

Sermaye Piyasası Kanunu m. 107/2’de Düzenlenen Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçundaki Menfaat Unsuru (Netice) Üzerine Bir İnceleme

An Anlysis Of The Element Of Benefit (As A Consequence) In The Crime of Information-Based Manipulation Regulated In Capital Market Law a.107/2

Ahmet GÖKCEN* , Onur İSTE** 

ÖZ

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun 107/2 maddesi bilgiye dayalı manipülasyon suçuna dair olup, bu Kanun’un ihdas edilerek Resmî Gazete yayımlandığı tarih olan 30.12.2012 tarihinde suç ani hareketli bir suç olarak düzenlenmişti. Ancak 27.03.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun’un 11’inci maddesi çerçevesinde yapılan değişiklikle, bu suç netice aranan suçlar arasında sayılmıştır. Ani hareketli bu suçun neticeli bir suç haline dönüştürülmesi de beraberinde bazı çelişkilerin oluşmasına yol açmıştır. İspatı çok zor olan bu suç tipinde cezalandırılabilme alanının daha da daraltılmış olması, ceza normunun uygulanabilir olmasını iyice zorlaştırmıştır. Çalışmada, mevcut sistemin analizi ve bu sistemin benimsenmesinin sebepleri tartışılmış ve ceza normunun amacına uygun iyileştirici önerilerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Sermaye piyasası, sermaye piyasası suçları, manipülasyon, piyasa dolandırıcılığı, bilgiye dayalı piyasa dolandırıcılığı, bilgiye dayalı manipülasyon, menfaat şartı, menfaat unsuru.

ABSTRACT

Article 107/2 of the Capital Market Law No. 6362 is about the crime of manipulation based on information, and the crime was regulated as a sudden action crime on 30.12.2012, the date of publication of this Law in the Official Gazette. However, with the amendment enacted within the framework of Article 11 of the Law No. 6637 dated 27.03.2015, this crime was counted among the crimes sought as a result. The transformation of this sudden action crime into a resultant crime has also led to the formation of some contradictions. The narrowing of the area of punishment in this type of crime, which is very difficult to prove, has made it more difficult for the penal norm to be applicable. In the study, the analysis of the current system and the reasons for the adoption of this system were discussed and remedial suggestions were made in accordance with the purpose of the penal norm.

Keywords: Capital market, capital market crimes, manipulation, market fraud, information based market fraud, information based manipulation, benefit stipulation, element of benefit.

* Prof. Dr., Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı, ORCID: 0000-0002-0849-7432, E-posta/E-mail: ahmet.gokcen@marmara.edu.tr.

** Serbest Avukat, İstanbul Barosu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü Doktora Programı Öğrencisi, ORCID: 0000-0002-8575-9715

Sorumlu Yazar/Correspondence Author: Onur İSTE

E-posta/E-mail: onur@iste-iste.av.tr

Geliş Tarihi/Received: 17.02.2023

Kabul Tarihi/Accepted: 20.02.2023

GİRİŞ

Manipülasyon, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPK) 107'nci maddesinde suç olarak düzenlenmiştir. Anılan hükmün birinci fıkrasında işleme, ikinci fıkrasında ise bilgiye dayalı manipülasyon suçuna yer verilmiştir¹. Manipülasyonun farklı görünümünün ayrı suçlar olarak kabul edilmiş olmasının, SPK'nın 1'inci maddesinde yer verilen ve kanunun amacını, "*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi*" şeklinde tarif eden hükmün gereği olduğu ifade edilebilir. Kanun koyucunun vurgulamış olduğu sermaye piyasasının güvenilir ve istikrarlı bir ortamda işleyişinin sağlanması amacının gerçekleşmesi, piyasada işlem yapan yatırımcının manipülasyondan arınmış verilere ulaşmasına ve arz ve talep dengesinin sağlıklı şekilde oluştuğu piyasa şartlarının tesis edilmesine bağlıdır.

Yukarıda açılanan gerekçeler ışığında, piyasanın güven ve istikrarını bozan bir davranış şekli olması nedeniyle manipülatif davranışların cezalandırılmasında tartışılacak bir husus yoksa da, kanun koyucunun, manipülasyona ilişkin suç politikası tercihlerinde meydana gelen ve kanuna yansıtılan değişiklikler ile bu değişikliklerin yerindeliği tartışılmaya değerdir. Bilgiye dayalı manipülasyon suçunda, failin bir menfaat elde etmiş olup olmadığına, elde edilen menfaatin suçun gerçekleşmesi açısından ne tür bir etkide bulunduğuna ilişkin Kanun metninde yapılan değişikliklerin bu çerçevede değerlendirilmesi gerekir.

Çalışmada, bilgiye dayalı manipülasyon suçunda menfaat unsuru, yukarıda arz edilen düşüncelerle ve geniş bir bakış açısıyla; hem 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu (mülga SPK) hem de 6362 sayılı yürürlükteki SPK hükümleri dikkate alınarak incelenecektir.

I – KAPSAM VE KONUNUN ÖNEMİ

6362 sayılı Kanun'un (SPK) Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdiği 30.12.2012 itibarıyla bilgi manipülasyonu suçuna dair olan madde 107/2'nin ilk halinde, failin ika ettiği tipik davranışın neticesi olarak herhangi bir menfaat temin etmiş olması aranmamaktaydı. Buna karşılık 27.03.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle öngörülen değişikliklerle suçun oluşması için menfaat neticesi aranmaya başlanmıştır. Düzenlemenin son hali şu şekildedir; "*Sermaye Piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla yalan, yanlış veya yanıltıcı bilgi veren, söylenti çıkaran, haber veren, yorum yapan veya rapor hazırlayan ya da bunları yayan ve bu suretle menfaat sağlayanlar üç yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar*" (SPK m:107/2).

Bilgiye dayalı manipülasyon suçunun ihdasındaki gaye, kamuyu aydınlatma hedefiyle doğrudan ilgilidir. Zira kamunun doğru bilgi ile donatılarak, yatırımcıların hür iradeleri ile yatırım yapması

1 Kanun koyucu söz konusu madde metninde piyasa dolandırıcılığı ifadesini kullanmış olup, uluslararası literatürde ve sair mevzuatta halen manipülasyon ifadesinin kullanımı yaygın olup, bu çalışmada yaygın kullanılan terim olan manipülasyon ifadesi tercih edilmiştir)

hedeflenmektedir. Sağlıklı verilere bağlı yapılan analizle yatırım tercihlerinde bulunacak yatırımcılar, sermaye piyasası araçlarının gerçek değerine uygun şekilde fiyatlanmasını sağlayacaklardır². Yatırımcıların doğru şekilde bilgilenmemesi ve bilginin asimetrik dağılmasına sebep olunması halinde aşamalara bağlı olarak; piyasanın etkinliğinin yok edilmesi, yatırımcıların piyasadan çekilmesi ve şirketlerin sermaye piyasası eliyle fonlanmaları yolunun tıkanması kaçınılmazdır. Bu durum da doğal olarak SPK'nın "*piyasanın güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı adil ve rekabetçi*" olması amacına ulaşmasını engelleyecektir³. O halde sermaye piyasası suçlarının, bu asimetrik bilgi sorunsalına karşı mücadele edebilecek şekilde düzenlenmesi gerekliliği yönünden ve menfaat şartının da bu mücadele amacı çerçevesinde incelenmesi gerekir. Menfaat şartı değerlendirilirken, bu şartın suçun unsurları içinde hangi başlık altında ele alınacağı öncelikli olarak belirlenmelidir.

Menfaat şartının suçun maddi unsurları çerçevesinde ele alınması halinde, menfaat şartının gerçekleşmemesi halinde suç tamamlanmış sayılmayacak ve suçun teşebbüs aşamasında kaldığından söz edilecektir. Bu ihtimalde, suçun sırf hareket suçu olduğu kabul edilmelidir. Manipülatif davranışlarla failin bir menfaat elde etmemesi durumunda, suç karşılığı öngörülen yaptırımların tatbiki mümkün olmadığından, SPK'nın 104'üncü maddesindeki "*piyasa bozucu eylemler*" başlıklı hükümde öngörülen idari yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır. Öyle ki, "*suçtan dolayı yaptırım uygulanamayan hallerde, kabahat dolayısıyla yaptırım uygulanması*" mümkün olmaktadır. (Kabahatler Kanunu m:15/3)

Menfaat şartının bir cezalandırılabilirlik şartı olduğunun kabulü halinde ise bu şart, faile özgü bir objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak değerlendirilecektir. Bu ihtimalde, suçun sırf hareket suçu olduğu kabul edilmelidir.

Menfaat şartının hukuki niteliğine ilişkin yukarıda zikredilen ayrımın, başkaca sonuçları da vardır. Nitekim menfaat şartının objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edilmesi halinde suç, hareketin gerçekleştiği an tamamlanır ve suç yeri de son hareketin gerçekleştiği yer olur. Buna mukabil menfaat şartının suçta aranan bir netice olarak kabulü halinde; menfaat elde edilmemiş olması halinde suç teşebbüs aşamasında kalacak olup, menfaatin temini halinde de suç yeri menfaat şartının gerçekleştiği yer olur. Bu halde zamanaşımı da menfaatin gerçekleştiği an işlemeye başlar. Zira suçun işlendiği an, suçun tamamlandığı an olan menfaatin gerçekleştiği an olarak telakki edilecektir⁴.

Ayrıca menfaat şartının objektif cezalandırılabilirlik şartı olarak kabul edildiği varsayımında, fail menfaat neticesini bilmese ya da istemese dahi sırf objektif olarak bu şart oluşmuşsa suç tamamlanacak ve fail cezalandırılacaktır. Failin suçu işlediği esnada objektif cezalandırılabilirlik şartından haberdar olmasına gerek yoktur⁵. Objektif cezalandırılabilirlik şartının bulunduğu durum,

2 Çağlar Manavgat, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı 2008) 85-86; Selman Dursun, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar* (1. Baskı, Oniki Levha 2010) 309.

3 James Bradfield J, *Introduction to the Economics of Financial Markets* (Oxford University Press 2007) 29.

4 Mehmet Emin Artuk, Ahmet Gökçen, Emin Alşahin ve Kerim Çakır *Ceza Hukuku Genel Hükümler* (14. Bası, Adalet Yayınevi 2020) 333-377.

5 Buminhan Duman, 'Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Bilgiye Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2019) (14)149 Terazi Hukuk Dergisi 24; Gizem Dursun Özdemir, 6362 Sayılı *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Bilgi Suistimali ve*

suçun oluşmasından sonra cezalandırılma şartını belirleyecek olup, bir suç ortağı tarafından bu şartın tamamlanmış olması, diğerlerini de cezalandırılabilir kılacaktır⁶.

Bilgi manipülasyonu suçu, yalnızca kastla işlenebilen bir suçtur. Buna ek olarak, bu suçun gerçekleşmesi için manevi unsur içinde saik de aranmakta olup, failin, “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkilemek amacıyla*” hareketi gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu durumda failin, menfaat sağlamaya yönelmeksizin, sırf piyasa araçlarının değerini ve yatırımcı kararını etkilemek amacıyla hareket etmesi, ekonomik suçlar içerisinde mütalaa edilen bu tür suçlarda karşılaşılan bir durum değildir. Bu itibarla menfaat şartının, manevi unsurla bağının tamamen koparılabilir objektif bir cezalandırılabilirlik şartı olarak ihdas edildiğini söylemek makul olmayacaktır.

Menfaat şartını, maddi unsurlar içindeki netice başlığı altında değerlendirmek gerekir. Öyle ki bilgi manipülasyonu suçu, yapılan değişikliklerle neticeli bir suç halini almış ve suçun tamamlanması için menfaat elde edilmesi şartı getirilmiştir. Menfaat şartının getirilmesiyle birlikte, icra hareketlerinin tamamlanmasına rağmen menfaat elde edilmemesi halinde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilir. Kaldı ki SPK'nın madde gerekçesinde (18'inci madde), “*bilgi bazlı piyasa dolandırıcılığı suçunun, sermaye piyasası aracının fiyatını, değerini veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileme amacıyla gerçekleşip gerçekleşmediğinin somut olay bazında tespiti güç olduğundan, söz konusu amacın, fiili gerçekleştirenin kendisine veya başkasına doğrudan ya da dolaylı menfaat temin etmesi şartı ile somutlaştırılması hedeflenmiştir*” ifadesi yer almaktadır⁷. Bu gerekçe, failin menfaat elde etmeyi suç anında bilmesinin ve istemesinin arandığını göstermektedir. Bir örnek vermek gerekirse: Gerçeğe aykırı bir bilgi yayarak belli hisse senetlerinin fiyatını düşüren ve onları düşük fiyattan toplayarak menfaat temin eden fail, bu menfaati tesadüfen elde etmemiş, bizzat onu elde etmeyi istemiş ve bu istek çerçevesinde bilerek hareket etmiştir. Fail, suçu işlemeye karar verdiği anda, menfaat elde etmeye de karar vermektedir. Fail, menfaat neticesini bilmekte ve istemektedir. Menfaat temini, suçun maddi unsurları çerçevesinde bir netice olduğundan, fail bu neticeyi gerçekleştirmek yolunda madde metninde belirtilen seçimlik-bağlı hareketi gerçekleştirmektedir⁸.

Maddi unsurun içindeki netice başlığı içinde değerlendirilmesi gereken menfaat şartının hangi tarihsel koşullar içinde kanunlaştırıldığıнын, bu şartla birlikte gelen yenilikler de değerlendirilerek ele alınması ve nihayetinde bu şartta dair eleştirel bakış açısı ortaya konularak bir öneride bulunulması önemlidir.

Piyasa Dolandırıcılığı Suçları (Seçkin 2022) 254.

6 Artuk vd, (n 3) 668-669.

7 Genel gerekçeye ulaşmak için bkz: <<https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss705.pdf>>, 14 Şubat 2023.

8 Mahmut Kaplan ve Cem Ümit Beyoğlu, ‘Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu’ Yenisey F, Özgenç İ, Nuhoglu A, Sözüer A ve Turhan F (edr), *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach’a Armağan* (Birinci Baskı, Seçkin 2018) 284.

II – MENFAAT ŞARTININ TARİHÇESİ

A – 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu Dönemi

Bilgiye dayalı manipülasyon suçu, 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (mülga SPK) 47/A-3 maddesinde, “*sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler... iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır... verilecek para cezaları üst sınırla bağlı olmaksızın suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede kanun koyucu, “*etkilemek amacıyla*” ifadesi yerine hareketin elverişliliğine işaret eden “*etkileyebilecek*” ifadesini kullandığından, Mülga SPK'nın yürürlükte olduğu dönemde suç, genel kastla işlenebilmekteydi. Görülmektedir ki mülga SPK'da, menfaat şartı suçun oluşması için bir netice olarak aranmamış ve tıpkı yürürlükteki SPK'nın 107/1 maddesinde yer verilen işleme dayalı manipülasyon suçuna ilişkin düzenlemede olduğu gibi, failin elde ettiği menfaat, uygulanacak adli para cezasının belirlenmesinde asgari had olarak kabul edilmişti. Buna göre, adli para cezasının asgari haddi, edinilmiş menfaatin üç katından az olamamaktaydı.

Bu düzenlemedeki menfaat şartı, yalnızca suçun oluşumundan sonra asgari ceza haddinin belirlenmesine dair bir gösterge olarak nitelendirildiği için bu şartın netice başlığı altında mı yoksa objektif cezalandırılabilme şartı olarak mı değerlendirileceğinin tartışılmasına da gerek yoktu. Bu haliyle söz konusu düzenleme tarzında yegâne mesele, ceza politikası ve cezalandırmanın kriterlerine ilişkindi.

B – 6637 Sayılı Kanun Değişikliğinden Önceki Dönem

2499 sayılı SPK, 06.12.2012'de kabul edilen 6362 sayılı SPK ile yürürlükten kaldırılmış olmakla birlikte tıpkı mülga SPK gibi 6362 sayılı SPK'da da bilgi manipülasyonu suçuna yer verilmiştir. Ancak SPK'nın yürürlüğe girdiği ilk dönemde mülga SPK'dan farklı olarak, ne netice açısından ne de adli para cezasının belirlenmesinde bir asgari had ölçüsü olması açısından, menfaat unsuruna bir kriter olarak yer verilmemişti. Buna göre suç sırf hareket suçu olarak düzenlenmiş olup, elverişli hareketin gerçekleşmesiyle birlikte ayrıca bir netice aranmadan suç oluşmaktaydı. Adli para cezası miktarı, “*beş bin güne kadar hapis*” şeklinde tayin edilmişti. Bu çerçevede genel hükümlere göre suçun asgari haddi, halen geçerliliğini koruduğu üzere, en az beş gün olarak belirlenebilmekteydi (TCK m:52/1).

6362 sayılı SPK'nın ihdas sebebi olarak gösterilen “*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişiminin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması*” amacı (SPK m:1) çerçevesinde, sermaye piyasası araçlarına yönelmiş olan ve onların “*fiyatlarını, değerlerini*” ya da bunların oluşmasına sebep “*yatırımcı kararlarını*” etkileyebilecek hareketler suç olarak belirlenmiştir (SPK m:107/2). Buna göre suçun oluşması için somut bir tehlikenin ortaya çıkmasına dahi gerek yoktur. Sermaye piyasası araçlarının fiyat ve

değerini etkileyebilecek elverişli hareketler mevcutsa, bu soyut tehlike hali dahi suçun oluşması için yeterlidir. Ayrıca bir somut tehlikenin ortaya çıkıp çıkmadığına dair araştırma yapılmaz⁹.

Kanun'un ilk halinde bu suçun ani hareketli bir suç olarak düzenlenmiş olduğu değerlendirildiğinde, suçun konusuna dair olarak da soyut tehlike suçu olarak şekillenmiş olması tutarlılık arz etmekteydi.

C – 6637 Sayılı Kanun Değişikliğinden Sonraki Dönem

27.03.2015 tarih ve 6637 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle, bilgiye dayalı manipülasyona dair düzenlemeye (SPK m:107/2) "*ve bu surette menfaat sağlayanlar*" ibaresi eklenmiş ve bu şartla birlikte, suç ani hareketli suçtan, neticeli suça dönüştürülmüştür. Bu itibarla 2499 sayılı Kanun'dan farklı olarak, eklenen menfaat ibaresi cezanın tayininde belirleyici bir özelliğe sahip olmayıp, suçun gerçekleşmesi için zorunlu olan maddi unsur altındaki netice bahsine dairdir. Ayrıca getirilen bu menfaat şartının, SPK'nın 107/1 maddesinde düzenlenen işleme dayalı manipülasyon suçundan ve mülga SPK'nın 47/A-3 maddesinde düzenlenmiş bilgi manipülasyonu suçundan farklı olarak belirlenecek adli para cezasının asgari miktarıyla ilgisi yoktur. Her ne kadar genel hükümler çerçevesinde cezanın bireyselleştirilmesi esnasında "*meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı*" hâkim tarafından nazara alınacaksa da (TCK m:61/1-e), bu getirilen düzenleme ile cezanın belirlenmesi arasında bir bağ yoktur. Bu düzenleme getirilmeden önce de "*meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı*" hâkim tarafından cezanın belirlenmesi esnasında dikkate alınmaktaydı.

2015 değişikliğiyle birlikte getirilen menfaat şartıyla birlikte, suçun oluşması için hareketten bağımsız bir netice aranmaya başlanmıştır. Elverişli hareketlerle suçun icrası tamamlanmış olmakla birlikte menfaat neticesi meydana gelmemişse, suç teşebbüs aşamasında kalacaktır.

Menfaat şartını getiren 6637 sayılı Kanun'un Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne (TBMM) teklif edilen ilk halinde, "*ve bu suretle kendisine veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı bir menfaat sağlayanlar*" ifadesinin kanuna eklenmesi önerilmişti. Teklifin gerekçesinde; Avrupa Birliği (AB) normlarının benimsenerek SPK'nın ihdas edildiği, suçun oluştuğunun tespitinde uygulamada sorunlar olduğu, cezalandırmanın yapılamadığı, menfaat şartı yerine getirilmediği hallerde de SPK'nın 104'üncü maddesindeki idari yaptırımını gerektiren "*piyasa bozucu eylemlerin*" söz konusu olabileceğine vurgu yapılmıştır. Buna mukabil, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu görüşmeleri esnasında, teklif sahipleri tarafından öneri değiştirilmiş ve "*veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı bir menfaat sağlayanlar*" ibaresi de daraltılarak kanunlaşan haliyle "*ve bu suretle menfaat sağlayanlar*" şekline dönüştürülmüştür¹⁰.

TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nda muhalefet milletvekillerinin öne sürdüğü karşı oylarda, teklifin hakiki gerekçesinin; sonradan terör eylemleri nedeniyle faaliyet izni Bankacılık Düzenleme

9 Buminhan Duman, *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu*, (Birinci Baskı, Adalet Yayınevi 2020) 139; Can Yalçın, 'Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2020) (5)1-3 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3506.

10 Teklif metnini ve karşı oyları da içeren Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu için bkz: <<https://www2.tbmm.gov.tr/d24/2/2-2736.pdf>>, Erişim Tarihi: 14.02.2023.

ve Denetleme Kurumu (BDDK) tarafından kaldırılan bir bankaya ilişkin olarak dönemin başbakanı tarafından yapılmış açıklamalarının bilgi manipülasyonu olarak değerlendirilmesi tehlikesinin bertaraf edilmesi olduğu iddia edilmiştir. Menfaat şartının eleştirisini yaptığımız IV numaralı başlıkta daha detaylı açıklanacağı üzere, eğer teklif gerekçesinin muhalefet milletvekilleri tarafından ifade edildiği hususlara dayanmakta olduğu iddiası doğruysa, yapılan değişikliğin hukuki anlamı olmadığını ifade etmek gerekir. Zira iddia edilen hadiseye dair olarak, menfaat elde edilmesi şartı getiren herhangi bir düzenleme olmasa dahi suç zaten oluşmayacaktı. Nitekim bu suçun manevi unsuru içinde kastın yanında saik (özel kast) arandığı için, “*sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararını etkilemek*” yönünde özel bir gaye taşımayan kişinin yaptığı hareketler her halükârda suç kapsamında değerlendirilemez.

III – MENFAAT ŞARTININ KAPSAMI VE GETİRDİĞİ YENİLİKLER

27.03.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun’un 11’inci maddesi çerçevesinde SPK madde 107/2’ye ilave edilen “*ve bu surette menfaat sağlayanlar*” ibaresiyle birlikte, hareketten bağımsız bir netice aranmayan ve sırf hareket suçu olarak düzenlenen bilgiye dayalı manipülasyon suçu, artık neticeli bir suç haline getirilmiştir¹¹. Bu değişiklikte birlikte, suçun konusu olan sermaye piyasası araçlarının fiyat ve değerlerini etkilemeye elverişli seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmesi halinde suç tamamlanmış olmayacak, ayrıca suçtan ötürü bir menfaat elde edilmesi gerekecektir. Ancak elverişli seçimlik hareketlerin gerçekleştirilmiş olmasına rağmen menfaat elde edilmemişse, suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir.

Borsada işlem gören bir elektrik üreticisi şirkete verilen sübvansiyonların sona erdirildiğine dair Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılacağını ve bu şirketin devlet desteğinden yoksun kalacağını belirten asparagas haberin yayıldığını varsayalım. Eğer bu haber çok takipçili ve saygın addedilen bir sosyal medya hesabından yayılıyorsa, gerçekten de hisse senedinin değerini ve fiyatını etkilemek ya da yatırımcıların kararını değiştirmek yönünde bir etki doğabilir. Böyle bir durumda hareketin elverişli olduğu kabul edilecektir. Ayrıca somut bir tehlike ortaya çıkmasa dahi, tehlike ihtimali oluşmuştur. Menfaat gerçekleşme de suç teşebbüs aşamasında kalır. Ancak aynı eylemin üç ya da dört takipçisi olan, kimsenin takip etmediği, gerçek kimliğin bilinmediği bir mahlas hesaptan paylaşılması halinde, suçun konusu üzerinde tehlike yaratılması ihtimali olmayacaktır. Bu durumda suçu işlemeye elverişli şekilde icra hareketleri gerçekleşmediği için teşebbüsten dahi bahsedilemez.

Burada bir hususa daha işaret etmek gerekir. Kanuna yapılan ilaveyle menfaat bir netice olarak aranmışsa da bir menfaatin elde edildiği, buna karşılık manipülatif bilginin sermaye piyasası aracının fiyatının belirlenmesinde etkili olmaya elverişli olmadığı durumlarda da suç oluşmaz¹². Dolayısıyla, suç neticeli bir suça dönüştürülmüş olmakla birlikte, halen bir zarar suçu niteliğini haiz değildir.

11 Can Yalçın, ‘Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu’ (2020) (5)1-3 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3505

12 İşleme dayalı manipülasyon yönünden benzer tespit için bkz: Can Canpolat, ‘Uygulamaya Bakan Yönleriyle İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu’ Özgenç İ, Şahin ve Turhan F (edr) 5. *Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Sempozyumu* (Seçkin 2020) 2, 987-988.

Öyle ki edinilen menfaat suçun konusuna dair olan sermaye piyasası aracından elde edilmemiş de olabilir. Somut ekonomik karşılığı olan herhangi bir menfaatin edinilmiş olması yeterlidir.

İşlenen fiilin suçun konusunu tehlikeye atmaya ya da zarara uğratmaya elverişli olması gerekmekte olup menfaatin doğrudan suçun konusuna dair olmasına gerek olmadığını belirttik. Buna mukabil elverişlilik konusunda hatırlatılması gereken husus şudur: İster menfaat şartı gerçekleşsin isterse de menfaat şartı gerçekleşmeksizin suç teşebbüs aşamasında kalsın, seçimlik hareketin suçun konusuna yönelik olarak soyut tehlike yaratmaya elverişli olup olmadığı hususu her daim araştırılmalıdır. Tehlikenin somut olarak oluşması gerekmez. Manipülatif amacı taşıyan davranışların suçun konusunu tehlikeye düşürmesinin mümkün olmadığı halde suç oluşmayacağından, SPK'nın 104'üncü maddesindeki "piyasa bozucu eylemler" başlıklı hükümde öngörülen idari yaptırımların uygulanması söz konusu olacaktır.

Bununla birlikte, hareketin suçun konusu olan sermaye piyasası aracına yönelmesi şarttır. SPK'nın 3/o maddesinde sermaye piyasası araçları sayılmış olup Sermaye Piyasası Kurulu'na ayrıca yeni piyasa araçları belirleyebilme yetkisi de verilmiştir. Örneğin kripto paralar sermaye piyasası aracı değildir. Sermaye piyasası aracı olmayan bu tarz değerlere yönelmiş hareketler, menfaat neticesi elde edilse bile suç kapsamında değerlendirilmez.

Menfaatin ne olduğu da tartışılmalıdır. Örneğin takdir görmek, intikam almak, beğenilmek ya da benzer bir soyut bir menfaat suçun netice şartının gerçekleşmesi için yeterli midir? Belirtelim ki, menfaatin ekonomik olarak belirlenebilir bir somut menfaat olması gerekir. Yoksa maddi olarak ölçülemeyen bir yararın, bu suçun neticesi kabilinden bir menfaat olarak değerlendirilebilmesi mümkün değildir. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu önüne ilk gelen teklifte, "kendisine veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı" menfaat edinmek ifadesi mevcuttu. Ancak Komisyon çalışmaları esnasında, teklifi getirenlerin önerisiyle "kendisine veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı" ifadesi çıkarılmıştır. Bu ifadenin çıkarılması, kanun koyucunun yalnızca somut ekonomik menfaatin elde edilmesi halinde fiili cezalandırılabilir kılmayı amaçladığını göstermektedir. Suçun ekonomik suçlar arasında tasnif edilmesi nedeniyle, ortaya çıkan menfaatin de paraıyla ölçülebilir olmasını gerektirdiği ifade edilmektedir. Bu somut ekonomik menfaatin her zaman malvarlığında bir artış meydana getirmesi gerekmez. Malvarlığındaki azalmanın engellenmesi de somut ekonomik menfaat içinde değerlendirilecektir¹³.

Sermaye Piyasası Kurulu, belli bir şirket üzerine ısrarlı şekilde gerçeğe aykırı paylaşımda bulunan bir kişinin durumunu incelemiş ve 22.05.2015 13/653 sayılı toplantısında verdiği kararlar, bu kişinin Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) ya da Borsa İstanbul (BİST) üzerinden ve sermaye piyasası araçları üzerinden edinilmiş bir menfaati olmadığından bahisle işlem tesis etmemiştir¹⁴. İdari organın bu kararı, Kanun'un daralttığı suç alanını daha da daraltmıştır. Öyle ki somut menfaat illa ki Merkezi

13 Buket Öz, 'Türk Sermaye Piyasasında Piyasa Dolandırıcılığı Suçları' (2018) (4)7 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 148; Duygu Köroğlu Paşaoğlu, '6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 107. Maddesi Çerçevesinde Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (Yüksek Lisans Tezi Medipol Üniversitesi, 2019) 69; Esin Şuekinçi, 'Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi, 2019) 95; Özdemir, (n 4) 255.

14 Sermaye Piyasası Kurulu Karar bilgisi alıntı: Köroğlu Paşaoğlu, (n 12) 60-61.

Kayıt Kuruluşu (MKK) ya da Borsa İstanbul (BİST) kayıtlarından belirlenemeyebilir. Ya da bu somut menfaat, sermaye piyasası araçları dışında bir şekilde de edinilebilir. Bu noktada, mevcut durumdaki değerlendirmenin, herhangi bir kısıta gidilmeden parayla ölçülebilen herhangi bir somut menfaat üzerinden yapılması gerekirdi.

Öğretide, bilgi manipülasyonu suçundaki menfaat şartıyla TCK'nın 252'nci maddesindeki menfaat şartı da birlikte değerlendirmeye tabi tutulmuş ve Yargıtay'ın rüşvet suçuna dair olarak kamu görevlisine ya da onun göstereceği üçüncü kişiye “*fuhuş için kadın temini*” eylemini menfaat olarak değerlendirmesinin manipülasyon suçu açısından geçerli olmadığı ifade edilmiştir¹⁵. Bu kabulün doğru olmadığı kanısındayız. Nitekim ahlaki olmasa da “*fuhuş için kadın temini*” eyleminin bir ekonomik değeri vardır. Bu eylem neticesinde menfaat sağlayan, en azından mamelekindeki azalmayı engellemiş bulunmaktadır. Bilgi manipülasyonu suçunda elde edilebilecek bu tarz bir menfaatin de somut menfaat içinde değerlendirilmesi gerektiği kanısındayız. Örneğin bir ekonomi yorumcusu, böylesine bir menfaat edinerek manipülatif bilgiyi televizyon kanallarından yaymışsa, elde ettiği menfaatin parayla ölçülebilir somut bir menfaat olduğunu ve suçta aranan neticenin gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.

Menfaatin doğrudan fail tarafından elde edilmesi gerekmektedir. Failin dolaylı olarak elde edeceği menfaatler veyahut üçüncü kişilerin edindiği menfaatler, menfaat neticesinin gerçekleşmesi için yeterli değildir¹⁶. Nitekim menfaat şartının kanunlaştırma sürecinde bu husus tartışılmış ve ilk teklifte yer alan “*doğrudan veyahut dolaylı menfaat*” ibaresi yine ilk öneriyi getirenler tarafından değiştirilmiş ve metin, bu son haliyle kanunlaşmıştır. Örneğin failin çok sevdiği birisinin yarar sağlaması hali, failin doğrudan kendi yararı olmadığı için menfaat şartının gerçekleştiği şeklinde değerlendirilemez. 6637 sayılı Kanun'un 11'inci maddesinin kanunlaştırılması esnasında menfaat şartına dair teklifin ilk halinde “*kendisine veya bir başkasına doğrudan yahut dolaylı*” ifadesine yer verilmiş olup, bu ifade yine ilk teklifi getirenler tarafından verilen başka bir teklifle metinden çıkarılmış ve bu şekilde kanunlaştırılmıştır. Bu kanunlaştırma süreci dikkate alındığında, failin kendisine doğrudan sağladığı menfaat anlaşılmalıdır. Kaldı ki, SPK'nın 106'ncı maddesinde düzenlenen “*bilgi suistimali*” suçunda, açıkça “*kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden*” lafzı benimsenmiş olup, kanun koyucunun niyazı o yönde olsaydı, tıpkı 106'ncı maddede benimsemiş olduğu gibi, 107'nci maddede de “*kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden*” ifadesini kanunlaştırırdı¹⁷. Failin (dolaylı faillik şeklinde) hileli bir hukuki işlemle (örneğin namı müstear kullanarak) başkaları üzerinden kendisine menfaat sağlaması halinde ise, bu menfaatin doğrudan faile sağlanan menfaat olarak değerlendirilmesi gerekir¹⁸.

15 Kaplan ve Beyoğlu, (n 7) 282.

16 Dilek Özge Erdem, ‘Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları’ (2020/2) (65) Adalet Dergisi 353.

17 Aksi görüş: Kaplan-Beyoğlu; bir gazetecinin bir sermaye piyasası aracına dair olarak yaptığı bilgi manipülasyonu fiilinden ötürü gazetecinin arkadaşının menfaat sağlaması halinde de menfaat koşulunun gerçekleştiğini ifade edilmektedir. Olması gerekenin bu yorum gibi olduğunu düşünmekle birlikte, bahse konu yorum şeklinin Kanun'un mevcut haliyle örtüşmediğini belirtmek gerekir. Bahse konu aksi görüş için bkz: Kaplan ve Beyoğlu, (n 7) 282.

18 Seçil Coşkun, ‘Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKN md.107)’ (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020) 485-486; Erdem, (n 15) 353-354.

Belirtelim ki, menfaat şartı bir lehe düzenleme niteliğindedir. Bu şart getirilmeden önce sırf hareket gerçekleştiği esnada suç tamamlanırken, yapılan düzenleme hareketten bağımsız bir neticeyi gerektirmiştir. Buna göre, eski dönemde netice gerçekleşmeksizin sırf hareket kovuşturmayaya tabi tutulurken, değişiklikle birlikte hareket tamamlansa bile menfaat şartı gerçekleşmediğinden suçun teşebbüs aşamasında kaldığı kabul edilecektir. Teşebbüsün cezası, suçun tamamlanmış halinden daha az olarak belirlendiği için de (TCK m. 35/2), lehe kanun hükümleri dikkate alınarak Kanun'un değişiklinin son hali çerçevesinde yargılama yapılacaktır¹⁹.

Birden fazla failin, suçu müştereken işlediği hallerde, menfaat şartının nasıl değerlendirileceği tartışmaya değerdir. Müşterek faillerden birinin menfaat elde etmesi ve fakat diğerinin doğrudan bir menfaat elde etmemesi halinde nasıl bir uygulama gerçekleştirilecektir? Bazı yazarlar, menfaat elde edemeyen müşterek fail açısından suçun gerçekleşmemiş olduğunu savunmuşlardır²⁰. Ancak müşterek faillik durumunda, failerin suç üzerinde birlikte hakimiyeti mevcuttur. Dolayısıyla suç ortaklığı menfaat ortaklığını da kapsamaktadır. Bu durumda, diğer failin de doğrudan menfaat elde ettiği kabul edilmelidir. Basın mensuplarının, sermaye piyasasındaki yatırımlarını destekleyecek yorumlar yaparak insanları etkilemeleri halinde ("*scalping*"), Alman Federal Mahkemesi'nin eğilimi, bu eylemi müşterek faillik kapsamında değerlendirmek şeklindedir²¹. Buna mukabil, bir iştirak ilişkisi mevcutsa ve failin yanında bir şerik (azmettiren veyahut yardım eden) bulunuyorsa nasıl bir uygulama benimsenmesi gerektiği de değerlendirilmelidir. Eğer fail açısından bir menfaat temini söz konusu değilse, "*failliğin şerikliğe nazaran asliliği*" prensibi çerçevesinde fail açısından suç oluşmadığı durumda, şerikler açısından da suçun oluşmadığı kabul edilmelidir. Bağlılık kuralı çerçevesinde, failin eyleminin tipe uygun olmadığı hallerde, şerikin eyleminin olaya bağlanması mümkün değildir. İştirak halinde işlenen suçlarda, bu suçun cezalandırılabilme alanının ne kadar daraldığı bir misal üzerinden daha iyi anlaşılacaktır: Elinde bazı şirketlerin hissesi bulunan bir kişinin, sözü dinlenen bir ekonomi gazetecisine kendisini acındırarak elindeki hisselerle dair gerçeğe aykırı haber yaymasını istemesi halinde, ekonomi gazetecisi bu eylemi sırf acıma duygusuyla gerçekleştirmiş olabilir. Bu durumda kendisini acındıran kişi yardım eden ya da azmettiren olarak nitelendirilecektir. Ancak menfaat neticesi ekonomi gazetecisi açısından gerçekleşmediğinden ve faile doğrudan bir menfaat temini olmadığından, şerik de tamamlanmış suçtan sorumlu tutulamaz. Buradan çıkan bir başka sonuç, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nda ilk öneride yer alan "*kendisine veya başkasına doğrudan yahut dolaylı*" ifadesinin teklif metninden çıkarılmış olmasının isabetsizliğidir.

IV – MENFAAT ŞARTI YERİNDELİĞİ KONUSUNDAKİ ELEŞTİRİMİZ

Menfaat şartının kanunlaştırıldığı süreçte, Kanun teklifini getirenler tarafından; AB normlarına uyum çerçevesinde cezalandırılabilmenin sağlanması, suçun oluşup oluşmadığının tespiti esnasında uygulamada ortaya çıkan sorunlar gibi gerekçeler öne sürülmüştür. Belirtmek gerekir ki, AB düzenlemelerinde bilgi manipülasyonuna dair olarak herhangi bir menfaat şartı düzenlemesi yer

19 Duman, *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu*, (n 8) 209; Özdemir, (n 4) 256-257.

20 Ahmet Emrah Geçer, 'Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2017) (XXI)2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 255.

21 Erdem, (n 15) 355.

almamaktadır. Keza 596/2014 nolu Avrupa Parlamentosu ve Konsey Regülasyonu'nda, bilgiye dayalı manipülasyon suçu için öngörülmüş bir menfaat şartı yoktur²². Nitekim Kanun'un 2012'deki ilk hali de bu düzenlemeyle paralellik arz etmektedir. Dolayısıyla AB normlarına uyum şeklinde ifade edilen gerekçe, yeterli dayanaktan yoksundur.

Sermaye piyasası suçları ve özelinde de manipülasyon suçları, ispatı zor olan ekonomik suçlardandır. Nitekim bu incelemenin konusu olan bilgi manipülasyonu suçu da saik (özel kast) aranan suçlardan olup, failin seçimlik bağlı hareketi gerçekleştirmeye kastetmesi yetmez; bu hareketin öncül motor gücü olan *“sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerini veya yatırımcıların kararını etkilemek amacıyla”* fail tarafından öncelikli olarak benimsenmiş olması gerekir. Başka bir deyişle fail, kastettiği seçimlik hareketi, bu belirtilen amaç çerçevesinde gerçekleştirmiş olmalıdır. Failin içsel duygu ve düşünce dünyasına dair olan bu gayenin tespiti ve ceza muhakemesi kuralları içinde ispatı da kolay değildir. Kaldı ki, bu suçun ispatına yönelik delil elde etmeye ve delilleri muhafaza etmeye matuf koruma tedbirleri de uygun tasarlanmamıştır. Örneğin Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 135'inci maddesinde yer verilen *“iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması”* tedbirinin uygulanması için ön şart olan sayılı katalog suçlar içinde manipülasyon suçları sayılmamıştır. İletişime dair bu koruma tedbiri dahi bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması açısından işlevsel değilken, suçun cezalandırılabilirlik alanının bir de menfaat şartıyla daraltılması, fiili olarak bu suçun ispatını iyice zorlaştırmıştır. Saikin bu kadar zor tespit edilebildiği bir suç türünde, ayrıca bir somut ekonomik menfaatin aranması, suçun cezalandırılabilirlik alanını iyice daraltmakta ve toplumda cezasızlık algısının oluşması tehlikesini doğurmaktadır. TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'ndaki görüşmelerde, suçun tespitinde sıkıntılar yaşanmakta olduğu bir gerekçe olarak ifade edilmiştir. Ancak bu gerekçeye göre, cezalandırılabilme alanının daraltılması yerine, genişletilmesi gerekirdi.

Bunun yanında, TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'nda, teklife karşı çıkarak muhalefet şerhi koyan milletvekillerinin bu şerhlerinde iddia ettikleri üzere; sonradan terör nedeniyle faaliyet izni iptal edilen bir banka hakkında dönemin başbakanının yapmış olduğu açıklamaların suç oluşturmasının önüne geçilmesi gayesinin güdülmüş olması kabulünde dahi, teklif verenlerce yeterli hukuki araştırma yapılmadığı görülmektedir. Öyle ki, menfaat şartı getirilmeden önceki durumda da bu suç saik (özel kast) aranan suçlardandı. Suçun sübutu için, *“sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerini veya yatırımcıların kararını etkilemek amacıyla”* benimsenmiş olması gerekmektedir. Yoksa bu amacı taşımayan, örneğin siyasi hasımlık çerçevesinde yapılan açıklamalar veyahut devletin istihbari verileri çerçevesinde terörle mücadele amacıyla yapılan beyanatlar zaten suç vasfını haiz değildir. Hatırlatalım ki, saik aranan suçların olası kastla işlenebilmesi mümkün olmaz. Suç olmayan bir fiili, sanki suçmuşçasına değerlendirmek ve suçun ihdas gayesinden uzaklaşarak cezalandırılabilme alanını daraltmak Kanun'un 1'inci maddesinde belirtilen *“sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması...”* amacına aykırıdır. Kanun koyucu abesle iştiğal etmez şeklinde ifade edilen prensip, kanun koyucunun kanun ihdası esnasında tüm araştırmaları

22 Çağlar Manavgat, 'Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeliği' (2017) (33)2 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 37; Seçil Coşkun, 'Avrupa Birliği Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon)' (2021) 20(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 559.

yaptığı, gayesini doğru şekilde tespit ettiği ve bu gayeye uygun normu koyduğu kabulüne dayanır. Bu yalnızca uygulayıcıların bir kabulü olmamalı, kanun koyma işlemi esnasında kanun koyucular da aynı hassasiyet çerçevesinde hareket etmelidir.

2015 yılında maddeye yapılan ilaveyle suç sırf hareket suçu olmaktan çıkarılarak neticeli bir suça dönüştürülmüştür. Ancak getirilen menfaat şartı suçun konusunun zarara uğratılmasıyla alakalı olmadığından, neticeli suça dönüştürülen bu suç, halen soyut tehlike suçu olma özelliğini korumaktadır. Bu da ceza hukuku tekniği açısından çelişkiye sebep olmaktadır. Zira netice için gerekli menfaat, suçun yöneldiği şey olan konudan farklıdır. İşlenen fiilde aranan netice, suçun konusunun etkilenmiş olmasına ilişkin değildir. Suçun konusunun zarar görmesine gerek yoktur. Suçun konusunun etkilenmesine etkili olabilecek elverişli icra hareketleri gerçekleştirilmeli ve fakat suçun konusundan başka olarak bir menfaat elde edilmelidir²³. Suçun unsurlarının çelişkili şekilde oluşturulduğu bu suç tipinde, uygulayıcıların birbirinden farklı ve yanlış nitelendirilebilecek kararlarına davetiye çıkarılmıştır. Nitekim bizim neticeli bir soyut tehlike suçu olarak nitelediğimiz bu suçun, zarar suçu haline dönüştüğünü iddia eden görüş sahipleri de bulunmaktadır²⁴.

Bir diğer çelişki de sırf hareket suçu niteliğini korumakta olan ve soyut tehlike suçu niteliğini haiz olan işleme dayalı manipülasyon suçu için (SPK m:107/1) etkin pişmanlık düzenlemesi yapılmış olmasıyla ortaya çıkmaktadır (SPK m:107/3). Hareketten ayrı netice aranmayan işleme dayalı manipülasyon suçunda, failin, “*elde ettiği ya da edilmesine sebep olduğu menfaatin iki katı kadar parayı, Hazineye*” ödemesi halinde, ceza muhakemesinin evresine göre etkin pişmanlık hükümlerinden faydalanması söz konusudur. Dikkat edilirse, işleme dayalı manipülasyon suçu için menfaat neticesi şartı olmamasına rağmen, menfaat ile orantılı bir paranın Hazine’ye yatırılması halinde etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmiştir. Buna mukabil, menfaatin neticenin gerçekleşmesi açısından şart olduğu bilgiye dayalı manipülasyon suçu için, menfaate dayalı bir paranın Hazine’ye yatırılması şeklinde herhangi bir etkin pişmanlık düzenlemesine yer verilmemiştir. Bu da kanun koyucunun gerekli hukuki gerekçelendirmeyi yapmadan yasalaştırdığı metnin yarattığı çelişkilerden bir tanesidir. Yeterli hukuki araştırma yapılmaksızın yapılan kanunlaştırma hareketleri hem niyaz edilen sonuçlara ulaşmaktan uzaktır hem de bu olayda olduğu gibi hiç öngörülmemiş yeni sorunlar doğurabilmektedir.

Hatırlatmak gerekir ki, kanun koyucunun bu suçu ihdas etmek yönündeki bir diğer gayesi caydırıcılığı sağlamaktır. Nitekim Kanun’un amacına en çok halel getiren fiiller suç olarak nitelendirilmiş, daha az zarar ihtimali doğuran fiiller ise idari müeyyidelerle yaptırım altına alınmışlardır. Kanun koyucu bu gayesini, 20.02.2020 tarihli 7222 sayılı Kanun değişikliğinin gerekçesinde de ortaya koymuştur. 7222 sayılı Kanun ile manipülasyon suçlarının asgari hapis cezası hadleri iki yıldan üç yıla çıkarılmış olup, bu değişikliğe gerekçe olarak da açıkça caydırıcılığın artırılması amacı gösterilmiştir. Bir yandan 20.02.2020 tarihli 7222 sayılı Kanun’la caydırıcılığın artırılması için cezalar artırılırken, öte yandan

23 Veliye Yanlı, ‘Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları’ (2004) (22)4 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 26.

24 Suçun neticeli bir suç haline gelmesiyle birlikte zarar suçu haline dönüştüğünü ifade eden aksi görüş sahipleri de bulunmaktadır. Bknz: Uğur Aşkın, ‘Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu’ (2019) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 698.

27.03.2015 tarihli 6637 sayılı Kanun'un 11'inci maddesiyle menfaat şartı getirilerek cezalandırılabilme alanının olabildiğince daraltılmış olması bir çelişkiyi içinde barındırmaktadır. Mevcut durumda, işleme dayalı manipülasyon suçu ile bilgiye dayalı manipülasyon suçunun hapis cezası hadleri aynı olmakla birlikte, bilgiye dayalı manipülasyon suçunun adli para cezası hem daha azdır hem de işleme dayalı manipülasyonun aksine edinilen menfaate dayalı bir artırım gerektirmemektedir. Bu durum, her ne kadar işleme dayalı manipülasyon suçu daha fazla teknik bilgiyi gerektirdiğinden, bu suçta suç işleme kararının daha yoğun olmasına bağlanmışsa da²⁵, bilgiye dayalı manipülasyon suçunun cezalandırılabilme alanının iyice daraltıldığı da dikkate alındığında, neredeyse bilgiye dayalı manipülasyon suçunun cezalandırılabilme alanının kalmadığı söylenebilecektir.

TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu'ndaki görüşmeler esnasında, teklif sahipleri, ilk verdikleri teklifte bulunan *"ve bu suretle kendisine veya başkasına doğrudan yahut dolaylı menfaat sağlayanlar"* ibaresini de yeni bir teklifle çıkarmışlar ve yalnızca *"bu suretle menfaat sağlayanlar"* ifadesiyle alanı daha da daraltmışlardır. Görülmektedir ki, cezalandırma alanını daraltan kanunlaştırma süreci içinde, yine aynı teklif sahiplerinin önerisiyle, ilk tekliften de daha fazla cezalandırılabilme alanını daraltan bir metin ortaya çıkmıştır. Kaldı ki bu suç tiplerinde failler, genellikle başka ekonomik güç odaklarını arkalarına alarak ve onlarla iş birliği içinde bu fiilleri gerçekleştirmektedirler. Öyle ki çoğunlukla görünen fail dışındaki kişiler menfaat sağlamaktadırlar. Bu nedenle her ne kadar menfaat sağlama şartını gereksiz bulsak da, mutlaka bu şart getirilecekse de teklifin ilk halindeki *"kendisine veya bir başkasına doğrudan ya da dolaylı"* ifadesinin çıkarılmaması ve cezalandırılabilme alanının daha da daraltılmaması yerinde olurdu.

V - SONUÇ VE ÖNERİLER

Menfaat şartının, hakiki bir gerekçe olmaksızın getirildiği, AB normlarında bu şartın olmadığı ve zaten uygulanması zor olan Kanun'un cezalandırılabilme alanını iyice daralttığı görülmektedir. Ayrıca manipülasyon saiki olmayan siyasi beyanatların ya da devletin istihbari bilgileri çerçevesinde terörle mücadele kapsamı içinde değerlendirilebilecek açıklamaların suç kapsamı içinde değerlendirilmesi mümkün olmadığından, (eğer kanunlaştırmanın amacı buysa buysa) menfaat şartının getirilmesine de gerek yoktur. Menfaat şartına dair yapılan düzenleme, zaten ispatı zor olan bu suç tipinin cezalandırılabilme alanını iyice daraltmıştır.

Hal böyleyken, menfaat şartının bir netice olarak belirlenmesi uygulamasından vazgeçilmesi ve madde metninden *"ve bu suretle menfaat sağlayanlar"* ifadesinin çıkarılması, yaratılan sorunların giderilmesi açısından faydalı olacaktır. Bu değişiklikle aynı anda hem neticeli bir suç hem de soyut tehlike suçu olmanın getirmiş olduğu çelişki de giderilecektir. Kaldı ki uyum hedefi güdülen AB düzenlemelerinin menfaat şartı aramadığı dikkate alındığında, Türk uygulamasında gereği olmayan ve AB düzenlemeleriyle de çelişik olan bu ibarenin kaldırılması, AB müktesebatına uyum konusunda fayda getirecektir.

25 Şuekinci, (n 12) 82.

Etkin pişmanlık müessesesinin sırf hareket suçu olarak düzenlenen işleme dayalı manipülasyon suçunda benimsenmiş olmasına rağmen, neticeli suç haline getirilen bilgiye dayalı manipülasyon suçunda benimsenmemiş olmasının çelişmesine yukarıda değinilmişti. Her ne kadar bilgiye dayalı manipülasyon suçundaki menfaat şartının kaldırılması gerektiği düşüncesinde olsak da bu suç için ayrıca etkin pişmanlık düzenlemesinin de yapılması uygun olacaktır. Ancak bu sefer etkin pişmanlıkta menfaat şartının cezanın asgari haddinin tayininin belirlenme kistası olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Ceza muhakemesi evresine göre, failin elde etmiş olduğu menfaatin iki katını Hazine'ye ödemesi hali, bilgiye dayalı manipülasyon suçu için de etkin pişmanlık hali olarak düzenlenmelidir. Ancak buradaki menfaat şartı doğrudan menfaat olarak sınırlanmamalı, elde edilmesine doğrudan ya da dolaylı olarak neden olunan menfaatler de etkin pişmanlık hükümlerinde dikkate alınmalıdır. Böylece failin toplumla barışması yönünde bir fırsat da yaratılmış olacaktır.

Tüm bu tespitlere ek olarak, suçun cezasının tayininde de menfaat şartının bir kriter olarak kullanılmasına imkan tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, tıpkı işleme dayalı manipülasyon suçunda olduğu gibi, adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesiyle elde edilen menfaatten az olmamalıdır. Ancak düzenlemenin, doğrudan elde edilen menfaatle sınırlı tutulmaması, dolaylı menfaatleri de kapsamaya uygun olacaktır. Bu nedenle, SPK'nın 107/2 maddesine son cümle olarak *"Ancak, bu suçtan dolayı verilecek olan adli para cezasının miktarı, suçun işlenmesi ile elde edilen doğrudan ve dolaylı menfaat toplamından az olamaz"* ibaresinin eklenmesi yerine olacaktır.

KAYNAKÇA

- Artuk ME, Gökçen A, Alşahin E ve Çakır K, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler* (14. Bası Adalet Yayınevi, 2020).
- Aşkın U, 'Sermaye Piyasasında Bilgi Bazlı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2019) 24(2) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi 682-710.
- Bradfield J, *Introduction to the Economics of Financial Markets* (Oxford University Press, 2007).
- Canpolat C, 'Uygulamaya Bakan Yönleriyle İşlem Temelli Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu' Özgenç İ, Şahin ve Turhan F (edr) 5. *Türk-Kore Ceza Hukuku Günleri Karşılaştırmalı Hukukta Ekonomik Suçlar Sempozyumu* (Seçkin 2020) 2 978-1010.
- Coşkun S, 'Avrupa Birliği Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon)' (2021) 20(1) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 559-613.
- Coşkun S, 'Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu (6362 Sayılı SPKn md.107)' (Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi 2020).
- Duman B, *Sermaye Piyasası Kanunu'nda Piyasa Dolandırıcılığı (Manipülasyon) Suçu*, (Birinci Baskı Adalet Yayınevi, 2020).
- Duman B, 'Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Bilgiye Dayalı Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2019) (14)149 Terazi Hukuk Dergisi 16-33.
- Dursun Özdemir G, *6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda Düzenlenen Bilgi Suistimali ve Piyasa Dolandırıcılığı Suçları* (Seçkin, 2022).
- Dursun S, *Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar* (1. Baskı Oniki Levha, 2010).
- Erdem DÖ, 'Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçları' (2020/2) (65) Adalet Dergisi 335-363.

- Geçer AE, 'Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2017) (XXI)2 Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 241-270.
- Kaplan M ve Beyoğlu CÜ, 'Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' Yenisey F, Özgenç İ, Nuhoglu A, Sözüer A ve Turhan F (edr), *Dr. Dr. h. c. Silvia Tellenbach'a Armağan* (Birinci Baskı, Seçkin 2018) 249-313.
- Koroğlu Paşaoğlu D, '6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu 107. Maddesi Çerçevesinde Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (Yüksek Lisans Tezi Medipol Üniversitesi, 2019).
- Manavgat Ç, 'Bilgiye Dayalı Manipülasyonda Menfaat Elde Etme Şartının Yerindeliği' (2017) (33)2 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 29-41.
- Manavgat Ç, *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları* (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Türkiye İş Bankası A.Ş. Vakfı, 2008).
- Öz B, 'Türk Sermaye Piyasasında Piyasa Dolandırıcılığı Suçları' (2018) (4)7 Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 137-160.
- Şuekinci E, 'Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (Yüksek Lisans Tezi Marmara Üniversitesi, 2019).
- Yalçın C, 'Sermaye Piyasası Kanunu Açısından Piyasa Dolandırıcılığı Suçu' (2020) (5)1-3 Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3483-3525.
- Yanlı V, 'Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Bilgiye Dayalı Manipülasyon Suçları' (2004) (22)4 Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi 23-44.