aykırılık oluşturmaz.*" (erişim: 25/03/2018 www.anayasa.gov.tr).

¹⁰² ÖZKAYA ÖZLÜER, s. 139,140.

¹⁰³ KURT, s. 152.

¹⁰⁴ KAŞKA, H. (2013). *Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme)*, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.3, Sa.2, s. 196-197.

bu yöntem bir istisna olarak özellikle idari yaptırıma konu olabilecek fiillere ilişkin düzenlemelerde uygulanmaktadır¹⁰⁵. Bu *beyaz norm* kapsamında idareye tanınmış olan yetki, idarenin genel ve düzenleyici işlemleriyle kullanılabilir. Bununla beraber, aynı maddenin ikinci fıkrasında kabahat karşılığı olan yaptırımların türünün, süresinin ve miktarının ancak kanunla belirlenebileceği ifade edilerek bu esnekliğin, idarenin bu alandaki mutlak hareket serbestisi olarak yorumlanamayacağı, idarenin vereceği yaptırım kararlarında yasal sınırlar içerisinde kalmasının gerektiği vurgulanmıştır.

Tan'a göre¹⁰⁶ düzenleyici ve denetleyici kurumların yaptırım yetkilerine sahip kılınması, yasallık ilkesine farklı bir boyut kazandırmıştır. Düzenleyici ve denetleyici kurumların faaliyet alanlarına ilişkin mevzuatta ihlale ilişkin fiiller açıkça belirtilmiş olup idari yaptırımlar bakımından kanunilik ilkesine uyulması kanuni bir gereklilik haline getirilmiştir. Örneğin SerPK'da idari yaptırım gerektiren fiiller *tahdidilik* ilkesine bağlı kalınarak tek tek sayılmıştır.

Bununla beraber ceza hukuku ilkesi olan ancak hukuk devleti kapsamında hukukun tüm alanlarına teşmil edilebilecek nitelikte olan *kuşkudan sanık yararlanır* ilkesi, kanunilik ilkesi çerçevesinde idari yaptırımlar için de geçerlidir. Belirlilik ilkesi ile bağlantılı olarak hukuka aykırılık teşkil eden ve cezalandırılacak her fiilin unsurlarının açıkça düzenlenmiş olması gerekir. Dolayısıyla failin cezalandırılabilmesi için bu suçun tam olarak oluşmuş olması beklenir. Bu unsurların bir veya birkaçının noksanlığı halinde fail, bu fiilden sorumlu tutulamaz.

2.3.3.2. Kıyas yasağı

Kıyas yasağı, kanunilik ve belirlilik ilkesinin bir sonucu olarak kanundaki suç tipine uymayan bir fiilin, benzer suç tipi baz alınarak cezalandırılmasını önleyen bir ceza hukuku ilkesidir. Kıyas yasağının amacı en temelde kişilerin hukuki güvenliğinin sağlanması olduğundan kıyas yoluyla yeni bir suç öngörülmesi bu ilkenin ihlali sayılacaktır.

İdari yaptırımı gerektiren davranışların cezalandırılmasında da kıyas yasağının varlığı kabul edilmekle beraber, idare hukukunda idarenin takdir yetkisinin bir sonucu olarak bu ilke

¹⁰⁵ KARABULUT, s. 137.

¹⁰⁶ TAN, 2005, s. 317.

ceza hukukundaki kadar sıkı uygulanmamaktadır. Özellikle disiplin hukukunda suç tanımları “devlet memuru vakarına yakışmayacak tutum”, “kurumların huzur, sükûn ve çalışma düzenini bozmak” gibi daha genel ve yoruma açık olarak düzenlenmektedir. Bu gibi suçların ve uygulanacak yaptırımın tespitinde hem disiplin cezası veren makama, hem de bu işlemi denetleyecek yargıya takdir yetkisi tanınmaktadır. Bu hususa ilişkin yaptırım kararlarının gerekçeli olması ve bu gerekçenin muhatabına bildirilmesi, idarenin takdir yetkisini hangi yönde kullanmış olduğunun anlaşılması açısından büyük önem taşımaktadır. İdare hukukunda mevcut olan bazı torba hükümler, kıyas yoluyla yeni suç türleri oluşturulmasına cevaz vermektedir. Örneğin 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu’nun 125 inci maddesinde yer alan “...disiplin cezası verilmesini gerektiren fiil ve hallere nitelik ve ağırlıkları itibarıyla benzer eylemlerde bulunanlara da aynı neviden disiplin cezaları verilir” hükmünde kıyas yasağının geçerli olmayacağı açıkça gösterilmiştir.

Danıştay da bir kararında Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin, memurların 1985 yılına ait sicil raporları için öngörülen puanlamanın önceki yıllara ait sicillere de kıyas yolu ile uygulanmasının uygun olacağını belirtirken¹⁰⁷, İdare Dava Daireleri Kurulunca alınan bir kararda kanun koyucunun herhangi bir yoruma yer bırakmadan ortaya koyduğunu ifade ettiği bir hükümde yorum ve kıyas yolu ile uygulanmasının hukukun genel ilkelerine aykırı düşeceğini dile getirmiştir¹⁰⁸.

2.3.3.3. Geçmişe uygulama yasağı

Suç ve cezaları düzenleyen kuralların, ancak kuralın yürürlüğe girmesinden sonra işlenen fiillere uygulanacağı anlamına gelen geçmişe uygulama yasağı, kural olarak hukukun genel prensiplerinden biridir. Bu ilke de bireylerin hukuki güvenliğinin ve öngörülebilirliğin sağlanması bakımından kanunilik ve belirlilik ilkelerinin bir uzantısıdır. Bireylerin tüm fiil ve

¹⁰⁷ Danıştay 12. D. E. 1995/9014, K. 1997/977: “Devlet Memurları Sicil Yönetmeliğinin geçici 2. maddesinde ise; bu yönetmelik kapsamına giren memurların 1985 yılına ait sicil raporlarında yeterlikle ilgili soruların değerlendirilmesinde her pekiyi için 11, her iyi için 9, her orta için 8 ve her zayıf için de 5 not esas alınmak suretiyle tespit edilen toplam notun 1985 yılı sicil notu sayılacağı hükmü yer almaktadır. Bu hükmün 1985 yılından önceki yıllara ait sicillere de kıyas yolu ile uygulanmasının yasa koyucunun amacına ve hukuka uygun olacağı da açıktır.” (erişim:28/03/2018 www.danistay.gov.tr).

¹⁰⁸ Danıştay İDDK E. 2001/850, K. 2001/1031: “Uyuşmazlıkta davacı, 11 adet maden ruhsatına (3 işletme, 8 ön işletme) sahip serbest meslek icra eden maden mühendisi iken belediye başkanı seçilmiştir, Belediye başkanlarının kamu görevini yürütmekle görevli olduğu ve bazı kanunların uygulamasında memur sayıldığı, ancak “memur” olmadığına kuşku yoktur. Bu durumda, maddenin 4. fıkrasında ruhsat aldıktan sonra kimin (memurun) hangi hakları devre zorunlu olduğu sayılmak suretiyle belli edilmişken, bu fıkraya, 3. fıkra hükmünün yorum ve kıyas yolu ile uygulanması hukukun genel ilkelerine aykırı düşeceği gibi, yasa koyucunun bu durumu bilinçli bir tercihle oluşturduğu ve herhangi bir yoruma yer bırakmadığı da açıktır.” (erişim:28/03/2018 www.danistay.gov.tr).

işlemlerinde devlete güven duyması, hukuk devletinin sağlamak zorunda olduğu hukuk güvenliği ilkesinin gereğidir. Bu ilke de kanunların, yürürlüğe girdiği tarihten sonraki olay ve durumlara uygulamalarını zorunlu kılmaktadır.

Hukuk normları ortaya konulurken kanun koyucu, hukukun evrensel ilkelerine aykırı olmayacak şekilde düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak kanunlar geçmişe yürütülemezler. Hakkaniyetin sağlanması adına düzenlenmiş bazı istisnalar haricinde kanunlar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar¹⁰⁹. Anayasal ve aynı zamanda evrensel bir ilke olan kanunların geriye yürümezliği ilkesi, ceza hukukunda olduğu kadar hukukun tüm alanlarında, dolayısıyla idari yaptırımlar hukukunda da geçerli bir ilkedir.

İdari işlemlerin geriye yürümezliği kuralı, hukuki güvenliğin ve öngörülebilirliğin sağlanması için bir araç olmakla beraber istisnasız ve katı bir kural değildir. Ancak, idari işlemlerin geriye yürümezliği ilkesinin ancak zorunlu hallerde ve kamu yararı söz konusu olduğu durumlarda istisnai olarak uygulanmamasının doğru olacağı düşünülmektedir¹¹⁰. Örneğin idari işlemin geri alınması, işlemin yapıldığı tarihten itibaren meydana getirdiği durumların da geçersiz hale getirilmesini sağladığından idari işlemin geriye yürümemesi ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır. Bununla beraber *lehe olan kanunun uygulanması da* geriye yürüme yasağına bir istisna teşkil etmektedir. Fiilin işlendiği tarihten sonra yürürlüğe giren hükümler, eğer ki sonuçları bakımından failin lehine bir durum yaratıyorsa bu tarihten önce işlenmiş fiiller bakımından da uygulanır. Danıştay da bir kararında 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kapsamında idari para cezası gerektiren birtakım eylemlerin daha sonra yapılan değişikliklerle rekabet ihlali olmaktan çıkarılması nedeniyle, lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerektiğini açıkça ifade etmiştir¹¹¹.

¹⁰⁹ KARABULUT, s.139.

¹¹⁰ ALTUNDIŞ, M. (2008). *Hukuki Güvenlik İlkesi*, Yasama Dergisi, Sayı: 10, s. 68 vd.

¹¹¹ Danıştay İDDK, E. 2003/663 K. 2006/2441 T. 21/12/2006: "4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun Yasaklanan Faaliyetler başlıklı 4. maddesinde, belirli bir mal veya hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma yada kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemlerinin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtildikten sonra bu hallere yer verilmiş, 10. maddesinin birinci fıkrasında ise, 4. madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların yapıldıkları tarihten itibaren bir ay içinde Rekabet Kuruluna bildirileceği, bunların süresi içinde bildirilmemesi halinde Kanunun 16/c bendi uyarınca idari para cezası verileceği hükme bağlanmıştır.

...
Ancak 2.7.2005 günlü, 5388 sayılı Kanunla 4054 sayılı Kanunun 10. ve 16. maddelerinde değişiklik yapılarak 4.

2.3.3.4. Şahsilik ilkesi

Cezaların şahsiliği ilkesi, suç işlemedikçe kimseye ceza sorumluluğu yüklenemeyeceğini, yani her kişinin yalnızca kendi eyleminden sorumlu tutulabilmesini öngören ceza hukuku ilkesidir. Anayasanın 38 inci maddesinde de “Ceza sorumluluğu şahsidir” hükmüne yer verilerek bu ilke açıkça ortaya konulmuştur.

Söz konusu ilke ile hukuka aykırı davranışta bulunan kişi kim ise sorumluluğun ona ait olması amaçlanmaktadır. Fail dışındaki kimselerin, hukuka aykırı bir davranıştan dolayı cezalandırılmasının önüne geçen bu ilkenin, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini de koruma altına alma fonksiyonuna sahip olduğu için hukukun tüm alanlarında, dolayısıyla idari yaptırımlar alanında da geçerli olduğunu söylemek mümkündür.

Danıştay da şahsilik ilkesi çerçevesinde ruhsatsız inşaatın sahibi adına verilen idari para cezasının, bu kişinin öldüğünün tespiti üzerine söz konusu para cezasına ilişkin kararın, mirasçılar adına düzeltilmesi karşısında cezaların şahsiliği prensibi uyarınca yapı sahibine verilen para cezasının mirasçılardan tahsil edilmesinin mümkün olmadığını ifade etmiştir¹¹².

Mevzuatımızda birtakım idari yaptırımların tüzel kişiler hakkında verilmekte olduğu görülmektedir. Özellikle muhatabının çoğu zaman tüzel kişilerin oluşturduğu düzenleyici ve denetleyici kurumların vereceği idari yaptırım kararlarının tüzel kişilik adına verilebileceği izahtan varestedir. Tüzel kişilerin idari yaptırım gerektirecek hukuka aykırı fiilleri, gerçek kişi eliyle işlenecektir. KK'nın bu konuya ilişkin olarak 8 inci maddesinde “(1) *Organ veya temsilcilik görevi yapan ya da organ veya temsilci olmamakla birlikte, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde görev üstlenen kişinin bu görevi kapsamında işlemiş bulunduğu kabahatten dolayı tüzel kişi hakkında da idari yaptırım uygulanabilir.*” hükmüne yer verilmiştir. Tüzel kişiye ait idari yaptırım gerektiren hukuka aykırı fiiller, gerçek kişinin söz konusu tüzel kişinin yararına veya tüzel kişiye ait bazı yükümlülüklerin ihmali şeklinde karşımıza çıkabilmektedir. Bu nedenle Doğan'a göre tüzel kişinin kabahat sorumluluğunun, KK'nın mezkûr maddesinde ilgili

madde kapsamına giren anlaşma, uyumlu eylem ve kararların bildirilmesi zorunluluğu ve bildirim yapılmaması nedeniyle idari para cezası verilmesini öngören kuralların yürürlükten kaldırıldığı anlaşılmaktadır. Dolayısıyla, ihlalin gerçekleştirildiği zaman yürürlükte bulunan kanun hükmü, anılan değişiklikle yürürlükten kaldırılarak idari para cezasına konu edilen eylem rekabet ihlali olmaktan çıkarılmıştır. İdari para cezalarında, ceza verilmesinin dayanağı kuralın yürürlükten kaldırılması veya lehe düzenleme yapılması yoluyla ortaya çıkan yeni hukuki durumun dikkate alınması gerekmektedir.”

¹¹² Danıştay 6. D. E. 2003/5615, K. 2005/2335 T. 19/04/2005 (Erişim:17/02/2018 www.danistay.gov.tr).

kabahatin gerçek kişi tarafından tüzel kişi yararına veya tüzel kişiye ait bir yükümlülüğün ihmalî ile işlenmesinin bir koşul olarak düzenlenmesi gerekmektedir¹¹³.

TCK'nın 20 nci maddesinde tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacağı; ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların uygulanabileceği açıkça ifade edilmiştir. Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanmasının mümkün olmaması karşısında idari yaptırımların tüzel kişilere de uygulanabilmesi, bu iki yaptırım türünde şahsîlik ilkesinin görünüş biçiminin farklı olduğunu ortaya koymaktadır¹¹⁴.

2.3.3.5. Ölçülülük ilkesi

Cezaların kişiselliği, suç ve ceza arasında oranın bulunmasını gerektirmektedir. Suç ile cezanın orantılı olması ise yaptırımın amaçları bakımından ilgilinin kişiliğine uydurulması, yani ceza yaptırımının bireyselleştirilmesi ile sağlanabilmektedir¹¹⁵.

Ölçülülük ilkesi, idarenin eylem ve işlemlerinde kullandığı imkân ve araçların bu davranışıyla elde etmek istediği sonuçlara, dolayısıyla kamu yararına uygun olmasını ifade etmekte olup hukuk devletinin zorunlu bir sonucudur¹¹⁶. Anayasanın 13 üncü maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasında ölçülülük ilkesine aykırı hareket edilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. İdari hükümlerin ihlali durumunda, ortaya çıkan zararın boyutu ile orantılı bir yaptırımın uygulanması gerekmektedir. Bir kurala uyulmaması nedeniyle kanun koyucu veya idareler tarafından öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında da hakkaniyet ve ölçülülük ilkesi gereğince makul bir dengenin bulunması zorunludur.

Söz konusu ilke yargı kararları çerçevesinde de benimsenmektedir. Danıştay bir kararında ölçülülük ilkesini eylem ile bu eyleme uygulanacak yaptırım arasında bulunması gereken adil denge olarak tanımlamış ve elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkelerini ölçülülük ilkesinin alt ilkelerini oluşturduğuna değinmiştir¹¹⁷.

¹¹³ DOĞAN, K. (2015). *Tüzel Kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt: 17, Sa: 1, s. 1-77 (Basım Yılı: Şubat 2016) s. 69.

¹¹⁴ ÖZKAYA ÖZLÜER, s. 143.

¹¹⁵ İÇEL, s. 43.

¹¹⁶ EROL, s. 44.

¹¹⁷ Danıştay 12. D. E. 2016/8859, K. 2017/321, T. 15/02/2017 “*Kanun koyucu hukuk devletinde kamu hizmetlerinin uyum ve düzen içinde yürütülmesini sağlamak amacıyla hizmeti sunan kamu görevlileri için disiplin düzenlemeleri içeren kurallar öngörebilir ve bu kurallara uyulmasını temin etmek amacıyla çeşitli disiplin yaptırımları benimseyebilir. Ancak disipline konu eylemler ile yaptırımlar arasında adil bir dengenin gözetilmesi*

İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olması kapsamında, idarenin sahip olduğu takdir yetkisini kullanarak vermiş olduğu idari yaptırımlara ilişkin kararlarda ölçülülük ilkesini gözetip gözetmediği, idari yargı mercileri tarafından denetlenebilecektir. Kamu yararı ile idari yaptırımın muhatabının özel yararı arasındaki dengeye dikkat edilmemişse ya da bu denge ölçüsüz bir şekilde kurulmuşsa, idari yaptırım içeren işlem, idari yargı yerince iptal edilecektir. Anayasa Mahkemesi, idarenin takdir yetkisini kullanırken bu ilkeye sadık kalması hususunda bir kararında şu ifadelere yer vermektedir: “*Takdir yetkisi adil, makul ve ölçülü biçimde kullanılmalı; kazanılmış hakları zedelememeli ve kişinin hukuk düzenine olan güvenini sarsmamalıdır.*”¹¹⁸.

2.3.3.6. Non Bis İn İdem ilkesi

Non bis in idem ilkesi, suç niteliği taşıyan bir fiil için birden fazla yargılama ve cezalandırma yapılmasının mümkün olmamasına ilişkin bir ceza hukuku ilkesidir¹¹⁹. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 223 üncü maddesinin yedinci fıkrasında “*Aynı fiil nedeniyle, aynı sanık için önceden verilmiş bir hüküm veya açılmış bir dava varsa davanın reddine karar verilir.*” hükmü ile bu ilkeye işaret edilmektedir.

Bu konu her ne kadar içtima hükümleri ile benzerlik taşısa da, içtima hükümleri bir fiil ile birden fazla aynı türden yaptırım gerektiren hukuk ilkesi ihlal edilirse uygulama alanı bulur. Yani aynı fiille birden fazla cezai yaptırıma yol açacak bir suç işlendiğinde veya aynı fiille birden fazla idari ilke ihlal edildiğinde her biri için ayrı ayrı yaptırım uygulanmaz; bunun yerine en ağır yaptırıma hükmedilir. Bu durum, non bis in idem ilkesinin varlığından kaynaklanmaktadır. Ancak bir fiille biri cezai yaptırım, diğer idari yaptırım uygulanmasını gerektiren iki hüküm ihlal edildiğinde içtima hükümleri uygulanmayacak, her biri için ayrı ayrı yaptırıma hükmedilebilecektir. Burada aynı fiil için birden fazla yaptırım uygulanması,

de hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir. Eylem ile yaptırım arasında bulunması gereken adil denge, ölçülülük ilkesi olarak da adlandırılmakta ve bu ilkenin alt ilkelerini de elverişlilik, zorunluluk ve orantılılık ilkeleri oluşturmaktadır. “Elverişlilik ilkesi”, öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç için elverişli olmasını, “zorunluluk ilkesi” öngörülen yaptırımın ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmasını ve “orantılılık ilkesi” ise öngörülen yaptırım ile ulaşılmak istenen amaç arasında olması gereken orantıyı ifade etmektedir” (Erişim: 27/04/2018 www.danistay.gov.tr).

¹¹⁸ AYM E. 2003/31 K. 2003/87 T. 08/10/2013. RG 24/02/2004 sa. 25383.

¹¹⁹ KARABULUT, s. 185.

yaptırımların farklı türden olmasından ötürü non bis in idem ilkesinin ihlali anlamına gelmeyecektir.

Non bis in idem ilkesi, idari yaptırımlar ile cezai yaptırımlar arasında geçerli bir ilke değildir¹²⁰. İdari ilkelere aykırı davranışlar bazen aynı zamanda ceza hukuku ile korunmak istenen alana da müdahale teşkil edebilir. Bu durumda bahse konu olan eylemde bulunan kişi hakkında hem idari yaptırım, hem de cezai yaptırım uygulanmasının önünde engel yoktur. Cezai yaptırımlar ile idari yaptırımların belirtilen nitelikleri nedeniyle, cezai yaptırımlar yanında, idarece ayrı bir yaptırım uygulanabildiği gibi, ceza yaptırım uygulanmadığı hallerde de idari yaptırım uygulanmasını gerektiren bir eylemin varlığı halinde, ceza yargılamasındaki nitelendirme ve verilen karar idari yaptırım uygulanmasını engellemez¹²¹.

Non bis in idem kuralı ceza ilkeleri bakımından mutlak bir kural olmakla beraber, bu ilkenin idari yaptırımlar bakımından uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalı bir konudur. Bir görüşe göre idarenin bir kişiyi iki farklı sıfatı ve durumu açısından farklı değerlendirmeye tabi tutması mümkündür ve bunun sonucunda farklı yaptırımlara hükmedebilir. Ceza hukukunda geçerli olan aynı eylemden dolayı birden fazla ceza verilemeyeceği kuralı idari yaptırımlar açısından geçerli olmadığından idarenin iki farklı yaptırım uygulaması mümkün ve geçerlidir¹²². 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 27 nci maddesinde *"Bu kanunda yazılı fiiller hakkında verilecek idari nitelikteki cezalar, bu fiiller için diğer kanunlarda yazılı cezaların uygulanmasına engel olmaz"* hükmüne yer verilmekle non bis in idem ilkesinin uygulanmayacağı açıkça belirtilmiştir.

Sonuç olarak non bis in idem ilkesi aynı fiilin birden fazla idari yaptırımla veya birden fazla cezai yaptırımla yargılanmasını ve/veya cezalandırılmasını engelleyen bir ilkedir. Diğer taraftan aynı fiil hem idari yaptırım gerektiren hem de cezai yaptırım gerektiren bir fiil niteliği taşımaktaysa her iki yaptırımın uygulanmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bizim de benimsediğimiz doktrindeki ağırlıklı görüşe göre söz konusu ilke idari yaptırımlar alanında geçerli değildir; dolayısıyla herhangi bir eyleme birden fazla idari yaptırımın uygulanması mümkündür.

¹²⁰ ERDİNÇ, s. 270.

¹²¹ Danıştay 10. D., E.2002/521, K. 2003/4772 T. 05/12/2003. (Erişim: 14/03/2018 www.danistay.gov.tr).

¹²² GÜNDÜZ, s.21.

2.3.3.7. Savunma hakkı

İdare hukukunda savunma hakkı, idari yaptırım kararının verilmesi ve uygulanmasından önce ilgilinin, yaptırım kararına konu fiili işlemediği veya işlemiş olmasına rağmen daha az cezanın takdir edilmesini gerektirecek birtakım koşulların bulunduğunu idare önünde ifade edebilmesine ilişkin hukukun evrensel ilkelerinden birisidir.

Anayasanın 36 ncı maddesinde “Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” ifadelerine yer verilmiştir. Söz konusu maddenin lafzında, bu ilkenin hukukun tüm alanlarında, yani ceza hukukunun yanı sıra idare hukukunda da uygulama alanı bulacağı açıktır. Ancak, savunma hakkına ilişkin anayasal ifade yetersiz olup bu hakkın korunmasına ilişkin tam bir güvence sağlamamaktadır. Dolayısıyla savunma hakkı, Türk hukukunda ağırlıklı olarak yargısal içtihatlarla kuvvetlendirilmektedir.

İdare hukukunda kural olarak bir idari işlem tesis edilirken ilgilisinin dinlenilmesine veya ilgiliye savunma hakkı tanınmasına gerek bulunan haller sınırlıdır. Örneğin KK’da idari yaptırım kararı alınmadan önce yaptırım uygulanacak kişinin savunmasının alınması ilkesi kabul edilmemiştir¹²³. Diğer taraftan, Anayasanın 129 uncu maddesine göre; memurlar ve diğer kamu görevleri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşlarının mensuplarına savunma hakkı tanımadıkça disiplin cezası verilememektedir.

Düzenleyici ve denetleyici kurullara ilişkin yasal düzenlemelerde de bu ilkeye yer verildiği görülmektedir. Örneğin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 43 üncü maddesinde başlatılan soruşturmaların, soruşturmaya başlanması kararının verildiği tarihten itibaren 15 gün içinde ilgili taraflara bildirileceği ve tarafların ilk yazılı savunmalarını 30 gün içinde göndermeleri isteneceği belirtilmiştir. SerPK’da da 105 inci madde ile idari para cezalarının uygulanmasından önce ilgilinin savunmasının alınacağı ifade edilmiştir.

Savunma hakkı ilkesinin önemine birçok AYM kararında yer verildiği gibi, Danıştay da idari işlemlerde bu ilkeye uyulması gerektiğine sıklıkla değinmektedir. AYM kararlarında bu

¹²³ Bu husustaki eleştiriler için bkz. KARABULUT, s. 31.

hak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6 ncı maddesindeki adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak da değerlendirilmiştir¹²⁴.

Uygulamada gerek disiplin işlemlerinde gerekse idari yaptırım uygulamasına yönelik işlemlerde ilgililerin savunmasının alınması gerektiği yönünde idari yargı yerlerince verilmiş kararlar bulunmaktadır. Danıştay bir kararında Rekabet Kurumu tarafından davacı şirketin distribütörleriyle imzaladığı sözleşmelerin Kanuna ve mevzuata aykırı hükümler içerdiği, bu itibarla rekabetin ihlâl edildiğinin tespit edilmesine karşın, bu tespitler nedeniyle ön araştırma sonunda soruşturma açılması, ileri sürülen hususlarla ilgili olarak Kanun'da öngörülen savunma hakkının ilgililere kullandırılması gerekirken; doğrudan idari para cezası verilmesinde hukuka uyarlık bulunmadığını ifade etmiş ve ilgili idari işlemin iptaline karar vermiştir.

Savunma hakkı, idare karşısında idare edilenleri korumak amacıyla öngörülmüş bir hak niteliğindedir. İdari yaptırımlarda dinlenilme ve savunma hakları idarenin hem taraf, hem de yargılayıcı konumunda olması nedeniyle diğer birçok işleme göre daha büyük önem taşımaktadır. Gerekmesi halinde savunma hakkı ilkesine uyulmaması, yapılmış olan bir idari işlemin sonucunu etkilememiş olsa bile işlemi usul bakımından sakatlar ve işlemin iptal edilmesi sonucunu doğurur. Bununla beraber, savunma hakkının ilgilisi tarafından kullanılmaması halinde savunma hakkının ihlalinden söz edilemez¹²⁵.

2.4. İdari Yaptırımların Bir Türü Olarak İdari Tedbirler

2.4.1. İdari Yaptırımlarda Sınıflandırma Sorunu

İdare, kendi görev alanı dahilindeki mevzuatı uygularken kanunun kendisine verdiği yetki dahilinde çok çeşitli idari yaptırımlara hükmedebilir. Öyle ki bu yaptırımlar zaman zaman idarenin takdir yetkisi çerçevesinde *nevi şahsına münhasır* nitelikler de içerebilmektedir. Bu durum idari yaptırımların sınıflandırılmasını bir hayli zorlaştırmaktadır.

¹²⁴ AYM E.2015/41, K. 2017/98 T. 04/05/2017 RG T. 03/08/2017 Sa. 30143: “Adil yargılanma hakkının bir parçası olması nedeniyle Anayasanın 36. maddesiyle de ilgili olan bu ilke aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir.” (erişim: www.anayasa.gov.tr 14/07/2018)

¹²⁵ KARABULUT, s. 47-48.

Ulusoy, genel olarak yaptırımları öncelikle nitelikleri bakımından bir ayrıma tabi tutmuş ve caydırıcı nitelikteki yaptırımlar ve telafi edici nitelikteki yaptırımlar olmak üzere iki grupta incelemiştir¹²⁶. Buna göre caydırıcı yaptırımlarda caydırma, cezalandırma, hatta acı çektirme niteliği ağır basmaktadır. Telafi edici yaptırımlarda ise asıl hedeflenen, yaptırıma sebep olan davranışla ortaya çıkan ihlalin giderilmesi, bozulan kamu düzeninin yeniden sağlanmaya çalışılmasıdır. Cezai yaptırımlar bu sınıflandırmada genel anlamda caydırıcı nitelikteki yaptırımlara dahil olmaktadır. İdari yaptırımlarda ise telafi etme, bir diğer deyişle giderme amacı daha ön planda olduğundan bu tür yaptırımların telafi edici yaptırımlar grubunda olduğu kabul edilmektedir.

İdari yaptırım türlerinin kendi arasında sınıflandırılması noktasında ise fikir birliğine varılamamıştır. KK'nın "Yaptırım türleri" başlıklı 16 ncı maddesinde "*Kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirlerden ibarettir. İdarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir.*" ifadeleriyle idari yaptırımlar bakımından net ve sınırları belirli bir tasnif yapılmış ancak idari tedbirler sayma yolu ile belirlenmemiştir. Nitekim söz konusu maddenin gerekçesine bakıldığında "*Maddenin birinci fıkrasında, kabahatler karşılığında uygulanacak idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirler olarak iki ana gruba ayrılmıştır. İkinci fıkrada ise, idarî tedbirler olarak mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda belirtilen diğer tedbirler olarak ifade edilmiştir. İlgili kanunlarda yer alan tedbirlerin çeşitliliği karşısında, bunların sınırlayıcı bir şekilde sayılmasından sarfinazar edilmiştir*"¹²⁷. " ifadelerine yer verildiği görülmektedir.

İdarenin görev ve yetki alanı genişliği göz önünde bulundurulduğunda uygulanacak idari tedbirlerin çok çeşitli olabileceği kuşkusuzdur. Bu nedenle idari tedbirlerin türlerinin bu madde metninde açıkça sayılmaması yerinde bir düzenleme olmuştur. Bununla beraber idarenin uygulayabileceği idari tedbirler KK çerçevesinde uygulayabileceği tedbirlerle sınırlı olmayıp birçok özel kanunda idari tedbir uygulanmasını öngören hükümler mevcuttur. Söz konusu düzenleme bu yönden de uygun bir yaklaşım içermektedir¹²⁸.

¹²⁶ ULUSOY, 2013, s. 8.

¹²⁷ Kabahatler Kanunu Tasarısı ve gerekçesi (erişim:29/03/2018 <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss840m.htm>).

¹²⁸ YURTCAN, E. (2016). *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 106-107.

KK'da yer alan bu sınıflandırma tüm idari yaptırımları sınıflandırmak bakımından yeterince kapsamlı olmayıp birtakım sorunlar içermektedir. Öncelikle, bu sınıflandırmanın yalnızca KK kapsamındaki idari yaptırımlar bakımından mı bir tasnif yaptığı, yoksa tüm idari yaptırımlar bakımından mı bu ayrımı öngördüğü açık değildir¹²⁹. Eğer bu ayrımın idare hukukundaki tüm idari yaptırımlar gözetilerek yapılmış olduğu kabul edilirse söz konusu kanun uyarınca başkalarının huzur ve sükununu bozacak şekilde gürültüye neden olan kişiye verilecek elli Türk Lirası idarî para cezası ile Sermaye Piyasası Kanunu uyarınca piyasa bozucu eylemleri gerçekleştiren kişilere verilecek beş yüz bin Türk Lirası idari para cezası, hukuken aynı sınıflandırma içerisinde yer alacaktır. KK'da yer alan diğer idari tedbirler, Özen'e göre suç karşılığı uygulanan güvenlik tedbirleri ile paralellik göstermektedir. Bu tür yaptırımlar, kabahat oluşturan haksızlıklara göre daha ağırdır. Haksızlık ve yaptırım arasında orantı bulunması, hukukun genel ilkelerinden biri olduğundan bu düzenlemede bu orantının sağlanamadığı görülmektedir¹³⁰.

Bununla beraber KK'da idari yaptırım kararlarına karşı yargı yolu olarak sulh ceza mahkemesi işaret edilmektedir. Halbuki az önce verdiğimiz örnekte olduğu gibi Sermaye Piyasası Kanunu çerçevesinde verilecek idari yaptırım kararlarının yargısal denetimi, idari yargıda yapılacaktır. Dolayısıyla gürültü yapma gibi günlük hayata dair basit kabahatler ile regülatif cezaların bu sınıflandırma içerisinde ayrıştırılmamış olması da söz konusu cezaların yargı rejimiyle ilgili çelişki yaratmaktadır. Ayrıca bahsi geçen bu sınıflandırmada, idari yaptırımların bir türünü oluşturan disiplin yaptırımları, kendisine yer bulamamaktadır.

Söz konusu eksiklikler göz önünde bulundurulduğunda KK'da yer alan sınıflandırmanın, yalnızca bu kanunda yer alan idari yaptırımlar için yapılmış bir sınıflandırma olduğunu kabul etmek daha doğru olacaktır. İdare hukukunda uygulanan tüm idari yaptırımların daha kapsamlı bir sınıflandırmaya tabi tutulması gerekmektedir.

Bu kapsamda *Tan/Gözübüyük*, idari yaptırımları Fransız hukukunda yapılan sınıflandırma doğrultusunda dörtlü bir ayrıma tabi tutmuştur. Buna göre idari yaptırımlar dört konu başlığı altında toplanabilir.

- İdare ile bir ilişki sonucunda ortaya çıkan idari yaptırımlar

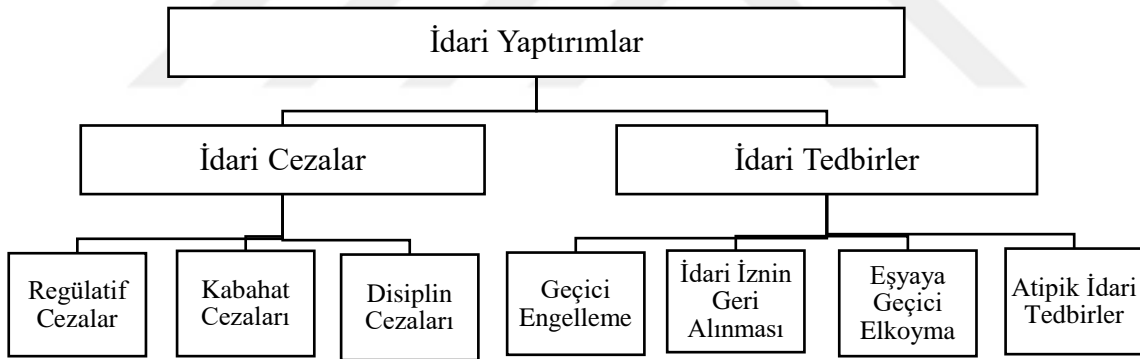
¹²⁹ ULUSOY, 2013. s. 9-10.

¹³⁰ ÖZEN, M. (2013). *İdari Ceza Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s.140.

- Bir hukuki yükümlülüğün parçası olan idari yaptırımlar
- Kamu güvenliğini tehlikeye atan durumları sonlandırmak için uygulanan idari yaptırımlar
- Bağımsız idari otoritelerin düzenleme yetkileri çerçevesinde uygulanan idari yaptırımlar¹³¹.

Günday idari yaptırımları idari cezalar ve idari icra şeklinde ikiye ayırmış; daha sonra idari cezaları disiplin cezaları ve öteki idari cezalar olmak üzere iki başlıkta incelemiştir¹³². *Çağlayan* ise idari yaptırımları bireysel yaptırımlar ve mali yaptırımlar olarak ikili bir ayrıma tabi tutmuş; mali yaptırımları da idari parasal yaptırımlar, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, elkoyma, yıkım kararı ve diğer mali yaptırımlar olmak üzere farklı türlerine ayırmıştır¹³³.

Doktrinde idari yaptırımlar bakımından yukarıda açıklandığı üzere farklı sınıflandırmalarla karşılaşılrsa da bizce en makul ve en kapsayıcı sınıflandırma, *Ulusoy*'un benimsemiş olduğu sınıflandırmadır¹³⁴. Buna göre idari yaptırımlar en temelde idari cezalar ve idari tedbirler olmak üzere ikiye ayrılmakta, daha sonra aşağıdaki şemada görüleceği üzere alt ayrımlarına bölünmektedir.



2.4.2. Uygulanacak Hukuk Kuralının Tespiti Bakımından İdari Cezaların İdari Tedbirlerden Ayrıştırılması

Yaptırımların en temel anlamda caydırıcı ve telafi edici yaptırımlar olmak üzere iki gruba ayrıldığını düşünürsek nitelik itibarıyla idari cezaların caydırıcı yaptırımlara, idari tedbirlerin ise telafi edici yaptırımlara karşılık geldiğini söyleyebiliriz. İdari cezalarda caydırma, cezalandırma amacı ön planda tutulmaktadır. Nitekim idari para cezaları, disiplin

¹³¹ TAN / GÖZÜBÜYÜK, s. 780 vd.

¹³² GÜNDAY, M. (2003). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayıncılık, s.202 vd.

¹³³ ÇAĞLAYAN, s. 52-62., SİNOPLU, s. 24 vd.

¹³⁴ ULUSOY, 2013. s. 11.

cezaları gibi idari cezalarda da caydırma amacı baskındır. İdari tedbirlerde ise asıl amaç telafi etme, engellemedir. Dolayısıyla bir faaliyet izninin geçici olarak durdurulması gibi yaptırımlar da bu türden yaptırımlara örnek teşkil etmektedir.

Bir idari yaptırımın "idari ceza" mı yoksa "idari tedbir" mi olduğu, bu yaptırıma uygulanacak hukuk kurallarının belirlenmesinde rol oynamaktadır. Eğer bir idari yaptırım "idari ceza" niteliğinde ise, bu yaptırıma suç ve cezaların kanuniliği, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi, savunma hakkı, ölçülülük ilkesi gibi cezalara ilişkin temel anayasal güvencelerin uygulanması zorunludur; aksi halde bu ceza, hukuken geçerli olmaz¹³⁵.

Ceza hukukunun genel ilkeleri, idari işlemlere uygulanan ilkelerle birlikte idari ceza niteliği barındıran idari yaptırımlara da kural olarak uygulanır. Ancak burada ceza hukukunun tüm genel ilkelerinin değil, çekirdek kısmının uygulanması yeterlidir. Dolayısıyla idari yaptırım kararlarının hukuka uygunluk denetiminin yapılmasında hem idare hukuku ilkeleri, hem de ceza hukukunun en temel ilkeleri göz önüne alınmalıdır. Örneğin idari yaptırımın muhatabının savunmasının alınmasının idari yaptırımlarda kural olarak zorunlu olmadığından, ancak bazı özel kanunlarda ilgilinin savunmasının alınmasının zorunlu tutulduğundan yukarıda bahsetmiştik.

Buna karşılık, idari tedbir niteliğindeki idari yaptırımlarda idari işlemin hukuken geçerli olabilmesi için genel hukuk ilkeleriyle birlikte idari usul kurallarının uygulanmış olması kural olarak yeterli görülmektedir. Bu tür yaptırımlarda kanunilik de dahil olmak üzere ceza hukukunun temel prensiplerine uyulmaması idari işlemi hukuka aykırı hale getirmez.

Görüldüğü üzere bir idari yaptırım kararının idari ceza mı yoksa idari tedbir niteliğinde mi olduğunun tespiti, söz konusu işleme uygulanacak hukuki rejimin belirlenmesi, dolayısıyla bu işlemin hukuka uygunluk denetiminin yapılabilmesi açısından büyük önem arz etmektedir. Bu ayrıştırmanın yapılmasında birtakım ölçütler kullanılmaktadır.

Danıştay kararlarında sıklıkla göze çarpan, idari cezalar ile idari tedbirlerin birbirinden ayrılmasında nitelik ölçütünün kullanıldığıdır. Buna göre mevzuatta yer alan hizmetin gereği gibi işlemlerini olumsuz etkileyen davranışlara karşı önleyici, engelleyici nitelik taşıyan idari

¹³⁵ ULUSOY, 2013, s. 26.

yaptırım kararları idari tedbir, cezalandırma ve caydırma amacı taşıyan idari yaptırım kararları ise idari ceza olarak kabul edilmektedir¹³⁶. Kanaatimizce bu ayrımın yapılmasında nitelik ölçütüyle beraber nicelik ölçütünün de kullanılması, yani söz konusu yaptırımın sonuçlarının çok daha ağır olduğu durumlarda bu yaptırımın idari ceza olarak kabul edilmesi de yerinde bir yaklaşım olacaktır.

Uygulamada idari yaptırım kararına konu aynı idari işlem türü kimi zaman idari ceza niteliği taşıırken, kimi zaman idari tedbir niteliğinde olabilmektedir. Böyle bir durumda kullanılan ölçüt ise mevzuat ihlalinin gerçekleştiği zamanın tespiti. Danıştay'ın yerleşik içtihatı doğrultusunda; eğer kişilere hak sağlayan bir idari işlemin tesis edildiği anda herhangi bir hukuka aykırılık yok ise yani bu işlemin hukuka uygunluğunda bir beis yok ise ancak daha sonra lehine işlem tesis edilen kişi mevzuata aykırı faaliyetleriyle kendi lehine tesis edilen işlemin iptaline neden olduysa burada idari cezanın varlığından söz edilebilir. Diğer taraftan bir idari işlemin tesisi anında kişinin kastı veya ihmalden kaynaklanan bir sakatlık varsa, bu sakatlığın sonradan fark edilmesiyle bu idari işlemin iptali söz konusu ise böyle bir iptal durumunda ortada bir idari ceza bulunmayıp, geri alma niteliğinde bir idari tedbir bulunduğu kabul edilmektedir¹³⁷.

Örnek vermek gerekirse, başlangıçta lisans alma şartlarının bulunmamasına karşın lisans verildiğinin sonradan anlaşılması nedeniyle petrol bayilik lisansının iptal edilmesi işlemi, Danıştayca lisans iptali cezası değil lisansın geri alınması niteliğinde olduğundan idari tedbir olarak nitelendirilmiştir¹³⁸. Bununla beraber petrol dağıtım şirketlerinin kanunla öngörülen yıllık 60.000 ton ürün satamaması nedeniyle lisansının iptal edilmesine ilişkin Danıştay kararında lisansın alınması anında herhangi bir hukuka aykırılığın var olmadığı, mevzuat ihlalinin lisansın alınmasından sonra gerçekleştiğinden bahisle bu işlemin idari ceza niteliğinde olduğu belirtilmiştir¹³⁹.

¹³⁶ ULUSOY, 2013, s.21.

¹³⁷ ULUSOY, 2013, s.31.

¹³⁸ Danıştay 13. D. E.2012/1095 T.4.7.2012 YD Ret. ULUSOY, 2013, s. 19 dph.33.

¹³⁹ Danıştay İDDK YD İtr no:2012/670; ULUSOY, 2013, s. 23 dph.45.

2.4.3. İdari Yaptırım Türleri

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde idari yaptırımlar, idari cezalar ve idari tedbirler başlıkları altında ikili bir sınıflandırma doğrultusunda incelenecektir.

2.4.3.1. İdari Cezalar

İdari yaptırımların bir türü olan idari cezalar en temelde regülatif cezalar, disiplin cezaları ve kabahat cezaları olmak üzere üç gruba ayrılmaktadır.

Disiplin cezaları, kamu hizmetinin, hizmetten yararlananlara verimli ve gereği gibi sunulması için, kurum içi düzeni, disiplini ve hizmeti sunanların statüsünü düzenleyen normlara aykırı hal ve davranışları teşkil eden disiplin suçları karşısında uygulanan yaptırımlardır¹⁴⁰. Disiplin cezaları, kabahat cezaları ve regülatif cezaların aksine genel anlamda kamu düzenini koruma amacından ziyade belli bir kurum içi düzeni koruma amacı gütmektedir. Disiplin suçları ve disiplin cezalarına 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nda sayma yöntemiyle yer verilmekle beraber bazı disiplin suçları torba hüküm niteliğinde olup yorum yoluyla kapsamı belirlenebilmektedir.

Kabahat cezaları, genel kolluk yetkileri kapsamında ve genel kamu düzenini korumak amacıyla kabahat olarak nitelendirilen basit mevzuat ihlalleri nedeniyle öngörülen ve kişiler aleyhine ağır etki ve sonuç doğurmadığı kabul edilen idari cezalardır¹⁴¹. Kabahat cezaları adli cezalar ile karşılaştırıldığında, kabahat cezalarında ahlaki aykırılığın daha önemsiz olduğu ve sosyal açıdan daha az kötülüğün var olduğu gerekçesiyle geçmişte bu suç ve ceza türleri arasında bir derecelendirme yapılması ihtiyacı duyulmuştur¹⁴². Burada modern ceza hukuku anlayışı kapsamında devletlerin gütmekte olduğu suç olmaktan çıkarma eğiliminden (depenalizasyon) kısaca bahsetmekte fayda görülmektedir.

Devletler hafif nitelikteki ihlalleri ceza kanunlarına dâhil ederek suç hâline getirme yolundan gittikçe vazgeçmektedirler. Zira hafif derecedeki ihlallere suç tipi olarak yer verildiği takdirde, bunlar ceza mahkemelerinde yargılanacak ve sanık da birçok muhakeme güvencesi

¹⁴⁰ AKYILMAZ, B. (2002). *Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar*, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 6 Sayı 1-2, s. 4.

¹⁴¹ ULUSOY, 2013, s. 147.

¹⁴² MAHMUTOĞLU, s. 76 vd.

altında olacağından muhakeme uzun sürecek ve böylece cezadan beklenen caydırıcılık amacına da ulaşamayacaktır. Bu durumun yol açacağı ekonomik külfet, hafif nitelikteki ihlallerin cezalandırılmasıyla telafi edilecek kamu düzeninden daha önemli boyuttadır. Ayrıca kişinin basit ihlallerden dolayı ağır ihlallerle aynı usule tabi olarak ceza mahkemelerinde yargılanması da toplumda manevî açıdan lekelenmesine yol açmaktadır¹⁴³. Bununla beraber suç olgusu toplumdaki topluma, sosyal bir gruptan diğer bir sosyal gruba, zamandan zamana değişen göreceli bir değerlendirmeye dayanmaktadır. Suç olmaktan çıkarma eğiliminde, önceden suç olarak görülen bazı davranış biçimlerine izin verilmesi veya hoşgörüle karşılanması söz konusudur. Bu sonuca, davranışın toplumu doğrudan tedirgin etmemesi veya toplum hayatını zedelememesi veya daha etkili önlemlerle mücadele edilebilmesi nedeniyle varılmaktadır. Sosyal düzeni güvence altına almak için belli fiilleri suç sayan devlet, bazı fiilleri daha ağır cezalarla karşıladığı takdirde bu düzeni ihlallerden koruyabileceğini düşünür. Diğer bazıları da daha az tehlikeli bularak kabahat olarak düzenler. Kanun koyucuyu bu şekilde hareket etmeye götüren faktör, o dönemdeki ihtiyaçtan ibaretse de, bazı fiilleri kabahat olarak nitelenmenin nedeni, bu gibi hareketlerin sosyal düzeni büyük ölçüde sarsmayacağı kanaatinden ibarettir¹⁴⁴. Türk hukukunda da ceza hukuku alanından çıkarılarak karşılığında idari yaptırım öngörülen ihlaller haline getirilen davranışlar için en güzel örnek KK'dır. Bu kanunda yer alan ihlal niteliğindeki fiiller suç durumundan çıkarılmış olup artık idari bir ihlal söz konusudur¹⁴⁵. Kabahatleri bir suç, karşılığında uygulanması gerekeni ise bir ceza olarak algılayıp bunları ceza hukukunun bir alt dalı olarak kabul eden düşünceler, söz konusu eğilim bağlamında yapılan düzenlemenin amacıyla bağdaşmamaktadır¹⁴⁶.

Regülatif cezalar, *Ulusoy* tarafından spesifik bir alandaki kamu düzenini korumak veya belli bir sektörü regüle etmek amacıyla o konularda özel olarak yetkilendirilmiş idari makamlar tarafından verilen idari cezalar olarak nitelendirilmektedir¹⁴⁷. Düzenleme ve denetleme yetkilerinin bir uzantısı ve sonucu olarak idari yaptırım uygulama yetkisine sahip olan bağımsız idari otoritelerin uyguladığı idari cezalar, regülatif cezalar kapsamında değerlendirilmektedir. Bununla beraber diğer kamu kurum ve kuruluşlarınca verilen cezalar da cezanın niteliğine göre regülatif ceza olarak kabul edilebilmektedir. Ancak bu türden idari

¹⁴³ KANGAL, Z. (2011). *Kabahatler Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s.10.

¹⁴⁴ YALÇIN, İ. (2007). *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 22.

¹⁴⁵ ERDİNÇ, s. 254.

¹⁴⁶ ERDİNÇ, s. 256.

¹⁴⁷ ULUSOY, 2013, s. 140.

cezaların regülatif ceza mı, yoksa kabahat cezası mı olduğu noktasında bazı kriterlerin kullanılması ihtiyacı doğmaktadır.

Doktrinde regülatif cezalar ile kabahat cezalarını ayırmada nitelik yönünden ve nicelik yönünden olmak üzere iki farklı ölçüt kullanılabileceği dile getirilmektedir¹⁴⁸. Nitelik yönünden ayırma kriterine göre, kabahat cezaları, genel kamu düzeninin, genel sağlık ve genel toplumsal huzuru koruma amaçlı olarak, genel kolluk mevzuatını ihlal edenlere verilen cezaları ifade etmektedir. Regülatif cezalar ise, genel kamu düzeni yerine, daha sektörel bir alan bakımından düzeni korumaya veya regülasyonu sağlamaya yönelik olarak verilen cezaları ifade eder¹⁴⁹. Bağımsız idari otoritelerin kendi görev alanları kapsamında verdikleri idari para cezaları ve lisans iptali gibi cezalar, regülatif cezalardır.

Nicelik yönünden ayırma kriterine göre ise, kabahat cezaları ilgilisi üzerinde hafif ve telafisi kolay sonuçlar yaratırken regülatif cezaların doğurduğu etki ve sonuçlar daha ağırdır¹⁵⁰. Ancak bu ölçütün uygulanmasında somut bir ağırlık-hafiflik algısı tespit edilemeyeceğinden objektif bir sınır belirlemek çoğu zaman güç olacaktır.

Diğer taraftan, kabahat cezası ve regülatif cezaların ayrımı yapılırken verilen cezanın hangi görev veya faaliyet kapsamında verildiğini de göz önünde tutmak gerekir. Cezayı veren makamın konumu sayesinde uygulanan yaptırımın türünü belirlemek her zaman doğru olmayacaktır. Zira düzenleyici ve denetleyici otoriteler de kimi zaman kabahat niteliğinde yaptırımlara da hükmedebilmektedir. Aynı şekilde, regülatif cezaların da mutlaka bağımsız idari otoritelerce verilmesi gerekmemektedir. Belirli bir konuda regülasyon faaliyetinde bulunan veya spesifik bir kolluk yetkisi kullanan ancak klasik idare yapılanması içinde olan idari makamlarca verilen cezalar da niteliğine ve ağırlığına göre regülatif ceza olarak kabul edilebilmektedir. Örneğin Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nün 5431 sayılı Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 4 üncü maddesinde yer alan "*Uçuş emniyetinin veya uluslararası standartlar ve kuralların ihlal edildiğinin tespit edilmesi halinde, uçuş operasyonlarını ve faaliyetlerini yasaklamak, gerektiğinde işletme ruhsatlarını askıya almak veya iptal etmek ve cezai yaptırım da dahil gereken her türlü önlemi almak*" yetkisi, bu kapsamda değerlendirilebilir. Bunun gibi 5324 sayılı Kozmetik Kanunu'nun 5 inci maddesinde

¹⁴⁸ ERDİNÇ, s. 243.

¹⁴⁹ ERDİNÇ, s.12.

¹⁵⁰ ERDİNÇ, s. 243.

idari para cezalarına ilişkin hükümler düzenlenmiş olup 6 ncı maddesinde mevzuatta belirlenen esaslara uygun olmadığı tespit edilen kozmetik ürünler ile ilgili uyarı, piyasadan toplatma ve imha için gereken işlemler ile kozmetik ürün üretim yerinin ıslahı ve gerektiğinde kapatılması ile ilgili bütün tedbirleri almaya ve uygulamaya Sağlık Bakanlığı yetkili kılınmıştır.

Regülatif cezalar ile kabahat cezalarının ayırımının önem arz ettiği bir nokta da görevli yargı yerinin tespitidir. Uygulamada idari para cezalarının regülatif ceza mı yoksa kabahat cezası mı olduğuna ilişkin ayırım çoğu zaman sağlıklı şekilde yapılamadığı için yargı yerlerinde sıklıkla görev uyuşmazlığıyla karşılaşmaktadır. KK'nın başvuru yolunu düzenleyen 27 nci maddesinde idari para cezalarından bu kanun kapsamına giren kabahat cezalarına karşı sulh ceza mahkemesine başvurulabileceği açıkça belirtilmiştir. Buna karşılık idari bir işlem niteliği taşıyan regülatif cezaların yargısal denetiminin, uygulayan kurum ve kuruluşların diğer işlemleri gibi idari yargıda yapılacağını söylemek yanlış olmayacaktır.

Görevli yargı yerinin belirlenmesi için öncelikle uyuşmazlığa konu cezanın regülatif ceza mı yoksa kabahat cezası mı olduğu yukarıda belirtilen ölçütler kullanılarak tespit edilmelidir. Regülatif cezaların karakteri gereği yargısal denetiminin idare mahkemelerinde yapılması gerekmektedir. Nitekim 4628 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde de, 4054 sayılı Kanunun 55 inci maddesinde de, SerPK'nın 105 ve 134 üncü maddelerinde de idari yaptırım kararlarına karşı yetkili idare mahkemesinde dava açılabilmesi açıkça yer almaktadır. Konuya ilişkin detaylı açıklamalara çalışmamızın son başlığında yer verilmiştir.

Hukuk düzenimizde idari yargının idari uyuşmazlıklar konusunda genel görevli olduğu izahtan varestedir. Birçok yüksek yargı kararında da idari eylem ve işlemlerin yargısal denetiminin idari yargının görev alanına girdiği defaatle ifade edilmiştir. Kamu gücü kullanarak kişileri cezalandırma amacını taşıyan ve idari işlem niteliğinde olan idari yaptırımların yargısal denetiminde ceza hukuku ilkelerinden yararlanılması mümkün ise de, bu durum, idari yaptırımların yargısal denetiminde idari yargının görevli olması gerektiği kuralını değiştirmemektedir. Dolayısıyla idari yaptırım kararları konusunda görevli yargı yeri olarak idari yargı yerlerinin genel görevli olduğunun¹⁵¹, ceza hukuku karakteri ağır basan kabahat yaptırımları konusunda ise 5326 sayılı Kanuna uygun olarak sulh ceza mahkemelerinin görevli olduğunun belirtilmesinde fayda görülmektedir.

¹⁵¹ TAN, 2005, s. 321.

İdari yaptırımların sınıflandırılmasında tarafımızca yukarıda yer alan şemadaki sınıflandırma kabul edilmiş olmakla birlikte, bu bölümde idari cezalardan yalnızca regülatif cezalar ele alınacaktır. Regülatif cezaların tasnifinde de regülatif para cezaları ve faaliyetin engellenmesine ilişkin cezalar olmak üzere ikili bir ayırım yapılacaktır.

2.4.3.1.1. Regülatif Para Cezaları

İdari para cezaları en geniş anlamda “yasada açıkça öngörülen idari ihlaller nedeniyle bir yargı kararına gerek olmadan, yasanın doğrudan doğruya idari mercilerce karar verebileceğine izin verdiği ve bir miktar paranın alınması sonucunu doğuran idari yaptırım türü” olarak tanımlanmaktadır¹⁵². İdari cezalardan regülatif cezaların bir türü olan regülatif para cezaları, idari makamların yukarıda belirtilen regülasyon yetkisi çerçevesinde ve spesifik bir alanda düzenleme yapma yetkisine sahip olan diğer kamu kurumlarının bu yetkileri çerçevesinde vermiş oldukları parasal cezalardır¹⁵³.

Regülatif para cezaları, özellikle bağımsız idari otoritelerin görev alanına ilişkin mevzuatta sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Bu cezaların uygulanmasında kanunilik ilkesine sadık kalınmakta, verilen para cezasının kanuni dayanağının mevcut olması cezanın hukuka uygunluğunda en önemli kriter olarak kabul edilmektedir. Bu kapsamda verilecek para cezalarının yalnızca mevcut kanun hükümleri kapsamında verilebileceği, bunun dışında yönetmelik, yönerge, anlaşma gibi hukuki metinlerle idari para cezasına hükmedilemeyeceği sıklıkla yüksek mahkeme kararlarına da konu olmuştur¹⁵⁴. Danıştay, bir kararında hukuka aykırı fiillere karşı uygulanacak yaptırımın kanunla belirlenmesi gerekmesine rağmen, idare

¹⁵² OĞURLU, s.122.

¹⁵³ ULUSOY,2013, s.141.

¹⁵⁴ Kanunda yer almayan bir idari para cezasının yönetmelikle düzenlenemeyeceğine ilişkin bkz. Danıştay İDDGK E. 2004/2733, K. 2006/54, T. 23.2.2006 “...belirtilen Yasa hükümlerine göre, bir işyerinde çalıştırılan sigortalılara ait aylık bildirgelerin verilme zorunluluğunun bulunduğu ve bu bildirgenin verilmemesi veya geç verilmesi halinde de idari para cezası uygulanacağına öngörüldüğü, ancak 4 aylık bildirme yükümlülüğü ve bu yükümlülüğe uymama ile ilgili herhangi bir düzenlemenin Yasada yer almadığı, ayrıca, 506 sayılı Yasada 4 aylık bildirgenin verilmesi gerektiğini düzenleyen bir hüküm bulunmadığı için, bildirgenin hiç verilmemesi veya geç verilmesi halinde müeyyide uygulanacağı yönünde bir düzenlemenin de bulunmadığı, bu nedenle de yönetmelik hükmüyle böyle bir müeyyide getirilmesinin, yönetmeliklerin kanun ve tüzüklere aykırı olamayacağını öngören Anayasanın 124. maddesine aykırılık teşkil ettiği, bu durumda, 4 aylık bildirgenin geç veya hiç verilmemesi halinde Kanunun 140. maddesinin 1. fıkrasının (c)bendinde düzenlenen idari para cezasının uygulanacağını belirten dava konusu Yönetmeliğin 29. maddesinin (a)bendinin anılan yasal düzenlemeye aykırı olduğu gerekçesiyle, dava konusu Yönetmelik kuralının iptaline karar verilmiştir.” (erişim: 07/04/2018 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/iddgk-2004-2733.htm>)

tarafından hukuken geçerli bir dayanağı olmadan uygulanan idarî para cezasına ilişkin işlemde hukuka uygunluk görülmediğini ifade etmiştir¹⁵⁵.

Regülatif para cezalarına ilişkin olarak kanunlarda yer alan hükümler incelendiğinde bazı idari para cezalarının miktarının kanunda maktu olarak yer aldığı, bazı hükümlerde ise verilecek para cezasının alt ve üst sınırının belirtildiği, verilecek ceza miktarının idare tarafından takdir edileceği hususu göze çarpmaktadır. İdari para cezasının maktu olarak belirlendiği hükümler çerçevesinde, verilecek para cezasının tespitinde idarenin herhangi bir hareket alanı yoktur. Dolayısıyla idari para cezası verilmesine sebep olan ihlal karşısında idare, kanunda yer alan miktardaki cezaya hükmetmekle yükümlüdür.

Buna karşılık kanunda maktu olarak belirlenmemiş olan, bunun yerine alt ve üst limitleri belirlenmiş olan idari para cezalarına ilişkin hükümlerde, verilecek ceza miktarını ihlalin ağırlığına göre idare takdir etmektedir. Burada kanunilik ilkesi çerçevesinde, verilen idari para cezasının hukuka uygunluk denetiminde ceza miktarının bu sınırlar içinde olup olmadığı da önem kazanmaktadır. Bununla birlikte, bu tür hükümlerin hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık oluşturup oluşturmadığı doktrinde sıklıkla tartışmalara yol açmaktadır. Hatta *Ulusoy* bu tartışmayı bir adım öteye götürerek regülatif cezalarda maktu idari para cezalarını hukuka aykırı gördüğünü ifade etmektedir¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Danıştay 13. D. E.2013/1308, K. 2013/2196, T. 12/09/2013 “*Bu durumda; davacı ile davalı idare arasında Sistem Kullanım Anlaşması imzalanmadığından bu anlaşma gereğince davacıya idarî para cezası verilemeyeceği, davalı idare tarafından tek taraflı olarak kabul edilen İletim Sistemi Sistem Kullanım ve Sistem İşletim Tarifelerini Hesaplama Yöntem Bildirimi'nde “TEİAŞ tesislerinde davacının bağlı olduğu fidere 00:00-24:00 saatleri arasında üç veya daha fazla arıza intikal ederek kesiciyi açması” fiilinin cezai yaptırımını gerektirdiği belirtilmekle birlikte, idarî yaptırımını gerektiren bu fiili tanımlayan bir kanun maddesi bulunmadığı gibi, kanunda bu yönde bir fiile yaptırım uygulanması gerektiğine ilişkin idarece içi doldurulabilecek bir düzenleme de bulunmamakta olup; ayrıca, fiilin işlenmesi durumunda uygulanacak yaptırımın ancak kanunla belirlenmesi gerektiğine ilişkin kurala rağmen, böyle bir fiilin varlığı durumunda her üç açma için kullanıcının içinde bulunulan aya ait sistem kullanım fiyatına göre hesaplanan bedelin %1'i oranında ceza uygulanacağına ilişkin bir kanun hükmü de bulunmadığından, davalı idare tarafından hukuken geçerli bir dayanağı olmadan davacı şirkete idarî para cezası uygulandığı sonucuna ulaşıldığından, dava konusu işlemlerde hukuka uygunluk ve davanın reddi yolundaki temyize konu Mahkeme kararında da hukukî isabet görülmemiştir.*” (Erişim: 07/04/2018 <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/13d-2013-1308.htm>)

¹⁵⁶ “Bu nedenle, regülatif cezalarda makul bir alt ve üst limit belirlenmeyen maktu idari para cezaları hukuka uygun olmayacağından, bu yöndeki yasal hükümler de Anayasanın 38. maddesine aykırı olacaktır. Örnek olarak, EPDK'nın yetki alanı içindeki elektrik piyasası, doğal gaz piyasası, petrol piyasası ve LPG piyasasındaki idari para cezalarında nispi değil maktu ceza belirlendiğine ve üstelik alt-üst limit öngörülmediğine tanık olunmaktadır, Bu konuda Danıştay önüne gelen uyuşmazlıklarda cezaların bu şekilde belirlenmesine dair anılan yasal düzenlemelere karşı bu noktadan ileri sürülen Anayasaya aykırılık iddiaları şimdiye kadar ciddi görülmemiştir.” *ULUSOY*, 2013, s. 126.

Kanaatimizce alt ve üst sınırı belirlenmiş olan para cezalarının miktarının idarenin takdirine bırakılmasında asıl amaç, idarenin somut olayın özellikleri, fiilin etkileri ve ağırlığı, hakkında yaptırım uygulanacak işletmenin büyüklüğü gibi kriterleri göz önünde bulundurarak cezaya hükmetmesidir. Bu durum hukuki güvenlik ilkesine aykırı olmamakla beraber, aksine hakkaniyetli ve ölçülü bir cezaya hükmedilmesi için bir araçtır. Kanunda maktu olarak belirlenmiş bir para cezasındaki miktar, büyük ölçekli bir işletme için hiçbir anlam ifade etmeyecek kadar küçük olabilmekte, daha küçük bir işletme için ise çok büyük ve ağır etki doğurabilecek bir miktarı oluşturabilmektedir. Bu durum da cezaların ölçülülüğü ilkesine uygun düşmeyecektir.

Diğer taraftan, idareye kanunla gösterilen alt ve üst sınır arasında bir miktarda para cezasına hükmedebilme yetkisinin verilmesi, idarenin bu alanda keyfi davranabileceği anlamına gelmemelidir. Verilecek para cezasının miktarı belirlenirken yukarıda açıklandığı üzere işletmenin işlediği fiilin ağırlığı, kastının varlığı, ekonomik durumu gibi somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır. Ulusoy'a göre cezanın ölçülü ve adil olabilmesi için ceza miktarı ya cezaya muhatap işletmenin cirosu ve geliri gibi objektif bir referans baz alınarak nispi şekilde belirlenmeli, ya da maktu olarak belirlenecek ise mutlaka alt ve üst limit belirlenerek fiilin ağırlığı ve hafifletici-ağırлатıcı nedenler dikkate alınmalıdır¹⁵⁷. Dolayısıyla kanunda alt ve üst sınırı belirtilmiş olan idari para cezalarına ilişkin hükümler hukuk devleti, hukuki belirlilik gibi anayasal ilkelere aykırılık teşkil etmemektedir.

Bununla beraber idarenin bu yetkisini keyfi kullanmaması bakımından bu türden para cezalarının yargısal denetiminde özenli davranılmalıdır. Kanunda alt ve üst sınırı belirlenmiş para cezalarında verilen ceza bu aralığın üst sınırındaysa muhakkak bu yaptırımın gerekçesi belirtilmelidir. Söz konusu düşüncemizi destekler nitelikteki bir AYM kararında idareye alt ve üst sınırlar arasında para cezasını belirleme hususunda takdir yetkisi verilmiş olmasının, idarenin keyfi olarak hareket edebileceği anlamına gelmeyeceği ifade edilerek 4733 sayılı Tütün ve Alkol Piyasası Düzenleme Kurumu Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 8 inci maddesinin beşinci fıkrasının (a) bendinde yer alan "*ellibin Yeni Türk Lirasından ikiyüzellibin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.*" ibaresinin, Anayasa'ya aykırılığı gerekçesiyle yapılan iptal talebi reddedilmiştir¹⁵⁸. Yine başka bir kararında Anayasa

¹⁵⁷ ULUSOY, 2013, s. 125-126.

¹⁵⁸ AYM E. 2015/50, K. 2015/107 T. 25/11/2015 "*İdareye alt ve üst sınırlar arasında para cezasını belirleme konusunda takdir yetkisi tanınması, idarenin "keyfi" olarak hareket edebileceği anlamına gelmemektedir. İdareye*

Mahkemesi idarenin takdir yetkisinin önemine ve keyfilik olarak algılanamayacağına değinmiş ve alt sınırdan verilmeyen para cezalarının makul bir şekilde gerekçelendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁵⁹.

Danıştay, vermiş olduğu bir kararında hukuki güvenlik ilkesinin korunmasını teminen, nispi idari para cezaları açısından miktar veya oran aralığının dar tutulması ya da bu aralıklarda takdir yetkisinin kullanımında, idarenin eşitlik ilkesi çerçevesinde objektif kriterleri belirlemesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁶⁰.

tanınan takdir yetkisinin, somut olayın özellikleri, eylemin ağırlığı, oluşan zararın büyüklüğü gibi durumlar göz önünde bulundurularak kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve işlenen fiil ile tayin edilecek ceza arasında adil bir dengenin gözetilmesi, idarece cezanın alt sınırının üzerine çıktığında bunun nedenlerinin ortaya konulması ve gerekçelerinin açıklanması zorunludur. Belirtilen hususların, söz konusu para cezalarına karşı açılacak davalarda yargı yerlerince gözetileceği de tabiidir.” (erişim: 14/04/2018 www.anayasa.gov.tr).

¹⁵⁹ AYM E.2013/95, K.2014/176, T. 13/11/2014 “*İdarelerin, kanunlarla verilen görevleri yerine getirirken ne tür kararlar almaları gerektiğinin, her türlü olay ve olgu göz önünde bulundurularak önceden hukuk kurallarıyla belirlenmesi mümkün olmadığı gibi kamu hizmetlerinin ve toplumsal ihtiyaçların değişkenliği dikkate alındığında uygun bir yöntem de değildir. Bu nedenle, idarelerin karşılaştıkları farklı durumlar karşısında en uygun çözümü üretebilmeleri için takdir yetkisiyle donatılmaları zorunludur. Takdir yetkisinin amacı, idareye farklı çözümler arasından uygun ve yerinde olanı seçme serbestisi tanımaktır.*

Kabahat oluşturan eylemin tüm biçimlerinin her türlü ayrıntısına kadar önceden saptanıp kanunla düzenlenmesi mümkün değildir. Bu husus gözetilerek, kanunlarda kabahat teşkil eden eylemin tanımlanmasıyla yetinilmekte, buna karşılık uygulanacak cezanın tayini hususunda idarenin takdiri geniş tutulmaktadır. Amaç, kanunda tanımlanan eylemin farklı biçimlerine uygun düşen yaptırımın uygulanabilmesi için idarenin elini güçlendirmektir. İdareye bu şekilde takdir yetkisi tanınması, kabahat ile idari yaptırım arasındaki adil dengenin sağlanabilmesi bakımından gereklidir. Bu suretle idare, somut olaya en uygun düşen yaptırımı belirleyebilecektir. Ayrıca her eylem biçimi için kanunda ayrı ceza tayin edilmesi ve idareye takdir yetkisi tanınmaması, bazı durumlarda adaletle aykırı sonuçlar da doğurabilir.

İdareye takdir yetkisi tanınması, idarenin "keyfi " olarak hareket edebileceği anlamına gelmez. İdareye tanınan takdir yetkisinin, somut olayın özellikleri, eylemin ağırlığı, oluşan zararın büyüklüğü gibi durumlar göz önünde bulundurularak eşitlik, kamu yararı ve hizmet gereklerine uygun olarak kullanılması ve işlenen fiil ile tayin edilecek ceza arasında adil bir dengenin gözetilmesi, hukukun genel ilkelerindedir. İdare, cezanın alt sınırının üzerine çıktığında, bunun nedenlerini ortaya koymak ve gerekçelerini açıklamak zorundadır. İdarenin, alt sınırın üzerinde ceza tayin etmesinin gerekçesini açıklayamaması veya açıklanan gerekçenin makul, haklı ve doyurucu olmaması, diğer bir anlatımla, kamu yararı ile idari yaptırımın muhatabının özel yararı arasındaki dengeye dikkat etmemesi veya bu dengeyi ölçsüz bir şekilde kurması durumunda, cezanın yargı yerlerince iptal edilebileceği tabiidir.

Öte yandan dava konusu kurallarda düzenlenen kabahatler, 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'na tabi olup anılan Kanun'un genel hükümleri içinde yer alan 17. maddesinde, idari para cezası uygulanırken hangi ölçütlerin esas alınacağı gösterilmiştir. Söz konusu maddenin (2) numaralı fıkrasına göre, idarî para cezasının, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle belirlendiği durumlarda, idarî para cezasının miktarı tespit edilirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur. Dolayısıyla idari para cezasının tayininde hiçbir ölçütün belirlenmediği ve idarenin keyfi bir şekilde ceza takdir etmesine olanak sağlandığı söylenemez. Bu nedenle kuralda hukuk devleti ilkesine aykırı bir yön görülmemiştir.” (Erişim: 07/04/2018 www.anayasa.gov.tr).

¹⁶⁰ Danıştay 13. D. E: 2014/5291, K: 2016/3412, T. 25/10/2016: “*Yönetmelikle yapılan düzenlemenin, Kurul'un bireysel olaylar bakımından sahip olduğu takdir yetkisini, bir düzenleyici işlemle gelecekteki bütün benzer olaylar için genel geçer kurallar sevk etmek suretiyle ortaya koyması olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Nispi olarak belirlenen idari para cezalarında idari para cezası uygulayacak makama geniş bir takdir yetkisi verilmesi, idari yaptırımların muhatapları açısından eşitlik ve hukuki güvenlik ilkeleri bakımından sakıncalar doğurmakta olup, bu noktada nispi idari para cezaları açısından miktar veya oran aralığının dar tutulması veyahut belirtilen aralıkta*

Burada belirtmek gerekir ki, alt ve üst limit arasındaki farkın çok açık olması, diğer bir deyişle alt ve üst sınır miktarı arasında uçurum olması da hukuki belirlilik ve öngörülebilirlik ilkelerine uygun düşmeyecektir. Nitekim Anayasa Mahkemesi, 3194 sayılı İmar Kanununun 42 nci maddesindeki "... 500 000 TL. dan 25 000 000 liraya kadar para cezası verilir" ibaresi ile ikinci fıkrasındaki "... 500 000 TL. dan 10 000 000 liraya kadar para cezası verilir" ibaresini, Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılmış olan takdir alanının geniş, sınırsız ve ölçüsüz olduğu gerekçesiyle Anayasanın 2 nci maddesine aykırı bularak iptal etmiştir¹⁶¹. Söz konusu hükümde gösterilen alt ve üst sınır arasındaki fark oldukça geniş tutularak hukuki belirlilik ve ölçülülük ilkelerinin zedelenmesine zemin hazırlayan bu hükmün iptali kanaatimizce de yerinde bir tutum olmuştur.

Sonuç itibarıyla hukuka aykırı fiil ile para cezası arasında bir dengenin sağlanması, cezanın failin kişiliğine uydurulması yani bireyselleştirilmesi bakımından bu yaptırımların maktu para cezası yerine nispi para cezası olarak belirlenmesi daha yerinde olacaktır¹⁶². Bu suretle hukuka aykırı fiilin meydana getirdiği toplumsal zararın değişimine bağlı olarak idari para cezasının da değişimi mümkün olabilecektir.

2.4.3.1.2. Faaliyetin engellenmesine ilişkin cezalar

Doktrinde idari tedbirler sınıfına dahil edilen, ancak tarafımızca benimsenmiş olan sınıflandırma uyarınca regülatif cezaların bir türünü oluşturan faaliyete son verme cezası, belirli bir konuda faaliyette bulunmaya idarece izin verilmesini sağlayan lisans veya ruhsat şeklindeki bir idari iznin, mevzuatın ihlal edilmesi nedeniyle iptal edilerek geçerliliğine süresiz olarak son

takdir yetkisinin kullanımında idarenin eşitlik ilkesi çerçevesinde objektif kriterleri belirlemesi ve bu şekilde idari para cezalarının muhatapları açısından hukuki güvenlik ilkesinin sağlanması gerekmektedir. Bunun yanında, idari para cezası miktarının tespitinde objektif kriterlerin belirlenmesi, idarenin takdir yetkisinin yargısal denetimine imkân sağlanması ve bu bağlamda hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi yönünden önem arz etmektedir."

¹⁶¹ AYM E.2005/5, K.2008/93, T. 17/04/2008 "İdari makamların Yasa'nın belirlediği sınırlar arasında cezanın takdirinde esas alacakları objektif ölçütler Yasa'da gösterilmemiştir. Yasa'yla imar para cezasının alt ve üst sınırları gösterilmiş, bu alan içinde cezayı uygulama yetkisi idareye bırakılmıştır. İdarelerin hangi ölçütleri esas alacakları açık, belirgin ve somut olarak Yasa'da yer almamıştır. Yasa kuralı bu anlamda belirli ve öngörülebilir değildir. Alt ve üst sınır arasında idareye bırakılan takdir alanı geniş, sınırsız ve ölçüsüzdür. Cezanın belirlenmesinin alt ve üst sınır arasında elli kat gibi makul ve ölçülü olmayan şekilde genişliği, uygulamada, yorum ve değerlendirme farklılıklarına dayalı olarak eşitsizliğe, haksızlığa ve keyfiliğe yol açabilecek niteliktedir." (Erişim: 14/04/2018 www.anayasa.gov.tr).

¹⁶² BARDAKÇI, M. A. (2006). *Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s. 80.

verilmesi yahut böyle bir faaliyetin icrasının mevzuat ihlalinin ötürü geçici bir süreyle yasaklanmasıdır.

Faaliyete süresiz veya geçici süreli son verme cezaları, idari tedbirlere oldukça benzemektedir ve yapısı itibarıyla faaliyetin geçici engellenmesi tedbiri ile sıklıkla karıştırılmaktadır. Burada aradaki farkın tespit edilmesinde dikkat edilmesi gereken en önemli nokta, idari ceza niteliğinde olan faaliyetin engellenmesinde faaliyetin geçici olarak değil, uzun bir süreliğine veya nihai olarak durduruluyor olmasıdır. Faaliyetin geçici engellenmesi tedbirinde ve faaliyetin durdurulması cezasında güdülen amaç, ikisi arasındaki farkın tespit edilmesinde ölçüt olarak kullanılabilir. İdari tedbir olan geçici engelleme yaptırımında amaç, mevzuat ihlalinin durdurulması yönünde bir önlem alınarak bu durumun yaratabileceği olumsuzlukların önüne geçilebilmesidir. Oysaki faaliyetin durdurulması cezasında cezalandırma ve caydırma amacı ön plana çıkmaktadır.

Yine idari tedbirlerin bir türü olan idari iznin geri alınması yaptırımı da bazı yönleriyle faaliyetin engellenmesi cezasıyla benzerlikler taşımaktadır. Yukarıda Danıştay kararlarıyla da açıklandığı üzere faaliyetin engellenmesi cezası, faaliyet izninin geri alınmasının aksine başlangıçta tüm koşulların hukuka uygun olarak sağlanarak alınmış olan idari izin, ruhsat veya lisanslar bakımından geçerli bir yaptırım olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari iznin geri alınması ise bu idari iznin alınması sırasında izin talep eden kişilerin hatası sonucu veya izni veren kamu kurum ve kuruluşlarını yanıltarak normal şartlarda verilmemesi gereken bir iznin elde edilmesi sonrasında bu hukuka aykırılığın fark edilmesi sonucu iptal edilmesi/geri alınmasıdır. İdari iznin geri alınması, gerekli hukuki şartları sağlamadan faaliyet iznine sahip olmuş bir işletmenin verebileceği zararlara karşı kamuyu koruma tedbiri niteliğinden ötürü bir idari tedbir iken, faaliyetin engellenmesi, bir mevzuat ihlali sonrasında işletmeye verilen bir ceza olduğundan idari ceza olarak kabul edilmelidir¹⁶³.

2.4.3.2. İdari Tedbirler

İdari tedbirler, idari yaptırımların idari cezalar dışında kalan kısmını oluşturmakta olup, cezalandırma amacı yerine, kamu hizmetlerinin ve diğer idari faaliyetlerin düzgün işlenmesini sağlamak, ayrıca kamu düzeninin bozulmasını engellemek amaçlı olarak öngörülen idari

¹⁶³ ULUSOY, 2013, s. 145.

yaptırımları ifade etmektedir. Dolayısıyla idari tedbirlerde mevzuata aykırı hareket eden kişileri cezalandırmaktan çok, hukuka aykırı fiili durdurarak ihlalin sona ermesini sağlama ve potansiyel olumsuz durumları önleme amacı güdülmektedir¹⁶⁴. İdari tedbirlerin önleyici niteliklerinin yanında; hukuk düzeninin ihlali halinde bu düzenin yeniden tesisi, ilgili kişinin ıslahı ve ilgiliyi idari borç ve ödevlerini yerine getirmeye, yasaklara saygılı olmaya zorlama işlevleri de mevcuttur¹⁶⁵.

KK'nın yaptırım türlerini ele alan 16 ncı maddesinde kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımların, idarî para cezası ve idarî tedbirler olduğu ifade edilmiş ve idarî tedbirler, mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak ayrılmıştır. Ancak kanunun devamı maddelerinde idari tedbirlere ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. Dolayısıyla yaptırım uygulamaya yetkili makam, kanun yolu gibi hükümler açısından idari tedbirler bu kanun hükümlerine tabi olmayacaktır. Bu Kanunun 19 uncu maddesinde de diğer kanunlarda öngörülen belirli bir süre için; bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat veya ehliyetin geri alınması, kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması gibi tedbir niteliğinde yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapıncaya kadar saklı tutulmuştur.

İdari yaptırımların idari tedbirlerden ayrıştırılmasının hangi durumlarda önem arz ettiğinden yukarıda bahsetmiştik. Bir idari yaptırım kararının idari ceza mı yoksa idari tedbir niteliğinde mi olduğunun tespiti, söz konusu işleme uygulanacak hukuki rejimin belirlenmesi, dolayısıyla bu işlemin hukuka uygunluk denetiminin yapılabilmesinde rol oynamaktadır. İdari ceza niteliğinde olan idari yaptırımlara idari işlemlerin hukuka uygunluk kriterleriyle beraber, genel ceza hukuku prensipleri de uygulanır. Buna karşılık, idari tedbirlerde idari işlemin hukuken geçerli olabilmesi için genel hukuk ilkeleriyle birlikte idari usul kurallarının uygulanmış olması kural olarak yeterli görülmektedir. Bu tür yaptırımlarda kanunilik de dahil olmak üzere ceza hukukunun temel prensiplerine uyulmaması idari işlemi hukuka aykırı hale getirmez. Dolayısıyla burada, yargı kararlarında sıklıkla karşımıza çıktığı üzere idari tedbirlerde kanunilik ilkesinin aranmayacağına altını çizmek gerekir.

¹⁶⁴ ULUSOY, 2013, s. 175.

¹⁶⁵ KÜTÜKÇÜ, D. (2005). *Sermaye Piyasası Hukuku*, İkinci Cilt, İstanbul: Beta Yayınları, s.473.

İdari yaptırımların tarafımızca benimsenen sınıflandırılması uyarınca idari tedbirler, idari iznin geri alınması, geçici engelleme, eşyaya geçici elkoyma ve diğer idari tedbirler olarak dört grupta incelenebilir.

2.4.3.2.1. İdari İzin Geri Alınması

İdari bir tedbir olarak idari iznin geri alınması, bir faaliyetin icrası için gerekli olan idarece verilen bir iznin alınması için başlangıçta sağlanması gereken koşulların sağlanmamış olduğunun veya bu koşulların sonradan kaybedildiğinin fark edildiği durumlarda bu iznin idarece geri alınması veya kaldırılmasını öngören yaptırım türüdür.

Bir idari ceza türü olan idari iznin iptal edilmesinde idari iznin elde edilmesi için başlangıçta sahip olunması gereken koşullar açısından herhangi bir aksaklık bulunmamakta, yani bu iznin alınması için gerekli koşullar tam olarak yerine getirilmektedir. Burada mevzuata aykırılık, idari iznin alınmasından sonraki aşamada, idari izin kapsamında faaliyete başlandıktan sonra mevzuatta öngörülen bazı kuralların ihlaliyle ortaya çıkmaktadır. İdari iznin geri alınmasında ise idari iznin alınması için gerekli koşulların sağlandığının hata veya hile ile idareye beyan edilmesi, ancak hukuka aykırılığın sonradan anlaşılması söz konusudur. Bu tedbirin uygulanmasında temel amaç cezalandırmak değil, mevzuattaki koşulları taşımayan bir kimsenin haksız bir şekilde elde edilmiş idari izin kapsamında faaliyeti devam ettirmesini engellemek ve ilgili kamu hizmetine ilişkin düzenin bozulmasını önlemektir.

İdari tedbirler bakımından kanunilik ilkesinin geçerli olmadığından yola çıkarak, bu tedbirin uygulanması için kanunun idareyi açıkça yetkilendirmiş olmasının gerekmediğini söylemek mümkündür. Kaldı ki bir idari izni vermeye yetkili olan makam, yetkide paralellik ilkesi uyarınca o idari izni her zaman geri alabilir veya kaldırabilir. Ancak iznin iptali, yani faaliyetin sürekli olarak engellenmesi ceza niteliğinde olduğundan bu yaptırımı uygulayacak idarenin kanundan açıkça yetki alması gerekmektedir.

Danıştay İDDK da, petrol dağıtım şirketine bir yıl içinde tescilli markasını oluşturması şartıyla verilen lisansın, bu şartın süresi içinde sağlanamaması nedeniyle iptal edilmesini de

idari ceza değil idari tedbir olarak kabul etmiştir¹⁶⁶. Buna karşılık, Kanunda lisans sahibi petrol dağıtım şirketleri için getirilen yıllık belli bir miktar satış yükümlülüğüne uyulmaması nedeniyle petrol dağıtım şirketlerinin lisanslarının iptal edilmesini idari ceza olarak görmüştür ve bu işlemden savunma alınmamasını ve soruşturma yapılmamasını hukuka aykırı bulmuştur¹⁶⁷.

2.4.3.2.2. Geçici Engelleme

Geçici engelleme yaptırımını, mevzuata aykırılık sebebiyle bir işletmenin belli bir süreyle geçici olarak kapatılması, bir mesleğin veya sanatın icrasının bir süreliğine durdurulması, ticari bir faaliyetin geçici olarak askıya alınması veya yasaklanması gibi tedbir niteliğindeki yaptırımlardır.

Geçici engellemeye ilişkin idari yaptırım kararında mutlaka bir süre belirlenmiş olması gerekmez. Tedbirin niteliği itibariyle geçici olan engelleme yaptırımlarının sona ermesi, bir süre belirtilmeksizin bir olayın gerçekleşmesine, birtakım şartların sağlanmasına da bağlanmış olabilir. Örneğin birtakım belgelerin eksikliğinden ötürü idarece verilmiş bir izin askıya alınmasına ilişkin yaptırım, bu belgelerin tamamlanmasına kadar öngörülmüş olabilir. Böyle bir durumda belgenin tamamlandığının idareye bildirimini akabinde idari izin sağladığı haklardan tekrar yararlanmak mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla bu türden bir yaptırımın sırf süre belirtilmediği için idari cezalardan faaliyetin durdurulması olarak kabul edilmesinden önce, somut olayın koşullarını değerlendirmek gerekmektedir.

Bu kapsamda bir yaptırımın belirli süreli olması da bu yaptırımın geçici engelleme niteliğindeki idari tedbir olduğu anlamına gelmediğini de vurgulamak gereklidir. Faaliyetin belirli bir süre engellenmesi için belirlenen süre, söz konusu mevzuat ihlalinin giderilmesi bakımından kabul edilir makul bir süre olmalıdır. Eğer verilen süre makul sınırların üzerinde ise burada cezalandırıcı niteliği haiz idari bir cezadan bahsetmek gerekecektir. Oysaki idari tedbir niteliğinde olan geçici engelleme yaptırımında amaç bu denli ağır sonuçlar doğuran bir cezalandırma değil, mevzuat ihlalinin sona erdirilmesi ve durumun mevzuata uydurulması, yani bozulan kamu düzeninin yeniden kurulmasıdır. Burada da yine makul ve kabul edilebilir süre, somut olayın koşullarına ve mevzuat ihlalinin ağırlığına göre her olay için ayrıca

¹⁶⁶ Danıştay İDDK, 21.3.2013, E.2012/734 (YD itiraz kabul edilen karar: 13.D., 2.4.2012, E. 2011/4524 YD). ULUSOY, 2013, s. 181.

¹⁶⁷ Danıştay İDDK, 14.6.2011, YD itr. No. 2011/2900. ULUSOY, 2013, s. 181.

belirlenecektir. Zira somut olaydaki ihlalin ne kadar sürede giderilebilecek ve bozulan kamu düzeninin ne sürede yeniden tesis edilebileceğini somut olayı gözetmeden önceden belirlemek imkânsız olabilmektedir.

2.4.3.2.3. Eşyaya Geçici Elkoyma

Eşyaya geçici el koyma tedbiri, bir eşyanın kullanımının bir mevzuat ihlaline veya bir hizmetin aksamasına yol açması ihtimali halinde geçici süreliğine engellenmesi ve idare tarafından bu eşyaya el konulmasına ilişkin idari tedbirdir.

Bu idari tedbirde, yaptırım konusu eşyanın mülkiyetini kalıcı olarak ilgisinin elinden almak söz konusu değildir. Mülkiyet hakkına müdahale kamu düzeninin bozulmasını önlemek amaçlı geçici niteliktedir. Bu nedenle el koyma süresinin makul sınırlar içinde olması, tedbirin amacına hizmet edilebilmesi bakımından önem taşımaktadır. Bu sürenin kabul edilebilir sürelerden daha uzun olması halinde tedbirin cezalandırıcı niteliği ağır basacak ve idari ceza olarak kabulü mümkün hale gelecektir¹⁶⁸.

İdari tedbir niteliğinden ötürü eşyaya geçici elkoyma yaptırımı, araya herhangi bir yargı kararı girmeden doğrudan doğruya ve kanunilik ilkesine uyma zorunluluğu bulunmaksızın uygulanabilir. Belirli bir faaliyet alanında düzeni sağlamakla yetkilendirilmiş idari merciler, kullanımına devam edilmesi halinde belli bir hizmetin veya faaliyetin aksamasına yol açma riski barındıran bir eşyanın kullanımını engellemek için geçici ve bu amaçla sınırlı olarak idari bir kararla bu eşyaya görevleri kapsamında elkoyabilecektir.

KK'nın 18 inci maddesinde idari tedbir türleri arasında sayılan mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımı, eşyaya geçici el koyma tedbiri ile aynı anlamı taşımamaktadır. Mülkiyetin kamuya geçirilmesi, bu yaptırımı gerektiren fiilin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kalıcı olarak özel mülkiyetten kamu mülkiyetine geçirilmesini ifade etmektedir¹⁶⁹. Bu yaptırımın amacı, bu eşyanın kullanımı nedeniyle oluşabilecek bir düzen ihlalinin veya faaliyet aksamasının engellenmesi ve önlenmesi değil, idari bir suç işleyen kimsenin bu suçta kullandığı eşya üzerindeki mülkiyet haklarına son

¹⁶⁸ ULUSOY, 2013, s. 183.

¹⁶⁹ YALÇIN, s. 96.

vermek suretiyle o kimseyi cezalandırmaktır. Bu nedenle söz konusu yaptırım, bahsi geçen kanunda belirtilenin aksine idari tedbir değil, idari bir cezadır.

KK, kabahatin konusunu oluşturan veya işlenmesi suretiyle elde edilen eşyanın mülkiyetinin kamuya geçirilmesini, ancak kanunda açık hüküm bulunması koşuluna bağlamıştır. Dolayısıyla, mülkiyetin kamuya geçirilmesi yönünde bir hüküm idarenin düzenleyici işlemleriyle tesis edilemez. Kanaatimizce bu koşul da mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımının cezai yönünün ağır bastığını vurgulamaktadır.

Mülkiyetin kamuya geçirilmesi cezasına örnek olarak 3213 sayılı Maden Kanunu'nun 12 nci maddesi örnek verilebilir. Söz konusu maddenin beşinci fıkrası uyarınca ruhsatı olmadan veya başkasına ait ruhsat alanı içerisinde üretim yapıldığının tespiti halinde faaliyetler durdurularak üretilen madene mülki idare tarafından el konulur ve el konulan madenler, mülki idare amirliklerince satılarak bedeli il özel idaresi hesabına aktarılır. İdari tedbir niteliğindeki geçici el koymaya ise 5262 sayılı Organik Tarım Kanunu'nda yer alan organik ürünlerin ve girdilerin etiketinin sahte, yanıltıcı veya ürünün yapısına, özelliklerine, içeriğine, kalitesine, orijinine ve üretim tekniklerine göre hatalı bir izlenim yaratacak nitelikte olması durumunda etiket bilgileri düzeltilinceye kadar ürüne el konulacağına ilişkin hüküm örnek gösterilebilir. Ayrıca 4922 sayılı Denizde Can ve Mal Koruma Hakkında Kanun'un 20 nci maddesine göre yolculuğuna izin verilmemiş, denize elverişlilik belgesi almamış, denize elverişlilik belgesi İdare tarafından iptal edilmiş, belgesinin süresi geçmiş ve İdarece uzatılmamış olmasına rağmen sefere çıkan ticaret gemisi derhal seferden alıkonularak muhafaza edilmek üzere en yakın elverişli limana çekilmesi hükmü de geçici el koyma tedbirine örnek teşkil etmektedir.

2.4.3.2.4. Atipik İdari Tedbirler

Atipik idari tedbirler, idari tedbir niteliğinde olmakla birlikte yukarıda belirtilen idari tedbir sınıflandırılmasında herhangi bir kategoriye dahil edilemeyen nevi şahsına münhasır özellikler taşıyan idari yaptırımlardır. Bu tür yaptırımlarda, uygulanan yaptırımın bastırıcı-cezalandırıcı özelliğinden ziyade önleyici-koruyucu özelliği ön plana çıkmaktadır.

Atipik idari tedbirlere, 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanununun 24 üncü maddesi uyarınca uygulanan, hayvanlara kötü muamele ettiği ve sahibi olduğu veya koruması altında bulunan hayvanlara kötü davrandığı tespit edilenlere yetkili idari makam tarafından hayvan

beslememe yaptırımı örnek gösterilebilir. Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezi tarafından uygulanan sınavlara elektronik cihaz ve sair nesnelerin sokulmasının yasaklanmasına ilişkin hükmün de atipik bir idari tedbir olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁰.

Bu türden tedbirler herhangi bir mevzuatta toplu halde bulunmadığından sıralanması oldukça zordur. İdari tedbirlerde kanunilik ilkesinin de geçerli olmayacağı göz önünde bulundurulduğunda bu türden tedbirlerin sayıca çok fazla ve çeşitli olabileceğini, diğer sınıflandırmalara dahil edilemeyen nitelikteki tedbirlerin atipik idari tedbir olarak adlandırılabilceğini söylemek mümkündür.

¹⁷⁰ ULUSOY, 2013, s. 186.



3. SERMAYE PİYASASI KURULU TARAFINDAN UYGULANACAK TEDBİRLER

Sermaye piyasalarının sağlıklı bir şekilde yönetilmesi için açık, adil ve ihtiyatlı standartlara sahip güçlü bir düzenleyici ve denetleyici çerçeve esastır. Sermaye piyasasında rol alan kurumların her birinin istikrarını sağlamak ve çalışmalarının en yüksek standartlarda gerçekleşmesini temin etmek, güçlü sermaye piyasaları için vazgeçilmez bir ilkedir. En gelişmiş ülkelerin bile, sermaye piyasası yapılarını geliştirmeye ve güçlendirmeye devam etmekte ve bu gelişim sürecinin piyasalar, ürünleri ve katılımcıları geliştikçe duraklama olasılığı mümkün gözükmemektedir¹⁷¹. Bu kapsamda sermaye piyasasında dinamik ve etkin bir regülasyon, piyasaya duyulan güven bakımından büyük önem arz etmektedir.

Küresel mali kriz, sermaye piyasalarındaki uygulamaların yeniden şekillendirilmesine yol açmıştır. Bu dönemde düzenlenmemiş sermaye piyasalarının politika yapıcılara ve kamuoyuna verdiği zarar; piyasa manipülasyonu ve sistemik risk gibi kavramların, finansal piyasaların şimdiye kadar düzenlenmemiş köşelerine düzenleyici bir şekilde dahil edilmesiyle yeniden şekillendirilmesine sebep olmuştur. Sermaye piyasalarının bu dönemdeki başarısızlığı, ABD, Birleşik Krallık ve AB’de yeni düzenleyici otoritelerin oluşturulmasını ve sağlam bir regülasyonun temellerinin atılmasını sağlamıştır¹⁷².

Ülkemizde de daha önce belirtildiği üzere 1980’lerde regülasyona duyulan ihtiyaç ve verilen önemin artması ile bir BİO olarak SPK idari düzenin hassas denilebilecek alanlarından biri olan sermaye piyasası alanında regülasyonu sağlamakla görevlendirilmiştir. Bu yetkisi kapsamında Kurum, görev alanına ilişkin olarak düzenleme ve denetleme faaliyetlerinde bulunmak ve gerektiği takdirde yaptırım uygulamakla yetkili ve görevlidir.

SPK’nın denetim işlevi, piyasa yapısının korunmasına ve idarenin kamu gücünü kullanmak suretiyle piyasayı kontrol altında tutarak gerekli hallerde müdahale etme yetkisine sahip olmasına hizmet etmektedir. SerPK ve ilgili mevzuatta birçok işlemin gerçekleştirilme usulü yer almaktadır. Bu usule uyulmaması durumunda SPK birtakım tedbirleri almak üzere kanunla yetkilendirilmiştir.

¹⁷¹ SWAMMY, S. / McMASTER, M. (2018). *Governance, Compliance, and Supervision in the Capital Markets*, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., s. 20-21.

¹⁷² JORDAN, C. (2014). *International Capital Markets: Law and Institutions*, New York: Oxford University Press, s.290.

Sermaye piyasası hukuku, kaynağını özel hukuktan alan, dinamik, kendine özgü literatüre sahip HAAO'ları merkez alan bir hukuk dalıdır. Bu alanın düzenlenmesinde öngörülen tedbirlerin çoğunluğu da uygulanan taraf bakımından özel hukuka özgü tedbirler olsa da uygulayan makamın bir idari otorite olmasından dolayı bu tedbirlerin kamusal yönü de bulunmaktadır¹⁷³.

SPK'nın ihlaller karşısında yaptırım uygulaması ve bu konudaki yetkilerini kullanması, hukuka aykırılığın giderilmesini ilgisinden istemek, doğrudan tedbir uygulamak veya yargı kurumlarına başvurarak tedbir uygulanmasını sağlamak biçimlerinde olabilmektedir¹⁷⁴. Kurul, çıkardığı tebliğlerde ve yönetmeliklerde çeşitli yaptırımlar öngörerek, kendisine verilmiş geniş takdir yetkisini belli olay ve durumlarda nasıl uygulayacağını da vurgulamış olmaktadır. Bunlar dışında Kurul'un doğrudan uygulamadığı, ancak borsalar gibi gözetimi ve denetimi altındaki kurumların kendi mevzuatında öngörülen ve Kurulun uygulanmasına dolaylı olarak katıldığı yaptırımlar da bulunmaktadır¹⁷⁵.

İdari yaptırımların idari tedbirlerden ne şekilde ayrıştığına ilişkin detaylı bilgilere çalışmamızın birinci bölümünde yer verilmişti. Çalışmamızın bu kısmında ise SPK'nın görev alanı kapsamında uygulayabileceği idari tedbirler incelenecektir.

3.1. Hukuka Aykırı İşlemleri Karşısında İhraççılara Uygulanacak Tedbirler

3.1.1. Kanuna Aykırı Olarak Sermaye Piyasası Aracı İhraç Edilmesi

Sermaye piyasası en geniş anlamda ihraççılar tarafından ihraç edilen sermaye piyasası araçlarının alıcı tarafla, yani yatırımcıyla bulunduğu piyasalardır. Bu piyasanın güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı ve adil bir biçimde işleyebilmesi için bu işlemlerin birinci basamağı olan ihracın hukuka ve kanuna uygun bir şekilde gerçekleştirilmiş olması esastır.

¹⁷³ ÖZDAMAR, M. / ÇAĞLAR H. (Editörler) (2013). *Sermaye Piyasası Hukuku*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, s. 147.

¹⁷⁴ AYDIN, Z. (2006). *Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyonlara İlişkin Müeyyideler*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, s.179.

¹⁷⁵ SİNOPLU, s. 88,89.

SerPK'nın 3 üncü maddesinin (ğ) bendinde ihraç, “*sermaye piyasası araçlarının ihraççılar tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışı*” olarak tanımlanmıştır. Aynı maddenin (h) bendi uyarınca ihraççı, “*sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişiler ve yatırım fonları*”nı ifade etmektedir. Hukukumuzda 3794 sayılı Kanunla¹⁷⁶ mülga 2499 sayılı Kanunda yapılan değişiklikle girmiş olan ihraççı kavramı, “*anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeler*” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü üzere ihraççı kavramı, SerPK'da daraltılarak yeniden tanımlanmıştır.

Söz konusu tanımdan anlaşılacağı üzere sermaye piyasası araçlarını ihraç edenlerin yanı sıra sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişiler, yani HAAO'lar da ihraççı statüsünde sayılmaktadır. HAAO'ların hisse senetlerinin halka arz edilmiş olması veya arz edilmiş sayılması zorunlu bir unsur olduğundan bu ortaklıklar ihraççı niteliğinde olup, hisse senetleri dışındaki diğer sermaye piyasası araçlarını da ihraç edebilirler¹⁷⁷.

Mülga 2499 sayılı Kanunda sermaye piyasası araçlarının ihracı için ihraç veya halka arz olunacak sermaye piyasası araçlarının Kurula kaydettirilmesi zorunlu tutulmuş iken, SerPK'da ihraç, izahname hazırlanması ve hazırlanan bu izahnamenin Kurulca onaylanması şartına bağlanmıştır.

SerPK, izahnamede yer alacak asgari unsurlara 4 üncü maddede yer vermiştir. Buna göre, izahnameden sorumlu olan gerçek kişilerin isim ve görevleri ile tüzel kişilerin unvanları, iletişim bilgileri ve merkezleri izahnamede açıkça belirtilecektir. İzahnamenin içeriğinde hem ihraççıya hem de ihraç edilen sermaye piyasası araçlarına ilişkin bilgiler ile beraber ihraççıya, ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarına, eğer varsa garantöre, garantinin niteliğine ilişkin temel özellikleri ve riskleri içeren kısa ve anlaşılır bir özet bölüm yer alır.

¹⁷⁶ Sermaye Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına, Bankalar Kanunu'nun Değiştirilmesine ve 35 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Bazı Maddelerinin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Kanun (29.04.1992), (RG. T. 13.05.1992, Sa. 21227).

¹⁷⁷ Aynı görüş için bkz. ÜNAL, s. 234.

Kurul, izahnamede yer alan bilgilerin tutarlı ve Kurulca belirlenmiş olan izahname standartlarına uygun olduğuna kanaat getirirse izahnamenin onaylanması yönünde karar verir ve bu kapsamda yapılan inceleme neticesinde başvuruların onaylanmaması durumunda ilgisine gerekçesi de belirtilerek bildirim yapılır.

Mülga 2499 sayılı Kanunda sermaye piyasası araçlarının ihracı, bu araçların Kurul kaydına alınması ile mümkün olduğundan Kurul kaydına alınmasından sonra izahnamenin ticaret siciline tescil ve ilanı zorunlu tutulmakta idi (2499 sayılı K. m.6). Ancak SerPK uyarınca izahname, onaylanmasının akabinde ayrıca ticaret siciline tescil ve Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilan edilmesine gerek olmaksızın Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde yayımlanır.

İzahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden dolayı zarar meydana gelmesi durumunda bu zararlardan ihraççılar sorumlu tutulmaktadır. Zararın ilgili ihraççılardan tazmin edilememesi yahut edilemeyeceğinin açıkça görülmesi hâlinde; halka arz edenler ve ihraççının yönetim kurulu üyeleri, ihraca aracılık eden aracı kurum, varsa garantör, kusurlarına ve somut olayın özelliklerine göre kendilerine yükletilebilen zarar ölçüsünde sorumlu tutulabilir. İzahnamenin içeriğinde yer alan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da (bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları vb.) hazırladıkları raporlarda yanlış, eksik ve yanıltıcı eksik bilgiler bulunması durumunda SerPK hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabilmektedir.

Sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmeksizin ihraç edilmesi için ise izahnameye ihtiyaç duyulmamış, söz konusu araçların özellikleri ve satış şartları hakkında bilgileri ihtiva eden ihraç belgesinin hazırlanması ve bu belgenin Kurul tarafından onaylanması zorunlu tutulmuştur.

Görüldüğü üzere SerPK'da sermaye piyasası araçlarının ihracı sürecine ilişkin birtakım düzenlemelere yer verilmiştir. Kanundaki bu düzenlemelere aykırı şekilde sermaye piyasası aracı ihraç ettiği tespit edilen ihraççılara yönelik olarak uygulanacak bazı tedbirler ise Kanunun 91 inci maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm uyarınca Kanuna aykırı şekilde sermaye piyasası aracı ihraç ettiği yahut buna teşebbüs ettiği tespit edilen ilgililer hakkında Kurulca her türlü teminat ve harçtan muaf olarak gereken tüm tedbirler alınabileceği gibi, satılan kısmın karşılığı için ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz de istenebilmektedir.

Bu çerçevede Kurul, kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması ve nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesi için gerekli tedbirleri almaktadır. Burada halka arz gerçekleşmiş ve ortaya bir zarar çıkmış olduğundan Kurulun aldığı tedbir önleyici değil zararın giderilmesi amaçlıdır¹⁷⁸. Eğer kanuna aykırı ihraç sonucu halktan para toplanmış ise bu paralara el koyulabilmesini teminen Kurul, kanuna aykırılığı tespit tarihinden itibaren otuz gün içinde ihracı yapan kişiye yazılı ihbarda bulunur. İlgili, ihbar tarihinden itibaren en geç otuz gün içinde para topladığı gerçek ve tüzel kişilere ve toplanan tutara ilişkin ayrıntılı bilgileri SPK tarafından belirlenen şekilde ilan ederek Kurula iletir. Bu ilanı takip eden üç ay içinde kendisinden para toplanan gerçek ve tüzel kişiler ortaklığın bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesine itiraz edebilir. Listenin kesinleşmesi akabinde, ihracı gerçekleştiren kişi tarafından hak sahiplerine iade yapılır. Konulmuş olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz, iade işlemi tamamlanmadan kaldırılamaz.

Kütükçü, söz konusu hükümde yer alan dava açma, ihtiyati haciz isteme gibi işlemlerin tedbir niteliğinde olmayıp özel hukuk ilişkilerine devlet müdahalesi içeren işlemler olduğunu dile getirmektedir. Bu noktada SPK'nın tamamen üçüncü kişilere ait alacakları için bir aracı olarak bu yollara başvurusu, tedbir adı altında idarenin özel borç ilişkilerine müdahalesinin söz konusu olduğu belirtilmektedir¹⁷⁹. Kanaatimizce var oluş amacı finansal piyasalardaki istikrarı sağlamak olan bir kurumun böyle bir müdahale yetkisinden söz etmekte herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Diğer taraftan, kanuna aykırı şekilde ihraç edilen sermaye piyasası araçları bakımından, satılan kısmın karşılığı için ihtiyati haciz istenebilmesi dışında bu eylemin suç teşkil ettiğinin tespiti halinde Kurulca TCK kapsamında “kazanç müsaderesi” yoluna başvurulabilmesi de mümkündür. Ancak elde edilen menfaatin ilgili suçtan mağdur olanlara iade edilmiş olması durumunda bu hüküm uygulanamayacaktır¹⁸⁰.

SerPK'nın getirilmiş olan en önemli yeniliklerden biri de mevzuata aykırı şekilde halktan para toplanmış ise bunun hak sahiplerine iadesi için izlenecek usulü ve ilkeleri belirlemiş olmasıdır¹⁸¹. Yatırımcının korunmasına yönelik olarak getirilmiş bu düzenleme uyarınca Kurulca yazılı ihbarda bulunulmasının akabinde bir yıl içinde kanuna aykırı ihraçtan kaynaklanan sonuçların tümünün ortadan kaldırılmaması durumunda Kurul, nakit ve diğer

¹⁷⁸ MEMİŞ, T. / TURAN, G. (2015). *Sermaye Piyasası Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 179.

¹⁷⁹ KÜTÜKÇÜ, s. 473-474.

¹⁸⁰ ÖZDAMAR / ÇAĞLAR (Ed.), s. 148.

¹⁸¹ KUBİLAY, H. / AY CHELLİ, E. / KARADEMİR, E. (2015). *Supervision and Measures In Capital Markets According to the New Turkish Capital Market Act*, Law & Justice Review, Year:6, Issue:11, s. 22.

varlıkların hak sahiplerine iadesi veya ortaklığın tasfiyesi için dava açmaya yetkili kılınmıştır (m. 91/3). Burada izinsiz halka arz veya halka arz sonrasında hak sahiplerine iadenin gerçekleşmemiş olması SerPK bağlamında bir fesih sebebi sayılmıştır. *Adigüzel*'e göre ortaklığın tasfiyesi için açılacak bu davada doğrudan fesih yerine öncelikle hukuka aykırı olarak toplanan paranın iadesi, eğer bu mümkün olmazsa fesih talep edilmeli; iadenin imkânsız olması halinde doğrudan fesih talep edilebilmelidir¹⁸².

Söz konusu hükümde kendilerinden para toplanan kişilerin genel hükümlerden kaynaklanan hakları saklı tutularak, kanuna aykırı olarak ihraç edilen bir sermaye piyasası aracını satın alan yatırımcının ihraççıya karşı özel hukuk hükümlerine göre dava açabilmesine imkân tanınmıştır.

Burada belirtmek gerekir ki kanuna aykırı şekilde halka arz edilen sermaye piyasası araçlarını satın almış olan kişilerin, bu sermaye piyasası aracını iade etmek ve ödemiş oldukları parayı geri almak istememeleri halinde buna zorlanmaları söz konusu olmamalıdır. Temelinde yatırımcının korunması amacını taşıyan bu tedbir karşısında, edinilen sermaye piyasası aracı yatırımcısına zarar getirmiyorsa ortaklığın tasfiyesinin istenmesi yatırımcıya faydadan çok zarar getirebilir ve Kurulun bu yöndeki işlevi ile bağdaşmayabilir¹⁸³.

Uygulamada yaşanan sorunları gidermek amacıyla söz konusu hükme, SerPK'da daha detaylı biçimde yer verilmektedir. 2499 sayılı Kanun uyarınca (m.46/a) tedbir uygulanabilmesi Kurula kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz ve satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin mevcudiyeti durumlarıyla sınırlanmış iken, mevcut hükümde kanuna aykırı ihraçlarda uygulanacak tedbirler düzenlenerek hükmün uygulama alanı genişletilmiştir. Ayrıca mülga 2499 sayılı Kanun uyarınca Kurul, uygulayacağı ihtiyati tedbir ve haciz tarihinden itibaren altı ay içinde dava açmaya veya takip yapmaya yetkili kılınmış iken SerPK'da Kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması ve nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesi için tespit tarihinden itibaren otuz gün içinde ilgili ihracı yapan kişiye yazılı ihbar sürecine yer verilmiştir. Söz konusu hüküm, kanuna aykırı olarak ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarını satın alan yatırımcıların alacaklarını genel hükümlere göre tahsil edebilmesine ek olarak, kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçların ortadan kaldırılması ve nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesine ilişkin usul ve esasları da

¹⁸² ADIGÜZEL, B. (2017). *Sermaye Piyasası Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 295.

¹⁸³ ADIGÜZEL, s. 295.

düzenleyerek mağduriyetin giderilmesine ilişkin önemli bir düzenlemeye yer vermiştir. Bu düzenlemede Kurula nakit ve diğer varlıkların hak sahiplerine iadesi veya ortaklığın tasfiyesi için dava açma yetkisi, Kurulca yapılan yazılı ihbar tarihinden itibaren bir yıl içinde Kanuna aykırı ihracın doğurduğu sonuçların tamamen ortadan kaldırılmaması halinde tanınmıştır. Ayrıca SerPK, mülga kanundan farklı olarak söz konusu tedbirlerin alınabilmesi için kanuna aykırı şekilde sermaye piyasası aracı ihracı eyleminin teşebbüs aşamasında kalmasını yeterli görmüştür.

Sermaye Piyasası Kurulu'nun yatırımcının korunmasına yönelik denetim ve gözetimle görevli bir idari otorite olarak bazı durumlarda dava açmakta hukuki yararının olduğu kabul edilmiştir. Bu kapsamda Kurul, dava açma hakkı olan bazı ilgililere göre daha ayrıcalıklı yetkilerle donatılmıştır¹⁸⁴. Genel hükümler doğrultusunda ihtiyati tedbir tarihinden itibaren bir haftalık süre içerisinde dava açılması gerekli olup bu süre içerisinde dava açılmaması halinde ihtiyati tedbir kararının kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiş iken, SerPK'da bu süre esnetilerek 6 aya çıkarılmıştır.

HMK'nın 389 ve devamı maddelerinde ihtiyati tedbire ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. İhtiyati tedbir, davanın açılması ile hüküm arasında geçen zaman içerisinde dava konusunun istenmeyen değişikliklere maruz kalmasına yönelik tehlikeyi bertaraf etmek amacıyla öngörülmüş olan hukuki koruma olarak tanımlanabilir¹⁸⁵. Buna göre mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir. İhtiyati tedbir, dava açılmadan önce, esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilir. Mahkeme, tedbire konu olan mal veya hakkın muhafaza altına alınması veya bir yediemine tevdi ya da bir şeyin yapılması veya yapılmaması gibi, sakıncayı ortadan kaldıracak veya zararı engelleyecek her türlü tedbire karar verebilir. İhtiyati tedbir kararının etkisi, aksi belirtilmediği takdirde, nihai kararın kesinleşmesine kadar devam eder.

İhtiyati haciz ise İİK'nın 257 nci ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. İhtiyati haciz, dava açmadan önce veya dava sırasında belli bir para alacağının zamanında ödenmesini garanti

¹⁸⁴ ÖZDAMAR / ÇAĞLAR (Ed.), s. 148

¹⁸⁵ PEKCANITEZ, H. (2017). *Pekcanitez Usul- Medeni Usul Hukuku*, 15. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 2461.

altına almak için, mahkeme kararı ile borçlunun mallarına geçici olarak el konulmasıdır¹⁸⁶. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları birbirinden önemli ölçüde farklı kavramlardır. İhtiyati haciz yalnız para alacaklarına uygulanırken, ihtiyati tedbir para dışındaki taşınır, taşınmaz mallar için de uygulanabilir ve ihtiyati hacizde haczedilen mallar üzerinde bir çekişme bulunmadığı halde, ihtiyati tedbirde, tedbir altına alınan mallar çekişmelidir ve davacının açmış olduğu veya ilerde açacağı bir davanın konusu olacaktır. İhtiyati haciz kararının verildiği tarihten itibaren on gün içinde alacaklı, kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden kararın infazını istemeye mecburdur. Aksi halde ihtiyati haciz kararı kendiliğinden kalkar.

Görüldüğü üzere ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları, belli bir süre içinde literatürde bu kararları tamamlayan merasim olarak anılan davaların açılmaması halinde kendiliğinden ortadan kalkmaktadır. Mülga Kanun çerçevesinde bu süre altı ay olarak düzenlenmiş olup varlıkların hak sahiplerine iadesinin sağlanabilmesi amacıyla Kurula bu hususta HMK ve İİK'daki sürelerden daha uzun bir süre tanınmıştır. Yeni kanunda ise böyle bir süre sınırlamasına gidilmemiştir. Mevcut hüküm ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararının, hak sahiplerine iade işlemi tamamlanmadan kaldırılamayacağını düzenlemiştir. Söz konusu hüküm, mülga hükme kıyasla yatırımcının korunması amacına hizmet eder niteliktedir. Çünkü ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının kaldırılması belli bir süreyle sınırlandırılır ise kanuna aykırı ihracın sonuçları henüz tam olarak ortadan kaldırılmadan, yalnızca bu sürenin dolması nedeniyle bu kararın kendiliğinden ortadan kalkması, dolayısıyla yatırımcının zararını tazmin edememesi durumu ortaya çıkabilir.

Kurul, mevzuat kapsamında sermaye piyasasının güven ve açıklık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin haklarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek, sermaye piyasasıyla ilgili kuruluşları ülke ekonomisinin yararına yönlendirmek suretiyle sermaye piyasalarının işleyişindeki aksaklıklara mani olmak amacıyla her türlü tedbiri alma yetkisi ile donatılmıştır. Bahsi geçen hükümlerde her ne kadar kanuna aykırı olarak yürütülen sermaye piyasası faaliyetlerine karşı Kurula her türlü tedbiri alma yetkisi verilmiş olsa da, kanaatimizce Kurulun bu takdir hakkı geniş yorumlanmamalıdır. Danıştay da bir kararında¹⁸⁷ sözü edilen

¹⁸⁶ PEKCANITEZ, s. 2549.

¹⁸⁷ Danıştay 10. Daire 1998/2486 E., 1999/6384 K. " *Dava, ... Holding A.Ş.'nin kurucu ortağı olan davacının banka hesaplarının bloke edilmesine ilişkin işlemin iptali istemiyle açılmıştır. Ankara 6.İdare Mahkemesi: Sermaye Piyasası Kanununun 46/a maddesinin, kayıt yükümlülüğü yerine getirilmeksizin yapılmış ihraç, halka arz satış işlemleriyle, izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması*

yükümlülüğe uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için ihtiyati tedbir isteminde bulunulabileceği, şirket hakkında verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı olsa dahi bu hükmün şirket kurucu ortaklarının banka hesaplarının bloke edilmesine imkân tanıyacak şekilde geniş yorumlanamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemin iptaline ilişkin ilk derece mahkemesi kararını onamıştır.

Kurulun ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz isteme gibi mali yönden cezalandırıcı nitelik de taşıyabilecek yaptırımlar uygulayabilme yetkisi, ölçülülük ilkesi çerçevesinde kullanılmalıdır. AYM de bir kararında, Kurul'a, "ihtiyati haciz ve tedbir" istemli dava açma yetkisinin tanınmış olmasının, yasal yükümlülükler uyulmaksızın faaliyette bulunulması sonucu ortaya çıkan veya çıkacak olan zararların azaltılması ya da yok edilmesini sağlamaya yönelik olduğunu, bu konuda Kurul'ca alınacak önlemlerin amacına uygun, ölçülü ve orantılı olup olmadığının denetlenmesi konusunda yargı yolunun açık olduğunu belirtmiştir¹⁸⁸.

3.1.2. İhraççıların Sermaye ve Malvarlığını Azaltıcı Hukuka Aykırı İşlemleri

Sermaye piyasaları küçük tasarrufların büyük yatırımlarına dönüşmesini sağlayan piyasalar olması nedeniyle yapılan işlemlerde karşılıklı güven ve hukuka uygunluk önemli yer

İçin gerekli her türlü tedbiri alma konusunda Sermaye Piyasası Kuruluna yetki verdiği, idari tedbir niteliğindeki bu yetkinin ancak sözü edilen faaliyetlerin durdurulmasına yönelik olduğu, yasa da sermaye piyasası mevzuatı hükümlerine aykırı faaliyetlerde bulunan anonim şirket ortaklarının kişisel sorumluluklarına gidilebileceğine ilişkin bir hükme yer verilmediği gibi sözü edilen yükümlülüğe uyulmaksızın yapılan halka arz ve satış sonucu satılan kısmın karşılığı ve satışı yapılacak senetler için Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 103.maddesi uyarınca ihtiyati tedbir isteminde bulunulabileceği, şirket hakkında verilmiş bir ihtiyati tedbir kararı olsa dahi bu hükmün şirket kurucu ortaklarının banka hesaplarının bloke edilmesine imkan tanıyacak şekilde geniş yorumlanamayacağı gerekçesiyle dava konusu işlemi iptal etmiştir...

Temyizen incelenen ve yukarıda özetlenen gerekçelere dayalı olarak verilen Ankara 6. İdare Mahkemesinin 20.1.1998 tarih ve E:1997/731, K:1998/19 sayılı kararı, usul ve hukuka uygun olup bozma nedeni bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddine ve anılan kararın onanmasına, 2.12.1999 tarihinde oyçokluğuyla karar verildi."

¹⁸⁸ AYM 26.12.2003, E. 2000/8, K.2003/104, RG: 19.12.2007 s. 26735. "...İptal isteminin gerekçesinde, Yasa'da gösterilen gerekçelere uyulmadan yapılacak halka arz ve ihraç işlemleri için Kurul'a sınırları belirsiz geniş yetkiler tanındığı belirtilmiş ise de, Sermaye Piyasası Kurulu bu yetkilerini, sadece kayıt ve izin yükümlülüğünü yerine getirmeyen faaliyetlerin durdurulması için kullanacak, bu sonucu sağlamak için alınacak önlemler de her olayın özelliğine göre değişik olacaktır. Amaç, kayıtsız yapılan ihraç ya da izinsiz yapılan sermaye piyasası faaliyetlerinin durdurulması olduğuna göre, Kurul bu konuda gerekli önlemleri alırken bu amacın dışına çıkamayacaktır.

Öte yandan Kurul'a, "ihtiyati haciz ve tedbir" istemli dava açma yetkisinin tanınmış olması, yukarıda belirtilen yasal yükümlülükler uyulmaksızın faaliyette bulunulması sonucu ortaya çıkan veya çıkacak olan zararların azaltılması ya da yok edilmesini sağlamaya yöneliktir. Kaldı ki, bu konuda Kurul'ca alınacak önlemlerin amacına uygun, ölçülü ve orantılı olup olmadığının denetlenmesi konusunda yargı yolu açıktır..."

tutar. Bu nedenle piyasada ihraççılar tarafından yönlendirilen işlemlerin mevzuata uygunluğunun, küçük tasarruf sahiplerinin haklarını korumak üzere kamu gücü kullanılarak denetleyici ve düzenleyici makam olan Kurul tarafından da denetlenmesi elzemdir. Bu doğrultuda ihraççıların hukuka uygun olmayan durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya malvarlığının azalmasına /kaybına yol açıldığının Kurulca tespit edilmesi hâlinde Kurul'un, ilgili ihraççı bakımından tedbir alınmasını isteme ve durumu diğer mercilere intikal ettirme yetkisinin yanı sıra, hukuka aykırılığın tespiti ve iptali için dava yetkisi de mevcuttur.

SerPK'nın 92 nci maddesinde ihraççıların hukuka aykırı işlemleri ile sermayeyi veya mal varlığını azaltıcı işlemlerinde uygulanacak tedbirlere yer verilmiştir. Buna göre, ihraççıların mevzuata aykırı veya işletme amacına aykırı işlemleri sonucunda sermayenin veya malvarlığının azalmasına yahut kaybına yol açtığı Kurulca tespiti hâlinde Kurul, ilgililerden söz konusu aykırılıkların giderilmesi amacıyla tedbir alınmasını ve öngörülen işlemleri yapmasını isteyebileceği gibi gerektiğinde durumu ilgili mercilere de intikal ettirebilmektedir.

SPK'nın böyle durum ve işlemlerin hukuka aykırılığını tespitinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin gerçekleşme tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açma yetkisi mevcuttur. Söz konusu durum ve işlemlerin varlığının mahkeme kararı ile tespit edilmesi veya bu karar beklenmeden SPK'nın talebi üzerine mahkeme tarafından karar verilmesi hâlinde SPK, işlemlerde sorumluluğu bulunanların imza yetkilerini kaldırmaya, ilgili kişiler hakkında suç duyurusunda bulunulması hâlinde, yargılama sonuçlanıncaya kadar ilgilileri görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar görevden alınan yönetim kurulu üyelerinin yerine yenilerini atamaya yetkili kılınmıştır.

Kurulun açacağı iptal veya butlanın tespiti davasında iptali veya butlanın tespiti istenen karar, ortaklığın genel kurul veya yönetim kurulu kararı ise *Memiş ve Turan*'a göre mahkeme, TTK m. 391 ve 445 vd. maddelerinde yer alan koşulların varlığını araştırmalıdır¹⁸⁹. Ancak kanaatimizce TTK'da yer alan genel kurul ve yönetim kurulu kararlarının iptal ve butlanına ilişkin bu hükümler genel hüküm, SerPK m. 92 hükmü ise özel hüküm niteliğinde olduğundan TTK'da yer alan şartların gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur¹⁹⁰.

¹⁸⁹ MEMİŞ / TURAN, s. 183.

¹⁹⁰ Aynı görüş için bkz. ADIGÜZEL, s 298.

Söz konusu hükümde belirtildiği üzere bu tedbirlerin uygulanabilmesinin ön şartı, ihraççıların, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya mal varlığının azalmasına veya kaybına yol açması ve bu durumun Kurulca tespit edilmiş olmasıdır. Burada dikkat çeken nokta, bahsi geçen durum ve işlemlerin neler olduğuna hükümde yer verilmemiş olmasıdır. Dolayısıyla hükümde yer verilen tedbirler, bu sonuçların ortaya çıkaran herhangi bir durum veya işlem için uygulanabilmektedir¹⁹¹.

Nitekim Kurul, yayımlanmış olduğu 17/01/2019 tarihli ve 2019/4 sayılı haftalık bültende¹⁹² Payları Borsa İstanbul A.Ş.'nin Yakın İzleme Pazarı'nda işlem gören Karsusan Karadeniz Su Ürünleri A.Ş.'nin (Karsusan) ilişkili tarafı ve yönetim kurulu başkanı olan Masum ÇEVİK'ten Endeks Gayrimenkul Tarım Ürünleri ve Hayvancılık Sanayi ve Ticaret A.Ş.'nin (Endeks Gayrimenkul) 30.670.000 TL tutarındaki sermayesini temsil eden payların tamamının 29.460.336 TL bedelle satın alınması işlemi ile Karsusan'ın mal varlığının azaltıldığı tespit edildiğinden, SerPK'nın 92 nci maddesi çerçevesinde; Karsusan tarafından Endeks Gayrimenkul paylarının satın alınmasına ilişkin 08.01.2019 tarihli yönetim kurulu kararının iptal edilerek tüm sonuçlarının ortadan kaldırılmasını teminen, yeni bir yönetim kurulu kararı alınmasının, bu kapsamda Karsusan tarafından anılan yönetim kurulu kararına istinaden herhangi bir ödeme yapılmamasının ve varsa yapılan ödemelerin, ödeme tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte Karar tarihinden itibaren 6 iş günü içerisinde Karsusan'a iade edilmesinin; 12.02.2019 tarihinde yapılması planlanan söz konusu satın alma işleminin görüşüleceği genel kurul toplantısına ilişkin çağrının ve ayrıca anılan genel kurul toplantısı çerçevesinde işletilecek ayrılma hakkı kullanımına ilişkin prosedürlerin iptal edilmesinin Karsusan ve Karsusan'ın yönetim kurulundan talep edilmesine karar verildiğini duyurmuştur.

Mülga 2499 sayılı Kanun'un 46 ncı maddesinin (c) bendinde bu hükme benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Ancak buradaki hüküm bu Kanuna tabi anonim ortaklık ve sermaye piyasası kurumları için öngörülmüş iken, mevcut düzenlemede bu tedbirin uygulanabilmesinin ön şartı olarak ilgili sermaye piyasası kurumunun ihraççı statüsünde olması gerekmektedir. Ayrıca yeni düzenleme ile Kurula ihraççıların hukuka aykırılığı oluşturan

¹⁹¹ ÇETİN, N. / TÖREMİŞ, H. E. / CANTİMUR, Z. (2014). *6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistemantik Analizi*, Ankara: Yetkin Yayınevi, s.204.

¹⁹² <http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=4> (erişim:25.05.2019)

işlemleri ve durumlar aleyhine tespit veya iptal davası açma yetkisi tanınmışken; mevcut kanunda butlan ve yokluğun tespiti davaları açabilmesinin önü açılmıştır.

Her iki kanunda da Kurul, ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir alınması ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde bu halleri ilgili mercilere intikal ettirmeye yetkili kılınmış ise de, SerPK'nın 92 nci maddesinin ikinci fıkrası ile getirilmiş yeni hüküm uyarınca, halka açık bankalar hakkında bu maddeye göre işlem tesis edilmeden önce BDDK'nın görüşünün alınması zorunlu kılınmıştır. Maddenin uygulanmasında ihraççı statüsünde olacak halka açık bankaların denetlenmesinden ve bunlara ilişkin düzenlemelerin yürütülmesinden sorumlu kurum olan BDDK'nın görüşünün alınmasıyla ilgili bu düzenleme, iki üst kurulun uygulamaları arasında çelişkiye yol açılmaması bakımından yerinde olmuştur.

Son olarak, 684 sayılı KHK¹⁹³ ile 92 nci maddeye eklenen fıkra ile söz konusu hüküm kapsamında Kurul tarafından açılan dava ve takipler ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinde Kurul, her türlü harç ve teminattan muaf tutulmuştur.

3.2. Kayıtlı Sermaye Sisteminde Uygulanacak Tedbirler

Halka açık büyük anonim ortaklıklar sıklıkla yeni bir yatırımın yapılması gibi belirli bir amaca yönelik olarak hızlı bir şekilde kullanabileceği sermayeye gereksinim duyarlar. Ancak ortak sayısı çok olan bu tür şirketlerde sermayenin olağan yöntemlerle, yani genel kurulca alınacak kararlarla arttırılmasında birtakım zorluklarla karşılaşılmaktadır¹⁹⁴. Bu zorlukların aşılabilmesi amacıyla kullanılan bir sistem olan kayıtlı sermaye sistemi, Türk hukukuna ilk kez mülga 2499 sayılı kanunun 12 nci maddesi ile girmiş ve daha sonra halka açık olmayan anonim ortaklıkların da bu sistemi benimseyebilmesi amacıyla yönelik olarak TTK'nın 460 ve devamı maddelerinde de yer verilmiştir.

Kayıtlı sermaye sistemi, HAAO'ların esas sözleşmelerinde belirlenmiş ve ticaret siciline tescil edilmiş olan kayıtlı sermaye tavanına kadar genel kurul kararına gerek olmadan yönetim kurulu kararı ile sermayelerini arttırmalarına olanak tanıyan sistemdir¹⁹⁵. Yönetim kuruluna bu yetki, genel kurul tarafından en çok beş yıl süre ile verilebilmekte ve süresi genel kurul kararıyla

¹⁹³ Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (RG. 23/01/2017 Sa. 29957)

¹⁹⁴ PULAŞLI, H. (2016). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 605.

¹⁹⁵ TÜRKOĞLU UTKU, F. (2016). *Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi*, Ankara: Adalet Yayınevi, s.21.

en fazla beş yıllık dönemler olarak uzatılabilmektedir. SerPK madde 18 uyarınca halka açık ortaklıklar ile paylarını halka arz etmek için Kurula başvurmuş olan ortaklıklar, Kuruldan izin almak koşuluyla kayıtlı sermaye sistemini kabul edebilirler.

Söz konusu sistemin usule aykırı şekilde kullanılmasının önüne geçebilmek amacıyla, SerPK'nın 18 inci maddesinin altıncı fıkrasında birtakım önlemler alınabilmesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda yönetim kurulu üyelerine veya hakları ihlal edilen pay sahiplerine, yönetim kurulunun kayıtlı sermaye artırımına, imtiyazlı veya nominal değer altında veya üstünde pay çıkarılmasına, pay alım hakkının sınırlandırılmasına ilişkin olarak almış olduğu kararlar aleyhine, TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde, kararın ilanından itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinde iptal davası açabilme imkanı tanınmıştır. Ancak bazı hallerde, yatırımcıların korunmasına hizmet eden bir denetleyici otorite olarak Kurulun da mevzuata aykırılığı tespit etmesi halinde birtakım önlemler ve tedbirler alması gerekebilmektedir. Bu çerçevede, SerPK'nın 93 üncü maddesinde Kurula da bazı yetkiler tanınmıştır. Bu hükme göre Kurul da kayıtlı sermaye sisteminde sermayenin artırılmasına ilişkin olarak alınmış olan yönetim kurulu kararları aleyhine, bu kararların kamuya açıklandığı tarihten itibaren otuz gün içinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açmaya ve bu kararların icrasının geri bırakılmasını teminatsız olarak istemeye yetkili kılınmıştır.

Kayıtlı sermaye sistemine ilişkin yönetim kurulu kararları aleyhine TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlerine atıf yapılmış olsa da, TTK'da üç ay olarak belirlenmiş olan dava açma süresi, SerPK ile otuz güne indirilmiştir. Burada amaçlanan, kayıtlı sermaye sistemine ilişkin kararların uzun süre dava baskısı altında kalmaksızın kolaylıkla uygulanabilmesi suretiyle piyasanın etkinliğinin artırılmasıdır¹⁹⁶.

Kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararları aleyhine açılacak davalara ilişkin hükümlere ikincil düzenlemelerde de yer verilmiştir. Kayıtlı Sermaye Sistemi Tebliği¹⁹⁷'nin *Yönetim Kurulu Kararlarının İptali* başlıklı 13 üncü maddesinde yönetim kurulunun söz konusu Tebliğdeki esaslar çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine, yönetim kurulu üyeleri veya hakları ihlal edilen pay sahiplerinin kararın ilanından itibaren otuz gün içerisinde

¹⁹⁶ ÖZDAMAR / ÇAĞLAR (Ed.), s. 149.

¹⁹⁷ Seri II No:18.1 sayılı Tebliğ; 25/12/2013 tarih ve 28862 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabileceği, bununla birlikte Kurulun da SerPK'nın 93 üncü maddesi uyarınca, ilgili yönetim kurulu kararları aleyhine, bu kararların ticaret siciline tescil tarihinden itibaren otuz gün içerisinde ortaklık merkezinin bulunduğu yer ticaret mahkemesinde iptal davası açabileceği ve teminatsız olarak bu kararların icrasının geri bırakılmasının istenebileceği ifade edilmiştir. Tebliğde aynı zamanda yönetim kurulu kararlarının iptali hususunda ve söz konusu Tebliğ ile düzenlenmemiş konularda TTK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı açıkça belirtilmiştir.

Bu Tebliğin 14 üncü maddesi uyarınca yönetim kurulunun Tebliğ çerçevesinde aldığı kararlar aleyhine iptal davası açılması durumunda, davanın açıldığını öğrendiği tarihten itibaren beş iş günü içerisinde ortaklık, durumu Kurula bildirmekle yükümlü kılınmıştır. Mahkemenin, aleyhine iptal davası açılan yönetim kurulu kararının icrasının geri bırakılmasına karar vermesi durumunda ise bu kararın öğrenildiği tarihten itibaren taraflarca en geç beş iş günü içerisinde Kurula bildirilmesi gerekmektedir. İcranın geri bırakılmasına veya iptale ilişkin mahkemece karar verilmediği sürece, sermaye artırımını amacıyla Kurula yapılan başvuru işlemlerine devam edilir. İptale ilişkin mahkeme kararının tebliğinden itibaren beş iş günü içerisinde, ortaklıklar durumu Kurula bildirmekle yükümlüdür. İptale ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesini takip eden beş iş günü içerisinde, yönetim kurulunca söz konusu kararın yönetim kurulu kararları defterinden silinmesi ve bu durumun tescil ve ilan ettirilmesi zorunludur. İptal davası açılması halinde yahut mahkemece aleyhine iptal davası açılan yönetim kurulu kararının icrasının geri bırakılmasına karar verilmesi durumunda veya davaya ilişkin mahkeme kararının kesinleşmesi halinde bu hususların Kurulun özel durumlara ilişkin düzenlemeleri kapsamında kamuya açıklanmalıdır.

Mülga 2499 sayılı Kanunun 12 nci maddesinde 10 gün olarak düzenlenmiş olan bu süre, daha sonra 4487 sayılı Kanun'un 3 üncü maddesiyle yeniden düzenlenerek 3 güne indirilmiş, söz konusu değişiklik Yönetim Kurulu kararlarının iptali için açılacak davaların belirsiz bir biçimde genişletildiği, bunun yönetim ve denetim organları üzerinde baskı oluşturacağı, böyle bir düzenlemenin Anayasa'nın kişilik haklarını ve çalışma hürriyetini düzenleyen hükümleriyle çeliştiği, şirket için, açılan davayı üç gün içinde Kurul'a bildirme yükümlülüğü getiren kuralın makul bir süre öngörmediği gibi, savunma hakkını da kısıtladığından, Anayasa'nın hak arama özgürlüğü ile çalışma hak ve hürriyetini düzenleyen 36, 48 ve 49 uncu maddelerine aykırı olduğu iddiasıyla AYM'ye götürülmüştür.

Konuya ilişkin olarak AYM¹⁹⁸, üç günlük sürenin pay sahiplerini korur nitelikte olduğundan ve bu tür bildirimler için herhangi bir araştırma yapılması gerekmediğinden bahisle Anayasa'nın hak arama özgürlüğüne aykırılıktan söz edilemeyeceği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırılık iddiasını reddetmiştir. SerPK'nın hazırlanması sürecinde kanun koyucu bu çekinceleri de dikkate almış olacak ki söz konusu süreyi 5 gün olarak düzenlemiştir.

3.3. Örtülü Kazanç Aktarımında Uygulanacak Tedbirler

Sermaye Piyasası Kanununun temel amacı ve bu kapsamda Kurulun en önemli görev ve yetkilerinden biri de sermaye piyasası mevzuatına tabi olan anonim ortaklıklarda pay sahibi olan sermaye piyasası yatırımcılarının uğrayabilecekleri zararların önlenmesi ve sermaye piyasasında güven ve istikrarın sağlanmasıdır. Anonim ortaklıklar alacaklılara karşı yalnız malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu olduğu için malvarlığının korunması hususu bu ortaklıklar bakımından çok daha önemli bir yer tutmaktadır¹⁹⁹. Anonim ortaklık azınlık pay sahiplerinin maruz kalabilecekleri hak ihlalleri arasında şirket kaynaklarının şirket tüzel kişiliğinin ve tüm pay sahiplerinin menfaatine olmayacak bir şekilde kullanılması suretiyle, şirketin mal varlığı toplamının azaltılması, böylelikle yatırımcıların ellerindeki pay senedi şeklindeki menkul kıymetlerin değerinin düşmesi veya alabilecekleri temettü miktarının azalması yer almaktadır. Ortaklık bilançosuna ait bilgilerin doğru olması yatırım kararında birincil etkiye sahip olduğundan, halka açık ortaklıklar yatırımcılara kararlarını etkileyen bilgileri zamanında ve doğrudan iletmekle yükümlüdür. Örtülü kazanç aktarımı söz konusu olduğunda, kâr oranının

¹⁹⁸ AYM T. 26.12.2003, 2000/8E., 2003/104K., RG 19.12.2007 s. 26735. "...Anayasa'nın 36. maddesinde, herkesin, meşru vasıta ve yollardan yararlanmak suretiyle yargı mercüleri önünde davacı ve davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahip olduğu, 48. maddesinde de, herkesin, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyeti ile özel teşebbüsler kurma hakkına sahip bulunduğu, ancak Devletin de kurulacak özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun biçimde yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak önlemleri alacağı kurala bağlanmıştır.

Dava konusu yasa kuralı ile hangi hallerde iptal davası açılacağı Türk Ticaret Kanunu'nun konuya ilişkin maddelerine yollama yapılarak belirgin hale getirilmiştir.

Öte yandan, pay sahiplerinin korunmasını sağlamak amacıyla, böyle bir davanın açıldığını öğrenen şirketin durumu üç iş günü içinde Kurul'a bildirilmesini öngören kuralda, bu tür bildirimler için herhangi bir araştırma ve savunma yapılması gerekmediğinden Anayasa'nın hak arama özgürlüğünü düzenleyen 36. maddesine aykırılıktan söz edilemez. Kaldı ki bu madde ile yeni pay sahiplerinin korunması amaçlanmış olup, bu tür önlemlerin alınması Anayasa'nın 48. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Devletin yerine getirmesi gereken görevlerdendir. Açıklanan nedenlerle, 4487 sayılı Kanun'un 3. maddesiyle yeniden düzenlenen 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 12. maddesinin altıncı fıkrası, Anayasa'nın 36. ve 48. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir..."

¹⁹⁹ AYHAN, R. / ÇAĞLAR, H. / ÖZDAMAR, M. (2019). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 282.

düşük olması sebebiyle ortaklığa ilişkin sermaye piyasası araçları değer kaybedecek ve yatırımcının kararı olumsuz etkilenebilecektir²⁰⁰.

Bahsi geçen bu sebeplerle yatırımcının korunmasında önem arz eden örtülü kazanç aktarımı yasağına ilişkin düzenleme, SerPK'nın 21 inci maddesinde yer almaktadır. Buna göre halka açık ortaklıklar ve kollektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları kişiler ile piyasa teamülleri, emsallerine uygunluk, ticari hayatın dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı bedel, ücret veya şartlar içeren anlaşmalar yapmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya artmasını engelleyerek örtülü bir biçimde kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır. Ayrıca bu şirketlerin ana sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları umulan faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılmaktadır. Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde bu ortaklıklar, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan bedelin yasal faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep edebilirler. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar ise Kurulca belirlenecek süre içerisinde, aktarılan tutarı yasal faizi ile beraber iade etmek zorundadır.

Örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırı bir işlemin Kurulca tespit edilmesi halinde Kurul, yatırımcının korunması amacıyla birtakım tedbirler almak üzere yetkilendirilmiştir. SerPK'nın 94 üncü maddesi uyarınca Kurul, söz konusu yasağa aykırı işlemlerde bulunduğu tespit edilen tüzel kişilerden denetim sonuçlarının ortaklara duyurulmasını istemeye ve Kurulca belirlenen tutarın iadesi için dava açmaya yetkili kılınmıştır. Bu tedbirin uygulanabilmesi için söz konusu hususun denetim sonucunda tespit edilmiş olması gerekir. Bu durumda Kurul, kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde keyfiyetin ortaklara duyurulmasını istemeye yetkili kılınmıştır.

Örtülü kazanç aktarımına ilişkin işlemler aynı zamanda ihraççıların sermayeyi veya malvarlığını azaltıcı işlemleri niteliği taşıdığından Kanun, 92 nci maddeye atıf yaparak burada uygulanan tedbirlerin örtülü kazanç aktarımında da uygulanacağını belirtmiştir. Dolayısıyla yapılan işlemlerin örtülü kazanç aktarımı yasağını ihlal etmesinin Kurulca tespit edilmesi

²⁰⁰ KAYA, A. (2013). *Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXXI, Sa. 2, s. 193-204.

halinde Kurul, ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde durumu ilgili mercilere intikal ettirmeye, bu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açmaya, bu durum ve işlemlerin mevcudiyetinin ilk derece mahkeme kararı ile tespit edilmesi veya bu karar beklenmeksizin Kurulun talebi üzerine mahkeme tarafından karar verilmesi hâlinde bu işlemlerde sorumluluğu bulunanların imza yetkilerini kaldırmaya, ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulması hâlinde, yargılama sonuçlanıncaya kadar ilgilileri görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar görevden alınan yönetim kurulu üyelerinin yerine yenilerini atamaya da yetkili kılınmıştır.

Şirket kazancının vergilendirilmesi bakımından önem taşıyan örtülü kazanç dağıtımının sermaye piyasası açısından önemi, ortakların hak ve yükümlülüklerini gerçeğe aykırı olarak etkileyebilecek olmasıdır. Kamuyu aydınlatma ilkesi çerçevesinde, bu durumun ortaklara duyurulmasını istemeye Kurul yetkilidir. Bu tedbirin uygulanabilmesinin koşulları, söz konusu hususun Kurulca yapılacak denetimler sonucunda ortaya çıkması ve bir tespit işlemi ile belirlenmiş olmasıdır²⁰¹.

Bu madde kapsamında da Kurul tarafından açılan dava ve takipler ile ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz taleplerinde 92 nci maddeye benzer şekilde Kurul her türlü harç ve teminattan muaftır.

Örtülü kazanç aktarımı fiili karşılığında yukarıda anlatıldığı üzere SPK tarafından idari tedbir uygulanması mümkün olmakla beraber, SerPK'nın 103 üncü maddesinin altıncı fıkrasında bu fiilin idari para cezasıyla cezalandırılmasının koşulları ve 110 uncu maddesinde görevi kötüye kullanma suçunu oluşturularak hapis cezasına hükmedilebilmesinin şartları da düzenlenmektedir.

3.4. Genel Kurul Toplantılarına Gözlemci Gönderilmesi

Özel hukuka tabi şirketler üzerinde kamu gücünden kaynaklanan yetkilerin kamu yararı adına kullanılmasının bir uzantısı olarak TTK'nın 407 nci maddesinde, Gümrük ve Ticaret

²⁰¹ SİNOPLU, s. 54.

Bakanlığınca²⁰² yayımlanacak tebliğle, faaliyet alanları belirlenip, ilan edilecek anonim şirketlerin genel kurul toplantılarında Gümrük ve Ticaret Bakanlığının temsilcisinin de yer alacağı, Bakanlık temsilcisinin toplantıya katılma giderleri ve ücretlerinin ilgili şirket tarafından karşılanacağı belirtilmiştir. Bu düzenlemeyle aynı doğrultuda olmak üzere, sermaye piyasasında faaliyet gösteren anonim şirketlerin genel kurul toplantıları bakımından ayrı düzenlemelere de yer verilmiştir.

SerPK m. 30, genel kurula katılabilecek pay sahipleri bakımından özel bir düzenleme içermektedir. Bu hüküm uyarınca payları kayden izlenen HAAO'ların genel kurul toplantılarına, yönetim kurulu tarafından MKK'dan sağlanan pay sahipleri listesi dikkate alınarak oluşturulan hazır bulunanlar listesinde adı yer alan pay sahipleri katılabilir. Bu listede adı bulunan hak sahipleri kimlik göstererek, tüzel kişi temsilcileri vekâletname ibraz ederek genel kurula katılırlar. Bu listenin genel kurul toplantı tarihinden azami kaç gün önceki pay sahiplerinden oluşacağını ve pay sahiplerinin toplantıya katılacaklarını Kurul belirleyecektir. Ayrıca anılan maddenin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere payları kayden izlenmeyen HAAO'ların genel kurul toplantılarına katılma hakkı olan pay sahiplerinin tespitinde, TTK hükümleri uygulanır.

TTK'nın 425 inci maddesi hükmünde pay sahiplerinin genel kurula katılma hakkı düzenlenmektedir. Bu kapsamda pay sahibi, genel kurul toplantısında bizzat kendisi katılabilmekte, ya da toplantıya pay sahibi olan yahut olmayan bir temsilciyi de gönderebilmektedir²⁰³. Ayrıca Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik'in²⁰⁴ 32 nci maddesinde belirtilen nitelikteki genel kurul toplantılarında ise Gümrük ve Ticaret Bakanlığı temsilcisinin bulunması zorunludur (TTK m. 407).

Söz konusu düzenlemede temsilcinin genel kurul toplantısına katılımı zorunlu olmakla beraber, bazı hallerde Kuruldan da bir temsilcinin toplantıda hazır bulunmasına ilişkin olarak SerPK da bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenleme ile Kurulun genel kurul toplantısında görüşülen ve özellikle pay sahiplerini ilgilendiren konularda bilgi sahibi olabilmesi, gerekmesi

²⁰² Gümrük ve Ticaret Bakanlığının ismi ve teşkilat yapısı, 09/07/2018 tarihli RG'de yayımlanan Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (703 sa. KHK) ile Ticaret Bakanlığı olarak değiştirilmiştir.

²⁰³ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s.348.

²⁰⁴ 28/11/2012 tarih ve 28481 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

halinde ilgili tedbirleri derhal alabilmesi amacıyla Kurul temsilcisinin toplantılara katılabilmesine imkân tanınmaktadır. SerPK'nın 95 inci maddesindeki düzenleme uyarınca Kurul, gerekli gördüğü hâllerde, HAAO'ların genel kurullarına, oy hakkı bulunmaksızın gözlemciler gönderebilir. Görüldüğü üzere söz konusu temsilci oy hakkına sahip değildir ve temsilcinin genel kurul toplantısındaki rolü gözlemcilikten ibarettir. Aynı düzenlemenin öngörüldüğü mülga Kanunun 46 ncı maddesinde değişiklik yapan 4487 sayılı Kanunun madde gerekçesine göre, teknik yönü ağır basan sermaye piyasası mevzuatının yorumlanmasında ve genel hükümlerle bağlantı kurulmasında uygulamada güçlüklerle karşılaşıldığı, özellikle HAAO'ların genel kurullarında, ortaya çıkan tereddütlerin, istenmeden de olsa mevzuata aykırı uygulamalara yol açabildiği, bu sakıncayı gidermek için eklenen bent ile Kurul'un, HAAO'ların genel kurullarına temsilci gönderebilmesine olanak tanındığı belirtilmiştir²⁰⁵. Ayrıca bu hükümde yer alan uygulamanın alınması zorunlu bir tedbir değil, ihtiyari bir uygulama olduğu açıktır.

3.5. Sermaye Piyasası Kurumlarının Hukuka Aykırı Faaliyet veya İşlemlerinde Uygulanacak Tedbirler

Sermaye piyasası faaliyetleri, genel anlamda sermaye piyasası kurumlarının sermaye piyasası mevzuatı kapsamındaki faaliyetleri, yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile bunlara ilave olarak sunulan yan hizmetlerden oluşmaktadır. Sermaye piyasası kurumları ise sermaye piyasalarında yatırım yapmak isteyen yatırımcılar ile fon arz edenler arasında aracı görevini üstlenen, bu kimselere belli bir ücret veya komisyon karşılığında hizmet veren kurumlar olarak tanımlanabilir²⁰⁶.

Diğer sermaye piyasası kurumları altında sayılan birtakım kurumlar, SerPK'nın 35 inci maddesinde tek tek sayılmıştır. Ayrıca bu kanunda önceki düzenlemeden farklı olarak aracı kuruluş kavramı terk edilmiş; bunun yerine yatırımcı kuruluş ifadesi tercih edilmiştir. Buna göre sermaye piyasası mevzuatı kapsamında faaliyette bulunabilecek sermaye piyasası kurumları; yatırım kuruluşları, kolektif yatırım kuruluşları, sermaye piyasasında faaliyette bulunacak bağımsız denetim, değerlendirme ve derecelendirme kuruluşları, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları, konut finansmanı ve varlık finansmanı fonları, varlık kiralama şirketleri, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları, veri depolama

²⁰⁵ 4487 sayılı Kanun gerekçesi m. 19 (erişim: <https://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0593.pdf> 14.07.2018).

²⁰⁶ GÜNDOĞDU, A. (2015). *6362 sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Sermaye Piyasası Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 33.

kuruluşları ile kuruluş ve faaliyet esasları kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarıdır.

Piyasa işlemlerinin ve piyasadaki bilgi akışının adil, şeffaf ve güvenilir bir ortamda gerçekleşmesi yönünde üstlenmiş oldukları rolleri düzgün şekilde yerine getirmeleri piyasanın sağlıklı işleyişi açısından son derece önemli olan sermaye piyasası kurumlarının faaliyetlerinin sıkı bir denetime, mevzuat ihlallerinin de ağır yaptırımlara tabi olması esastır²⁰⁷. Sermaye piyasasındaki güvenilirliği ve şeffaflığı sağlama amacına hizmet eden bir idari kurum olarak SPK tarafından bu şirketlerin faaliyetleri sıkı bir denetim altında tutulmakta olup bu kanunla Kurul, gerekli gördüğü hallerde söz konusu şirketler aleyhine tedbirler uygulama yetkisi ile donatılmıştır. SerPK'nın 96 ncı maddesine göre Kurul, sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, Kurul'un belirlediği standartlar ve esas sözleşme hükümlerine uygun olmayan faaliyetlerinin tespiti hâlinde; ilgililerden bu aykırılıkların Kurulca belirlenecek olan sürede giderilmesini ve kanuna ve mevzuata uygunluğun sağlanmasını istemeye, ihlalin ağırlığına göre doğrudan bu kurumların faaliyet kapsamını sınırlandırmaya veya geçici olarak durdurmaya, yetkilerini tamamen veya belirli faaliyetleri itibarıyla iptal etmeye yahut gerekli gördüğü her türlü tedbiri almaya yetkili kılınmıştır. Ayrıca Kurul, hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerde sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, haklarında suç duyurusunda bulunulması kararından itibaren yargılama sonuçlanıncaya kadar imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya, hukuka aykırılıkta veya gerçekleştirilen işlemlerde sorumluluğu mahkeme kararıyla tespit edilen yönetim kurulu üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya yetkilidir. Ancak bu tedbirler kapsamında görevden alınacak yönetim kurulu üyesinin bir banka yönetim kurulu üyesi olması halinde bu işlemin tesisinden önce BDDK'nın görüşünün alınmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir.

İhraççıların hukuka aykırı işlemleri ile sermayeyi veya mal varlığını azaltıcı işlemlerinde uygulanacak tedbirleri düzenleyen SerPK'nın 92 nci maddesi ile sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerinde uygulanacak tedbirleri düzenleyen 96 ncı maddesinin ilk bakışta büyük ölçüde benzerlik taşıdığı açıktır. Ancak 92 nci maddede söz konusu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya

²⁰⁷ MEMİŞ / TURAN, s. 185.

yokluğun tespiti davası açmaya yetkili kılınmış iken, 96 ncı madde hükmü ile Kurul, doğrudan bu kurumların faaliyetlerinin kapsamını sınırlandırma veya geçici olarak durdurma, tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini iptal etme yetkisiyle donatılmıştır. Ayrıca ilk hüküm SerPK'ya tabi anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumları için öngörülmüşken, ikinci hüküm yalnızca sermaye piyasası kurumları için öngörülmüştür.

Söz konusu tedbir, hukuka aykırı faaliyet veya işlemlerde sorumluluğu tespit edilen yöneticiler ve çalışanlar bakımından uygulanacaktır. Ayrıca imza yetkisinin kaldırılması sonucunu doğuracak eylem çoğu zaman suç da teşkil edeceğinden söz konusu kişiler aleyhine kamu davası açılması da olasıdır²⁰⁸. Böyle bir durumda hükümde açıkça yer almamakla birlikte ilgilinin atılı suçtan beraatı halinde imza yetkisinin kaldırılmasına ilişkin yaptırımın da kendiliğinden ortadan kalkacağını söylemek mümkündür²⁰⁹.

Mülga kanunun 46 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında yer alan imza yetkileri kaldırılan görevlilerin, haklarındaki yargılama sonuçlanıncaya kadar Kurulun izni olmadıkça hiçbir sermaye piyasası kurumunda imzaya yetkili personel olarak çalıştırılmayacaklarına dair düzenlemeye yeni kanunda yer verilmemiştir.

Madde metninde bahsi geçen tedbirlerin bir yönüyle cezalandırıcı nitelik taşıyor olmasından bahisle Kurulun bu yetkisini yine eşitlik, ölçülülük ve orantılılık ilkelerine uygun olarak uygulaması gerektiği izahtan varestedir. Örneğin aykırılığın alınacak daha hafif tedbirlerle giderilmesi imkânı bulunan hallerde sermaye piyasası kurumlarının faaliyetinin durdurulmasına ilişkin yaptırım uygulanması, orantılılık ilkesinden uzak olacaktır. Bu nedenle ki Kurula her türlü tedbiri almak gibi geniş bir yetki tanınmıştır. Kurul, somut olayın gereklerine uygun olan, ölçülü ve orantılı tedbirin ne olacağına karar verip bu tedbiri uygulayacaktır²¹⁰. Bu hususta AYM tarafından verilen bir kararda da mevzuatta Kurul'ca alınabilecek tedbirlerin tek tek sayılmamasının her somut olaya göre yatırımcıya tam bir

²⁰⁸ Bu duruma emsal olarak: Danıştay 13. D., 04.04.2005, 2005/657 E., 2005/1850 K. “...2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46/g maddesi ile sermaye piyasası mevzuatına, amaç ve ilkelerine aykırı faaliyette bulunduğu tespit edilen kurum görevlilerinin imza yetkilerini kaldırma ve sınırlandırma konusunda Kurul'a yetki verildiği, davacının genel müdür olarak görev yaptığı kurum tarafından ...A.Ş. şirketine ait hisse senetlerinin halka arzı sırasında sermaye piyasası mevzuatına aykırı işlemler yapıldığının tespit edilerek davacı hakkında Cumhuriyet savcılığına suç duyurusunda bulunulmasından sonra kamu davası açıldığı ve dava konusu işlemin tesis edildiği, davacının genel müdürlük yaptığı aracı kurum faaliyetleri hakkında düzenlenen denetleme raporunda, sermaye piyasası mevzuatına aykırı işlemlerle ilgili bulunulan suç duyurusu nedeniyle dava açılmış olması dikkate alındığında dava konusu işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı...” SİNOPLU, s. 63.

²⁰⁹ MEMİŞ / TURAN, s. 186 dpn. 244.

²¹⁰ SİNOPLU, s. 77-78.

koruma sağlayacak hükümlere yer verilmesinin mümkün olmamasından kaynaklanmakta olduğu ifade edilmiştir²¹¹.

Karardan da anlaşılacağı üzere, Kanunla kurula tanınmış olan her türlü tedbiri alma yetkisi ilk bakışta geniş bir yetki gibi görülsede bu uygulamanın idarenin takdir yetkisinin bir kullanılış biçimi olduğu açıktır. Gerçekten de her bir ihlal şeklinin tek tek sayılıp bunlara uygulanacak tedbirin ne olduğunun belirtilmesi kanun sistematığına uzak bir yaklaşımdır. Kurul, mevcut ihlalin boyutunu ve niteliğini inceleyerek her bir durumda uygulanacak tedbirin ne olacağına eşitlik, ölçülülük ve orantılılık ölçütleri çerçevesinde karar verecektir.

Söz konusu maddede sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı faaliyetlerine karşılık uygulanacak faaliyetlerin kapsamının sınırlandırılması veya geçici olarak durdurulması, lisans iptali gibi yaptırımlar, özel girişim özgürlüğüne bir müdahale niteliği taşımaktadır²¹². Çalışmamızın birinci bölümünde de anlatıldığı üzere kanaatimizce bu türden yaptırımların önleyici nitelik taşıyan idari tedbirlerden ziyade cezalandırma ve caydırma amacı taşıyan idari ceza yönü ağır basmaktadır. Bu nedenle faaliyetin geçici olarak durdurulması bir idari tedbir niteliği taşımaktayken lisans iptali yaptırımının idari ceza olarak kabulü daha yerinde olacaktır.

3.6. Sermaye Piyasası Kurumlarının Finansal İstikrarının Korunmasına Yönelik İdari Tedbirler

Sermaye piyasalarında yatırımcıların yatırım kararı almasında en büyük ölçüt, güven ölçütüdür. Yatırımcılar sermaye piyasası araçlarını satın alırken sermaye piyasası faaliyetini

²¹¹ AYM 26.12.2003, E.2000/8, K.2003/104, RG, 19.12.2007, S.26735. “...Maddenin birinci fıkrasının (g) bendinde, sermaye piyasası kurumlarının mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine aykırı faaliyette bulduklarının saptanması halinde, bu kurumlara ait yetki belgeleri iptal edilmeden önce uyarılarak faaliyetlerinin yasal çerçeveye çekilmesi amacıyla Kurul’un alabileceği önlemler belirtilmiştir. Buna göre, Sermaye Piyasası Kurulu’nca, mevzuata, esas sözleşmeye veya işletme maksat ve konusuna ilişkin aykırılık tespit edilmesi durumunda, ilk olarak ilgililerden bu aykırılıkların giderilmesi istenilecek, hukuka aykırı eylemin sorumlularının tespit edilmesi halinde haklarında Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulacaktır. Cumhuriyet Savcılığınca kovuşturma başlatılması ve dava açılması halinde de, dava sonuçlanıncaya kadar imza yetkisi sınırlandırılabilir veya kaldırılabilir. Benden son cümlesi ile de, aykırılıkların giderilmemesi ya da giderilemeyecek aykırılıkların tespiti halinde Kurul’a “gerekli her türlü tedbiri alma” ya da “faaliyeti geçici veya sürekli olarak durdurma” yetkisi tanınmaktadır.

Aynı fıkranın (a) bendinde belirtildiği gibi, Kurul’a tanınan “her türlü tedbiri alma” yetkisi, faaliyette bulunan ortaklığın mevzuat, esas sözleşme ve içtüzük hükümlerine uygun biçimde çalışmasını sağlamak maksadıyla kullanılacaktır. Kanunda Kurul’ca alınacak tedbirlerin tek tek sayılmaması, her somut olaya göre yatırımcıya tam bir koruma sağlayacak düzenleme yapılmasının mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır...”

²¹² KAĞITÇIOĞLU, M. (2016). *İdarenin Ekonomik Kolluk Faaliyetinin bir görünümü: Sermaye Piyasası Kanununda İdari Tedbirler*, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22 S.3. İstanbul, s. 3335.

gerçekleştiren kurumun finansal istikrarına ve mali durumuna güvenerek bu kararı alırlar. Kurulun ve sermaye piyasası mevzuatının en önemli işlevi ise yatırımcının korunması amacıyla piyasadaki finansal istikrarın sağlanması ve sermaye piyasası kurumlarının mali durumlarının denetim altında tutulmasıdır. Piyasada faaliyet gösteren kurumlardan finansal açıdan sağlam bir şekilde kurulması ve uymaları gereken kurallar doğrultusunda mali durumlarını koruması beklenmekle birlikte, bu her zaman mümkün olmayabilmektedir. Yatırımcıların nakdi veya nakdi olmayan sermaye piyasası araçlarına sahip olan söz konusu kurumların iflası veya mali durumlarının bozulması riski her zaman mevcuttur. Sermaye piyasasında yer alan bu kurumların mali durumlarını muhafaza edememesi yönetsel bazı sıkıntılardan kaynaklanabileceği gibi, piyasanın genelinde etkili olan mali koşullar da kurumların finansal yapılarında birtakım sorunların ortaya çıkmasına yol açabilir. Her iki durumda da bu olumsuzluktan nihai olarak yatırımcının etkilenmesi söz konusu olacaktır. Bu nedenle mali durumu bozulan sermaye piyasası kurumlarının, bozulmuş olan mali durumun düzeltilmesi veya bunun mümkün olmaması durumunda zararını en aza indirilmesi amacıyla Kurulca bazı tedbir ve mekanizmalar geliştirilmiştir.

3.6.1. Mali Durumun Bozulması Hâlinde Uygulanacak Tedbirler

Mali durumun bozulması genel itibariyle göreceli bir kavramdır. Malvarlığının pasifinin aktifinden olması gerekenden ya da belli bir tarihtekinden daha yüksek olması, genel olarak mali durumun bozulduğunu göstermekle beraber her zaman bu sonucu doğurmayabilir. TTK bağlamında borca batıklık, aciz halinde olma, ödemelerin tatili de mali durumun bozulmasının hem göstergeleri, hem de sonuçlarıdır²¹³. SerPK anlamında mali durumun bozulmasının en temel göstergesi ise sermayenin azalması veya kaybıdır.

Sermaye piyasası kurumlarının finansal piyasada üstlendiği rolün önemi göz önünde bulundurulduğunda; bu kurumların mali durumlarının bozulması kısa vadede bu kurumlara yatırım yapmış olan yatırımcıların maddi zararına yol açması ve uzun vadede genel anlamda sermaye piyasalarının işleyişine olan güveni sarsması gibi sonuçlar doğurabilmektedir²¹⁴. Bu kapsamda SerPK, mali durumu bozulan sermaye piyasası kurumlarına birtakım koşulların gerçekleşmiş olduğunun tespiti durumunda idari tedbirler uygulayabilmektedir.

²¹³ KAYAR, İ. (1997). *Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler*, Konya: Mimoza Yayınları, s. 33-36.

²¹⁴ ADIGÜZEL, s. 302-303.

SerPK'nın 97 nci maddesi uyarınca Kurul, sermaye piyasası kurumlarının;

- i. Periyodik olarak takip edilen sermaye yeterliliği yükümlülüklerini sağlayamadığı,
- ii. Sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan nakit ödeme ve finansal araç teslim yükümlülüklerini yerine getiremediği yahut kısa sürede yerine getiremeyeceği,
- iii. Bunların dışında mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğu ya da mali durumunun taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğu,

hallerinden birini tespit etmesi durumunda,

- a) Üç ayı geçmemek üzere verilecek uygun süre içinde mali yapılarının güçlendirilmesini istemeye ya da herhangi bir süre vermeksizin doğrudan bu kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya;
- b) Tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini kaldırmaya;
- c) Yatırımcıları tazmin kararı vermeye;
- ç) Sorumluluğu tespit edilen yöneticilerin ve çalışanların sahip oldukları lisansları geçici veya sürekli olarak iptal etmeye, imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya ve gerektiğinde yönetim kurulunun üyelerini görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar yerlerine yenilerini atamaya;
- d) Bu kurumların tedricî tasfiyelerine karar vermeye ve tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedricî tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflaslarını istemeye;
- e) Gerekli gördüğü diğer tedbirleri almaya yetkilidir.

Aynı düzenlemeye 2499 sayılı Kanununun 46 ncı maddesinin (h) bendinde de yer verilmiştir. Ancak bu hükümde öncelikle Kurulun gerekli tedbirleri alması gerektiği belirtilmiş, eğer bu tedbirler ile netice alınmadıysa, diğer bir deyişle ortaya olumlu bir sonuç çıkmaması veya istemin ilgili sermaye piyasası kurumu tarafından yerine getirilmemesi halinde Kurula seçimlik bir yetki olarak tedrici tasfiye kararı verme, tasfiyenin bitmesini takiben gerektiğinde veya tedrici tasfiyeye gitmeksizin doğrudan iflas isteme yetkisi verilmiştir. Ayrıca maddeye 4487 sayılı Kanunla eklenen ek fıkrada yetkileri sürekli olarak kaldırılan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıklarının, yetkinin kaldırılmasına ilişkin Kurul kararının alındığı tarihten itibaren tedrici tasfiye işlemlerinin tamamlandığı ilan edilinceye; tedrici tasfiyeyi takiben veya doğrudan iflas talebinde bulunulması halinde, iflas talebinin mahkemece esastan karara bağlanmasına kadar, tedrici tasfiye çerçevesinde Yatırımcıları Koruma Fonu ve Kurul tarafından yapılacak işlemler hariç, üçüncü kişilere devredilemeyeceği, rehnedilemeyeceği,

teminat gösterilemeyeceği, haczedilemeyeceği, başlamış tüm icra takiplerinin de kendiliğinden duracağı belirtilmiştir.

Söz konusu hükümde Kurulun sermaye piyasası kurumunun mali yapısının güçlendirilmesi için üç ay geçmeyecek bir süre vereceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla üç ay içerisinde mali durumunun güçlendirilmesi mümkün görülüyorsa Kurul, ilgili sermaye piyasası kurumunun faaliyetlerini geçici olarak durdurma yoluna gidecektir. Söz konusu yetki, aykırılığın giderilmesinin mümkün olup olmadığı kanaatine göre belirlenecek seçimlik bir yetki olarak düzenlenmiştir²¹⁵. Bununla birlikte faaliyetleri kendi talepleri doğrultusunda veya Kurulca geçici olarak durdurulan sermaye piyasası kurumlarının geçici kapalılık süresi iki yılla sınırlı tutulmuştur. Bu sınırlama mali durumunun düzeltilmesi için sermaye piyasası kurumuna iki yıllık bir süre tanındığı anlamına gelmekte olup, iki yıl içinde mali durumu düzelmeyen sermaye piyasası kurumunun faaliyetleri sürekli olarak durdurulur²¹⁶. Faaliyetin durdurulmasına ilişkin tedbirin amacı, yetkilerini kullanmadığı için faaliyetleri kısıtlanan kurum, durumu düzeltilmesi için çaba harcamaya sevk etmek ve aynı zamanda mali durumunda önemli ölçüde bozulma meydana gelen kurumun tasarruf sahiplerini koruma amacıyla faaliyetlerine engel olmaktır²¹⁷.

Bahsi geçen tedbirlerin bankalar hakkında uygulanması söz konusu olduğunda bu kararı verecek olan makam, BDDK'dır (m.97/5). Eğer aleyhinde tedbir uygulanacak banka 5411 sayılı Kanunun ilgili hükümleri uyarınca yönetim veya denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmiş olan bir banka ise bu tedbirin uygulanmasına Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu tarafından karar verilir. SerPK'nın 82 nci maddesi uyarınca bankalar hakkında tazmin kararı verilebilmesi için BDDK'nın görüşü alınır.

Hükümde sermaye piyasası kurumlarının finansal yükümlülüklerini sağlayamaması halinde Kurulun uygulayacağı tedbirler genel itibariyle sıralanmış olup, bu tedbirlerden hangisinin uygulanacağı ilgili sermaye piyasası kurumunun mahiyetine ve ihlali doğuran davranışın niteliğine göre belirlenecektir. Örneğin mevzuat kapsamında YTM'ye katılım yatırım kuruluşları bakımından zorunlu tutulmuş olduğu için, yatırımcı tazmin kararı ancak aracı kurumlar, bankalar gibi kuruluşlar hakkında verilebilecek olup; derecelendirme,

²¹⁵ ÖZDAMAR / ÇAĞLAR (Ed.), s. 150.

²¹⁶ ADIGÜZEL, s. 304.

²¹⁷ KAYAR, s. 60.

değerleme, bağımsız denetim gibi bazı sermaye piyasası kurumları açısından tazmin kararı verilmesi mümkün olmayacaktır²¹⁸. SerPK'nın 82 nci ve devamı maddelerinde yatırımcıların nasıl tazmin edileceğine ilişkin hükümler yer almakta olup, bu amaçla kurulmuş olan YTM'ye ilişkin açıklamalara yer verilmiştir. Bu hükümler uyarınca *“Kurul, yatırım kuruluşlarının sermaye piyasası faaliyetinden kaynaklanan nakit ödeme veya sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini yerine getiremediğinin veya kısa sürede yerine getiremeyeceğinin tespit edilmesi hâlinde durumun tespitinden itibaren üç ay içinde yatırımcıları tazmin kararı”* olacaktır.

Kurul tarafından yatırımcıların tazminine yönelik karar verilmesi halinde tazmin kararının ilanından itibaren bir yıl içinde yatırımcıların YTM'ye yazılı olarak tazmin talebinde bulunmaları gerekmektedir. Tazmin talebinde bulunma hakkı, kararın ilanından bir yıl sonra zamanaşımına uğrar. YTM, tazmine hak kazanan yatırımcıları mümkün olan en kısa sürede hak sahiplerinin tazmin tutarlarını belirleyerek üç ay içinde ödemeleri gerçekleştirmekle yükümlüdür. Bu sürenin, Kurulun onayıyla üç ay daha uzatılabilmesi mümkündür. Yatırımcıların hangi miktarda tazmin edilecekleri, yatırım kuruluşunca karşılanmayan nakit ödeme ve sermaye piyasası araçlarının iade yükümlülükleri üzerinden hesaplanacaktır. Hak sahiplerine yapılacak dağıtım işleminde yatırımcılar adına saklanan sermaye piyasası araçlarına öncelik verilir. Yerine getirilmemiş takas yükümlülükleri bulunmakta ise bu sermaye piyasası araçları mahsup edilerek tazmin tutarı, yatırım kuruluşunun mahsup ve benzer talepleri dikkate alınarak belirlenir.

Yatırım kuruluşlarının nakit ödeme ve sermaye piyasası aracı teslim yükümlülüklerinin yüz bin Türk Lirasına²¹⁹ kadar olan kısmının YTM tarafından karşılanacağı hükme bağlanmış olup YTM, yatırımcıların haklarına tazmin ettiği tutar kadar halef olacaktır. Tazmin sürecinin tamamlanmasından sonra, YTM'nin bildiri üzerine Kurul tarafından tazmin sürecini kapatma kararı verilir. Tazmin sürecinin sonucunda YTM, yatırımcıları tazmin kararı alınanların tedricî tasfiyesinin veya iflasının istenmesinin yararlı olup olmayacağına ilişkin önerisini Kurula sunar. Öneriyi haklı bulması halinde Kurul tarafından tazmin sürecinin kapanmasının beraberinde tedricî tasfiye veya iflas kararı da verilebilmektedir. Tazmin

²¹⁸ ÇETİN / TÖREMİŞ / CANTİMUR, s. 210.

²¹⁹ *“Bu tutar her yıl ilan edilen yeniden değerlendirme katsayısı oranında artırılır. Kurulun teklifi üzerine Bakanlar Kurulu tarafından toplam tazmin tutarı beş katına kadar artırılabilir. Bu sınır, hesap sayısı, türü ve para birimine bakılmaksızın, bir yatırımcının aynı kuruluştan olan taleplerinin tümünü kapsar.”* (SerPK m.84/5)

sürecinin işleyişi, verilecek olan tedricî tasfiye veya iflas kararından etkilenmez. Burada verilecek olan tedricî tasfiye kararında amaç, tedricî tasfiyesine karar verilenlerin malvarlığını aynen veya nakde çevrilerek elde edilen bedelin tahsil edilerek, yatırımcıların YTM'nin ödemekle yükümlü olduğu azami yüz bin Türk Lirası kapsamında tazmin edilmeyen bakiye alacakları ile YTM'nin yatırımcılara halef olmasından kaynaklanan alacaklarının ödenmesidir.

Kurulun, sermaye piyasası kurumlarının sermaye yeterliliği yükümlülüklerini sağlayamadığı, mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunun tespiti hâlinde herhangi bir süre vermeksizin doğrudan bu kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya; tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini kaldırmaya yetkili olduğundan yukarıda bahsedilmiştir. Bu hususta ortaya çıkan bir uyuşmazlıkta davacı şirketin daha önce uyarılmasına rağmen bağlantılı olduğu bankaya kaynaklarını kullandırmaya devam etmesi nedeniyle ve söz konusu bankanın bankacılık yapma izninin kaldırılmış olması nedeniyle davacı kurumun faaliyetlerinin durdurulmasına ve yetki belgeleri ile izin belgelerinin iptaline karar verilmiş, bu karar Danıştay tarafından onanmıştır²²⁰.

Sermaye piyasası kurumlarının mali durumlarının taahhütlerini karşılayamayacak kadar zayıflamış olduğunun tespiti halinde Kurulun gerekli tedbirleri almaya, herhangi bir süre vermeksizin kurumların faaliyetlerini geçici olarak durdurmaya ilişkin yetkisinin yanında, yetkileri kaldırılan sermaye piyasası kurumlarının malvarlıklarının kural olarak üçüncü kişilere devredilemeyeceği, rehnedilemeyeceği, teminat gösterilemeyeceği, haczedilemeyeceği, başlamış olan tüm icra takiplerinin de kendiliğinden duracağı kanunda düzenlenmiştir. Danıştay da bu doğrultuda Kurul tarafından faaliyeti geçici olarak durdurulan davacı şirketin geçici durdurma kararından sonra vergi borçlarının tahsili amacıyla da olsa şirket malvarlığının haczedilemeyeceği, bu durumda faaliyeti geçici olarak durdurulan davacı şirketin vergi borçlarının tahsili amacıyla adına kayıtlı araca konulan haczin yasal olmadığı gerekçesiyle haciz işleminin iptaline ilişkin İstanbul 4. Vergi Mahkemesi kararını onamıştır²²¹.

²²⁰ Dan. 13. D., 25.04.2005, E.2005/5529, K.2005/2291. "...Davacı şirketin işlemleri, defter ve belgeleri üzerinde yapılan incelemeler sonucu mevzuata uyarlık ve mali durumun düzeltilmesi hususunda pek çok kez uyarıldığı ve para cezası verildiği, akabinde davacı şirket yönetim kurulunun 20.11.2000 tarihli toplantısında şirket faaliyetlerinin altı aylık geçici süre ile durdurulmasına, şirketin borç ve alacaklarının tasfiyesine karar verildiği, bu kararın davalı idareye bildirilmesi üzerine yapılan denetim sonucu dava konusu işlemin tesis edildiği, yetki belgelerine uygun olarak faaliyet göstermediği ve uyarılmasına rağmen kaynakların Bankası A.Ş.'ye kullandırıldığı anlaşılan davacı şirket hakkında tesis edilen işlemde hukuka aykırılık bulunmadığı..."

²²¹ Danıştay 4. Daire, 2003/1945 E., 2003/2734 K., 6/11/2003 T. "İstanbul 4. Vergi Mahkemesi, 17.6.2003 günlü ve E: 2002/2678, K: 2003/1541 sayılı kararıyla, ... davacı şirketin faaliyetinin 28.4.1999 tarihinden itibaren

3.6.2. Tedrici Tasfiye Halinde Uyulması Gereken Tedbirler

Sermaye piyasası kurumlarının sermaye yeterliliği yükümlülüklerini sağlayamadığı, sermaye piyasası faaliyetlerinden kaynaklanan ödeme ve teslim yükümlülüklerini yerine getiremediği veya kısa sürede yerine getiremeyeceği ya da mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunun tespiti hâlinde, Kurul tarafından bu kurumların tedricî tasfiyelerine karar verilebileceğinden yukarıda bahsedilmiştir. Söz konusu tedrici tasfiye sürecine girilmesi yahut sermaye piyasası kurumunun iflası halinde uygulanacak tedbirler ise SerPK'nın 98 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre Kurul, sermaye piyasası kurumlarının iflası veya 86 ncı madde uyarınca tedricî tasfiyeye girmesi durumlarında, 97 nci madde uyarınca sorumlulukları tespit edilmiş bulunmak kaydıyla bazı şahısların şahsen iflaslarını istemeye yetkili kılınmıştır. Bu şahıslar, ilgili sermaye piyasası kurumunun;

- i. Doğrudan veya dolaylı yüzde onundan fazla paya sahip ortakları,
 - ii. Görevden ayrılmış olan veya görevde bulunan, yönetim kurulu üyelerinin ve imzaya yetkili yöneticileri,
 - iii. Portföy yönetim şirketi yöneticileri,
 - iv. Konut finansmanı fonları ile varlık finansmanı fonlarının fon kurulu üyeleri
- olarak sıralanmıştır.

Anılan yetki, tedrici tasfiye sonrasında öngörülmekte ve iflasa ancak bir mahkeme kararıyla karar verilebilmektedir. Bu nedenle söz konusu düzenlemeler, Kurulca uygulanan tedbirler olarak nitelendirilmiştir. Bir dizi idari tedbirin ardından uygulanması ise, iflas isteminin özel hukuka ait bir tedbir olma özelliğini etkilememektedir²²².

Sermaye Piyasası Kurulu tarafından geçici olarak durdurulduğu, bu tarihten itibaren malvarlığı üzerinde Kurulun tasarruf yetkisinin olduğu, Sermaye Piyasası Kanununun ilgili hükümleri uyarınca, Kurul tarafından faaliyeti geçici olarak durdurulan kurumların malvarlıklarının haczedilemeyeceği, teminat gösterilemeyeceği, rehnedilemeyeceği ve başlamış olan tüm icra takipleri kendiliğinden duracağından geçici durdurma kararından sonra vergi borçlarının tahsili amacıyla da olsa şirket malvarlığının haczedilemeyeceği, bu durumda faaliyeti geçici olarak durdurulan davacı şirketin vergi borçlarının tahsili amacıyla adına kayıtlı araca konulan haczin yasal olmadığı gerekçesiyle haciz işleminin iptaline karar vermiştir. Davalı İdare, ödeme emrinin tebliği üzerine ödemede ve mal bildiriminde bulunmayan davacı şirketin aracına konulan haciz işleminin yasal olduğunu ileri sürmekte, kararın bozulmasını istemektedir... Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, söz konusu maddede yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından, istemin reddi ile temyiz edilen Mahkeme kararının onanmasının uygun olacağı düşünülmektedir."

²²² SİNOPLU, s. 52.

Tedrici tasfiye, yatırım kuruluşlarının basit yöntemlerle hızlı bir şekilde tasfiye edilmesini ve birçok kanun hükmünü devre dışı bırakarak yatırımcıların haklarına kavuşabilmelerini sağlayan özel bir yöntemdir²²³. Tedrici tasfiyenin amacı, yukarıda kısaca değinildiği üzere aracı kurumların mal varlığını işin niteliğine göre aynen veya nakde çevirmek suretiyle elde edilen bedeli tahsil ederek, Kanun çerçevesinde yaptıkları sermaye piyasası faaliyetleri nedeniyle müşterilerine karşı olan nakit ödeme ve sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini tasfiye etmektir.

Tedrici tasfiyeye ilişkin hükümler SerPK'nın 86 ncı maddesinde yer almaktadır. Yatırımcıları tazmin kararı verilenler hakkında Kurul, tedricî tasfiye kararı da vermiş ise bu durumda tedricî tasfiye işlemleri YTM tarafından yürütülecek ve tedricî tasfiye karar ve işlemlerinde; 6102 sayılı Kanun, 2004 sayılı Kanun ve diğer mevzuatın tasfiye ile ilgili hükümleri uygulanmayacaktır. Tedricî tasfiyeye ilişkin usul ve esasların Kurulca hazırlanan bir yönetmelikle belirleneceği hükmüne bağlanmış olup; bu kapsamda Yatırımcıların Tazmini ile Tedrici Tasfiye Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik²²⁴ hazırlanmıştır. Mülga Kanunun uygulanmasına yönelik olarak çıkarılan "Aracı Kurumların Tedrici Tasfiye Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik" isminden de anlaşılacağı üzere yalnızca aracı kurumların tedrici tasfiye usulünü düzenlemekte iken, yeni yönetmelikteki düzenlemeler tüm yatırım kuruluşlarını kapsamaktadır. Söz konusu Yönetmeliğin *Tedrici Tasfiye* başlıklı üçüncü bölümünde tedrici tasfiye kararı ve ilanı, yasal organların durumu, malvarlığının korunması, portföylerin yönetiminin devri ve bağımsız denetim yükümlülüğü, koruma tedbirleri, malvarlığının tespiti, nakde çevirme esasları, alacakların tahsili, tasfiye bakiyesi ve dağıtım listesi, tasfiye bakiyesinin dağıtım esasları, tedrici tasfiyenin kapanması ve iflas talebi, tasfiye giderleri ve ilan esaslarına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır.

Bir tüzel kişi hakkında tedrici tasfiye kararı verilmesi halinde bu tüzel kişinin yasal organlarının görev ve yetkileri, tedricî tasfiye kararından tasfiye sonuçlanıncaya kadar, YTM tarafından yerine getirilmektedir. Bu aşamada yapılan işlemlerden tescil edilmesi gerekli olanlar, YTM'nin talebi üzerine tescil ve ilan olunur ve harca tabi olmazlar. Tedricî tasfiyenin sonuçlandırıldığı ilan edildiği tarihte, herhangi bir işleme gerek kalmaksızın, ilgili tüzel kişinin

²²³ TEVETOĞLU, M. (2006). *Mali Durumu Bozulan Aracı Kurumlarda Alınacak Tedbirler ve Özellikle Tedrici Tasfiye*, İstanbul: İstanbul İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayınları, s. 86.

²²⁴ 29/3/2014 tarih ve 28956 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

yasal organları tedricî tasfiye kararı tarihinden önceki görev ve yetkilerini tekrar üstlenirler (SerPK m.86/3).

2499 sayılı Kanun'un 46/B maddesinde de söz konusu madde ile benzer bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu maddede mali durumlarının bozulması sebebiyle yetkileri kaldırılan aracı kurumların tedrici tasfiyelerine Kurulca karar verilebileceği, bu kurumların tasfiye işlemlerinin YTM'nin mülga kanundaki karşılığı olan Yatırımcıları Koruma Fonu tarafından yürütüleceği yer almaktadır. Ayrıca bu hükümde, tedrici tasfiye karar ve işlemlerinde TTK, İİK ve diğer mevzuatın tasfiye ile ilgili hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Ancak uygulamada, hakkında tedrici tasfiye kararı verilmiş bir aracı kurumun mevcut kamu alacaklarının tahsil edilip edilemeyeceğine ilişkin ihtilaflar ortaya çıkmıştır. Tedrici tasfiye sürecine girmiş bir aracı kuruma ilişkin olarak, ilgili kurumun elde edilen gelirin kamu yararı gözetilerek vergiye tabi tutulması gerektiği düşünülse de, tedrici tasfiyenin asıl amacının yatırımcının tazmin edilemeyen alacaklarının ödenmesi olduğu unutulmamalıdır. Nitekim, Kurul tarafından 13/03/2003 tarihinde hakkında tedrici tasfiye kararı verilen ve 2499 sayılı Kanunun 46/B-3 üncü maddesi uyarınca Yatırımcıları Koruma Fonu'na devredilen aracı kurum adına düzenlenen vergi borçlarına ilişkin ödeme emirlerinin iptali istemiyle açılan davada mahkemenin, fona devredilen kurumların kurumlar vergisinden muaf tutulduğu veya elde ettiği kazancın gelir vergisinden istisna edildiği yönünde bir düzenlemenin olmadığını ifade ederek gelir vergisi borçlarının tahsiline ilişkin ödeme emirlerinde yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle reddine hükmettiği karar, Danıştayca bozulmuştur²²⁵. Söz konusu boşluğu

²²⁵ Danıştay 4. Daire 2007/5181 E., 2009/5183 K., 27.10.2009 T. "...Hakkında 13.3.2003 tarihinde tedrici tasfiye kararı verilen ve 2003 ve 2004 yıllarında zarar eden kurumun bankadaki mevduat ve repo hesaplarından elde edilen faiz gelirleri üzerinden yapılan gelir vergisi kesintileri 28.9.2005 tarihinde iade edildikten sonra aracı kurumun 21.10.2005 tarihi itibarıyla muaccel hale gelmiş vergi borçları bulunduğu belirtilerek iade edilen miktarın tahsili için düzenlenen 30.11.2005 gün ve 2005/1130 - 001 ve 002 sayılı ödeme emirlerine karşı açılan davayı reddeden mahkeme kararı temyiz edilmiştir.

2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 46/B maddesinde; tedrici tasfiyenin amacının, aracı kurumların mal varlığını işin niteliğine göre aynen veya nakde çevirmek suretiyle elde edilen bedeli tahsis ederek, Kanun çerçevesinde yapılan sermaye piyasası faaliyetlerinden dolayı müşterilerine olan nakit ödeme ve sermaye piyasası araçları teslim yükümlülüklerini tasfiye etmek olduğu, tedrici tasfiye karar ve işlemlerinde Türk Ticaret Kanunu, İcra İflas Kanunu ve diğer mevzuatın tasfiye ile ilgili hükümlerinin uygulanamayacağı, hakkında tedrici tasfiye kararı verilen aracı kurumun ödemelerinin duracağı ve tüm mal varlığı üzerinde bu karar tarihi itibarıyla sadece fon tarafından tasarruf edileceği, tasfiye bakiyesinin ise; tasfiye amacı kapsamında yer alan hak sahiplerinden alacağının tamamı karşılanamayanların alacağının ödemesinde kullanılacağı, ancak tasfiye bakiyesi bu alacakların tamamını karşılamaya yetmezse ödemelerin garameten yapılacağı, bu alacaklar tamamen karşılandıktan sonra artan kısımdan öncelikle kamu alacakları ve kalandan fonun yaptığı avans ve tasfiye giderleri nedeniyle doğan alacağın ödeneceği, 46/K maddesinden sonra eklenen 1 nci fıkrada ise; tedrici tasfiye çerçevesinde başlamak üzere tüm icra takiplerinin kendiliğinden duracağı hükmüne yer verilmiştir.

Fon tarafından tedrici tasfiye işlemleri yürütülen aracı kurumun yukarıda yer alan kanun maddeleri uyarınca tüm ödemeleri durmuş olup tüm mal varlığı üzerinde tasarruf hakkı fona geçmiştir. Yapılan bu düzenlemelerle öncelikle yatırımcı haklarının korunması amaçlanmıştır. Fon tarafından yatırımcıların hakları ödendikten sonra

gidermek suretiyle konuya ilişkin ihtilafları önlemek amacıyla kanun koyucu, SerPK'nın 86 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında tedricî tasfiye kararı verilenler hakkında İİK ve AATUHK kapsamında takip yapılmayacağını ve evvelce başlamış takiplerin duracağını açıklığa kavuşturmuştur.

SerPK'nın 86 ncı maddesinin dördüncü fıkrasında tedricî tasfiyesine karar verilen ilgililerin ödemelerinin duracağı ve tüm mal varlığı üzerinde yalnızca YTM tarafından tasarruf edilebileceği hükme bağlanmıştır. Tedrici tasfiye sürecinde YTM, hak sahiplerinin kimler olduğunu ve bunların alacak ve borç miktarlarını tespit etmekle birlikte tedricî tasfiyeye tabi olan ilgilinin aktif ve pasifini tespit eder. Aktifler arasında nakit olmayanların da bulunması halinde bunlar nakde çevrilerek alacakların ödenmesinde kullanılır. Tasfiyeye ilişkin giderler ile YTM'nin yatırımcılara halef olması dolayısıyla doğan alacakları, YTM'nin alacağı olarak kayda geçirilir. Ödemelerin yapılmasında öncelik müşteri alacaklarına verilir; bunların tamamının karşılanamaması hâlinde alacakla orantılı olarak, yani garameten ödeme yapılır. Bu alacakların ödenmesi sonrasında sırasıyla kamu alacakları ve YTM'nin yaptığı ödemeler ile tasfiye giderlerinden doğan alacağı ödenir.

YTM, hakkında tedricî tasfiye kararı verilen ilgililerin aktiflerinin tespit edilebilmesini teminen SerPK'nın 86 ncı maddesinin yedinci fıkrasında belirtilen kişilerden mal beyannamesi vermelerini ister. YTM ayrıca tedrici tasfiye sürecinde tedrici tasfiyesine karar verilenlerin malvarlıklarına teminat şartı olmaksızın ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz koyulması kararı verilmesini mahkemeden isteyebileceği gibi yurt dışına çıkış yasağı dâhil olmak üzere alacaklıların menfaati için zorunlu olan her türlü tedbirin alınmasını mahkemeden isteyebilir. Bu kapsamda ihtiyati tedbir ve haciz kararı alınması halinde, alınmasından itibaren altı ay içinde dava açılmaması veya icra veya iflas takibinde bulunulmaması hâlinde bu kararlar kendiliğinden ortadan kalkar.

İlgilinin tedricî tasfiyesine karar verilmesi hâlinde, bu tasfiyenin kapatılmasına ilişkin YTM'nin başvurusu üzerine Kurul tarafından verilecek karara kadar söz konusu ilgili hakkında iflas kararı verilemez. Tedrici tasfiye sürecinde ilgilinin aktiflerinin tedrici tasfiye kapsamında

vergi dairesi ve diğer kamu borcu ödemeleri yapılacaktır. Bu bakımdan, tedrici tasfiye kapsamında başlanmış olan tüm icra takipleri yasa gereğince kendiliğinden duracağından, aracı kurumun 21.10.2005 tarihi itibarıyla muaccel hale gelmiş borçları bulunduğu ileri sürülerek iade edilen gelir (stopaj) vergisinin tahsili için düzenlenen ödeme emirlerinde yasaya uygunluk görülmediğinden davayı reddeden Vergi Mahkemesi kararının bozulması gerekmektedir..."

yapılacak tazmine yetmemesi hâlinde, Kurulun uygun görüşü ile YTM tarafından ilgililerin iflası da istenebilir.

Bu noktada belirtilmesinde fayda görülen bir husus da tedricî tasfiye sürecindeki görevlerinin ifası sebebiyle YTM'nin kanuni temsilcileri ve personeli aleyhine açılacak her türlü tazminat veya alacak davalarının YTM tüzel kişiliği aleyhine açılacağıdır.

3.7. İzinsiz Sermaye Piyasası Faaliyetinde Uygulanacak Tedbirler

Sermaye piyasası faaliyetleri, sermaye piyasası kurumlarının bu Kanun kapsamındaki faaliyetleri, bu Kanun kapsamına giren yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile bunlara ilave olarak sunulan yan hizmetlerden oluşur. Kanunun üçüncü kısmında düzenlenen faaliyetlerin yürütülebilmesi için Sermaye Piyasası Kurulu'ndan izin alınması zorunludur (SerPK m. 39). Bu kapsamda SerPK'nın 99 uncu maddesi uyarınca izinsiz olarak yürütülen sermaye piyasası faaliyetinin durdurulması amacıyla her türlü tedbirin alınmasına dair yetki Kurula verilmiştir. Bununla beraber, söz konusu faaliyet durdurulana kadar geçen sürede bu faaliyetlerin doğurduğu etki bakımından da bir yaptırım uygulama gereği hasıl olduğundan, izinsiz faaliyet ve işlemlerinin doğurduğu sonuçların iptali ve nakit ya da sermaye piyasası araçlarının hak sahiplerine iadesi için tespit tarihlerinden itibaren bir yıl ve her hâlde beş yıl içinde Kurula dava açma yetkisi tanınmıştır. Böyle bir durumda her ne kadar yatırımcıların genel hükümlere göre doğrudan izinsiz faaliyette bulunarak yatırımcının zararına yol açan kuruluştan zararını talep etme yetkisi bulunsa da, uygulamada bu yöntemin sağlıklı bir şekilde işlememesi, yatırımcının bu talepte bulunmaması veya bulunsa dahi sürecin uzaması nedeniyle bu hükümle Kurula yatırımcının korunmasına dair böyle bir dava açma yetkisi tanınmıştır²²⁶. Bu sürelerin geçmesi halinde ise yatırımcılar tarafından genel hükümlere göre dava açılabilir. Bu tedbirlerin yanı sıra, izinsiz sermaye piyasası faaliyetinde bulunan kuruluş bakımından her türlü hukuki ve cezai sorumluluk Kanunla saklı tutulmuştur.

İzinsiz sermaye piyasası faaliyetinde bulunan gerçek ve tüzel kişiler ile Kurulca bu konuda sorumluluğu tespit edilen ortak ve yöneticiler hakkında uygulanacak tedbire ilişkin olarak ise SerPK, 96 ncı maddenin ikinci fıkrasına atıf yapmaktadır. Buna göre Kurul, hukuka uygun olmayan faaliyetlerde sorumluluğu bulunan çalışanların lisanslarını geçici veya sürekli

²²⁶ ÇETİN / TÖREMİŞ / CANTİMUR, s. 216

olarak iptal etmeye ve haklarında suç duyurusunda bulunulmasına ilişkin karardan itibaren yargılama sonuçlanana kadar imza yetkilerini sınırlandırmaya veya kaldırmaya yetkilidir. Bununla birlikte söz konusu işlemlerde sorumluluğu mahkemece tespit edilen yönetim kurulu üyelerini görevden alma ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına dek yerlerine yenilerini atama hususunda da Kurul yetkilendirilmiştir. Söz konusu tedbirlerin uygulanmasında, faaliyetlerden doğan zararın kesinleşmiş olması şartı aranmaz.

Kurul, yayımlamış olduğu 21/03/2019 tarihli ve 2019/16 sayılı haftalık bültende²²⁷ Limit Trading Kuyumculuk ve Ticaret Limited Şirketi (yeni unvanı Gözdem Kuyumculuk ve Ticaret Limited Şirketi) ve bir gerçek kişinin izinsiz sermaye piyasası faaliyetinde bulunduğuna ilişkin ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde incelenmesi sonucunda izinsiz sermaye piyasası faaliyeti eylemlerine iştirak edilmesi gerekçesiyle suç duyurularının yapılmasına karar verildiğini duyurmuştur.

Son yıllarda internet üzerinden Kuruldan izin almaksızın yatırım danışmanı sıfatıyla halktan para toplanmasına yönelik yayın yapan internet sitelerinin artması nedeniyle bu hususa ilişkin özel bir düzenleme yapılması ihtiyacı duyulmuştur. Bu çerçevede izinsiz sermaye piyasası faaliyetlerinin internet aracılığıyla yürütüldüğünün tespit edilmesi halinde; içerik ve yer sağlayıcıları yurt içinde ise, erişimin engellenmesine Kurul tarafından yapılan başvuru üzerine ilgili mevzuat uyarınca mahkemelerce karar verilecek; içerik ve yer sağlayıcıları yurt dışında ise, Kurulun başvurusu üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu erişimi engelleyebilecektir.

Mevcut hükme 690 sayılı KHK²²⁸'nin 67 nci maddesi ile eklenen dördüncü fıkra ile Türkiye'de yerleşik kişilere yönelik olarak internet aracılığıyla yurtdışında kaldıraçlı işlem ve kaldıraçlı işlemlerle aynı hükümlere tabi olduğu belirlenen türev araç işlemleri yaptırıldığına ilişkin bilgi edinilmesi halinde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun, Kurulun başvurusu üzerine ilgili internet sitesine erişimi engellemesine imkan tanınmıştır. Nitekim Kurul, yayımlamış olduğu 11/04/2019 tarihli ve 2019/19 sayılı haftalık bültende²²⁹ Türkiye'de yerleşik kişilere yönelik olarak internet aracılığıyla yurtdışında kaldıraçlı işlem yaptırıldığı belirlenen

²²⁷ <http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=16> (erişim:25.05.2019)

²²⁸ 690 sayılı Olağanüstü Hal Kapsamında Bazı Düzenlemeler Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, RG 29.04.2017 s. 30052.

²²⁹ <http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=19> (erişim: 25.05.2019)

19 adet internet sitesine erişimin engellenmesi için SerPK'nın 99 uncu maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca gerekli hukuki işlemlerin yapılmasına karar verildiğini duyurmuştur.

Benzer şekilde Fransız sermaye piyasası regülatörü AMF de kendisinden izin ve yetki almaksızın kripto paraların ikincil piyasada ticaretini yapan çok sayıda internet sitesine erişimi durdurduğunu açıklamıştır²³⁰.

3.8. Kanuna Aykırı İlan, Reklam ve Açıklamalarda Uygulanacak Tedbirler

Sermaye piyasası kurumlarına uzun vadeli kaynak sağlayan yatırımcıların güveninin tam olarak sağlanması, sermaye piyasalarının etkin bir biçimde işlemesi için büyük önem taşımaktadır. Kurumsal yönetim ilkeleri arasında yer alan şeffaflık, adillik, hesap verebilirlik, sosyal sorumluluk ilkeleri çerçevesinde kamunun aydınlatılması, yatırımcıların ve menfaat sahiplerinin güveninin sağlanması bakımından oldukça önemlidir. Kamuyu aydınlatma kavramı, kurumsal yönetim ilkelerinden biri olan şeffaflık ilkesine uygun olarak ilgili otoritelerin zorunlu tuttuğu finansal bilgilerin ve bu bilgilerin dışında kalan diğer finansal ve finansal olmayan bilgilerin işletmeler tarafından zorunlu ya da gönüllü olarak, belli bir biçim ve içerikte, belirli dönemler itibariyle ya da özel durumlarda kamuya açık ve anlaşılır bir şekilde, zamanında, eş anlı ve eşit bir biçimde sunulmasıdır²³¹. Bu kapsamda kamunun aydınlatılması, SPK'nın amacının gerçekleştirilmesi hususunda en temel ilkedir²³². Kamunun aydınlatılmasının yatırımcıların güveninin sağlanmasındaki önemli rolü göz önüne alındığında, kamuya açılan bu bilgilerin gerçeğe uygun olması gerektiği izahtan varestedir. Bu çerçevede SerPK'nın 15 inci maddesi uyarınca sermaye piyasası araçlarının değerini, fiyatını veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilgi, olay ve gelişmelerin, ihraççılarca veya ilgili taraflarca kamuya açıklanması zorunlu tutulmuştur. Nitekim Kanunun 128 inci maddesinin birinci fıkrasında “Kamunun zamanında, yeterli ve doğru olarak aydınlatılmasını sağlamak amacıyla genel ve özel nitelikte kararlar almak”, Kurulun görev, yetki ve sorumlulukları arasında düzenlenmiştir.

²³⁰https://www.amf-france.org/en_US/Actualites/Communiqués-de-presse/AMF/annee-2019?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F50a3a5a3-b89b-4f18-800f-9f30adf8c4b6 (erişim:01/05/2019)

²³¹ ADIGÜZEL, s. 109-110.

²³² ADIGÜZEL, s. 109.

Yatırımcıların yatırım kararı vermesinde etkili olan temel aşama olarak nitelendirebileceğimiz sermaye piyasası araçlarının ihracı aşamasında verilen bilgilerin de gerçeğe uygunluğu büyük önem taşımaktadır. SerPK'nın 40 ıncı maddesinde yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunmak üzere Kuruldan izin almayanlar ile aldıkları izinler iptal olanların, bu hizmet ve faaliyetlerde bulunamayacakları gibi esas sözleşmelerinde, ticaret unvanlarında veya ilan ve reklamlarında bu hizmetler ve faaliyetlerde buldukları intibamı uyandıracak hiçbir kelime veya ibare kullanamayacakları hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde SerPK'nın 7 nci maddesinin üçüncü fıkrasında ihraca ilişkin ilan, reklam ve açıklamaların izahname ile tutarlı olması gerektiği, gerçeğe aykırı, abartılmış ve yanıltıcı bilgiler içermemesi gerektiği hükme bağlanmıştır.

Tüm bu düzenlemeler ışığında kanuna aykırı ilan, reklam ve açıklamalarda uygulanacak tedbirler SerPK'nın 100 üncü düzenlenmektedir. Söz konusu hükümde sermaye piyasasında hiç izin almaksızın faaliyette bulunanlar, faaliyet izni olmasına karşın sonradan herhangi bir sebeple bu izni iptal edilenler ve usulüne uygun faaliyet izni kapsamında ancak izahname ile çelişen açıklamalarda bulunan kişi ve kuruluşlara uygulanacak tedbirlere yer verilmiştir. Buna göre sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunulduğunun tespiti veya yetki belgeleri iptal olduğu, faaliyetlerinin durdurulduğu veya merkez dışı örgütlerinin kapatıldığı hâlde yaptıkları, ilan ve reklamlarda, aksine izlenim uyandıracak ibare kullanıldığının tespiti hâlinde, ilgililer hakkında cezai kovuşturma yapılmasının yanı sıra, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda, söz konusu ilan ve reklamlar durdurulabilir, kanuna aykırı belgeleri, ilan ve reklamları toplatılabilir ve Kurulun talebi üzerine ilgili yerin en üst mülkî amirince işyerleri geçici olarak kapatılabilir. Bu düzenlemede ilan ve reklamlarda kanuna aykırı bilgilere yer verilmesi halinde sorumlular hakkında cezai kovuşturma yapılacağı belirtilmekle birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bu tedbirlerin uygulanacağı madde metninden anlaşılmaktadır.

Anılan hüküm her ne kadar mülga 2499 sayılı Kanunun 46 ncı maddesinin (k) bendinde yer alan hükme benzerlik gösterse de, söz konusu tedbirlerin uygulanmasında izlenecek usul bakımından iki hüküm arasında birtakım farklılıklar bulunmaktadır. Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunduğu, yetki belgeleri iptal olunduğu veya faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilan ve reklamlarında, sermaye piyasasında faaliyette buldukları intibamı yaratacak kelime veya ibare kullanıldığının tespiti halinde sorumlular hakkında cezai kovuşturma yapılmakla birlikte, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde,

Kurulun talebi üzerine en büyük mülki amirlerce bunların işyerleri geçici olarak kapatılabileceği ve ilan ve reklamları durdurulabileceğini ifade etmektedir. Ne var ki bu maddenin uygulanmasını teminen çıkarılmış olan Menkul Kıymetleri Halka Arz Edilmiş Anonim Şirketlerle Menkul Kıymet Alım Satımı ile Uğraşan Kuruluşların İlan ve Reklamlarında Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğ²³³ uyarınca, aykırılık teşkil eden ilan ve reklamların durdurulması kararının doğrudan Kurulca verilebileceği hükmü yer almakta, dolayısıyla Tebliğ, kanun maddesi ile açıkça çelişmekte idi. Bu çelişki, mevcut kanuni düzenlemede tedbir uygulama yetkisinin doğrudan Kurula verilmesi ile giderilmiştir.

Bununla beraber Kurul, ihraca ilişkin ilan, reklam ve açıklamaların izahname ile tutarlı olmadığına, gerçeğe aykırı, abartılmış ve yanıltıcı bilgiler içerdiğinin tespiti halinde ilan, reklam ve açıklamaların durdurulmasını ve kaldırılmasını isteyebilmektedir (m. 100/2).

3.9. Bilgi Suiistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Fiillerine İlişkin Tedbirler

Sermaye piyasalarında yatırım kararları en temelde bilgiye dayalı olarak verilmektedir. Sermaye piyasasına yatırım yapan bir yatırımcı, başka bir yatırımcıya göre bilgi konusunda dezavantajlı durumda ise, yani piyasada bilgi tam ve zamanında etkin bir biçimde yayılmamışsa bu piyasada etkin ve sağlıklı bir fiyat oluşumundan da söz edilemez²³⁴. Ayrıca bilgiyi söz dışında yaymanın en olağan yolu, piyasada bir fiyat oluşturmaktır. Piyasada oluşan fiyat, yatırımcının geleceğe yönelik yatırım kararlarını etkileyebilmektedir²³⁵. Piyasada yapay bir

²³³ Mülga Seri: VIII No:11 sayılı Tebliğ. Söz konusu mülga Tebliğ'in 3 üncü maddesinde HAAO'ların reklam ve ilan metinlerinde bulunması gereken özellikler belirtilmiştir. Buna göre ilan ve reklamların,

a) İşin gerektirdiği ciddilikte olması,

b) Aşırı giderlere yol açmaması,

c) Abartılmış, hissi, gerçeğe uymayan, halkı aldatıcı ve yanıltıcı, bilgi ve tecrübe noksanlıklarını istismar edici söz, görüntü ve bilgi unsurlarını ihtiva etmemesi, halkı doğru aydınlatma amacına yönelik olması,

d) Halka sunulan menkul kıymetlerin ve hizmetlerin gerçek niteliğini; fiyat, getiri ve ücretlerini ve menkul kıymetlerin satış şartlarına ilişkin bilgileri hiçbir yanlış anlamaya yer vermeyecek biçimde açıkça belirtmesi,

e) İlan ve reklamı veren ilgilinin yapabileceği iş ve hizmetler konusunda halka duyurmak istediği faaliyetin gerçekleştirilebilir nitelikte olması,

f) Menkul kıymetlerin halka arzı yoluyla yapılacak satışlara ait ilan ve reklamların, izahname ve sirküler dışındaki bilgileri taşımaması ve halkı yanlış yönlendirmemesi,

g) Yazılı ilan metinlerinde; ilan ve reklamı veren kuruluşun nominal ve ödenmiş sermayesi ile iş merkezi adresinin ve telefon numaralarının gösterilmesi gerekmektedir. Bu hususta yeni kanuna uygun bir tebliğ henüz çıkarılmış bir tebliğ bulunmamasına beraber, düzenleme yapılması halinde ilan ve reklamlarda bulunması gereken özelliklerin bu doğrultuda düzenleneceği düşünülmektedir.

²³⁴ MANAVGAT, Ç. (2008). *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, s. 84-85.

²³⁵ HANSEN, J. L. (2003). *The Trinity of Market Regulation: Disclosure, Insider Trading and Market Manipulation*, International Journal of Disclosure and Governance, s.74.

fiyat oluşturularak yatırımcıları etkilemeye yönelik davranışlar ile yanlış ve yanıltıcı bilgilerle yatırım kararlarının yanlış yönlendirilmesine sebep olan tutum ve davranışlar, piyasanın güvenilirliği bakımından olumsuz bir ortam yaratabilmektedir²³⁶.

Bu nedenle kanunda bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı incelemelerinde uygulanacak tedbirlerin yanı sıra bir işlemin bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarından herhangi birini teşkil ettiğine dair bir bilgi veya şüphenin bulunması halinde yatırım kuruluşlarının bu durumu Kurula bildirmesi yönünde yükümlülük getiren düzenlemelere de yer vermiştir.

3.9.1. Bilgi Suiistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler

Sermaye piyasaları bilgiye dayalı piyasalar olup, sermaye piyasası oyuncularının kamuyu aydınlatma yükümlülüğünün bir parçası olarak sermaye piyasası araçlarının değerini veya yatırımcıların yatırım kararını etkileyebilecek tüm bilgilerin tam, doğru ve zamanında açıklanması gerekir. Kamuyu aydınlatma ilkesinin uygulanması, etkin bir piyasanın temini için büyük önem taşımaktadır. Yatırımcıların doğru bilgiye zamanında ulaşmasının sağlanması, kamunun aydınlatılması ilkesinin yanı sıra manipülasyon suçunun yaptırıma bağlanması ile sağlanmaktadır²³⁷. Bu noktada önem taşıyan hususlardan birisi, yatırımcıların bilgiye aynı anda ulaşmasını mümkün kılmaktır. Zira ihraççıların pay sahipleri, yöneticileri, çalışanları ihraççı şirketle olan ilişkilerinden dolayı bazı bilgilere kamuya açıklamanın yapılmadığı dönemde sahip olabilmektedir. Böyle bir durumda söz konusu bilgileri kullanarak menfaat elde etmeleri içerden öğrenenlerin ticareti olarak adlandırılmakta olup bu eylem birçok ülkede olduğu gibi SerPK'nın 106 ve 107 nci maddelerinde suç sayılmaktadır.

Bilgi suiistimali fiilinde bulunan kişinin amacı, işleme veya bilgiye dayalı olarak aldatici davranışlarda bulunarak sermaye piyasası araçlarının değerini seyri dışında etkileyerek, yükselterek veya alçaltarak kazanç elde etmek değil, menkul kıymetin değerini etkileyebilecek nitelikte kamuya açıklanmamış ve herhangi bir şekilde elde ettiği bilgiyi kullanarak çıkar sağlamaktır. Dolayısıyla haksız şekilde elde edilen bilginin kullanılması sonucu menkul kıymetin değerinde bir değişiklik olmamakta, sadece fail bu bilgi sayesinde haksız bir kazanç elde

²³⁶ MANAVGAT, s. 86.

²³⁷ BAYINDIR, S. (2011). *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu*, İstanbul: Beta Yayınevi, s.59.

etmektedir. Ayrıca herkesçe bilinmeyen, fakat fail tarafından bir şekilde öğrenilen, yarar sağlamak amacıyla kullanılan ve sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek nitelikteki bilginin doğru bilgi olması, gerçeği yansıtması da gerekmektedir²³⁸.

Piyasa dolandırıcılığı ise literatürde manipülasyon olarak adlandırılan fiiller olup işleme dayalı olarak veya bilgiye dayalı olarak gerçekleştirilebilen fiillerdir. Yatırımcıları aldatarak bir sermaye piyasası aracını almaya veya satmaya sevk etmeye veya sermaye piyasası aracının fiyatının yapay olarak kontrol altına alınmasına yönelik bu davranışlar²³⁹, sermaye piyasasının güven ve istikrarını bozduğu gibi, sermaye piyasasında yatırım sahiplerinin haklarına zarar da verir²⁴⁰.

Bu fiillere doğrudan veya dolaylı olarak iştirak eden gerçek veya tüzel kişilerin borsalar ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem yapmaya devam etmeleri yatırımcıların korunması bakımından olumsuz sonuçlar doğurabileceğinden bu faaliyetlerin tespit edilmesi durumunda geçici veya sürekli olarak işlem yapmalarının önlenmeleri gereklidir. Manipülasyon fiili yatırımcıların piyasaya olan güvenini ve piyasanın sağlıklı işleyişini ortadan kaldırma tehlikesi içerdiğinden milli ekonominin, yatırımcıların mali haklarının, halkın sermaye piyasalarına olan güveninin korunmak istenmesi sebepleriyle ağır yaptırımlara tabi tutulmaktadır²⁴¹. Bu yaptırım gerçek kişilere uygulanabileceği gibi tüzel kişilere de uygulanabilmektedir. Söz konusu tedbirlerin aynı zamanda yaptırım niteliği de taşıması sebebiyle idari yaptırımlarda uyulması gereken ölçülülük, orantılılık gibi ilkelere burada da uyulması gerekir²⁴².

SerPK'nın 106 ve 107 nci maddelerinde suç olarak tanımlanan bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı fiillerini işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yetkilileri hakkında henüz suç duyurusunda bulunulmamış olsa dahi makul şüphenin varlığı halinde Kurulca idari tedbir uygulanmasına yönelik karar alınabilmektedir²⁴³.

²³⁸ EVİK, A. H. (2004). *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 110.

²³⁹ BAYINDIR, s. 55.

²⁴⁰ ADIGÜZEL, s. 320-321.

²⁴¹ BARUT ÖZGER, E. (2017). *Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçu*, Ankara: Adalet Yayınevi, s. 37.

²⁴² Aynı görüş için bkz. SİNOPLU, s. 80-81.

²⁴³ Bu tedbirler 101 inci maddede aşağıdaki şekilde sıralanmıştır:

- a) Borsalarda geçici veya sürekli olarak işlem yapılmasının yasaklanması,
- b) Takas yöntemlerinin değiştirilmesi,
- c) Kredili alım, açığa satış, ödünç alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesi,
- ç) Teminat yükümlülüğü getirilmesi veya yükümlülüğün değiştirilmesi,

Kurulun alacağı tedbirler sınırlı sayı ilkesine tabi olmayıp, Kurula gerek görmesi halinde piyasanın sağlıklı işleyişini teminen gereken her türlü tedbiri alma yetkisi verilmiştir. Ayrıca bu madde ile Kurul, bu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirleme hususunda yetkilendirilmiştir. Bu kapsamda Kurul tarafından Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği²⁴⁴ hazırlanmıştır. SerPK'nın 106 ve 107 nci maddelerinde sayılan fiillerin işlendiğine dair *makul şüphe* bulunan hallerde veya bu fiillerin işlendiğinin tespit edilmesi halinde gerekli tedbirlerin alınarak piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişinin temin edilmesi amacıyla hazırlanan bu Tebliğ, özellikle işlem yapma yasağının usul ve esaslarını düzenlemektedir. İfadeden anlaşılacağı gibi, söz konusu tedbirlerin uygulanması için en az makul şüphenin mevcudiyeti aranmaktadır. Makul şüphe kavramının muğlaklığı uygulamada birtakım sorunlara yol açabileceğinden, Tebliğin 4 üncü maddesinde bu kavrama ilişkin bir tanıma yer verilmiştir²⁴⁵. Kanaatimizce ikincil düzenlemede böyle bir tanıma yer verilmesi makul şüphe kavramının sınırlarının çizilmesi bakımından yerinde olmuştur. Bununla beraber, söz konusu suçlar hakkında uygulanacak tedbirler bakımından makul şüphe sayılabilecek hususların neler olduğunun örnekleme yoluyla açıkça belirtilmesi, hukuki belirlilik ilkesine daha uygun bir tutum olacaktır²⁴⁶.

Nitekim Danıştay bir kararında Kurul tarafından hakkında geçici işlem yapma yasağı verilmiş olan davacının, olaya konu hisse senedi üzerinde yapmış olduğu alım ve satım işlemlerinin, bu işlemlerin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası alım ve satım işlem miktarına oranının ortaya konulmadığı, davacının, yatırımcı grubuyla birlikte hareket ettiği iddiasının ise, davacının daha önce olaya konu hisse senedinde gerçekleştirilen manipülatif işlemlerde yatırımcı grubu ile birlikte hareket etmesi nedenine dayandırıldığı anlaşıldığından, diğer bir deyişle davacının, inceleme döneminde yaptığı işlemlerin miktarı ve yatırımcı grubuyla birlikte

d) Farklı pazar veya piyasalarda işlem görmesi veya farklı işlem esaslarının belirlenmesi,

e) Piyasa verilerinin dağıtım kapsamının sınırlanması,

f) İşlem veya pozisyon limiti getirilmesi,

g) Bunların dışında piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişini teminen gerekli her türlü tedbir.

²⁴⁴ 21/1/2014 tarihli ve 28889 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

²⁴⁵ "Sermaye piyasalarında; işlem gerçekleştiren kişilerin veya onlarla birlikte hareket edenlerin işlem kalıpları ve hesaplarında gerçekleştirilen transferler, sermaye piyasası araçlarının geçmiş dönem fiyat miktar analizleri, fiili dolaşım oranları, sermaye piyasası araçları ile ilgili haber ve açıklamalar, ihbar veya şikâyetler ile bunları destekleyen emareler dikkate alınarak yapılan incelemeler sonucunda Kanununun 106 nci ve 107 nci maddelerinde sayılan fiillerin işlendiğine dair oluşan şüphe"

²⁴⁶ Benzer bir görüş için bkz. ÇETİN / TÖREMİŞ / CANTİMUR s. 220.

hareket ettiği anlaşılamadığından geçici işlem yapma yasağının kaldırılması talebinin reddi yönünde verilmiş olan ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur²⁴⁷.

İlgili Tebliğin 5 inci maddesi, Kurul kararı ile borsalarda işlem yapma yasağı kararı verilebilecek kişileri ve şartlarını düzenlemektedir. Buna göre; haklarında makul şüphe bulunan gerçek veya tüzel kişiler ve tüzel kişilerin yetkilileri aleyhinde Kurulca inceleme başlatılmış ise, inceleme sonucu beklenmeksizin borsalarda işlem yapma yasağı kararı verilebilmesi mümkündür. Böyle bir durumda geçici işlem yapma yasağı, 6 aylık bir süre için verilebilirken Kurul'un bu süreyi 6 ay daha uzatma yetkisi mevcuttur.

Bununla beraber, SerPK'nın 106 ncı ve 107 nci maddelerinde sayılan bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarını işlemesi sebebiyle Kurul tarafından haklarında Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulması kararı verilen gerçek veya tüzel kişilerin yetkilileri ve hesapları suç konusu fiillerde kullanılan kişiler hakkında da Kurulca borsalarda işlem yapma yasağı kararı verilebilmektedir. Söz konusu fiilleri işlemesi nedeniyle Kurul tarafından Cumhuriyet başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmesi durumunda ilgili kişiler hakkında geçici işlem yapma yasağı süresi 2 yıl olarak uygulanmaktadır.

Nitekim Kurul, yayımlamış olduğu 28/02/2019 tarihli ve 2019/12 sayılı haftalık bültende²⁴⁸ Pergamon Status Dış Ticaret A.Ş. pay piyasasında gerçekleştirilen piyasa dolandırıcılığı niteliğindeki işlemlerde sorumluluğu bulunan 3 adet gerçek kişi hakkında SerPK'nın 107/1 maddesi hükümleri kapsamında işlem yapılmak üzere, 115 inci maddesi uyarınca Cumhuriyet Başsavcılığı'na suç duyurusunda bulunulmasına karar verilerek Borsa ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda 2 yıl işlem yasağı uygulanmasına karar verildiğini duyurmuştur.

Bir şirketin piyasa dolandırıcılığı niteliğindeki işlemlerde sorumluluğu bulunduğu iddiasıyla davacı hakkında SerPK'nın 101/1-a maddesi uyarınca iki yıl süre ile borsalarda geçici işlem yapma yasağı tesis edilmesine ilişkin Kurul kararının iptali istemiyle açılmış bir davada idare mahkemesince; işlem yapma yasağının SerPK'nın 101 inci maddesinde düzenlendiği, maddeye göre ancak 107 nci maddede yer alan fiillerin işlendiğine dair makul şüphe bulunanların işlem yasağı yaptırımını ile karşılaşabilecekleri, 107 nci maddeyi ihlal

²⁴⁷ Danıştay 13. Daire, 2010/2126 E., 2011/2385 K., T. 24/05/2011.

²⁴⁸ <http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=12> (erişim: 25.05.2019)

edenlerin gerçekleştirdikleri fiillerin suç olarak kabul edildiği ve bu kişilerin fiilleri nedeni ile savcılığa suç duyurusunda bulunulacağı, oysa davacı hakkında herhangi bir suç duyurusunda bulunulmadığı, bu hâli ile davacının 107 nci madde kapsamında olmadığı, 107 nci madde kapsamında bulunmayan bir kişinin 101 inci madde uyarınca bir yaptırımla da karşılaşamayacağı, bu bakımdan suç duyurusunda bulunulmayan, başka bir deyişle Kurul tarafından işlediği iddia edilen fiil suç olarak kabul edilmeyen davacı hakkında geçici işlem yapma yasağı getirilemeyeceği gerekçesiyle iptal kararı verilmiştir. Danıştay tarafından bu karara ilişkin olarak idari tedbir uygulanabilmesi için ilgilisi aleyhine suç duyurusunda bulunulmasına gerek olmadığından bahisle ilk derece mahkemesinin iptal kararı haklı olarak bozulmuştur²⁴⁹.

FCA da internet sitesinde yayımlanmış olduğu bir duyuruda piyasada göstermiş olduğu faaliyetlerde yanlış ve yanıltıcı izlenim yaratma suçundan hakkında mahkumiyet kararı verilen bir gerçek kişiye dair sermaye piyasası faaliyetleriyle ilgili olarak herhangi bir işlevi yerine getirebilecek uygun ve uygun bir kişi olmadığı, mahkumiyet kararının açık ve ciddi bir dürüstlük eksikliği olduğunu gösterdiği gerekçesiyle bu kişinin yatırımcılar ve finansal kurumlara yarattığı riskin ciddiyeti ve genel olarak piyasaya duyulan güvenin de dahil olduğu tüm ilgili koşulları dikkate aldığını belirterek işlem yasağı getirdiğini duyurmuştur²⁵⁰.

Yine aynı Tebliğin 7 nci maddesi uyarınca hakkında geçici işlem yapma yasağı uygulanan kişinin, işlem yapma yasağı devam ederken başkalarının hesaplarını kullanarak bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı fiillerini işlemesi halinde Kurulca Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunulmasına karar verilmiş ise, bu kişi hakkında 5 yıllık sürekli işlem yapma yasağı kararı da verilebilmektedir.

Burada belirtmek gerekir ki haklarında işlem yapma yasağı kararı verilen bu kişiler, söz konusu fiilleri başka kişiler adına açılmış olan hesaplar üzerinden gerçekleştirmiş ise, bu hesapları kullanılan kişiler hakkında da Kurul tarafından borsalarda işlem yapma yasağı kararı verilebilmesi mümkündür.

²⁴⁹ Danıştay 13. D. E. 2015/2016, K. 2015/2815, T. 2.7.2015 “... Kurul, piyasa dolandırıcılığı suçunu işleyenler ile hesabını bu kişilere kullandıranlar arasında bir ayırım yapmış, suçun asıl failleri hakkında suç duyurusunda bulunmuş, ancak suç işleme kastı olmaksızın borsada kazanç sağlamak amacıyla hesabını piyasa dolandırıcılarına kullandıran ya da onların yönlendirmesi ile işlemler gerçekleştiren kişiler hakkında suç duyurusunda bulunmamıştır. Bu kişilerle ilgili sadece borsalarda işlem yapma yasağı kararı almıştır.” (erişim: 17/05/2019 www.lexpera.com)

²⁵⁰ <https://www.fca.org.uk/publication/final-notices/samrat-deep-bhandari-final-notice-2019.pdf>

Söz konusu Tebliğ, verilen geçici işlem yapma yasağı kararının kalkmasına ilişkin hükümlere de yer vermiştir. Buna göre makul şüphe sebebiyle işlem yapma yasağı kararı verilen kişiler hakkında yapılan denetim neticesinde, suç duyurusunda bulunulmasına lüzum görülmez ise, işlem yapma yasağı Kurulca kaldırılır. Süreli olarak verilen işlem yapma yasağının süresi dolduktan sonra da bu yasak herhangi bir işleme gerek olmaksızın kalkar. İşlem yapma yasağı dönemi içerisinde bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı fiillerinden ötürü kişi hakkında suç duyurusunda bulunulmuş ise, bu işlem yapma yasağı savcılıkça verilen takipsizlik kararının veya mahkemece verilen beraat kararının Kurula tebliğinin akabinde Kurul tarafından kaldırılır (Tebliğ m.8).

Kurul tarafından işlem yapma yasağı kararı verilen gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkililerinin, bu yasağın geçerlilik süresi boyunca borsa yatırım fonu katılma payları dahil olmak üzere borsalarda işlem gören payların ve işlem yapma yasağı kapsamındaki sermaye piyasası araçlarının alım satımını yapmaları mümkün değildir. Buna karşılık, hakkında Kurulca işlem yapma yasağı kararı verilen kişilerin işlem yapma yasağı devam ederken yatırım fonu katılma paylarında, emtiaya, dövize veya kıymetli madene dayalı vadeli işlem veya opsiyon sözleşmeleri ile borçlanma araçlarında işlem yapabilmelerinin önünde herhangi bir engel yoktur.

Hakkında Kurulca işlem yapma yasağı kararı verilen kişilerin işlem yapma yasağı süresi boyunca işlem yapabilecekleri durumlara Tebliğin 10 uncu maddesinde yer verilmiştir²⁵¹. Haklarında işlem yapma yasağı kararı verilmiş bulunan kişilerin vekil sıfatıyla veya aracılığıyla bile olsa borsalarda işlem yapamayacakları gibi; ortak hesaplarda ortaklardan biri hakkında işlem yapma yasağı kararı verilmiş ise, diğer hesap sahipleri de bu ortak hesaplar üzerinden işlem gerçekleştiremez. Benzer şekilde yatırım kuruluşları ve çalışanları, işlem yapma yasaklı olan kişilerin yasaklı oldukları dönemde kendilerine veya başkalarına ait hesapları kullanarak işlem yapmalarına imkân veremez veya göz yumamaz.

²⁵¹ Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği m.10: “işlem yapma yasaklısı kişi tarafından alım öncesinde Kurula yazılı bildirim yapılması kaydıyla, Borsa Toptan Satışlar Pazarında yapılan alım işlemleri, borsa dışında gerçekleştirilen alım veya satım işlemleri, İşlem yapma yasaklısının halka açık tüzel kişi olması halinde, sermaye artırım işlemleriyle sınırlı olarak, artırılan sermayeyi temsilen ihraç edilen payların borsalarda gerçekleştirilen satış işlemleri, işlem yapma yasaklısı kişinin yazılı onayı olması kaydı ile bedelli sermaye artırım sürecinde yeni pay alım hakkının kullanılması suretiyle gerçekleştirilen pay alım işlemleri, bedelsiz sermaye artırım sonucunda pay edinilmesi işlemleri, hakkında işlem yapma yasağı verilen kişilerce yapılabilir.”

Burada belirtmek gerekir ki Kanununun 13 üncü maddesinde kayden izlenen sermaye piyasası araçlarına ilişkin tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli taleplerin münhasıran MKK üyeleri tarafından yerine getirileceğine dair açık hükme yer verilmiştir. Bu hükmün bir yansıması olarak Kurulca verilen işlem yapma yasağı kararı, MKK'ya tebliğ edilmekte ve MKK tarafından haklarında işlem yapma yasağı kararı bulunan kişilere ait hesaplara “işlem yapma yasağı kaydı” işlenmektedir. İşlem yapma yasağına dair Kurul kararının kamuya duyurulduğu anda, borsalara intikal ettirilmiş olan alım emirleri sonucunda yasaklının MKK nezdindeki hesabına intikal eden yahut mülkiyetine geçen sermaye piyasası araçları; henüz gerçekleşmemiş olsa dahi, türüne göre yasaklı pay / varant statüsünde izlenmeye başlanır. Konuya ilişkin esaslara Tebliğin 13 üncü maddesinde yer verilmiştir.

İncelemeye konu olan ve yasaklı statüsüne alınmış olan sermaye piyasası araçları, 15 inci maddede detayları belirtilen işlem yapma yasaklısı kişinin yatırım kuruluşları nezdindeki kredi borcunun kapatılması istisnası dışında, işlem yapma yasağı süresi boyunca her ne gerekçeyle olursa olsun borsalarda satılamaz. Yasaklı statüsünde izlenen paylar, işlem yapma yasağı süresi dolduğunda kendiliğinden borsada işlem görmeyen paylar statüsüne dönüşürken yasaklı statüde izlenen borsa yatırım fonları, sertifikalar ve varantlar, borsada işlem gören statüye dönüşür.

Tebliğde yer alan bir diğer tedbir olan lisans iptaline ilişkin hükümleri 17 nci maddede düzenlenmiştir. Buna göre haklarında Kurulca bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı fiillerinin işlenmesi sebebiyle suç duyurusunda bulunulması kararı verilmesinin yanı sıra işlem yapma yasağı getirilen kişilere ait sermaye piyasası lisansları, işlem yapma yasağının devamı süresince iptal edilir. Bu kapsamda Kurul, yayımlamış olduğu 23/05/2019 tarihli ve 2019/26 sayılı haftalık bültende²⁵² hakkında tedbir kararı alınan bir gerçek kişinin gayrimenkul değerlendirme lisansının tedbir kararı kaldırılıncaya kadar iptal edildiğini duyurmuştur.

Söz konusu Tebliğde bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı fiillerini işlediği hususunda makul şüphe bulunan gerçek veya tüzel kişiler hakkında Kurul kararıyla geçici veya sürekli işlem yapma yasağı tedbiri ile birlikte, uygulanacak birtakım tedbirlere daha yer

²⁵² <http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=26> (erişim:25.05.2019)

verilmektedir²⁵³. Bu tedbirlerin uygulanmasına karar verilmesi halinde bu durum, ilgili borsalara bildirilir ve Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda duyurulması sağlanır.

Yukarıda bahsi geçen tedbirlerin alınması, Kanuna aykırılık nedeniyle inceleme yapılmasına engel teşkil etmemekle birlikte; Kurulun alabileceği tedbirler bunlarla sınırlı değildir. Gerekli görülmesi halinde Kurul, piyasanın etkin ve sağlıklı işleyişini teminen yukarıda sayılanlar dışında tedbirler almaya da yetkili kılınmıştır.

Anonim şirketlerin kendi paylarını iktisap etmesi TTK hükümleri bağlamında kural olarak yasaklanmış ancak hangi durumlarda bunun mümkün olduğuna ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Kanunda yer verilen koşullara uymak kaydıyla, şirketler sermayelerinin yüzde onuna kadar olan kısmı için kendi paylarını iktisap ve rehin olarak kabul edebilmektedir. Dolayısıyla bu yasak sermayenin yüzde doksanını oluşturan paylar bakımından geçerlidir²⁵⁴. Buna karşılık HAAO'lar bakımından kendi paylarını iktisap, SerPK'nın 22 nci maddesinde belirtildiği üzere Kurul tarafından belirlenen şartlar dahilinde serbest bırakılmıştır. HAAO'ların kendi paylarını iktisabına ilişkin olarak SerPK'nın 101 inci maddesinde Kurul'un, kendi paylarını satın almak üzere bir programın uygulamaya konulması hâlinde, ilgili halka açık ortaklıkların yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile diğer ilgili kişilerin söz konusu halka açık ortaklığın paylarında işlem yapmasına sınırlama getirebileceği hususu düzenlenmektedir.

Nitekim Kurul, yayımlanmış olduğu 06/05/2019 tarihli ve 2019/23 sayılı haftalık bültende²⁵⁵ Halk Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş (HLGYO) pay piyasasında 26.04.2019-

²⁵³ m. 18: "Kurulca yapılan incelemelerde, söz konusu fiillerin işlendiğine dair makul şüphe bulunduğu tespit edilmesi halinde, ilgili gerçek veya tüzel kişiler ile tüzel kişilerin yetkilileri ve ilgili sermaye piyasası araçlarına ilişkin olarak;

a) Yatırımcı ve/veya sermaye piyasası aracı bazında brüt takas uygulamasına geçilmesine,

b) Yatırımcı ve/veya sermaye piyasası aracı bazında kredili alım, açığa satış, ödünç alma ve verme işlemlerine ilişkin sınırlamalar getirilmesine,

c) Yatırımcı ve/veya piyasa bazında işlem veya pozisyon limiti getirilmesine,

ç) Yatırımcı ve/veya sermaye piyasası aracı bazında teminat yükümlülüğü getirilmesine veya mevcut yükümlülüklerinin değiştirilmesine,

d) Yatırımcılara ve/veya sermaye piyasası aracı bazında önceden depo şartı getirilmesine,

e) Sermaye piyasası araçlarının işlem sıralarının geçici olarak durdurulmasına,

f) Piyasa verilerinin dağıtım kapsamının sınırlandırılmasına,

g) Sermaye piyasası araçlarının farklı pazar veya piyasalarda işlem görmesi veya bunlar için farklı işlem esaslarının belirlenmesine,

ğ) Yatırımcı, yatırım kuruluşu ve/veya sermaye piyasası aracı bazında emir iletim kanallarının kısıtlanmasına, Kurul tarafından karar verilebilir"

²⁵⁴ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s.325.

²⁵⁵ <http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2019&no=23> (erişim:25.05.2019)

03.05.2019 tarihlerinde gerçekleşen olağan dışı fiyat ve miktar hareketleri nedeniyle, SerPK'nın 1 inci maddesi çerçevesinde yatırımcıların hak ve yararlarının korunmasını teminen, 101/1 maddesi ve V-101.1 sayılı Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı İncelemelerinde Uygulanacak Tedbirler Tebliği'nin 5/1 ve 6/1 maddeleri uyarınca; Asunim Yenilenebilir Enerji Teknolojileri İnşaat Mühendislik Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi hakkında 07.05.2019 tarihinden başlamak üzere borsalarda 6 ay süreyle geçici işlem yasağı uygulanmasına karar verildiğini duyurmuştur.

3.9.2. Bildirim Yükümlülüğü

Sermaye piyasası işlemlerinin yürütülmesi kapsamında ortaya çıkan en yaygın suçlar olan bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarının önlenmesi açısından suç unsurlarının zamanında tespiti çok önemlidir. Söz konusu suçlar, yatırım kuruluşları nezdinde gerçekleştirilen işlemler vasıtasıyla işlenen suçlar olduğundan, bu suçlara ilişkin herhangi bir göstergenin mevcudiyetinin yatırım kuruluşları tarafından Kurula bildirilmesi büyük önem taşımaktadır.

Söz konusu husustaki eksikliği gidermek adına kanun koyucu, SerPK'nın 102 nci maddesinde yatırım kuruluşlarına bu hususta bir yükümlülük getirmiştir. Buna göre bir işlemin bilgi suiistimali ve işleme dayalı piyasa dolandırıcılığı suçlarını teşkil ettiğine dair herhangi bir bilgi edinilmiş veya şüpheyi gerektirecek bir durumla karşılaşmış ise, bu durumun Kurula yahut Kurulca belirlenecek diğer kurum ve kuruluşlara bildirilmesi gerekmektedir. Söz konusu hüküm uyarınca bu yükümlülük yatırım kuruluşlarının yanı sıra Kurulca belirlenecek sermaye piyasası kurumlarına getirilmiştir.

Ancak bu düzenleme kapsamında Kurula bildirimde bulunanların, yapılan bu bildirimler ve bildirimde bulunulan kişiler hakkında üçüncü kişiler ile kurumlara bu konuda bilgi vermesi yasaklanmış; diğer taraftan mahkemeler, savcılıklar ve Mali Suçları Araştırma Kurulu Başkanlığına bilgi verilmesi durumu bu hükmün kapsamı dışında bırakılmıştır. Ayrıca Kurula, Kurul Başkanlığı tarafından görevlendirilmiş olan meslek personeline ve denetim elemanlarına, ilgili yatırım kuruluşunun yönetim kuruluna bilgi verilmesi, bu yasağın ihlali niteliğinde sayılmamaktadır.

Kurulun, bildirim yükümlülüğünün usul ve esaslarını belirleyeceğine dair hükme dayanarak, bir işlemin bilgi suistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçlarından herhangi birini teşkil ettiğine dair bir bilginin veya şüphenin bulunması durumunda yatırım kuruluşları tarafından Kurula bildirilerek söz konusu suçların tespitine ve önlenmesine katkı sağlanması amacıyla Bilgi Suistimali veya Piyasa Dolandırıcılığı Suçları Hakkında Bildirim Yükümlülüğü Tebliği²⁵⁶ hazırlanmıştır.

Karşılaşılan şüpheli işlemlerin Kurula bildirilmesi için yatırım kuruluşlarına beş iş günü süre tanınmış olup bu bildirimde yazılılık şartı aranmaktadır. Bildirimlerin içeriği ise ihraççıya ilişkin bilgiler, bu bilgilere dayalı olarak yapılan işlemler, işlemlerle ilgisi bulunan şahıslar, işleme konu paylar ve bunları kanıtlar nitelikte her türlü belge, evrak, ses kaydı dahil diğer deliller olarak belirtilmiştir (Tebliğ m. 6).

Şüpheli işleme ilişkin bildirimde bulunulması yahut bulunulacak olması söz konusu işlemlerin yerine getirilmesine engel teşkil etmeyeceği gibi, Kanun ve anılan Tebliğ kapsamında bildirim yapılmış olması, 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanunla getirilen bildirim yükümlülüğünü de ortadan kaldırmaz.

Bilgi suiistimali veya piyasa dolandırıcılığı suçlarına ilişkin olarak şüpheli işlemlerin tespitinde yatırım kuruluşlarına yardımcı olması için söz konusu Tebliğde şüpheli işlem kalıpları belirlenmiştir. Bildirimde bulunmak için şüpheye konu olan hususun burada belirtilen kalıplara uyması şartı aranmamakta olup, şüphe doğuran hususlar, sayılan kalıplardan farklı olsa dahi bilgi suiistimali veya piyasa dolandırıcılığı suçunu teşkil edebileceğine dair bir bilgi edinilmesi veya şüphe duyulması durumunda da bildirimde bulunulması gerekir.

Kurul, bu kapsamda kendisine intikal eden bildirimlerin şüpheli işlem kalıplarına uygunluğuna, bir diğer deyişle şüpheli işlem teşkil edip etmediğine ilişkin değerlendirmeyi yaparken müşterinin genel profili, geçmiş yatırım karakteri ve tecrübesi gibi hususları da dikkate almaktadır. Bu değerlendirme müşteri ve işlem bazında yapılmakta ve gerektiğinde müşterinin birden çok işlemi bir arada ele alınarak değerlendirilmektedir. Söz konusu şüpheli işlem kalıpları bu tebliğde bilgi suiistimaline ilişkin kalıplar, işleme dayalı piyasa

²⁵⁶ 21/1/2014 tarihli ve 28889 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

dolandırıcılığına ilişkin kalıplar, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığına ilişkin kalıplar ve diğer örnek teşkil edebilecek şüpheli işlem kalıpları olarak sınıflandırılmıştır²⁵⁷.

Sonuç itibarıyla yatırım kuruluşlarının bilgi suiistimali ve piyasa dolandırıcılığı suçunun işlendiğine dair bilgi ve belgelere sahip olması halinde bunları Kurula veya Kurulun yetkilendireceği Kuruluşlara sunmasına ilişkin bildirim yükümlülüğü konusunda getirilen bu yeni düzenleme ve Tebliğ ile bu husustaki eksiklik giderilerek mevzuatın AB mevzuatı ile uyumlaştırılması hususunda önemli bir adım atılmıştır. Nitekim AB Piyasa Bozucu Eylemler Tüzüğü'nün²⁵⁸ 16 ncı maddesinin ikinci fıkrasında da profesyonel olarak sermaye piyasasında işlem gerçekleştiren kişilere içerden öğrenenlerin ticareti, piyasa manipülasyonu gibi eylemlerin gerçekleştirildiğine ilişkin şüpheli işlemlerle karşılaşmaları halinde bu durumu gecikmeksizin yetkili otoriteye bildirme yükümlülüğü getirilmiştir. FCA şüpheli işlemleri, içerden öğrenenlerin ticareti veya piyasa manipülasyonu gibi piyasada kötüye kullanım teşkil

²⁵⁷ Başlıca şüpheli işlem kalıpları aşağıdaki gibidir:

- “Bir müşterinin hesap açar açmaz veya uzun bir süredir işlemi olmadığı halde belirli bir payda net alım yönünde işlemler gerçekleştirmesi, bu işlemlerin hızlı bir şekilde tamamlanması için aceleci davranması, bu işlemler sonrasında söz konusu payla ilgili önemli bir gelişmenin yaşanması ve fiyatın yükselmesinin ardından müşterinin söz konusu payları satarak kısa bir süre içerisinde normal olmayan bir kazanç elde etmesi,
- İçsel bilgiye erişimi olabilecek bir kişinin, genel işlem karakterine uyumlu olmayan surette, halka açık bir şirketi ilgilendiren önemli bir gelişmenin öncesinde ve/veya sonrasında halka açık şirket paylarında alım veya satım ağırlıklı işlem gerçekleştirerek menfaat elde etmesi,
- Bir kişi veya birlikte hareket eden kişiler tarafından belirli bir payın fiyatını sabit tutmaya dönük pozisyon alınması, payın işlem miktarı ve emir büyüklüklerine göre arz ve talebine etki edecek veya fiyatını değiştirecek büyüklükte emirler verilmesi veya işlemler gerçekleştirilmesi sonucunda piyasanın yanıltılması,
- Bir kişi veya birlikte hareket eden kişiler tarafından, piyasanın genel işlem karakterine uyumlu olmayan surette, normal finansal gerekçelerle açıklanamayacak şekilde farklı piyasalarda (korunma amacıyla açıklanamayacak aynı yönlü vadeli işlem sözleşmesi, opsiyon ve spot işlem alımı-satımı) büyük ölçekte işlemler gerçekleştirilerek piyasanın yanıltılması,
- Belirli bir pay hakkında yatırımcıların kararlarını etkileyici nitelikte, herhangi bir dayanağı olmayan yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek,
- Belirli bir payda pozisyon alındıktan sonra piyasada yanıltıcı haberler yaymak suretiyle yatırımcıların kararlarını ve dolayısıyla payların fiyatını etkilemeye dönük faaliyetlerde bulunulması,
- Müşteri hesabının gerek açılışından itibaren, gerekse sonradan vekaletsiz olarak bir başkası tarafından kullanılması,
- Müşterinin daha önce Kurul kararı ile hakkında işlem yasağı uygulanan kişilerle irtibatlı olması ve işlemlerin bu kişilerin yönlendirmesi ile yapılması.
- Bir kişinin hesabından, o kişinin yaşı, mesleki nitelikleri, mali durumu, sermaye piyasalarındaki tecrübe ve bilgi birikimi gibi özelliklerine uygun olmayan şekilde yüksek miktarda yoğun işlemler gerçekleştirilmesi,
- Görünürde birbirinden bağımsız hareket eden müşterilerin; aynı adres, telefon ve benzeri iletişim bilgilerini vermesi, aynı lehtarlara havale göndermesi, aynı amirlerden havale alması veya açtıkları hesaplarda aynı kişi ya da kişilere vekalet vermesi,
- Büyük miktarda para yatırma işlemlerinin havale veya EFT yoluyla yapılması yerine elden yatırılmak istenmesi, havale mahiyetindeki para hareketlerinin kasa üzerinden nakit çekme ve yatırma suretiyle gerçekleştirilmek istenmesi.”

²⁵⁸ Regulation (EU) No 596/2014 of the European Parliament And of the Council of 16 April 2014 on Market Abuse. Article 16/2.

edebileceğinden şüphelenilen “makul nedenlerin” olduğu işlemler olarak tanımlamış ve ilgililerin şüpheli işlemleri rapor edebileceği çevrimiçi bir sistem kurmuştur²⁵⁹.

3.10. Kanunda Yer Alan Diğer Tedbirler

Çalışmanın ikinci bölümünün buraya kadarki kısmında, SerPK'nın “Sermaye Piyasalarında Denetim ve Tedbirler” başlıklı Beşinci Kısımının İkinci Bölümünde yer alan tedbirler incelenmiştir. Ancak Kanunun bu bölümü dışındaki maddelerde de Kurulun uygulayacağı birtakım tedbirlere yer verilmiştir. Çalışmanın bu bölümünde bu tedbirler incelenecektir.

3.10.1. Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Zorunluluğuna İlişkin Tedbirler

Sermaye piyasalarının tüm dünyada gelişmesi ile birlikte küçük yatırımcılar yatırımlarını sermaye piyasası araçlarına yöneltmeye başlamış, bu durum küçük yatırımcıların büyük şirketlerde pay sahibi olmasına ve böylelikle sermayenin tabana yayılmasını sağlamıştır. Hissedarlarının önemli bir kısmını küçük pay sahiplerinin oluşturduğu bu yapıdaki şirketlerde yatırımcının korunması hususu, profesyonel olarak görevlendirilen yöneticilerin pay sahipleri aleyhine tutum sergilememeleri bakımından ayrı bir önem arz etmektedir. Bu noktada, yöneticiler ile şirket arasında ortaya çıkabilecek menfaat çatışmalarını önleyebilecek mekanizmaların geliştirilmesi düşüncesi ile kurumsal yönetim, yani "corporate governance" kavramı ileri sürülmüştür²⁶⁰.

Türk hukukunda kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin ilk düzenleme, Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği tarafından ortaya konulmuş olup²⁶¹ “Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi” adı altında, özellikle yönetim kurulunun oluşumu ve çalışma şekli açısından yönetimde kurumsallaşmayı sağlayacağı düşünülen kurallar belirlenmiştir. Akabinde, SPK nezdinde oluşturulan bir komisyon tarafından HAAO'lar bakımından “Kurumsal Yönetim İlkeleri”nin açıklandığı kapsamlı bir rehber hazırlanmış; bu taslak metin Kurulun 04.07.2003 tarih ve 35/835 sayılı kararıyla kamuya

²⁵⁹ <https://www.fca.org.uk/markets/market-abuse/suspicious-transaction-order-reports> (erişim:02/05/2019)

²⁶⁰ PULAŞLI, H. (2003). *Corporate Governance Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları, s. 4-7.

²⁶¹ Söz konusu rapora <http://www.tusiad.org/tr/yayinlar/raporlar/item/1861-kurumsal-yonetim-ilkeleri> adresinden ulaşılabilir. (erişim:28.05.2017).

açıklanmış ve 07.02.2005 tarihli karar ile de OECD ilkelerinde yapılan değişiklikler kapsamında revize edilmiştir²⁶². TTK m. 1529'da, HAAO'larda kurumsal yönetim ilkelerini belirleme görev ve yetkisinin Kanunen SPK'na ait olduğu da açıkça düzenlenmiştir. Kanun da 17 nci maddede kurumsal yönetime ilişkin hükümler yer vermiş, bununla birlikte Kurumsal Yönetim Tebliği de SPK tarafından yürürlüğe konmuştur²⁶³.

SerPK'nın 17 nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Kurul, payları borsada kayıtlı HAAO'ları kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymaya zorunlu tutmaya, bu hususta usul ve esasları belirlemeye, uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi hâlinde bu zorunluluğun yerine getirilmesini sağlayacak kararları almaya, uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin tespiti ya da iptali ihtiyati tedbir istemeye, dava açmaya ve açılan davada uyum zorunluluğunun yerine getirilmesine yönelik karar alınmasını istemeye, bu konuda usul ve esaslar belirlemeye yetkili kılınmıştır.

Söz konusu hükümden anlaşılacağı üzere payları borsada işlem gören HAAO'ların kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymaları Kurul tarafından zorunlu kılınabilir. Kurulun bu zorunluluğu, ilgili şirkete süre vererek veya süre vermeden getirmesi mümkündür. Eğer Kurul, bu ilkelerin uygulanma zorunluluğu için herhangi bir süre belirlemişse bu süre içinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmemesi hâlinde uyum zorunluluğunun yerine getirilmesini sağlamak üzere karar alır ve buna ilişkin işlemleri resen yapar. Kurulun herhangi bir süre belirlememiş olması durumunda da uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir isteme, dava açma, bu davada uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak yönde karar alınmasını isteme yetkisi mevcuttur. Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 7 nci maddesinde mahkemeye sunulacak talebe kurumsal yönetim ilkelerine uyum sağlamak üzere yapılması gereken işlemleri içeren bir uyum önerisinin de ekleneceği belirtilmiştir.

Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 7 nci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca ortaklıkların, uyulması zorunlu kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasını sağlamak üzere işlem yapmak

²⁶² ÖZER, I. (2013). *Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Anonim Şirket Yöneticilerine Sağlanan Mali Haklar*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, s. 18.

²⁶³ Seri II No: 17.I sayılı Tebliğ, 3/1/2014 tarih ve 28871 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

ve karar almak için yeterli sayıda yönetim kurulu üyesinin bulunmasına karşın yönetim kurulunun veya genel kurulun bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmaması veya kararları almaması halinde, Kurul bu ortaklıklara otuz gün süre verir. Verilen süre içerisinde uyum için gerekli işlemlerin yapılmaması halinde Kurul, Kanununun 17 nci maddesi gereğince yönetim kurulunun toplanabilmesi ve karar alabilmesi için gerekli olan ve bağımsızlık kriterini sağlayan gerekli sayıda bağımsız üyeyi resen atar. Yeni yönetim kurulu, Kurulun uygun görüşünü almak suretiyle, esas sözleşmede zorunlu kurumsal yönetim ilkelerine uyumu sağlayacak gerekli değişiklikleri yaparak ticaret siciline tescil ve ilan ettirir.

Kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasına ilişkin tüm bu düzenlemeler birtakım zorunluluklar öngörmüş olsa da, genele bakıldığında bu ilkelerin yönetim kurulunun işlevini etkin kılmaya ve bu yolda faaliyet esaslarını ve ortaklıkların davranış biçimlerini düzenlemeye ilişkin hükümler içerdiğinden²⁶⁴, gerektiğinde Kurul'a bu yönde tedbirlere başvurma yetkisinin verilmiş olması kanaatimizce de yerinde bir tutum olmuştur.

3.10.2. Önemli Nitelikteki İşlemlerde Uygulanacak Tedbirler

Önemli nitelikteki işlemlerin kavramsal olarak ortaya çıkışı, anonim ortaklıklarda hakim olan çoğunluk ilkesine dayanmaktadır. Ortaklık faaliyetlerinde köklü değişiklik meydana getirebilecek bazı türdeki işlemlerde çoğunluk karşısında kalan azınlığın korunması gerekliliği ortaya çıkabilmektedir. Bu kapsamda ilgili önemli nitelikteki işlemin gerçekleştirilmesini istemeyen azınlık, ayrılma hakkı ve pay alım teklifi zorunluluğu gibi çeşitli mekanizmalarla korunmaktadır²⁶⁵.

Önemli nitelikteki işlemler kavramının düzenlenmesinde asıl amaç; ortaklığın karar organları vasıtasıyla ortaklık lehine olduğunu düşünerek aldığı kararların bazı pay sahiplerin beklentisine uymayabilecek olmasıdır. Bu durumda ortaklığın ve pay sahiplerinin menfaatlerini dengelemek amacıyla bu mekanizmaya başvurulabilmektedir²⁶⁶.

²⁶⁴ DEMİR, H. E. (2013). *Sermaye Piyasası Kurulunun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 165.

²⁶⁵ TARHAN, D. G. (2018). *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları, s. 43-46.

²⁶⁶ BEKTAŞ, İ. (2015). *Halka Açık Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri Nedeniyle Doğan Ayrılma Hakkı ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğu*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırması Enstitüsü 60. Yıl Armağanı, s. 752.

Ortaklıkların önemli nitelikteki işlemleri ve bunlara ilişkin esaslar, mülga 2499 sayılı Kanunda yer almayıp SerPK ile kanun düzeyinde hukukumuzda girmiştir. Kanunun 23 üncü maddesinde HAAO'ların birleşme ve bölünme işlemlerine taraf olması, tür değiştirme ya da sona erme kararı alması, malvarlığının tümünü yahut önemli bir kısmını devretmesi veya kiralaması, borsa kotundan çıkması, faaliyet konusunu değiştirmesi, imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam ya da konusunu değiştirmesi gibi hususların önemli nitelikte işlem sayılacağı belirtilmiştir. Görüldüğü gibi söz konusu işlemler sınırlı sayıda değildir. Hükümde yer alan işlemler örnek olarak belirtilmiş olup ortaklık yapısında ciddi etki yaratacak bunlara benzer işlemler de ortaklık bakımından önemli nitelikte işlem sayılacaktır. Bu gibi işlem türlerinin ikincil düzenlemelere bırakılmış olması piyasada belirsizlik yaratması yönüyle olumsuz karşılanabiliyor olsa da²⁶⁷ tarafımızca esneklik ve piyasadaki gelişmelere hızlı cevap verilebilmesi bakımından olumlu bulunmaktadır. Kararın alındığı ortaklığın durumuna göre, önemli nitelikte bir işlem sayılmasının hakkaniyet gereği gerekli olabileceği, bütün işlemlerin önemli nitelikte işlem olarak mevzuatta sıralanmasının mümkün olmadığı düşünüldüğünde, Kurula böyle bir takdir hakkının tanınması azınlık pay sahiplerinin korunması bakımından da zaman zaman zorunluluk arz etmektedir²⁶⁸.

Burada sayılan önemli nitelikteki işlemlerin hukuki ve ekonomik sonuçlar taşıyan, ortaklığa birtakım yükümlülükler getiren, pay sahiplerinin hak ve menfaatlerini doğrudan ya da dolaylı biçimde etkileyen konular olduğu, çoğunlukla ortakların halka açılma öncesi vaat, taahhüt veya durumlarından farklılaşan veya ortaklık faaliyetlerinde, ticari sürecinde önemli ölçüde değişiklik yaratabilecek hususlar olduğu görülmektedir²⁶⁹. Önemli nitelikte işlemler listesinde yer alan işlemlerin ortak özelliği, en temelde payın fiyatını veya değerini etkiliyor olmasıdır²⁷⁰.

Konunun önemine binaen anılan madde kapsamında Kurul, önemli nitelikteki işlemleri, önemlilik ölçüsü dâhil olmak üzere bu özelliklerdeki işlemlerde bulunulabilmesi yahut kararların alınabilmesi için uyulması zorunlu usul ve esasları belirlemeye yetkili kılınmıştır. Bu

²⁶⁷ TARHAN, s. 61-62.

²⁶⁸ ÇANGA BELBER, E. (2017). *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Önemli Nitelikte İşlemler*, İstanbul: Legal Yayınevi, s. 88 vd.

²⁶⁹ ÇETİN / TÖREMİŞ / CANTİMUR, s. 67.

²⁷⁰ TARHAN, s.51.

çerçeve de Kurul tarafından Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği çıkarılmıştır²⁷¹.

Bu Tebliğin 5 inci maddesinde, Kanununun 23 üncü maddesinde sayılan önemli nitelikteki işlemlere ek olarak “ortaklıkların kendi tüzel kişilikleri ile ilgili ilişkili taraflarından önemli ölçüde mal varlığı edinmesi veya kiralaması ve yapmayı planladıkları bedelli sermaye artırımlarında, sermaye artırımından elde edilecek fonun ortaklığın mevcut sermayesini aşması ve Kurulun ilgili düzenlemelerinde tanımlanan ilişkili taraflara olan ve ortaklığa nakit dışındaki varlık devirlerinden kaynaklanan borçların kısmen veya tamamen ödenmesinde kullanılacak olması” da önemli nitelikte işlem sayılmıştır. Ancak bu işlemlerin önemli nitelikte işlem sayılabilmesi için Tebliğin 6 ncı maddesi kapsamında belirlenen önemlilik kriterlerini de sağlamış olması gerekmektedir (Tebliğ m.5/1). Tebliğde belirtilen halka açılma öncesindeki vaat, taahhüt veya esaslı durumlarından önemli oranda farklılaşan veya somut bir konuda daha önceden bir vaat veya taahhütte bulunulmamış olsa dahi bütüncül olarak ele alındığında ortaklığın faaliyetleri ve/veya ticari hayatında önemli ölçüde değişiklik meydana getirebilecek iş ve işlemlerin, Kurul tarafından önemli nitelikteki işlem olarak değerlendirilebileceği hükmü, (m. 5/2) de yine bu işlemlerin sınırlı sayı ilkesine tabi olmadığını bir göstergesidir.

Önemli nitelikteki işlemlerden bazıları ortağın pay sahipliğinde değişiklik yaratmakta, bazıları ortaklık değerinin düşmesine ve dolayısıyla ortağın kar payının azalmasına sebep olmakta olan işlemler olduğu için işlemlere ilişkin olarak pay sahiplerinin doğru şekilde bilgilendirilmesi büyük önem arz etmektedir²⁷². Bu nedenle Tebliğ ile önemli nitelikteki işlemlere ilişkin gerekçeli yönetim kurulu kararının, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin oyu da belirtilerek, Kurulun özel durumlara ilişkin düzenlemeleri çerçevesinde ayrılma hakkı kullanım fiyatı ile birlikte kamuya açıklanması zorunluluğu getirilmiştir (m. 5/3).

Tebliğın 6 ncı maddesinde önemli nitelikteki işlemi teşkil eden işleme ilişkin önemlilik kriteri, her bir işlem bakımından ayrı ayrı belirlenmiştir. Bununla beraber 7 nci maddede ortaklıkların önemli nitelikteki işlemlerinin genel kurul onayına sunulması zorunlu tutulmuştur. Yine bu hüküm uyarınca önemli nitelikteki işlemlere ilişkin kararların genel kurulca alınabilmesi için, esas sözleşmelerinde açıkça oran belirtilmek suretiyle daha ağır nisaplar

²⁷¹ Seri II, 23.1 sayılı Tebliğ, 24/12/2013 tarihli ve 28861 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

²⁷² ÇETİN / TÖREMİŞ / CANTİMUR, s. 70-71.

öngörülmediği takdirde, toplantı nisabı aranmaksızın, ortaklık genel kuruluna katılan oy hakkını haiz payların üçte ikisinin olumlu oy vermesi şartı aranacaktır.

Önemli nitelikteki işlemlere ilişkin gerekçeli yönetim kurulu kararının kamuya açıklanması, bu işlemlere ilişkin kararların genel kurulca alınabilmesi için gerekli nisaplara riayet edilmemesi gibi Kurulca belirlenmiş olan esaslara uyulmaması durumunda Kurulun birtakım yaptırımlar uygulayabileceği kuşkusuzdur. Kanunun 23 üncü maddesinin ikinci fıkrası ise Tebliğ uyarınca belirlenen uyulması zorunlu usul ve esaslara uyulmaması halinde Kurulun uygulayacağı tedbirleri düzenlemiştir. Buna göre Kurul, hüküm çerçevesinde düzenlenen zorunluluklara uyulmaksızın gerçekleştirilen işlemlerin ortadan kaldırılmasına yönelik Kurul kararının tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde işlem öncesi durumun aynen sağlanmaması hâlinde idari para cezası verebilecek ve bu işlemlerin iptali için TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde dava açabilecektir.

Söz konusu hükümden anlaşılacağı üzere önemli nitelikteki işlemlere ilişkin usul ve esaslara aykırılık halinde Kurul'un kullanabileceği ilk yetki, işlemin ortadan kaldırılması talebini içeren bir Kurul kararı almaktır. Bu karar, idari para cezası uygulanabilmesinin bir ön koşuludur ve kararın tebliğinden otuz gün içinde ortaklık, ilgili işlemi ve işlemin yarattığı durumu ortadan kaldırmalıdır. Söz konusu karar bir hazırlık işlemi niteliğinde olup yargı denetimine tabidir²⁷³. Kurulun sahip olduğu diğer yetki ise ilgili işlemin iptali için iptal davası açma yetkisidir. Bu yetki kapsamında SerPK'nın ilgili hükmünde her ne kadar TTK'nın genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlerine atıf yapılmış olsa da SerPK'nın 18 inci maddesinin altıncı fıkrasında kayıtlı sermaye sisteminde yönetim kurulu kararlarının iptali için de TTK'nın genel kurul kararlarının iptali hükümlerine atıf yapılmış olmasından bahisle önemli nitelikteki işlemlere ilişkin yönetim kurulu kararlarının iptali hakkında da uygulanabilmektedir²⁷⁴.

Kurulun önemli nitelikteki işlemler konusunda belirlediği usul ve esaslara ilişkin sorumluluk yalnızca ortaklık tüzel kişiliğine ait değildir. Tebliğ uyarınca ortaklıkların yönetim kurulu üyeleri, önemlilik ölçüsü de dahil olmak üzere önemli nitelikteki işlemlerde bulunulabilmesi veya kararların alınabilmesi ile ayrılma hakkının kullanımı ve ayrılma

²⁷³ TARHAN, s. 219-220.

²⁷⁴ TARHAN, s. 226.

hakkının doğmadığı hallere ilişkin söz konusu usul ve esaslara uyum konusunda sorumlu tutulmaktadır (m.14).

3.10.3. Finansal İstikrarı Bozulan Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylara İlişkin Uygulanacak Tedbirler

Pay; kuruluşta şirketin, sermaye artırımında bu kararın tescili ile doğan, pay sahipliğinden kaynaklanan hakların ve borçların temeli olan, sermayenin istisnalar dışında serbestçe devredilebilen bağımsız birimdir. Dolayısıyla anonim şirketlerde pay, şirket esas sermayesinin bir parçasını oluşturması, pay sahipliğini gösteren bir belge olması ve pay sahipliğinden doğan hak ve borçların kaynağı olması bakımından üç temel işleve sahiptir²⁷⁵. TTK'nın 476 ncı madde hükmü uyarınca payın itibarî değeri en az bir kuruş olarak belirlenmelidir ve bu değere aykırı olarak çıkarılan paylar kural olarak geçersizdir. Kelime anlamı itibariyle bir kişi veya gruba tanınan ayrıcalık anlamı taşıyan imtiyaz ise TTK'nın 478 inci maddesinde kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkı olarak tanımlanmıştır. Yine bu hüküm uyarınca bazı paylara ilk esas sözleşme ile ya da esas sözleşme değiştirilmek suretiyle imtiyaz tanınabilir. Buna ek olarak TTK'nın 360 ıncı maddesinde esas sözleşmede öngörülmek şartı ile, belirli pay gruplarına, özellik ve nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine ve azlığa yönetim kurulunda temsil edilme hakkı tanınabileceği, bu amaçla, yönetim kurulu üyelerinin, belirli bir grup oluşturan pay sahipleri, belirli pay grupları ve azlık arasından seçileceği esas sözleşmede öngörülebileceği gibi, esas sözleşmede yönetim kurulu üyeliği için aday önerme hakkı da tanınabileceği belirtilmiş ve yönetim kurulunda bu hüküm kapsamında temsil edilme hakkı tanınan payların imtiyazlı sayılacağı ifade edilmiştir. Ancak HAAO'lar bakımından genel kurul tarafından yönetim kurulu üyeliğine önerilen adayın veya hakkın tanındığı gruba ve azlığa mensup adayın haklı bir sebep bulunmadığı takdirde üye seçilmesi zorunlu tutulmuş ve bu şekilde tanınacak temsil edilme hakkının, HAAO'larda yönetim kurulu üye sayısının yarısını aşamayacağına ilişkin sınırlama getirilmiştir.

Oyda imtiyaza ilişkin hususlar ise TTK'nın 479 uncu maddesinde düzenlenmiştir. Bu hüküm doğrultusunda oyda imtiyaz, eşit itibarî değerdeki paylar üzerine farklı sayıda oy hakkı bahşederek tanınabilir ve bir paya en fazla on beş oy hakkı tanınabilir. Ancak bu sınır, kurumlaşmanın gerektirdiği yahut haklı bir sebebin ispatlandığı durumlarda uygulanmayacaktır

²⁷⁵ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 410-412.

(TTK 479/2). Bu iki hâlde, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinin, kurumlaşma projesini veya haklı sebebi inceleyip, bu kapsamda sınırlamadan istisna edilme kararını vermesi gerekir. Projede yapılacak tüm değişiklikler mahkeme kararına bağlı olup kurumsallaşmanın gerçekleşmeyeceğinin anlaşıldığı veya haklı sebebin ortadan kalktığı durumlarda istisna etme kararı mahkeme tarafından geri alınabilir. Oyda imtiyazın esas sözleşme değişikliği kararlarında, ibra ve sorumluluk davası açılması kararlarında kullanılmayacağı ise maddenin üçüncü fıkrasında istisna olarak belirlenmiştir.

Oyda tanınacak imtiyazların açıklığı ve anlaşılabilirliği, güven ve şeffaflık unsurlarının büyük önem arz etmesi nedeniyle bu husustaki bazı durumların sermaye piyasaları bakımından da ayrıca düzenlenmesi ihtiyacını doğurmuştur. Sermaye piyasalarında yatırım yapacak olan yatırımcıların, yatırım yapacağı şirket hakkında bilgi sahibi olabilmesini teminen SerPK'nın 28 inci maddesinde halka açık ortaklıkların sermaye piyasası araçlarının ilk halka arzında mevcut tüm imtiyazların şeffaf ve anlaşılır ayrıntılarıyla kamuya duyurulması zorunlu kılınmıştır. Söz konusu madde gerekçesine bakıldığında bu madde ile ilk halka arz aşamasında mevcut olan tüm imtiyazların şeffaf ve anlaşılır detayda kamuya açıklanması hususu hükme bağlanarak, sermaye piyasalarının etkin ve şeffaf çalışması prensibi ile uyumlu olarak pay sahiplerinin ortak olacakları şirketlerdeki hak ve menfaatlerini anlamasının öneminin vurgulandığı görülmektedir²⁷⁶.

Bununla beraber finansal istikrarını sağlayamayan ve maddi durumu kötüleşen şirketlerle ilgili olarak Kurula imtiyazlı paylara ilişkin yatırımcının korunması amacına yönelik tedbirler alabilme yetkisi verilmiştir. Bu kapsamda Kurulun belirlediği usul ve esaslar çerçevesinde, faaliyetlerinin zorunlu kıldığı hâller hariç olmak üzere, mevzuata uygun hazırlanmış finansal tablolara göre üst üste beş yıl zarar eden HAAO'larda oy hakkına ve yönetim kurulunda temsil edilmeye dair imtiyazlar Kurul kararı ile kalkar (SerPK m. 28/2). Bu maddenin gerekçesine bakıldığında Kurul'a verilmiş olan bu yetkinin en temelde imtiyazsız pay sahiplerinin korunması amacıyla verildiği hususu göze çarpmaktadır²⁷⁷.

²⁷⁶ 6362 Sayılı Kanun Gerekçesi m. 28. Erişim: <http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/MevzuatGoster.aspx?nid=1212/07/2017>.

²⁷⁷ 6362 Sayılı Kanun Gerekçesi m. 28. Erişim: <http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/MevzuatGoster.aspx?nid=1212/07/2017>. "Ülkemizde çoğunlukla aile şirketlerinin bulunması ve bu şirketlerin özellikle yönetim hakimiyetini kaybetmeme adına çeşitli imtiyazlarla halka açılması sonucu, bu şirketlere sonradan ortak olan yatırımcıların yönetime katılma hakları oldukça sınırlı olmaktadır. Şirketlerin kötü yönetilmesi ve zarar etmesine karşın yönetim kontrolünün değişmeyeceğinin bilinmesi de mevcut yönetimleri atalete ve rahatlığa sevk etmekte, bu da şirketlerin kötü yönetimini sürekli hale getirmektedir. Bu maddede getirilen yenilik ile 6102 sayılı Kanunda halka açık

Hukumumuzda özel durumu haiz bazı ortaklıklarda esas sözleşme ile kamu kurum ve kuruluşları lehine imtiyaz yaratılarak bu ortaklıkların yönetiminde kamunun ayrıcalıklı yetkilere sahip olması sağlanabilmektedir. Yukarıda bahsi geçen durumların bu ortaklıklarda ortaya çıkması halinde Kurulun söz konusu tedbirleri kamuya ait bu paylar bakımından uygulayarak pay üzerindeki imtiyazları kaldırabilmesi yetkisine de sahip olması, hükmün amacını aşacaktır. Bu durumun yaratacağı olumsuzlukları bertaraf etmek için, SerPK'nın 28 inci maddesinin ikinci fıkrasında söz konusu imtiyazlı payların kamu kurum ve kuruluşlarına ait olması hâlinde bu hükmün uygulanmayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Bununla birlikte, SerPK'nın 23 üncü maddesinde halka açık ortaklıkların imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi önemli nitelikte işlemlerden sayılmıştır ve dolayısıyla buna bağlı bazı sonuçların ortaya çıkması söz konusu olabilmektedir. Bu durumda ilk halka arzda imtiyaz öngörülmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunun değiştirilmesi halinde SerPK'nın 25 inci maddesi çerçevesinde Kurulca belirlenecek usul ve esaslar doğrultusunda pay alım teklifi zorunluluğu getirilebilecektir. Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliğinin²⁷⁸ 11 inci maddesinde imtiyaz öngörülmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunun değiştirilmesi; önemli nitelikte olmasına karşın ayrılma hakkının kullanılmasına değil zorunlu pay alım teklifine yol açan bir işlem olarak öngörülmektedir²⁷⁹.

Buradan anlaşılacağı üzere paylara imtiyaz tanınması durumunda pay alım teklifi zorunluluğu getirilmesi, payları satın alacak ortak bakımından pay sahibinin ortaklığa karşı

ortaklıklarda yönetim imtiyazını sınırlandıran maddenin bir adım önüne geçilerek, üst üste beş yıl zarar eden ortaklıklarda yapılacak ilk genel kurul toplantısında imtiyazların kaldırılacağı hüküm altına alınmıştır. Söz konusu düzenleme ile imtiyazsız pay sahiplerinin korunması ilkesi gözetilerek; imtiyaza sahip grupların diğer ortakların da menfaatine uygun davranmasının, belirli pay gruplarının aday gösterdiği yönetim kurulu üyelerinin gözetiminin daha etkin bir şekilde yapılmasının ve nihayetinde etkisiz yönetimlerin değiştirilerek şirketi daha iyi yönetecek kişilerin göreve gelmesinin sağlanması amaçlanmıştır".

²⁷⁸ Seri II Sıra 23 No'lu Tebliğ, 24/12/2013 tarihli ve 28861 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁷⁹ Söz konusu Tebliğin 11 inci maddesinin birinci fıkrası uyarınca paylarda imtiyaz öngörülmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirilmesi ve borsa kotundan çıkma kararı alınması durumunda bu işlemlerden yararlanacak olanlar tarafından; birleşme, bölünme işlemlerine taraf olunması, tür değiştirme veya sona erme kararı alınması durumunda ise, devrolunan ve payları borsada işlem gören ortaklığın, payları borsada işlem görmeyen ve birleşmeye esas olan finansal tabloları itibarıyla aktif toplamı daha büyük olan bir ortaklık ile birleşmesinde, devralan ortaklıkta birleşme işlemi öncesi hakim ortak konumunda olanlar ile bunlarla birlikte hareket edenler tarafından pay alım teklifinde bulunulmasının zorunlu olduğu ifade edilmiştir. Bunlar dışındaki önemli nitelikteki işlemlere ilişkin genel kurul toplantılarına katılarak olumsuz oy kullanarak muhalefet şerhini toplantı tutanağına işleyen pay sahipleri veya temsilcileri, paylarını ortaklığa satarak ortaklıktan ayrılma hakkını da kullanabilirler.

taahhüt ettiği sermaye borcu dışında bir yükümlülüğünün olmadığını ifade eden tek borç ilkesinin istisnasını oluşturmaktadır²⁸⁰.

3.10.4. Yetki Belgesi ve Faaliyet İzninin İptali

Faaliyet izni, bir faaliyetin icra edilebilmesi için yetkili kamu otoritelerinden alınan izni ifade etmekte olup SPK bağlamında yatırım ortaklıkları, yatırım fonları, portföy yönetim şirketleri, aracı kurumlar, derecelendirme şirketleri gibi ortaklıkların kanuni düzenlemelere uygunluğuna bakılarak faaliyete başlaması için Kurul tarafından verilen izni ifade etmektedir²⁸¹. Yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ancak yatırım kuruluşları tarafından yerine getirilebilir ve bu faaliyetlerin düzenli ticari veya mesleki faaliyet olarak icra edilebilmesi için Kuruldan SerPK'nın 39 uncu maddesi hükümleri uyarınca faaliyet izni alınması gerekmektedir. Söz konusu hükmün mefhum-u muhalifinden bu faaliyetlerin herhangi bir mesleğin icrası kapsamında değil de münferit olarak gerçekleştirilmesi halinde herhangi bir faaliyet iznine gerek duyulmayacağı anlaşılmaktadır. Yan hizmetler ise yatırım hizmetlerinden farklı olarak yatırım kuruluşları ve portföy yönetim şirketlerince ayrıca bir yetki belgesine tabi olmaksızın yerine getirilebilmektedir. Yatırım Hizmetleri ve Faaliyetleri ile Yan Hizmetlere İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ²⁸², Kuruldan izin almak kaydıyla yapılabilecek ve bu Tebliğ ile düzenlenen yatırım hizmetleri ve faaliyetleri ile faaliyet izni alınmasına ilişkin esasları düzenlemektedir.

SerPK'nın 65 inci maddesinde Kurulun uygun görüşü üzerine Cumhurbaşkanı²⁸³ tarafından izin verilen borsaların ve piyasa işleticilerinin faaliyete geçmesinin Kurulun iznine tabi olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu maddenin dördüncü fıkrasında kuruluş izni verilen borsanın, kuruluş izninin alınmasının ardından en geç bir yıl içinde Kuruldan faaliyet izni almak üzere başvuruda bulunulması şart kılınmıştır.

Yetki belgesi, başvurular üzerine Kurulca yapılan değerlendirme sonucunda bir faaliyetin icrasına izin verildiğini gösteren bir belgedir. İzin verilen kuruluşların icra edecekleri sermaye piyasası faaliyetlerini gösteren bu belge, bir çalışma ruhsatı niteliğindedir²⁸⁴. SerPK'nın 40 ıncı

²⁸⁰ BEKTAŞ, s. 791-792.

²⁸¹ ADIGÜZEL, s. 218.

²⁸² Seri III Sıra 37 no'lu Tebliğ, 11/7/2013 tarihli ve 28704 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁸³ Daha evvel "Bakanlar Kurulu" şeklinde olan ibare, 703 sayılı KHK'nın 165/b hükmü ile "Cumhurbaşkanı" olarak değiştirilmiştir.

²⁸⁴ ÜNAL, s. 497.

maddesine göre yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunmak için Kurulca izin verilenlere, icra edecekleri yatırım hizmetleri ve faaliyetlerini gösterir yetki belgesi verilir. Yine bu maddeye göre birden fazla yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunma izni, tek bir yetki belgesi ile verilebilmektedir. Ayrıca yatırım hizmetleri ve faaliyetlerinde bulunmak için Kuruldan izin almayanlar ve aldıkları izinler iptal olanlar, bu hizmet ve faaliyetlerde bulunamamalarının yanı sıra esas sözleşmelerinde, ticaret unvanlarında, ilan veya reklamlarında bu faaliyetlerde buldukları intibamı uyandıracak hiçbir ibare kullanamazlar (m.40/2).

Kurul tarafından verilen faaliyet izinlerinin ve yetki belgelerinin hangi hallerde iptal edilebileceği Kanundaki ilgili diğer hükümler saklı kalmak kaydıyla, SerPK'nın 41 inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre faaliyette bulunma yetkisinden açıkça vazgeçilmesi veya iznin verildiği tarihten itibaren iki yıl boyunca söz konusu izne ilişkin herhangi bir faaliyette bulunulmaması halinde, bunun dışında faaliyet izninin yanıltıcı beyanlarla veya hukuka aykırı yollarla alınmış olması halinde ya da faaliyet izninin alınması esnasında aranan şartların kaybedildiğinin Kurul tarafından tespitinden itibaren üç ay içinde ilgili şartların tekrar sağlanamaması durumlarında faaliyet izni ya da yetki belgesi iptal edilebilir. Yetki paralelliği ilkesi çerçevesinde Kurulca verilen bu izin ve yetkilerin yine Kurulca geri alınabileceğinin kabulünün yanı sıra, Kurulun bu yetkisi sermaye piyasalarında yatırımcıların korunması amacına hizmet eden bir yaptırım olarak da nitelendirilebilir. Nitekim yukarıda bahsedildiği üzere SerPK'nın 96 ncı maddede bahsi geçen sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı faaliyetlerinin tespit edilmesi hâlinde; tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini iptal etme yetkisi ile 97 nci maddede bahsi geçen sermaye piyasası kurumlarının mali yapılarının ciddi surette zayıflamakta olduğunun tespiti halinde tamamen veya belirli sermaye piyasası faaliyetleri itibarıyla yetkilerini kaldırma yetkisi; ilgili sermaye piyasası kurumlarının hukuka aykırı faaliyetleri ve mali durumun bozulmasına özgü olarak ayrıca düzenlenmiştir. Karakteri gereği bir idari tedbire benzeyen yetki belgesinin ve faaliyet izninin iptali yaptırımı, kanaatimizce çalışmamızın birinci bölümünde yapmış olduğumuz sınıflandırma gereği bir idari tedbirden ziyade idari ceza niteliğinde olup, SerPK'nın 96 ve 97 nci maddelerinde de tedbir olarak zikredildiğinden ötürü burada da ayrı bir başlık olarak kısaca incelenmesinde fayda görülmüştür.

Son on yıl içerisinde AB’de finansal piyasalar alanında en köklü değişiklikleri yapan Markets in Financial Instruments Directive II (MiFID II)²⁸⁵ de faaliyet izninin iptaline ilişkin düzenlemelere yer vermiştir. Söz konusu Direktifin 8 inci maddesi uyarınca yetkili makam;

(a) 12 ay içinde yetkilendirmeyi kullanmaması, açıkça izninden feragat etmesi veya bir önceki altı ay boyunca hiçbir yatırım hizmeti vermemesi veya hiçbir yatırım faaliyeti gerçekleştirmemesi halinde,

(b) izni gerçeğe aykırı beyanda bulunarak edinmiş olması halinde,

(c) faaliyeti iznini aldığı dönemde sahip olduğu koşulları şartları artık taşımaması halinde;

(d) ciddi ve düzenli olarak mevzuat ihlalinde bulunulması halinde,

(e) bu Direktifin kapsamı dışında kalan konularda ulusal hukukun faaliyet izninin iptalini öngördüğü durumların gerçekleşmesi halinde,

ilgili yatırım kuruluşuna vermiş olduğu izni geri alabilmektedir. Bu manada SerPK’daki düzenlemenin, AB düzenlemeleri ile uyum içinde olduğu görülmektedir.

3.10.5. Boşalan Yönetim Kurulu Üyelikleri İçin Üye Atanması

Anonim şirket ilk yönetim kurulu üyeleri kural olarak esas sözleşme ile atanmaktadırlar (TTK m. 339). Dolayısıyla ilk yönetim kurulu üyeleri kurucular tarafından atanırlar. Şirketin kuruluşundan sonra seçilecek yönetim kurulu üyeleri ise genel kurul tarafından seçilir. Ayrıca TTK’nın 359 uncu maddesi hükmü uyarınca devlet, il özel idaresi, belediye, köy ile diğer kamu tüzel kişilerinin pay sahibi olduğu şirketlerde, sayılan tüzel kişiler veya bunların gerçek kişi temsilcilerinin yönetim kuruluna seçilebilmesine imkân tanınmıştır. Bu hükmün amacı, kamu hizmeti gören şirketlerde kamu tüzel kişilerinin yönetime katılmasıdır²⁸⁶.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin genel kurul tarafından atanmasının bir istisnası, *kooptasyon* yöntemidir. Bu kapsamda yönetim kurulu üyeliğinde herhangi bir sebeple boşalma olursa, yönetim kurulunun, kanuni şartları haiz birini geçici olarak yönetim kurulu üyeliğine seçerek ilk genel kurulun onayına sunma yetkisi mevcuttur (TTK m.363/1). Bu şekilde seçilen yönetim kurulu üyesi, onaya sunulduğu genel kurul toplantısına kadar görev yapmakta ve onaylanması hâlinde yerine atandığı kişinin süresini tamamlamaktadır.

²⁸⁵ 15.05.2014 tarihli ve 2014/65/EU sayılı AB direktifi.

²⁸⁶ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 303.

Yönetim kurulu üyelerinin seçimine ilişkin diğer bir istisna olarak HAAO'lar bakımından SerPK'da özel bir hüküm öngörülmüştür²⁸⁷. Bu kapsamda Kurul'un görev, yetki ve sorumluluklarını düzenleyen SerPK'nın 128 inci maddesinin birinci fıkrasının (k) bendi uyarınca HAAO'ların yönetim kurullarında, yönetim kurulu üyelerinin tamamının veya bir kısmının görev süresinin dolması veya üyeliklerinin boşalması sebebiyle yönetim kurulu toplantı yeter sayısının sağlanamaması ve görev süresi dolan veya üyeliği boşalan yönetim kurulu üyelerinin yerlerine görev sürelerinin bitimini veya üyeliğin boşalmasını takip eden otuz gün içinde yeni yönetim kurulu üyelerini seçmek üzere genel kurulun toplanamaması veya genel kurulda yeter sayıda yönetim kurulu üyesinin seçilememesi durumunda, Kurul, yerlerine HAAO genel kurulunca yeni üyeler seçilinceye veya Kurulca başka üyeler atanıncaya kadar görev yapmak üzere yönetim kurulu toplantı yeter sayısını sağlayacak asgari sayıda yönetim kurulu üyelerini resen atamaktadır. Bu kapsamda atanacak yönetim kurulu üyelerinin Kurulun kurumsal yönetim ilkelerinde sayılan bağımsızlık kriterlerini sağlaması zorunludur. Bu çerçevede görev süresinin dolması nedeniyle boşalan halka açık ortaklık yönetim kurulu üyeliklerine Kurulca atamalar yapıncaya kadar, görev süresi dolan yönetim kurulu üyeleri görevlerine devam ederler. Kurulca yapılan resen atama sonucunda boş üyelik kalmış ise, boş üye sayısının 3 katı kadar kişiyi şirketin ortakları aday gösterir ve Kurul, ortakların sahip olduğu pay oranlarını dikkate alarak belirleyerek atama yapar. Bu kapsamda Kurul'un söz konusu madde hükmünde belirlenen usulde yönetim kuruluna üye ataması yapması da şirket yönetim ve temsil organının işleyişinin devamlılığının sağlanması ve yatırımcının korunması amacına hizmet edilmesi bağlamında idari bir tedbir olarak değerlendirilebilmektedir.

3.10.6. Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklıklarının Mali Durumunun Korunmasına Yönelik Tedbirler

Değişken sermayeli yatırım ortaklıkları modeli, hukukumuza SerPK ile girmiş olup esasları Menkul Kıymet Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği²⁸⁸ ile düzenlenmiştir. Söz konusu Tebliğde Menkul kıymet yatırım ortaklıkları, sabit sermayeli ve değişken sermayeli olmak üzere iki türde düzenlenmektedir. Mülga 2499 sayılı Kanunda yatırım ortaklıkları aynı TTK hükümlerinde olduğu gibi sermayenin belirliliği ilkesine dayanmakta olup yalnızca sabit sermayeli olarak öngörülmekte idi. Ancak AB mevzuatı ile uyum sağlanması kapsamında

²⁸⁷ AYHAN / ÇAĞLAR / ÖZDAMAR, s. 304.

²⁸⁸ Seri III Sıra 48 no'lu Tebliğ, 27/5/2015 tarih ve 29368 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

2009/65/EC sayılı Direktife²⁸⁹ de uygun olarak yapılan mevzuat değişikliklerine değişken sermayeli yatırım ortaklığı modeli de ilave edilmiştir.

Değişken sermayeli yatırım ortaklıkları, SerPK'nın 50 nci maddesinde sermayesi her zaman net aktif değerine; yani varlıkların toplamından borçların toplamının düşülmesi suretiyle bulunan tutara eşit olan yatırım ortaklıkları olarak düzenlenmiştir. Bu sistemde, klasik sabit sermaye sisteminde sermayenin arttırılması ve azaltılması için öngörülen prosedüre tabi olunmaksızın sermaye miktarında değişiklik yapılması mümkündür. Mevcut pay sahiplerine veya üçüncü kişilere dağıtılmak üzere yeni pay ihraç edilmek suretiyle sermaye artırımını yapılabilir; aynı şekilde payların itfası veya sermayenin geri ödenmesi yoluyla sermaye azaltımına gidilebilir²⁹⁰. SerPK'nın 50 nci maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere değişken sermayeli yatırım ortaklıkları, pay sahibinin talebi üzerine payları itfa etmek ve ortaklık sermayesinde buna karşılık gelen pay bedelini geri ödemekle yükümlüdür.

Değişken sermayeli ortaklıkların payları kurucu payları ve yatırımcı payları olmak üzere iki türde düzenlenmektedir. Bu ortaklıkların portföyüne alınabilecek varlık ve araçlar, sabit sermayeli menkul kıymet yatırım ortaklığı ve menkul kıymet yatırım fonlarının portföyelerine dahil edilebilecek bütün varlıkları kapsamaktadır. Ayrıca değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının portföy yönetim hizmetini bir portföy yönetim şirketinden almaları gerekmekte olup; teftiş ve iç kontrol, muhasebe ve operasyon, risk yönetim sistemine ilişkin hizmetleri izin verilen diğer kuruluşlardan alabileceklerdir.

Değişken sermayeli yatırım ortaklığının payları, nama yazılı olması zorunlu olan kurucu payları ve yatırımcı paylarından oluşur. Bu tür yatırım ortaklıklarının paylarının itibari değeri bulunmaz. Kurucu payları, sermaye taahhüdünü yerine getirerek değişken sermayeli yatırım ortaklığını kuran ortaklara tahsis edilir. Kuruluştan sonra da kurucu paylarının Kurulun izni ve genel kurul kararı ile mevcut kurucu ortaklara yahut üçüncü kişilere verilmek üzere ihraç edilmesi mümkündür. Yatırımcı payları ise, sahibine idari haklar vermez.

²⁸⁹ Söz konusu Direktifte değişken sermayeli yatırım ortaklıkları, açık uçlu, yani "collective investment undertakings of the open-ended type" olarak anılmaktadır.

²⁹⁰ NOMER ERTAN, F. (2013). *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXXI, Sa. 2, s. 139.

Bir ortaklık kuruluşta değişken sermayeli yatırım ortaklığı olarak kurulabileceği gibi yatırım ortaklıkları da ilgili mevzuat hükümleri kapsamında değişken sermayeli yatırım ortaklıklarına dönüşebilirler²⁹¹.

Görüldüğü üzere değişken sermayeli ortaklık sisteminin sabit sermayeli yatırım ortaklıklarından en temel farkı sermayenin belirli olmayıp sermaye artırımı ve azaltımı metodlarının daha esnek kurallara bağlanmış olmasıdır. Bu kapsamda SerPK'nın 51 inci maddesinde bu tür ortaklıkların istisna tutulduğu bazı hükümlere yer verilmiştir. Buna göre değişken sermayeli yatırım ortaklıklarında, TTK'nın anonim şirketlerde esas sermayeye, pay taahhüdü ve ödenmesine, asgari sermaye miktarına, esas sözleşmenin asgari içeriğine, aynı sermaye taahhütlerine, sermaye artırımı ve azaltımı usulüne, ortaklığın kendi paylarını iktisap veya rehin olarak kabul etmesine, pay devrine ilişkin kısıtlamalarına, kârın dağıtımına ve tasfiyeye ilişkin hükümleri uygulanmayacaktır.

Söz konusu düzenlemeler kapsamında değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının muhatap olacağı bazı tedbirlere de yer verilmiştir. SerPK'nın 50 nci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının mali durumlarının ciddi surette zayıflaması veya kurucu paylarının değerinin Kurul tarafından belirlenen tutarlardan daha alta düşmesi hâlinde yönetim kurulu, bu durumu derhal Kurula bildirir ve bu bildirimini takiben, yönetim kurulu, genel kurulu en geç otuz gün içerisinde toplanmak üzere toplantıya çağırır. Değişken sermayeli yatırım ortaklıklarının kurucu paylarının belirlenen tutara çıkarılamaması ya da mali durumundaki zayıflığın giderilememesi durumunda Kurul, tasfiye dâhil her tür tedbiri almaya yetkili kılınmıştır. Görüldüğü üzere bahsi geçen olumsuz durumları bertaraf etmek üzere değişken sermayeli yatırım ortaklığının malvarlığının ve dolayısıyla alacaklılarının korunması amacına sadık kalınarak Kurul'un değişken sermayeli yatırım ortaklıklar için de idari tedbir uygulama yetkisi mevcuttur.

3.10.7. Kira Sertifikası Sahiplerinin Korunmasına Yönelik Tedbirler

Kira sertifikaları, İslami bir borçlanma aracı türü olan sukuk esas alınarak finansal sistemimize kazandırılmış bir sermaye piyasası aracıdır. İhraç edildikten sonra eşit değerleri temsil eden, ihraçtan elde edilen tutarların önceden planlanan şekilde yatırıma dönüştürüldüğü

²⁹¹ NOMER ERTAN, s. 141.

özel bir yatırım faaliyetinde ortaklık hakkı veren sertifikalar olan sukuk, yatırımcılarına faiz ödemeksizin varlıkların paylaşılması veya kiralanması esasına dayanmaktadır²⁹².

Sukukun ülkemiz mevzuatındaki görünümü olan kira sertifikaları, her türlü varlık veya hakkın finansmanını sağlamak amacıyla varlık kiralama şirketleri tarafından ihraç edilen ve sahiplerinin bu varlık veya haklardan elde edilen gelirlerden payları oranında hak sahibi olmalarını sağlayan, nitelikleri Kurulca belirlenen sermaye piyasası araçlarıdır. Mülga 2499 sayılı kanunda söz konusu sermaye piyasası aracına ilişkin açık bir düzenleme mevcut olmayıp Kira Sertifikalarına ve Varlık Kiralama Şirketlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ²⁹³ ile bu tür sermaye piyasası araçlarına ilişkin ilk yasal düzenleme yapılmıştır. SerPK'da ise mezkur Tebliğde yer alan hususlarda düzenlemeler yapılmakla beraber, Kira Sertifikaları Tebliği²⁹⁴'nin yürürlüğe girmesiyle Kira Sertifikalarına ve Varlık Kiralama Şirketlerine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştır.

Kira Sertifikaları Tebliği uyarınca kira sertifikaları; sahipliğe, yönetim sözleşmesine, alım-satıma, ortaklığa, eser sözleşmesine dayalı olarak veya bu sayılanların birlikte kullanılması suretiyle varlık kiralama şirketleri tarafından ihraç edilebilir. Varlık kiralama şirketleri ise münhasıran kira sertifikası ihraç etmek üzere kurulan anonim ortaklıklardır.

Varlık kiralama şirketi, esas sözleşmesinde belirtilen ve Kurul tarafından uygun görüş verilen faaliyetler dışında herhangi bir ticari faaliyetle uğraşamamakta; esas sözleşmesinde izin verilenler hariç olmak üzere, sahip olduğu varlıklar ve haklar üzerinde üçüncü kişiler lehine hiçbir ayni hak tesis edememekte ve bunları kira sertifikası sahiplerinin menfaatlerine aykırı şekilde kiralayamamaktadır.

4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun'un 7/A maddesinde TTK hükümlerine bağlı olmaksızın özel hukuk tüzel kişiliğini haiz varlık kiralama şirketleri kurmaya veya özel hukuk tüzel kişiliğini haiz varlık kiralama şirketleri kurmak için kamu sermayeli kurumları görevlendirmeye Bakan²⁹⁵ yetkili kılınmıştır. Bu

²⁹² ÇATAKOĞLU, B. (2016). *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 69.

²⁹³ Seri: III, No: 43 sayılı Tebliğ; 01/04/2010 tarihli ve 27539 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁹⁴ III-61.1 sayılı Tebliğ; 7/6/2013 tarihli ve 28670 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁹⁵ 4749 sayılı Kanun'daki Bakan ifadesinin hazine müsteşarının bağlı olduğu bakanı ifade ettiği belirtilmiş olup, 703 sayılı KHK sonrasında kanaatimizce bu ifadeden Hazine ve Maliye Bakanı anlaşılmalıdır.

şirketlerin söz konusu taşınır ve taşınmazlar ile maddi olmayan varlıklara dayalı olarak, yurt içi ve yurt dışı piyasalarda kira sertifikası ihraç edebilmesi mümkündür.

Bununla beraber, SerPK'da, 4749 sayılı Kanun çerçevesinde kurulan varlık kiralama şirketlerine ilişkin bazı muafiyetlere yer verilmiştir. Bu kapsamda Hazine Müsteşarlığı ve 4749 sayılı Kanun çerçevesinde kurulan varlık kiralama şirketleri tarafından ihraç edilen sermaye piyasası araçlarına, Sermaye piyasası araçlarının kaydileştirilmesine ilişkin hüküm hariç olmak üzere Sermaye Piyasası Araçlarının İhracı, Kamunun Aydınlatılmasına İlişkin Esaslar, Borçlanma aracı niteliğindeki sermaye piyasası araçlarının ihraç limiti ve yetkisi ve borsa işlemlerin durdurulması ve kottan çıkarma hususlarına ilişkin hükümler uygulanmayacaktır. Ayrıca yine Hazine Müsteşarlığı ve 4749 sayılı Kanun çerçevesinde kurulan varlık kiralama şirketleri, Kanununun 61 inci maddesinde yer alan kira sertifikası ve varlık kiralama şirketlerine ilişkin hükümlerden, 71 inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan bilgi ve belge istenen tarafların, borsaların görev alanına giren hususlarda özel mevzuatında yer alan gizlilik ve sır saklamaya ilişkin hükümlere dayanarak bilgi vermektan imtina edemeyeceklerine ilişkin hükümden ve 130 uncu maddesi Kurulun bütçesi, harcama ve işlemlerinin denetimine ilişkin hükümlerden muaftır. Son olarak 4749 sayılı Kanun uyarınca kurulan varlık kiralama şirketleri, ihraç etmiş oldukları menkul kıymetlere ilişkin, ihraççıların tabi olduğu Borsa İstanbul Anonim Şirketine ödenmesi gereken kayıt ücreti ve kotasyon ücretinden muaftır (m.138/12).

Birçok sermaye piyasası aracında olduğu gibi Kurul, kira sertifikası sahiplerinin haklarını korunmasını teminen gerekli tedbirleri alma yetkisi ile donatılmıştır. Kanunun ilgili hükmü uyarınca ihraççının kira sertifikalarından kaynaklanan yükümlülüklerini vadesinde yerine getirememesi, yönetiminin yahut denetiminin kamu kurumlarına devredilmesi, faaliyet izninin iptal edilmesi veya iflası hâlinde bu ihraççının portföyündeki varlıklardan elde edilen gelir öncelikle kira sertifikası sahiplerine yapılacak ödemelerde kullanılacaktır ve bu durumda Kurul, kira sertifikası sahiplerinin haklarının korunmasını sağlamak amacıyla gerekli her türlü tedbiri almaya yetkili kılınmıştır. Bu sayede portföyün paraya çevrilmesi halinde öncelikle kira sertifikası sahiplerine tanınmakta ve kira sertifikası sahiplerinin hakları öncelikli olarak korunmaktadır.

3.10.8. Bağımsız Denetim, Derecelendirme ve Değerleme Kuruluşları

Bağımsız denetim, ortaklıkların ve yardımcı kuruluşların hesap ve işlemlerinin bağımsız denetleme kuruluşlarınca görevlendirilen yetkili denetleme elemanları tarafından bu kuruluşlar adına denetleme ilke, esas ve standartlarına göre incelenmesi ve bu inceleme sonuçlarına dayanılarak düzenlenmiş mali tabloların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının tespiti ve rapora bağlanmasıdır²⁹⁶. Diğer bir deyişle bağımsız denetim, işletmelerin yıllık finansal tablo ve diğer finansal bilgilerinin, bu tablo ve bilgiler için belirlenen kriterlere (örneğin, halka açık şirket finansal tabloları için Kurulca belirlenmiş veya kabul edilmiş finansal raporlama standartlarına) uygunluğu ve doğruluğu konusunda, makul güvence sağlayacak uygun bağımsız denetim delillerinin elde edilmesi için defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesi ve yapılan değerlendirmelerin rapora bağlanmasını ifade eder²⁹⁷. TTK'nın 397 nci maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca Cumhurbaşkanınca belirlenecek şirketler, bağımsız denetime tabi olurlar.

Sermaye piyasası mevzuatı kapsamında yürütülecek bağımsız denetim çalışmalarının, SerPK'nın 14 ve 36 ncı maddeleri uyarınca, Türkiye Denetim Standartları çerçevesinde yapılması gerekmektedir. Bunun yanı sıra, Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ²⁹⁸, yürürlükte bulunmaktadır.

Bağımsız denetim kuruluşu ise ortaklıkların ve yardımcı kuruluşların mali tablo ve raporlarının dış denetimiyle görevlendirilecek olan kuruluşlardır. Sermaye piyasalarında bağımsız denetim faaliyetinde bulunacak kuruluşların ve bu kuruluşlarda ortak olacak veya yönetici/denetçi olarak görev alacak kişilerin sağlaması gereken şartlar ve yetkilendirilmek amacıyla Kurula yapılacak olan başvurularda istenen bilgi ve belgeler mezkur Tebliğ'de yer almaktadır.

Değerleme kuruluşu, bir gayrimenkulün veya gayrimenkule bağlı hakların bir tarihteki muhtemel değerini bağımsız ve tarafsız olarak takdir üzere kurulan ve Kurul tarafından sermaye piyasasında değerlendirme faaliyetinde bulunmak üzere yetkilendirilmiş kuruluşlar olarak tanımlanabilir²⁹⁹. Derecelendirme kuruluşu ise kredi derecelendirmesi ve kurumsal yönetim ilkelerine uyum derecelendirmesi yapmak üzere Türkiye'de kurularak Kurulca yetkilendirilen

²⁹⁶ ÜNAL, s. 891.

²⁹⁷ <http://www.spk.gov.tr/Sayfa/Index/6/9/1> (erişim:01.01.2018).

²⁹⁸ SERİ: X, NO: 28 sayılı Tebliğ, 28 Haziran 2013 tarihli ve 28691 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

²⁹⁹ ÜNAL, s. 917.

derecelendirme kuruluşları ile Türkiye’de derecelendirme faaliyetinde bulunması Kurulca kabul edilen uluslararası derecelendirme kuruluşlarını ifade etmektedir. Mülga Kanunun 22 nci maddesinin (n) bendinde “sermaye piyasası kurumlarının ve sermaye piyasası araçlarının derecelendirilmesini düzenlemek ve denetlemek”; mer’i Kanunun 128 inci maddesinin ilk fıkrasının (c) bendinde de “bu Kanun kapsamına giren kurum ve ortaklıkların bağımsız denetim, derecelendirme, değerlendirme ve bilgi sistemleri denetimi faaliyetine ilişkin şartları ve çalışma esaslarını belirlemek ve bu şartları taşıyanları listeler hâlinde ilan etmek” Kurulun görev ve yetkileri arasında sayılmaktadır.

Derecelendirme kuruluşlarının kuruluş, faaliyete geçme ve listeye alınma şartları belirlenmiş ve derecelendirme faaliyetine ilişkin ilkeler Sermaye Piyasasında Derecelendirme Faaliyeti ve Derecelendirme Kuruluşlarına İlişkin Esaslar Tebliği³⁰⁰ ile ortaya konulmuştur. Söz konusu Tebliğ uyarınca sermaye piyasasında derecelendirme faaliyeti; kredi derecelendirmesi ve kurumsal yönetim ilkelerine uyum derecelendirmesi faaliyetlerini kapsamaktadır. Kredi derecelendirmesi; işletmelerin risk ve ödeyebilirlik durumları veya borçluluğu gösteren sermaye piyasası araçlarının finansal yükümlülüklerinin vadelerinde karşılanabilirliğinin derecelendirme kuruluşları tarafından adil, tarafsız ve bağımsız olarak değerlendirilmesi ve sınıflandırılması faaliyetidir. Kurumsal yönetim ilkelerine uyum derecelendirmesi ise, işletmelerin Kurulca yayımlanan kurumsal yönetim ilkelerine uyumlarının adil, tarafsız ve bağımsız olarak derecelendirme kuruluşları tarafından değerlendirilmesi ve sınıflandırılması faaliyetidir. Derecelendirme kuruluşları, kredi derecelendirme ve kurumsal yönetim ilkelerine uyum derecelendirmesi faaliyetleri için ayrı ayrı yetkilendirilmekte olup, aynı gerekli kuruluş koşullarını sağladığı ve ayrı bir teşkilat yapılımasını kurduğu takdirde her iki derecelendirme faaliyetini de yürütmesi mümkündür.

SerPK’nın 62 nci maddesi uyarınca Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu tarafından yetkilendirilmiş bağımsız denetim kuruluşlarından sermaye piyasasında bağımsız denetim faaliyetinde bulunacak olanlardan istenilecek koşullar Kurul tarafından belirlenmektedir. Sermaye piyasasında bağımsız denetim faaliyetinde bulunmak isteyen bu koşulları sağlayan ortaklıklar, Kurula başvuruda bulunur ve başvurusu uygun görülenler Kurul tarafından kamuya açık olan listeye eklenir.

³⁰⁰ Seri: VIII, No: 51 sayılı Tebliğ, 12/7/2007 tarihli ve 26580 sayılı RG’de yayımlanmıştır.

İhraççılar, kamuyu aydınlatma yükümlülükleri çerçevesinde, kamuya açıklanacak veya gerektiğinde Kurulca istenecek finansal tablo ve raporları, şekil ve içerik bakımından Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde Kurulca belirlenen düzenlemelere uygun olarak, zamanında, doğru ve eksiksiz bir şekilde hazırlayarak ibraz etmek zorundadır. İhraççılar düzenleyecekleri finansal tablo ve raporlardan Kurulca belirlenenleri, listede yer alan bağımsız denetim kuruluşlarına, bilgilerin gerçeğe uygun bir biçimde yansıtılması kapsamında inceleyerek bağımsız denetim raporu almak zorundadırlar.

Bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları gibi izahnamede yer alması için hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da hazırladıkları raporlarda yer alan gerçeğe aykırı ve eksik bilgilerden sorumludur. Bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları gibi bahsi geçen raporları hazırlayan kişi ve kurumların da sorumlulukları mevcuttur.

Bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşlarının mevzuata aykırı faaliyet göstermesi durumunda Kurul, yatırımcının korunmasına ilişkin olarak birtakım yaptırımlara hükmetme yetkisine sahiptir. Bu çerçevede Kurul, listede yer alan bağımsız denetim kuruluşlarının bağımsız denetim faaliyetlerine ilişkin kalite kontrol ve denetim çalışmaları yapma konusunda yetkilendirilmiştir. Kurul, yapacağı kalite kontrol ve denetim çalışmalarının sonuçlarını Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumuna bildirir. Yapılacak kalite kontrol ve denetim çalışmaları neticesinde mevzuata ve/veya standartlara aykırılıkları tespit edilen bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları Kurulca listeden çıkarılabilir (SerPK m. 62). Her ne kadar bu yaptırımın caydırıcılıktan ziyade cezalandırma amacı ağır bastığından kanaatimizce idari tedbir değil idari ceza niteliği taşıyor olsa da; konunun bütünlüğü ve benzerliğinden ötürü Kurul'un söz konusu yaptırım yetkisine çalışmamızda yer verilmesi uygun görülmüştür.

3.10.9. İşlemlerin Durdurulması ve Kottan Çıkarma

Dünden bugüne sermaye piyasalarının teşkilatlanmasına bakıldığında yatırımcılar için istikrar ve güven oluşturan etkin bir platform olarak organize piyasalara ihtiyaç duyulmuştur. Türkiye'de sermaye piyasalarının yasal temelini oluşturan mülga 2499 sayılı Kanun ve İstanbul Menkul Kıymetler Borsası da dâhil olmak üzere menkul kıymet borsalarını düzenleyen 91

sayılı Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun Hükümünde Kararname, SerPK ile yürürlükten kaldırılmıştır.

Sermaye piyasaları alanındaki mevcut düzenlemelerin AB müktesebatına uyumlu hale getirilmesi ve Türk sermaye piyasalarının küresel pazarlara entegrasyonunu sağlayarak rekabet gücünü artırmak amacıyla, kanun koyucu bir reform olarak SerPK'yı yürürlüğe koymuş, burada organize piyasaların kurulması konusunda liberal bir anlayışla birlikte İstanbul Menkul Kıymetler Borsasının da Borsa İstanbul olarak yeniden yapılanması düzenlenmiştir. Kanunun 65 inci maddesinde “*Borsaların ve piyasa işleticilerinin kuruluşuna Kurulun uygun görüşü üzerine Bakanlar Kurulu tarafından izin verilir. Bu kuruluşların faaliyete geçmesi Kurulun iznine tabidir.*” hükümlerine yer verilerek 138 inci madde ile Kanun hükümlerine tabi olarak ve borsacılık faaliyetlerinde bulunmak üzere Borsa İstanbul Anonim Şirketi unvanıyla bir anonim şirket kurulmuştur. Söz konusu Şirket, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte başka hiçbir işleme gerek kalmaksızın ticaret siciline resen tescil olunmuştur borsaların ve piyasa işleticilerinin kuruluşuna ve faaliyetine ilişkin izni almış sayılmıştır.

Kanun hükümleri ve ilgili mevzuat çerçevesinde “sermaye piyasası araçlarının, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde, şeffaf, etkin rekabetçi, dürüst ve istikrarlı bir ortamda alınıp satılabilmesini sağlamak, bunlara ilişkin alım satım emirlerini sonuçlandırarak şekilde bir araya getirmek veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştırmak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere piyasalar, pazarlar, platformlar ve sistemler ile teşkilatlanmış diğer pazar yerleri oluşturmak, kurmak ve geliştirmek, bunları ve başka borsaları veyahut borsaların piyasalarını yönetmek ve/veya işletmek”, Borsa İstanbul A.Ş.’nin görevleri olarak belirlenmiştir.

Kanunun ilgili hükümleri uyarınca sermaye piyasası araçları, ancak mevzuatta yer alan şartların sağlanması hâlinde borsa kotuna alınabilmektedir. SerPK'nın 69 uncu maddesinde borsa veya piyasa işleticisinin, kendi düzenlemelerinde öngörülen koşulların oluşması hâlinde, ilgili sermaye piyasası aracının işlem görmesini durdurabileceği gibi bu sermaye piyasası aracını kottan da çıkarabileceği, bu durumun derhâl Kurula bildirileceği ve kamuya açıklanacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca SerPK'nın 67 nci maddesi uyarınca uygulama usul ve esaslarının ilgili borsa tarafından hazırlanacağı ve Kurulca onaylanan yönetmeliklerle

belirlenecek konular arasında borsa kotuna alınma, kottan çıkarılma, borsada işlem görme ve işlem görmenin durdurulması konuları da sayılmıştır.

Bu çerçevede SerPK hükümleri doğrultusunda hazırlanan Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği³⁰¹'nde kotasyon, sermaye piyasası araçlarının borsada işlem görmesi amacıyla borsa kotuna alınması olarak tanımlanmış ve kotasyona ilişkin esaslar bu yönetmelik çerçevesinde hüküm altına alınmıştır.

Bu Yönetmeliğin 30 uncu maddesinde, Kanuna paralel bir şekilde borsa veya piyasa işleticisinin, işlem gören araçların işlemlerinin durdurulması ve/veya kottan çıkarılması ile ilgili esasları yönetmelikle düzenleyeceği, bu düzenlemelerde öngörülen şartların oluşması hâlinde, ilgili aracın işlem görmesini durdurabileceği gibi kottan da çıkarabileceği belirtilmiş olup Kurulun işlem göreceği araçların borsada işlem görmesini durdurma ve borsa kotundan çıkarma yetkisi saklı tutulmuştur. Bu kapsamda hazırlanan Borsalar ve Piyasa İşleticilerinin Kuruluş, Faaliyet, Çalışma ve Denetim Esasları Hakkında Yönetmelik³⁰²'in 17 nci maddesinde kota alınma, kottan çıkarılma, borsada işlem görme ve işlem görmenin durdurulmasını karara bağlamak; Borsa İstanbul A.Ş. yönetim kurulunun yetkileri arasında sayılmıştır.

Söz konusu Yönetmeliğin “Kottan çıkarma” başlıklı 16 ncı maddesinde kottan çıkarma şartları ana hatları ile yer almaktadır. Buna göre ihraççının finansal durumu, iflası, faaliyetlerin devamı için gereken şartların kaybedilmesi, kamuyu aydınlatma usul ve esaslarına uygun davranılmaması, ilgili mevzuata ve Borsa tarafından yapılacak düzenlemelere uyulmaması, Borsa tarafından istenecek bilgilerin verilmemesi, kotasyon ücretlerinin ödenmemesi ve benzeri şartlarından birinin varlığı halinde sermaye piyasası araçları Yönetim Kurulu kararı ile Borsa kotundan çıkarılabilir. Bununla beraber süreleri dolan yahut itfa olan sermaye piyasası araçları, sürelerinin dolduğu veya itfa oldukları tarihte hiçbir bir işlem yapılmasına gerek kalmaksızın Borsa kotundan çıkmış sayılır. Ayrıca ortaklıkların Borsa kotunda bulunan paylarından sermaye azaltımı nedeniyle azaltılan sermayelerine karşılık gelen payları, yeni sermayenin ticaret siciline tescil edilmesini müteakip herhangi bir işleme gerek olmaksızın Borsa kotundan çıkmış sayılır.

³⁰¹ 19/10/2014 tarih ve 29150 sayılı RG'de yayımlanmıştır.

³⁰² 19/07/2013 tarih ve 28712 Sayılı RG'de yayımlanmıştır.

Borsa İstanbul A.Ş. tarafından hazırlanan Kotasyon Yönergesi'nin 23 ve devamı maddelerinde de kottan çıkarılma sebepleri ayrıntılı bir biçimde ele alınmıştır. Bu Yönergenin 27 nci maddesinde ihraççılar veya fon kurucularının Borsa kotunda bulunan sermaye piyasası araçlarının SerPK'nın ilgili düzenlemeleri çerçevesinde kottan çıkarılması isteğiyle Borsaya başvurabileceği, ilgili sürecin sonunda Yönetim Kurulu kararıyla kottan çıkarılacağı belirtilmiştir.

SerPK'nın 23 üncü maddesinin birinci fıkrasının (d) bendi uyarınca borsa kotundan çıkması halka açık ortaklıkların önemli nitelikteki işlemleri arasında sayılmaktadır. Bununla beraber Önemli Nitelikteki İşlemlere İlişkin Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı Tebliği'nin 5 inci maddesinde de ortaklıkların kendi tüzel kişilikleri ile ilgili borsa kotundan çıkma kararı almasının önemli nitelikte bir işlem olduğu belirtilmiş ve bunun pay alım teklifi zorunluluğu getiren bir önemli nitelikte işlem olduğu hüküm altına alınmıştır.

Borsa veya piyasa işleticisinin, kendi düzenlemelerinde öngörülen koşulların oluşması hâlinde, ilgili sermaye piyasası aracının işlem görmesini durdurabileceği ve/veya kottan çıkarabileceğine ilişkin hükmün yer aldığı SerPK'nın 69 uncu maddesinde, Kurul'a borsa işlemlerin durdurulması ve kottan çıkarma hususunda idari tedbir sayılabilecek bir yetki verilmiştir. Burada Kurul'un, sermaye piyasası araçlarının borsada işlem görmesini durdurma ve borsa kotundan çıkarma yetkisi saklı tutulmuştur. Dolayısıyla Kurul da gerekli gördüğü hallerde alacağı bir kararla sermaye piyasası araçlarının borsada işlem görmesini durdurabilir, borsa kotundan çıkarabilir.

Burada vurgulamak gerekir ki Kanunun 33 üncü maddesinin beşinci fıkrasında Kurula birtakım şartların varlığı halinde ihraççıların ve halka açık ortaklıkların resen veya talep üzerine bu Kanundan kaynaklanan yükümlülüklerden kısmen veya tamamen muaf tutabileceğine ilişkin ve tamamen Kanun kapsamından çıkarılabileceğine ilişkin yetki verilmiştir. Bu yetkiye dayanarak alınmış bir kararın sonucu olarak Kurulun 69 uncu maddenin ikinci fıkrasında bahsedilen borsa işlemlerinin durdurulması ve borsa kotundan çıkarılması yetkisini kullanabileceği şüphesizdir. Bu kapsamda Kurul, yayımlanmış olduğu 26/07/2016 tarihli ve 2016/24 sayılı haftalık bültende³⁰³ VİA Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş.'nin Kanunun 96 ncı maddesinin verdiği yetkiye dayanarak Kanunun 1 inci maddesi, 33 üncü maddesinin beşinci

³⁰³ <http://www.spk.gov.tr/Bulten/Goster?year=2016&no=24> (erişim:06.01.2018)

fıkrası ve 128 inci maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi kapsamında gayrimenkul yatırım ortaklığı statüsünün sona erdirilerek Kanun kapsamından çıkarılmasına ve SerPK'nın 69. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında Şirket paylarının borsa kotundan çıkarılmasına karar verildiği duyurulmuştur.

3.10.10. Türkiye Sermaye Piyasaları Birliğine Üye Olunmaması Durumunda Uygulanacak Tedbirler

Kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, mülga Kanun ile 11 Şubat 2001'de kurulmuş ve Nisan 2001'de faaliyete geçmiştir. SerPK çerçevesinde hazırlanan yeni Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği Statüsünü içeren Sermaye Piyasası Kurulunun önerisiyle Başbakan Yardımcılığının 14/1/2014 tarihli ve 103 sayılı yazısı üzerine, SerPK'nın 75 inci maddesi uyarınca, Bakanlar Kurulunun 5/2/2014 tarih ve 2014/5934 sayılı kararı, 02/04/2014 tarih ve 28960 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Birliğin amacı, üyelerinin ortak ihtiyaçlarını karşılamak, çalışanlarının mesleki çalışmalarını kolaylaştırmak, sermaye piyasasının gelişmesine katkı sağlamak, üyelerin birbirleri ve yatırımcılar ile ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni hâkim kılmak için meslek disiplini ve ahlâkını korumak, üyelerin dayanışma, disiplin ve özen içerisinde çalışmalarını, ekonomik menfaatlerinin korunmasını ve mesleki konularda gelişmelerini sağlamak, üyeleri arasında haksız rekabetin önlenmesini ve sermaye piyasasının gelişmesini teminen Anayasa, Kanun ve Statü ile verilen görevleri yerine getirmek ve yetkileri kullanmaktır.

Kanununun 74 üncü maddesi ve aynı doğrultuda hazırlanmış Birlik Statüsünün 8 inci maddesi uyarınca yatırım hizmet ve faaliyetlerinde bulunmaya yetkili kılınmış kuruluşlar, payları borsada işlem gören yatırım ortaklıkları ve sermaye piyasalarında faaliyet gösteren kurumlardan Kurul tarafından uygun görülenler Birliğe üye olmak için başvurmak zorundadırlar. Söz konusu kuruluşlar, yetki belgelerini almalarından itibaren üç ay içinde gerekli başvuruyu yapmak zorundadır.

Birlik üyeliğinin zorunlu kılındığı bu tür kuruluşların ilgili yükümlülüğe uymaması durumunda Kurula tedbir uygulama yetkisi tanınmıştır. Buna göre anılan yükümlülüğe uymayan kuruluşların faaliyetleri Kurulca durdurulacaktır. Görüldüğü üzere söz konusu

yükümlülüğe uyulmaması durumunda Kurula verilmiş olan faaliyeti durdurma yetkisinin kullanımı ihtiyari değil, zorunludur. Dolayısıyla bu kuruluşların yetki belgelerini almalarından itibaren üç ay içinde üyelik başvurusu yapmadığı tespit edildiği takdirde, Kurul herhangi bir takdir yetkisine sahip olmaksızın bu kuruluşların faaliyetini durdurur.

Birlik, Kanunun 75 inci maddesinin yedinci fıkrasında ve Statünün 31 inci maddesinde belirtildiği üzere Kurul tarafından her yıl denetlenir. Kurul tarafından yapılan bu denetime ilişkin denetim raporunun bir örneği, izleyen yılın altıncı ayı sonuna kadar ilgili Bakanlığa gönderilir. İlgili Bakan da bu rapora dayanarak Birliğin faaliyetinin kuruluş amacına uygunluğunun sağlanması için Kuruldan gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilir. Burada Kurulun bahsi geçen tedbir uygulama yetkisi, diğerlerinden farklı olarak ilgili Bakanın talebi üzerine uygulanabilecek bir tedbir yetkisidir. Ancak her hâlükârda bu tedbirin çerçevesi ve uygulanma biçimi Kurul tarafından belirleneceği için bu hükme de Kurulun uygulayabileceği tedbirler arasında yer verilmesi uygun görülmüştür. Bu noktada ilgili kuruluş hakkında hangi tedbirin uygulanacağına Kurulun mu yoksa ilgili bakanın mı karar vereceği tartışması gündeme gelebilir. Ancak hükümde bahsi geçen gerekli tedbirin ne olduğu kanaatimizce denetim raporunda yapılan inceleme kapsamında İlgili Bakan tarafından belirtilecektir.

3.10.11. Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine Üye Olunmaması Durumunda Uygulanacak Tedbirler

Kanun kapsamında kurulmuş bir diğer kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşu olan Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği, SerPK'nın 76'ncı maddesine dayanılarak kurulmuştur. Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği Statüsünü içeren Kurulun önerisiyle Başbakan Yardımcılığının 14/1/2014 tarihli ve 112 sayılı yazısı üzerine, SerPK'nın 75 inci ve 76 ncı maddeleri uyarınca, Bakanlar Kurulunun 5/2/2014 tarih ve 2014/5933 sayılı kararı, 02/04/2014 tarih ve 28960 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Kanunun 76 ncı maddesi uyarınca gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansına sahip olanlar ve değerlendirme kuruluşları, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üye olmak için başvurmak zorundadırlar. Lisans sahibi, lisans almaya hak kazandığı tarih itibariyle üç ay içinde Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üyelik için gerekli başvuruyu yapmakla yükümlüdür. Üyelik başvurusunda bulunmayan lisans sahiplerinin lisansı Kurul tarafından iptal edilmektedir.

Değerleme kuruluşları da değerlendirme kuruluşu niteliğini kazandığı andan itibaren üç ay içinde Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üyelik için gerekli başvuruyu yapmakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğe uyulmaması hâlinde Kurul, benzer şekilde, bu kuruluşlar hakkında faaliyetlerinin durdurulması ve yetkilerinin iptali dâhil olmak üzere her türlü tedbiri almaya yetkili kılınmıştır.

Görüldüğü üzere ilgili gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansı sahipleri ve değerlendirme kuruluşları bakımından Türkiye Değerleme Uzmanları Birliğine üyelik zorunlu tutulmuştur ve ilgili tarihten itibaren üç ay içinde üyelik başvurusunda bulunmayanlar bakımından Kurula tedbir uygulayabilme yetkisi öngörülmüştür. Üyelik başvurusunda bulunmayan gayrimenkul değerlendirme uzmanlığı lisansı sahiplerinin lisansı Kurulca iptal edileceği yetkisinin yanında değerlendirme kuruluşları bakımından da Kurul, faaliyetlerinin durdurulması ve yetkilerinin iptali dâhil her türlü tedbiri almaya yetkili kılınmıştır. Kurulun söz konusu yetkisi de ihtiyari değil zorunlu bir yetkidir.

Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği de tıpkı Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği gibi Kanunun 76 ncı maddesinin onbirinci fıkrasında ve Statünün 35 inci maddesinde belirtildiği üzere Kurul tarafından her yıl denetlenir. Kurul tarafından yapılan bu denetime ilişkin denetim raporunun bir örneği, izleyen yılın altıncı ayı sonuna kadar ilgili Bakanlığa gönderilir. İlgili Bakan da bu rapora dayanarak Birliğin faaliyetinin kuruluş amacına uygunluğunun sağlanması için Kuruldan gerekli tedbirlerin alınmasını isteyebilir. Burada Kurulun bahsi geçen tedbir uygulama yetkisi, diğerlerinden farklı olarak ilgili Bakanın talebi üzerine uygulanabilecek bir tedbir yetkisidir. Ancak her hâlükârda bu tedbirin çerçevesi ve uygulanma biçimi Kurul tarafından belirleneceği için bu hükme de Kurulun uygulayabileceği tedbirler arasında yer verilmesi uygun görülmüştür. Bu noktada ilgili kuruluş hakkında hangi tedbirin uygulanacağına Kurulun mu yoksa ilgili bakanın mı karar vereceği tartışması gündeme gelebilir. Ancak hükümde bahsi geçen gerekli tedbirin ne olduğu kanaatimizce denetim raporunda yapılan inceleme kapsamında İlgili Bakan tarafından belirtilecektir.

3.11. İdari Tedbir Kararlarına Karşı Gidilecek Yargı Yolu

Anayasanın 125 inci maddesinin birinci fıkrasında, idarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olduğu belirtilmiştir. Sermaye piyasasının güven ve kararlılık içinde çalışması, kamunun aydınlatılması, tasarruf sahiplerinin haklarının korunması işlevlerini yerine getirmek üzere kurulmuş olan SPK da organik açıdan şüphesiz kamu kurumu niteliğindedir. Bu çerçevede SPK tarafından verilmiş olan idari tedbir kararları da yargı denetiminin sınırları açısından değerlendirildiğinde idari işlem niteliği taşımakta olduğundan diğer idari işlemler gibi idari yargının denetimine tabi olacaktır. AYM de bir kararında idarenin idari tedbir niteliğinde tesis ettiği işlemlerin, Anayasa’da yer alan ve yargı yolu kapalı olan işlemler arasında yer almadığını açık bir dille ifade etmiştir³⁰⁴.

SPK kararlarının yargı denetiminin sınırları açısından diğer kamu kurumlarından ayrı şekilde değerlendirilmesi mümkün değildir. Dolayısıyla BİO – kamu kurumu ayırımının sadece doktrin açısından önem taşıdığı söylenebilmektedir. Bu nedenle SPK kararları üzerindeki yargısal denetimin tek sınırı İYUK’un 2 nci maddesinde yer alan idari yargının yerindelik denetimi yapamayacağına ilişkin sınırlama oluşturmaktadır. İYUK’un 2 nci maddesinin ikinci fıkrasında idari yargı yetkisinin, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlı olduğu; dolayısıyla idari mahkemelerin yerindelik denetimi yapamayacağı, idari işlem niteliğinde yahut idarenin takdir yetkisini kısıtlayacak şekilde karar veremeyeceği açıkça belirtilmiştir. Bu kapsamda idari yargı mercii tarafından SPK işlemleri üzerinde yapılacak denetim, hukukilik denetimiyle sınırlı kalmalı ve yerindelik denetimi yapılmamalıdır³⁰⁵.

SPK tarafından verilen idari tedbir kararının yetki, sebep, şekil, konu veya amaç unsurlarının biri ya da birkaçının hukuka aykırı olduğu gerekçesiyle iptal davası açılabilir. Burada SerPK’nın yürürlüğe girmesi öncesinde yaşanan SPK kararlarına karşı başvurulabilecek yargı yolunun hangisi olduğuna ilişkin karışıklıktan kısaca bahsetmekte fayda görülmektedir.

Mülga 2499 sayılı Kanun’da Kurul kararlarına karşı gidilebilecek olan yargı yerini gösteren herhangi bir hüküm bulunmamaktaydı. KK’nın yürürlüğe girdiği tarih olan 2005

³⁰⁴ AYM E. 2018/2, K. 2018/43, T. 2/5/2018. RG. T. 30/5/2018 Sa. 30436. (erişim: 19/05/2018 www.anayasa.gov.tr)

³⁰⁵ YÜZÜGÜLLÜ, s.170.

yılından önce BİO'lar tarafından alınan tüm idari yaptırım kararları idari işlem sayılarak idari yargı denetimine tabi tutulmaktaydı. KK'nın yürürlüğe girmesi ile birlikte idari yaptırımların bu kanun kapsamına dahil olduğu düşüncesi ve bu Kanunun 3 üncü maddesinde yer alan “diğer kanunlarda düzenlenen ve kabahat sayılması gereken idari yaptırımlar için KK'nın genel hükümlerinin uygulanmasını” öngören hüküm nedeni ile bazı idari yaptırımlara ilişkin iptal davaları adli yargıda farklı bir usul ile görülmeye başlandı. Konunun çok sayıda itiraz ile AYM'ye götürülmesi sonucunda idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılmasının mümkün olmadığından bahisle hükmü iptal ederek yeni bir düzenleme yapılması için altı ay süre vermiştir³⁰⁶. Bu süre içinde hüküm yeniden düzenlenmiş; bu Kanunun idarî yaptırım kararlarına karşı gidilecek kanun yoluna ilişkin hükümlerinin diğer kanunlarda aksi hüküm bulunmaması halinde uygulanacağı ifade edilmiştir.

Bu süreç içerisinde Danıştay da birbiriyle çelişen kararlara imza atmıştır. SPK'nın vermiş olduğu idari para cezalarına karşı idari yargının görevli olduğunu ifade ettiği bir kararında Danıştay, SPK tarafından verilen para cezalarına karşı açılacak davaların çözümünde idarî yargının görevli olduğunu açıkça belirtmiştir³⁰⁷. Buna zıt olarak daha sonraki bir kararında ise Danıştay, “*Uyuşmazlık Mahkemesi'nin 05.11.2007 tarih ve E:2007/55, K:2007/197 sayılı*

³⁰⁶ AYM E. 2005/108, K. 2006/35, T.1/3/2006. “...Anayasa'da idarî ve adli yargının ayrılığı kabul edilmiştir. Bu ayrım uyarınca idarenin kamu gücü kullandığı ve kamu hukuku alanına giren işlem ve eylemleri idari yargı, özel hukuk alanına giren işlemleri de adli yargı denetimine tâbi olacaktır. Buna bağlı olarak idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın çözümünde adli yargının görevlendirilmesi konusunda yasakoyucunun geniş takdir hakkının bulunduğunu söylemek olanaklı değildir.

Ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idari yaptırımlara yer verildiği görülmektedir. Daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idari para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle adli yargının görevli olması doğaldır. Ancak, idare hukuku esaslarına göre tesis edilen bir idari işlemin, sadece para cezası yaptırımı içermesine bakılarak denetiminin idari yargı alanından çıkarılarak adli yargıya bırakılması olanaklı değildir.

Bu durumda, itiraz konusu kuralla diğer yasalardaki kabahatlere yollama yapılarak, yalnızca yaptırımın türünden hareketle ve idari yargının denetimine tabi tutulması gereken alanlar gözetilmeden, bunları da kapsayacak biçimde başvuru yolu, itiraz, bunlara ilişkin usûl ve esasların değiştirilmesi, Anayasa'nın 125. ve 155. maddelerine aykırıdır, Kural'ın iptali gerekir.”

³⁰⁷ “*İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, idarî makamlar tarafından verilmesidir. İdarî bir makam tarafından tek taraflı olarak idare hukuku alanında kamu gücünün kullanılması suretiyle tesis edilmeleri nedeniyle idarî bir işlem oldukları tartışmasızdır. ... ceza hukukundaki gelişmelere koşut olarak, kimi yasal düzenlemelerde basit nitelikte görülen suçlar hakkında idarî yaptırımlara yer verilmesi, daha ağır suç oluşturan eylemler için verilen idarî para cezalarına karşı yapılacak başvurularda konunun idare hukukundan çok ceza hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle; Kabahatler Kanununun, cezaî karakteri ağır basan ve ceza hukuku alanına giren idarî para cezalarına uygulanması; idare hukuku esaslarına göre tesis edilen, konunun teknik özelliği nedeniyle belli sektörlerdeki faaliyetlerin denetlenmesi bağlamında üst kurullar tarafından verilen idarî para cezalarına uygulanmasının söz konusu olmadığı, bu itibarla, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 47/A maddesi uyarınca Sermaye Piyasası Kurulu tarafından verilen para cezalarına karşı açılacak davaların çözümünde idarî yargının görevli olduğu sonucuna varılmıştır.” (Erişim: 02/06/2019 www.anayasa.gov.tr)*

Sermaye Piyasası Kurulu'nun tesis etmiş olduğu idari para cezalarına karşı açılacak davanın görüm ve çözümünün adli yargı mercii olduğuna dair kararı dikkate alındığında idari para cezası uygulanmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açılan davayı görev yönünden reddeden İdare Mahkemesi kararında hukuka aykırılık bulunmamaktadır.” diyerek bu tür uyuşmazlıklarda adli yargıyı görevli görmüştür. Daha sonra Uyuşmazlık Mahkemesi bu kanaatinden dönüş yaparak Sermaye Piyasası Kanununun 47/A maddesi uyarınca İdari Para Cezası Bildirim Tutanağı ile verilen idari para cezasının idari nitelikte bir işlem olduğunu, idari işleme karşı açılan davanın, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu kapsamında, bu işlemler hakkında yetki, şekil sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırılık iddiası gözetildiğinde, davanın görüm ve çözümünde idari yargının görevli olduğunun açık olduğunu ifade ederek idari yargının görevli olduğuna karar vermiştir³⁰⁸.

2012 yılında yürürlüğe giren SerPK'nın 134 üncü maddesinde “*Kurul kararlarına karşı açılacak idari davalar idare mahkemelerinde görülür.*” hükmüne yer verilerek söz konusu tartışma sonlandırılmıştır.

SPK tarafından verilen idari tedbir kararına karşı açılacak davalarda davalı taraf SPK olup ilgili kamu görevlisinin şahsına karşı dava açılması mümkün değildir. Ayrıca husumet konusu idare mahkemelerinde resen incelenen bir husus olup hasmın yanlış gösterilmiş olması durumunda İYUK 15 inci maddesi gereğince gerçek hasım tespit edilerek dilekçe bu hasma tebliğ edilmektedir.

İdari tedbir kararlarına karşı açılacak iptal davalarında, davacı bakımından İYUK'un 2 nci maddesi uyarınca menfaat ihlali koşulu aranmaktadır. Dolayısıyla açılacak iptal davasında davacı bakımından ön koşul; meşru, güncel ve kişisel bir menfaatin ihlal edilmiş olmasıdır. Burada dava açılması için menfaat ihlali yeterli görülmekte olup, ayrıca hak ihlali şartı aranmamaktadır³⁰⁹.

SPK tarafından verilen kararın hukuki denetiminde sebep unsuru, işlemin geçerliliği bakımından büyük önem taşımaktadır. Sebep, idareyi bir işlem yapmaya yönelten fiili ya da hukuki etkenler olarak tanımlanmaktadır³¹⁰. Uygulanacak bir idari tedbirde bu tedbirin

³⁰⁸ Uyuşmazlık Mahkemesi E. 2008/13, K. 2008/355 T. 22/12/2008 (erişim: www.uyusmazlik.gov.tr 14/07/2018)

³⁰⁹ GÖZLER / KAPLAN, s. 831.

³¹⁰ GÖZLER / KAPLAN, s. 344.

uygulanma sebebinin açık ve net olarak tespit ediliş olması gerekmektedir. Bu tür tespitler, SPK tarafından düzenlenen soruşturma raporlarıyla yapılmaktadır. Mahkeme ise iptali istenen işlemin sebebine ilişkin olarak bu tespitle bağlı değildir. Eğer mahkeme, idari tedbir uygulanmasının sebebi hususunda SPK ile aynı görüşte değilse uygulanan tedbir kararını iptal edebilmektedir.





4. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Bağımsız idari otoritelerin sahip oldukları denetim ve gözetim yetkilerinin sonucu olarak hukuka aykırı durumların tespiti halinde yaptırım uygulama yetkileri mevcuttur. 1981 yılında kurulan SPK, ülkemizdeki ilk BİO olarak kabul edilmektedir. Sermaye piyasasının yıllar içerisindeki gelişimi ve piyasa hacminin artması, bu alandaki idari yaptırımların önemini daha da arttırmaktadır. Sermaye piyasası hukuku, halka açık anonim şirketleri merkez alarak incelemesi hasebiyle kaynağını ticaret hukukundan almakta ve özel hukuk alanına dahil olduğu kabul edilmektedir. İdari bir kurum olarak sektörün düzenlenmesi ve denetlemesini sağlayan SPK ise, sermaye piyasası hukukunun kamu hukukuyla olan bağına kurmaktadır. Bu çerçevede temelinde birer idari işlem olan idari tedbirler Kurul'ca uygulanmakta ve bunlara karşı açılan davalar kural olarak idari yargıda çözümlenmektedir. SPK tarafından hangi şartların gerçekleşmesi halinde hangi idari tedbirlere başvurulabileceği, SerPK ve diğer hukuki düzenlemelerde yer almaktadır. Çalışmamızda öncelikle doktrinde çokça tartışma konusu olan idari tedbirlerin hukuki niteliğine teorik çerçevede değinilmiş, daha sonra SPK'nın uyguladığı idari tedbirler konusu incelenmiştir.

SPK, kamunun hassas olarak nitelendirilebilecek sektörlerinden olan finans sektörünün regülasyonu ile görevli olan bağımsız idari otorite niteliğinde bir kamu kurumudur. Bağımsız idari otoriteler, ilgili oldukları sektörlerle ilişkin olarak regülasyon işlevini yerine getirmekle görevli kamu kuruluşlarıdır. Söz konusu regülasyon, belirli bir sektördeki piyasa faaliyetlerine yönelik olarak, kurallar koyma anlamındaki *düzenleme* ile konulan bu kurallara uyulup uyulmadığını gözetleme ve kuralların ihlal edilmesi durumunda yaptırım uygulama anlamındaki *denetim* yetkilerini kapsamaktadır. SPK'nın bu yetkileri, *kamu gücünün kullanılmasını da kapsar şekilde sürekli biçimde piyasalar ile etkileşim halinde bulunmak* olarak ifade edilebilir. Bağımsız idari otoritelerin düzenleyici işlem yapma yetkisi, denetim yetkisi, uyuşmazlık çözme yetkilerinin karşısında; kanaatimizce kendilerine özgü en önemli nitelikleri de diğer işlevlerinin bir uzantısı olarak doğrudan veya dolaylı olarak idari yaptırımları uygulayabilme yetkileridir.

Yaptırımlar, kamu gücünün bir parçası olarak düzenleme ve denetim işlevlerinin etkili bir biçimde yürütülmesini sağlayan araçlar niteliğindedir. Hukuk kurallarının uygulanabilirliği ve etkinliği, bu kuralların ihlali durumunda kamu tarafından uygulanacak yaptırımlara bağlıdır. Gerçek ve tüzel kişileri hukuka uygun davranmaya yönelten en etkili araç ise yaptırımlardır.

Gerçekten de herhangi bir yaptırıma bağlı olmayan emredici hukuk kurallarının hukuk alanında herhangi bir icrai etkisi yoktur.

İdare, kendi görev alanı dahilindeki mevzuatı uygularken kanunun kendisine verdiği yetki dahilinde çok çeşitli idari yaptırımlara hükmedebilir. Öyle ki bu yaptırımlar zaman zaman idarenin takdir yetkisi çerçevesinde *nevi şahsına münhasır* nitelikler de içerebilmektedir. Bu durum idari yaptırımların sınıflandırılmasını bir hayli zorlaştırmaktadır. Doktrinde de idari yaptırımların sınıflandırması hususunda fikir birliği yoktur.

Bize göre idari yaptırımlar en temelde; idari cezalar ve idari tedbirler olarak ikiye ayrılmalıdır. İdari cezaların ise kendi içerisinde kabahat cezaları, disiplin cezaları ve regülatif cezalar olarak üçe ayrılması; idari tedbirlerin ise geçici engelleme, eşyaya geçici el koyma, idari iznin geri alınması ve atipik idari tedbirler olarak dörde ayrılması en uygun sınıflandırma olacaktır.

İdari tedbirler ise, idari yaptırımların idari cezalar dışında kalan kısmını oluşturmakta olup, cezalandırma amacı yerine, kamu hizmetlerinin ve diğer idari faaliyetlerin düzgün işlenmesini sağlamak, ayrıca kamu düzeninin bozulmasını engellemek amaçlı olarak öngörülen idari yaptırımları ifade etmektedir. Dolayısıyla idari tedbirlerde mevzuata aykırı hareket eden kişileri cezalandırmaktan çok, hukuka aykırı fiili durdurarak ihlalin sona ermesini sağlama ve olası olumsuz durumları önleme amacı güdülmektedir.

Sermaye piyasalarında güven ölçütü, yatırımcıların yatırım kararı almasında en büyük ölçüttür. Yatırımcılar sermaye piyasası araçlarına yatırım yaparlarken sermaye piyasası faaliyetini gerçekleştiren kurumun finansal istikrarına ve mali durumuna güvenerek bu kararı alırlar. SPK'nın ve sermaye piyasası mevzuatının en önemli işlevi ise yatırımcının korunması amacıyla piyasada finansal istikrarın sağlanması ve sermaye piyasası kurumlarının mali durumlarının denetim altında tutulmasıdır. Piyasada faaliyet gösteren kurumların finansal açıdan sağlam olarak kurulması ve mali durumlarını koruması beklenmekle birlikte, bu her zaman mümkün olmayabilmektedir. Sermaye piyasası araçlarını ihraç eden kurumların mali durumlarının bozulması veya iflası riski her zaman mevcuttur. Sermaye piyasasında yer alan bazı kurumların mali durumlarını koruyamaması kurumun iç işleyişinden kaynaklanan idari sıkıntılarında kaynaklanabileceği gibi, piyasa genelinde etkili olan ekonomik koşullar da kurumların finansal yapılarında sorunların ortaya çıkmasına yol açabilir. Sebebi her ne olursa

olsun sermaye piyasasının mali durumunun bozulmasından nihai olarak etkilenecek olan yatırımcıdır. Bu nedenle mali durumu bozulan sermaye piyasası kurumlarının mali durumun düzeltilmesi ya da bunun mümkün olmaması durumunda zararın en aza indirilmesi amacıyla Kurul tarafından bazı tedbir ve mekanizmalar geliştirilmiştir.

SerPK’da yer alan idari tedbirler, piyasanın güven içinde çalışması ve yatırımcıların korunması amaçlarıyla öngörülmüştür. Bu tedbirlerin etkin olabilmesi hukuka uygun, caydırıcı, orantılı, objektif ve ihtiyaçlara cevap veren nitelikte olmaları halinde mümkündür. Bu nedenle öncelikle sermaye piyasasının dinamikleri iyi tanınmalı ve hukuki altyapı sağlam oturtulmalıdır. Bu tedbirlerin uygulanmasında Kurula verilen genel bir yetki niteliği taşıyan “*gerekli tedbirleri almak*”, “*her türlü tedbiri almak*” ifadelerinin kanunilik ilkesi ile bağdaştırılmasının güç olduğu ve hukuki güvenlik ilkesine hanel getirebileceği doktrinde sıkça tartışma konusu olmaktadır. Ancak kanaatimizce Kurulun varlık nedenini oluşturan sermaye piyasasının güvenilir, adil, şeffaf ve istikrarlı bir ortamda işleyişinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi amacıyla bağlantılı olarak Kurula böyle geniş bir yetkinin tanınmış olmasında, ihtiyaçlara daha hızlı ve olaya özgü cevaplar verilebilmesi bakımından sakınca bulunmamaktadır.



KAYNAKLAR

- ADIGÜZEL, B. (2017). *Sermaye Piyasası Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- AKYILMAZ, B. (2002). “*Anayasal Esaslar Çerçevesinde Kamu Personeli Disiplin Hukuku ve Uygulamadaki Sorunlar*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VI, Sayı 1-2.
- AKYILMAZ, B. (2005). “*İdari İşlemlerde Gerekçe Yükümlülüğü*”, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi.
- ALTUNDİŞ, M. (2008). “*Hukuki Güvenlik İlkesi*”, Yasama Dergisi, Sayı: 10, s. 60-94.
- ASLAN, Y. (2009). “*İdari Yaptırımlar*”, TBB Dergisi, Sayı 85, s. 173-188.
- AUSTIN, R. (1997). *Administrative Law’s Reaction to the Changing Concepts of Public Service. Administrative Law Facing the Future* (ed. Leyland, Peter; Woods, Terry), New York: Blackstone Press Ltd.
- ATAY, E. E. (2006). “*Bağımsız İdari Otoriteler ve Türkiye Uygulaması*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt X, Sayı 1,2. s. 259-293.
- AYATAR KIZILYAR, S. (2013). “*Ceza Yaptırımı ile İdari Yaptırım Ayrımı*”, Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, Cilt 8, s. 1637-1667.
- AYAYDIN, D. (2008). *Enerji Piyasası Düzenleme Kurumunun Denetim ve Yaptırım Uygulama Yetkileri*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İdare Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- AYDIN, Z. (2006). *Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyonlara İlişkin Müeyyideler*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- AYHAN, R. / ÇAĞLAR, H. / ÖZDAMAR, M. (2019). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Yetkin Yayınları.

- BARDAKÇI, M. A. (2006). *Kabahatler Kanununa Göre İdari Para Cezaları ve İdari Para Cezalarının Yargısal Denetimi*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- BARUT ÖZGER, E. (2017). *Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçu*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- BAYINDIR, S. (2011). *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Manipülasyon Suçu*, İstanbul: Beta Yayınevi.
- BEKTAŞ, İ. (2015). “*Halka Açık Anonim Ortaklıkların Önemli Nitelikteki İşlemleri Nedeniyle Doğan Ayrılma Hakkı ve Pay Alım Teklifi Zorunluluğu*”, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırması Enstitüsü 60. Yıl Armağanı.
- BİLGE, N. (2011). *Hukuk Başlangıcı*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- CİDECİGİLLER, A. (2014). “*Düzenleyici ve Denetleyici Kamu Kurumları Tarafından Uyuşmazlıkların Giderilmesi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVIII, Sayı 3-4. s. 491-504.
- ÇAĞLAYAN, R. (2006). *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Ankara: Asil Yayınevi.
- ÇANGA BELBER, E. (2017). *Karşılaştırmalı Hukuk Işığında Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Önemli Nitelikte İşlemler*, İstanbul: Legal Yayınevi.
- ÇATAKOĞLU, B. (2016). *Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Borçlanma Araçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ÇETİN, N. / TÖREMİŞ, H. E. / CANTİMUR, Z. (2014). *6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Sistemik Analizi*, Ankara: Yetkin Yayınevi.
- DEMİR, H. E. (2013). *Sermaye Piyasası Kurulunun Anonim Şirketlerdeki Yönetim Kuruluna İlişkin Kurumsal Yönetim İlkeleri*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- DEMİRBAŞ, T. (2016). *Ceza Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- DOĞAN, K. (2015). “*Tüzel Kişilerin İdari Para Cezası Sorumluluğunda İsnadiyet Sorunu*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 17, Sayı 1, s. 1-77.

- DÖNMEZ, E. (2003). “*Türkiye’de Bağımsız İdari Otoriteler*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 56, s. 55-78.
- DURAN, L. (1982). *İdare Hukuku Ders Notları*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- ERDİNÇ, B. (2012). “*İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması*”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2012/2. s. 239-276.
- EROL, A. (2009). *İdari Yaptırımların Hukuki Nitelikleri ve İdari Yaptırım Kararlarına Karşı Yargısal Başvuru Yolları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Edirne.
- EVİK, A. H. (2004). *Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Aldatıcı Hareketler Yapma Suçu*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- GÖZLER, K. / KAPLAN, G. (2017). *İdare Hukuku Dersleri*, Bursa: Ekin Yayınevi.
- GÜNDAY, M. (2003). *İdare Hukuku*, Ankara: İmaj Yayıncılık.
- GÜNDOĞDU, A. (2015). *6362 Sayılı Yeni Sermaye Piyasası Kanununa Göre Sermaye Piyasası Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- GÜNDÜZ, F. E. (2004). “*İdari Yaptırımlar*”, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İdare Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- HANSEN, J. L. (2003). *The Trinity of Market Regulation: Disclosure, Insider Trading and Market Manipulation*, International Journal of Disclosure and Governance.
- İÇEL, K. (2002). *Yaptırım Teorisi*, İstanbul: Beta Yayınları.
- JORDAN, C. (2014). *International Capital Markets: Law and Institutions*, New York: Oxford University Press.
- KAĞITÇIOĞLU, M. (2016). “*İdarenin Ekonomik Kolluk Faaliyetinin bir görünümü: Sermaye Piyasası Kanununda İdari Tedbirler*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, C. 22 S.3.
- KANGAL, Z. (2011). *Kabahatler Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- KARABULUT, M. (2008). *İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi*, Ankara: Turhan Kitabevi.

- KARAKURT, A. (2009). “*Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar*”, TBB Dergisi, Sayı 85.
- KAŞKA, H. (2013). “*Kabahatlerin Beyaz Hüküm Niteliğindeki Normlarla Düzenlenebilmesi Meselesi (Kabahatler Kanunu Madde 4/1 Üzerine Bir İnceleme)*”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.3, Sa.2, s. 168-249.
- KAYA, A. (2013). “*Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK m. 21)*”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXXI, Sa. 2, s. 193-204.
- KAYA, C. (2011). *İdarenin Takdir Yetkisi ve Yargısal Denetimi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- KAYABAŞI, S. (2010). “*İdari Yargının Görev Alanında Kabahatler Kanunu ile Meydana Gelen Değişiklikler*”, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- KAYAR, İ. (1997). *Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler*, Konya: Mimoza Yayınları.
- KILIÇ, T. (2015). *İdari Yaptırımlar ve Para Cezaları*, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Mersin.
- KUBİLAY, H. / AY CHELLI, E. / KARADEMİR, E. (2015). “*Supervision and Measures In Capital Markets According to the New Turkish Capital Market Act*”, Law & Justice Review, Year:6, Issue:11.
- KURT, H. (2014). “*İdari Yaptırımlara Karşı Güvenceler*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Sayı 1. s.131-178.
- KÜTÜKÇÜ, D. (2005). *Sermaye Piyasası Hukuku*, İkinci Cilt İstanbul: Beta Yayınları.
- LEINO, P. (2017). “*Accountability Dilemmas of Regulating Financial Markets Through the European Supervisory Agencies*”. Research Handbook on EU Administrative Law, Harlow, Carol (ed.) Edward Elgar Publishing Ltd.

- MAHMUTOĞLU, F. S. (1995). “Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi”, İstanbul: Kazancı Yayınları.
- MANAVGAT, Ç. (2008). *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları.
- MEMİŞ, T. / TURAN, G. (2015). *Sermaye Piyasası Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- NOMER ERTAN, F. (2013). “6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nda Kolektif Yatırım Kuruluşları ve Özellikle Değişken Sermayeli Yatırım Ortaklığı”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası C. LXXI, Sa. 2.
- OĞURLU, Y. (2001). Yücel, *İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- OTACI, C. / KESKİN, İ. (2010). *Türk Kabahatler Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÖRS, C. O. (2015). “Bağımsız İdari Otoritelerin Doğuşu, Gelişimi ve Türkiye Örneği”, İzmir Barosu Dergisi, Eylül 2015, s. 13-68.
- ÖZAY, İ. (1985). *İdari Yaptırımlar*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No:3326 Hukuk Fakültesi no:691.
- ÖZAY, İ. (2002). *Günüşiğinde Yönetim*, İstanbul: Alfa Yayınları.
- ÖZDAMAR, M. / ÇAĞLAR, H. (Editörler) (2013). *Sermaye Piyasası Hukuku*, Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları.
- ÖZEN, M. (2013). *İdari Ceza Hukuku*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ÖZER, I. (2013). “Kurumsal Yönetim İlkeleri Çerçevesinde Anonim Şirket Yöneticilerine Sağlanan Mali Haklar”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Ticaret Hukuku) Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara.
- ÖZKAYA ÖZLÜER, I. (2015). “İdari Yaptırımların Özellikleri ve Çevre Kanunu”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2015/1, s. 121-186.

- PEKCANITEZ, H. (2017). *Pekcanitez Usul - Medeni Usul Hukuku* 15. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- PULAŞLI, H. (2016). *Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- PULAŞLI, H. (2003). “*Corporate Governance Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model*”, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü Yayınları.
- SANCAKDAR, O. (2007). “*İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri*”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası İdari Ceza Hukuku Sempozyumu, 20-21 Eylül 2007.
- SEÇKİN, S. / ÜSTÜN, G. (2015). “*İdari İşlemlerde Takdir Yetkisi ve Gerekçe İlkesi*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Cilt 21, Sayı 2, s. 509-533.
- SİNOPLU, E. B. (2009). *Sermaye Piyasası Kurulunun Uyguladığı İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İdare Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- SWAMMY, S. / McMASTER, M. (2018). *Governance, Compliance, and Supervision in the Capital Markets*, New Jersey: John Wiley & Sons, Inc.
- TAN, T. (2002). “*Bağımsız İdari Otoriteler ve Düzenleyici Kurullar*”, Amme İdaresi Dergisi Cilt 35 Sayı 2, s. 11-37.
- TAN, T. (1996). “*Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu*”, Prof Dr. İsmail Türk’e Armağan, Sermaye Piyasası Yayınları Yayın No:54.
- TAN, T. (2005). “*İdari Yaptırımlar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ndeki Güvenceler*”, Prof. Dr. Şeref Gözübüyük’e Armağan, Ankara: Turhan Kitabevi.
- TAN, T. / GÖZÜBÜYÜK, Ş. (2010). *İdare Hukuku Cilt I Genel Esaslar*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- TARHAN, D. G. (2018). *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Önemli Nitelikteki İşlemler ve Sonuçları*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.

- TEVETOĞLU, M. (2006). *Mali Durumu Bozulan Aracı Kurumlarda Alınacak Tedbirler ve Özellikle Tedrici Tasfiye*, İstanbul: İstanbul İktisadi Araştırmalar Vakfı Yayınları.
- THOMPSON, B. (1997). *Textbook on Constitutional and Administrative Law*, 3rd Edition, London: Blackstone Press Limited.
- TOROSLU, N. (2005). *Ceza Hukuku Genel Kısım*, 8. Bası, Ankara: Savaş Yayınevi.
- TÜRKOĞLU UTKU, F. (2016). *Türk Anonim Şirketler Hukukunda Kayıtlı Sermaye Sistemi*, Ankara: Adalet Yayınevi.
- ULUSOY, A. D. (2013). *İdari Yaptırımlar*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- ULUSOY, A. D. (2003). *Bağımsız İdari Otoriteler*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- URAN, E. (2012). *Türkiye'deki Bağımsız İdari Otoritelerin İdari Yaptırım Yetkisi*, İstanbul: On İki Levha Yayınları.
- ÜNAL, O. K. (2005). *Sermaye Piyasası Hukuku ve Mevzuatı*, Ankara: Asil Yayınları.
- YALÇIN, İ. (2007). *Tüm Yönleriyle Kabahatler Hukuku*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- YAYLA, Y. (2009). *İdare Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınevi.
- YURTCAN, E. (2016), "*Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*", Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- YÜZÜGÜLLÜ, G. (2011). *Bağımsız İdari Otorite Olarak Sermaye Piyasası Kurulu*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Ticaret Hukuku Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : Korucuoğulları, Asude
Uyruğu : T.C.
Doğum tarihi ve yeri : 16.01.1990, Balıkesir
Medeni hali : Bekar
Telefon : 0554 704 31 96
Faks : -
e-mail : asudekorucu@gmail.com

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Ticaret Hukuku Bilim Dalı	Devam ediyor
Lisans	İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2012
Lise	Balıkesir Sırrı Yırcalı Anadolu Lisesi	2008

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2015-Halen	Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu	Enerji Uzmanı

Yabancı Dil

İngilizce

Yayımlar

Doğal Gaz Sektöründe Yeni Bir Model: Altyapı GYO; Uzman Gözüyle Enerji Dergisi Yıl:1 Sayı:4, Ankara, 2017.



