

SERMAYE PİYASASI KURULUNUN TEBLİĞLERİNE AYKIRILIK SUÇU

Kayıhan İÇEL*

I- 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 3794 sayılı Kanunla değişik 47. maddesinin 1. fıkrasının B/5. bendinde öngörülmüş bulunan "Sermaye Piyasası Kurulunun çıkardığı yönetmeliklere, tebliğlere, aldığı kararlara aykırı hareket etme" suçunun faillerinin kimler olabileceği uygulamada tartışılan bir sorundur. Özellikle, tüzel kişiler tarafından muhalefet durumlarında doğrudan doğruya tüzel kişinin mi, yoksa tüzel kişinin yetkililerinin mi bu suçtan ve öngörülen yaptırımlardan sorumlu olacakları konusunda tereddütler vardır.

Bu bağlamda, Sermaye Piyasası Kurulunca çıkarılan "Özel Durumların Kamuya Duyurulmasına İlişkin Esaslar" (seri: VIII, no:20 sayılı) tebliğinin yasal kaynağına uygunluk gösterip göstermediği ve bu tebliğe aykırılık durumunda kimlerin suç faili sayılacağı birer hukuki sorun olarak ortaya çıkmıştır. Sermaye Piyasası Kurulunca C. Savcılıklarına intikal ettirilen bu gibi durumlarda yapılacak hukuki işlem ile ilgili olarak uygulamada kararsızlık bulunmaktadır.

Aşağıda, Sermaye Piyasası Ceza Hukukuna ilişkin bu hukuki sorunlara yanıt getirilmiştir.

II- Sermaye Piyasası Kanununun 47. Maddesinin I. Fıkrasının B/5. Bendi

1- Sermaye Piyasası Kanununun "cezai sorumluluk" başlığını taşıyan 47. maddesi 1992 yılında 3794 sayılı kanunla değiştirilerek bugünkü şeklini almıştır. Yapılan değişiklik, maddenin gerek (A) gerekse (B) bendinde düzenlenmiş bulunan suçlara ilişkindir.

3794 sayılı kanunun gerekçesinde, "ekonomik suçlarda, verilecek cezaların da ekonomik olması ilkesinden hareketle, hapis cezasını gerektiren fiillerin kapsamının dar tutularak daha önce hapis cezasını gerektiren bazı fiillerin sadece para cezasının öngörüldüğü (B) bendine kaydırıldığı" belirtilmiştir. (Gerekçe için bkz. Kocahanoğlu. O. S., Sermaye Piyasası Kanunu ve Uygulaması, İstanbul 1993, sh. 79).

Ağır para cezasının öngörüldüğü (B) bendindeki suç teşkil eden eylemler ve failleri şunlardır:

a) Kurul veya Kurul tarafından görevlendirilenlere istenecek bilgileri *vermeyen* veya eksik veya gerçeğe aykırı olarak *verenlerle*; defter ve belgeleri bu görevlilere *ibraz etmeyen, saklayan, yok eden* veya bunların görevlerini yapmalarını *engelleyenler*,

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

b) Gerçeğe aykırı bağımsız denetleme raporu *düzenleyenler* ve bu raporun *düzenlenmesini sağlayanlar*,

c) Sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunduğu, yetki belgeleri iptal olduğu veya faaliyetleri geçici olarak durdurulduğu halde ticaret unvanlarında, ilan veya reklamlarında sermaye piyasasında faaliyette buldukları intibasını yaratacak kelime veya ibare kullandıkları takdirde, *ilgili gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri*,

d) Kanunun bazı maddelerine *aykırı hareket edenler*,

e) Bu kanunda yazılı yetkilere dayanılarak Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelik ve tebliğlere, düzenlenen standart ve formlara, alınan genel ve özel nitelikteki kararlara *aykırı hareket edenler*,

Görülebileceği üzere, (B) bendinde sıralanmış bulunan ve sadece para cezasını gerektiren suç teşkil eden bu eylemlerin failleri 3 no.lu alt bent dışında "bilgileri vermemen", "gerçeğe aykırı olarak veren", "görevlilere ibraz etmeyen", "saklayan", "yok eden", "düzenleyen", "sağlayan", "aykırı hareket eden" şeklinde genel olarak belirtilmiş ve başka bir sıfattan söz edilmemiştir. Buna karşılık, 3. nolu alt bentte "ilgili gerçek kişilerce tüzel kişilerin yetkilileri" şeklinde failler özel olarak nitelendirilmiştir. Yani bu alt bendeki suçun failleri ya ilgili gerçek kişiler ya da tüzel kişileri ilgilendiren durumlarda bunların yetkilisi gerçek kişilerdir.

Kanunun, B/3. bentte suçun faillerini özel olarak nitelendirmesinin nedeni, bu bentteki aykırılıkların doğrudan doğruya tüzel kişi tarafından da yapılabileceğinin kabul edilmesidir. Kanun koyucu, bu tür muhalefet hallerinde Tüzel Kişinin değil, fakat onun yetkilisi olan gerçek kişinin cezalandırılmasını istemiştir. 1. ve 3. alt bentlerdeki suçlarda ise, öngörülen eylemlerin ancak gerçek kişilerce gerçekleştirilmesi olanağının bulunması nedeniyle 3. alt bentteki gibi özel nitelendirmeye gereksinim duyulmamıştır.

Belirtmemiz gerekir ki, 47. maddenin 4. ve konumuzu oluşturan 5. alt bentlerindeki eylemlerin sadece gerçek kişiler tarafından gerçekleştirilebileceğini söylemek hatalı olur. Sözgelimi, Kanunun 10. maddesine göre, izahname ile halka açıklanan konulardaki değişikliklerin, ilgili ihraççılarca en geç on gün içinde kurula bildirilmesi zorunludur. "İhraççı"nın tanımını ise, Kanunun 3. maddesi şöyle vermiştir: "İhraççı: Anonim ortaklıklar, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüsleri, mahalli idareler ile bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmelerdir". Böylece, 10. madde düzenlendiği yükümlülüğü ihraççı adını verdiği tüzel kişilere yüklemiştir. Gerçek kişiler ihraççı olamayacağına göre, 47. maddenin B/4. bendinde bulunan 10. maddeye muhalefet suçunun faili ancak bir tüzel kişi olabilir. Bu suç yönünden 3. alt bentten farklı olarak "tüzel kişilerin yetkilileri" denilmediği içindir ki, kanun koyucunun burada tüzel kişiyi fail saydığını kabul etmek zorunluluğu vardır. Aksi takdirde, kanun koyucunun kullandığı kelime ve terimlere önem verilmemiş olur. 4. alt bentte gösterilen diğer maddelerin çoğunda da öngörülen yükümlülükler tüzel kişilerle ilgilidir. Bunlar bakımından da aynı sonuca ulaşılması gerekecektir.

Konumuzu oluşturan B/5. bentteki suç tanımının da farklı bir özelliği yoktur. Şöyle ki, kanunda yazılı yetkilere dayanılarak Kurul tarafından çıkarılacak yönetmelik ve tebliğlere, düzenlenen standart ve formlara, alınan genel ve özel nitelikteki kararlara

aykırı hareket edenler tüzel kişiler olabilir. Bu durumda, 3. alt bentten farklı olarak “tüzel kişilerin yetkilileri” özel olarak sorumlu tutulmadığı içindir ki, ilke olarak doğrudan doğruya tüzel kişilerin cezalandırılmak istendiğini söylemek yorum kuralları gereğince zorunludur. Tabiidir ki, tüzel kişinin yetkili organı olan yönetim kurulunun buna ilişkin bir kararı olmadıkça tüzel kişiliği ilzam etmenin olanaksızlığını da gözden uzak tutmamalıdır.

Bu tür bir karar olmadan, yönetmelik, tebliğ ve kararlara aykırılık halinde, tüzel kişinin değil, aykırı davranan yetkili kim ise onun sorumlu tutulması sonucuna ulaşılacaktır.

47. maddenin (B) bendinin öngördüğü suçlarda faillerin niteliğine ilişkin bu gözlemlerimizin dayanağı doğrudan doğruya madde metninde kullanılan kelimeler ve terimlerle yasanın diğer maddelerinde verilen tanımlardır. Ancak, tüzel kişilerin ceza sorumlulukları ile ilgili daha ayrıntılı bir inceleme yaptıktan sonra, konumuzu oluşturan 5. alt bentteki suçun faillerinin kimler olabileceğini daha sağlıklı biçimde saptayabileceğimiz kanısındayız.

2-“Tüzel kişilerin hareket yeteneği”, diğer bir deyişle “tüzel kişilerin suç faili olabilip olamayacağı” konusu ceza hukukunun en çok tartışılan konularından biridir. Yabancı hukuklarda, yaptırımın niteliği gözönünde bulundurularak değişik sistemlerin uygulandığı görülmektedir. Ceza yaptırımının amacının toplumu koruma olarak kabul edilmesi halinde, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanabilmektedir. Uygulanan ceza ise para cezası olmaktadır. Örneğin, İngiltere’de tüzel kişilere para cezası verilebilmektedir. Keza Fransa’da gümrük, döviz ve diğer bazı ekonomik suçlarda tüzel kişilerin ceza sorumluluğu kabul edilmektedir. ABD’de ise bazı federe devletlerde tüzel kişilere para cezası, müsadere veya kapatma cezaları öngörülmüştür. Louisiana Ceza Kanunu “Her kim” teriminin ölüm ve hürriyeti bağlayıcı cezalar dışında tüzel kişileri de ifade ettiğini belirtmektedir (Bkz: Heintz, Der Aufbau des Strafsystems, ZStRW, 1965-65/48; Önder, Ayhan. Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt. II-III, İstanbul 1992, sh. 36).

Anayasa Mahkememiz 1964 yılında verdiği bir kararında (16. 6. 1964, 1963/101-1964/49), tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun 1961 Anayasasına aykırı olmadığını belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesini bu sonuca götüren gerekçelerini şöylece özetleyebiliriz: Bugünkü toplumda tüzel kişilerin çalışma alanları çok geniş ve etkilidir; bazı durumlarda yalnız yönetenleri cezalandırmak suçların önlenmesinde yeterli olmayabilir; tüzel kişileri kanunların önleyici etkisinden uzak tutarak faaliyetlerine serbestçe olanak verilmesi toplumun güvenliği bakımından sakıncalı olabilir; bu nedenle, tüzel kişilerin de yapılarına uygun bir ceza sorumluluğu altında bulundurulmalarında zorunluluk vardır; nitekim Anayasanın 57. maddesi, bu maddede gösterilen esaslara uymayan siyasal partilerin Anayasa Mahkemesinin kararı ile kapatılacağını kabul etmiştir; buradaki kapatma hükmü ile dava konusu 1567 sayılı Kanunun 3. maddesindeki “Ticaret ve mesleki faaliyetten men cezası” arasında hukuki nitelik bakımından bir fark bulunmamaktadır; bu maddede yer alan ve tüzel kişilerin cezalandırılacağını gösteren hükümler, Anayasanın 33. maddesindeki “ceza sorumluluğu şahsidir” kuralına aykırı değildir; bu kural, bir kimsenin fiilinden başkasının sorumlu tutulmamasıdır; tüzel kişilerin iradeleri organları

aracılığı ile açıklandığına ve böylece yöneticilerin fiil ve hareketleri kollektif bir iradenin sonucu olduğuna göre, bundan tüzel kişinin sorumlu tutulmasıyla başkasının cezalandırıldığı anlamını çıkarmak doğru bir görüş sayılmaz. Anayasanın 33. maddesindeki "kimse" deyimini gerçek ve tüzel kişileri de kapsar. Bu nedenle iptali istenen hükümler Anayasaya aykırı değildir.

Şu hususu vurgulamamız gerekir ki, özellikle ekonomik, ticari ve sosyal nitelikteki suçlarla para cezasının uygulanabileceği hallerde tüzel kişilerin de ceza sorumluluklarının kabul edilebileceğine ilişkin bir eğilim son yıllarda dikkati çekmektedir. Gerçekten, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu konusu 1982 Freiburg Kollokyumunda da ele alınmış, halen İsrail ile Japonya dışındaki ülkelerde tüzel kişilerin dar anlamda ceza sorumluluğunun kabul edilmediği, Federal Almanya, Avusturya, Brezilya, Mısır, İspanya, Finlandiya, Macaristan, Polonya, Romanya ve İsveç'te idari para cezalarında bu sorumluluğun öngörüldüğü bazı suçlarda böyle bir sorumluluğa yer verildiği, Avrupa konseyinde de özellikle çevre kirlenmesine ilişkin suçlarda tüzel kişilerin de suç faili olmaları yolunda bir tavsiye kararının alındığı belirtilmiştir (Erman, S, Ticari Ceza Hukuku, Genel Kısım. İstanbul 1984, sh:122).

3- Açıklamalarımızdan anlaşılacağı üzere, sırf para cezasını gerektiren bazı suçlarda tüzel kişilerin ceza sorumluluklarının kabulü karşılaştırmalı hukuka, Avrupa Konseyinin tavsiye kararlarına ve 1961 Anayasasına benzer hükümler içeren 1982 Anayasasına ters düşmez. Aksine, bazı ekonomik, ticari ve sosyal suçlarda beliren yeni eğilime uygunluk gösterir.

Bu bağlamda, Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesinin B/5. Bendindeki "yönetmelik, tebliğ, karar, standart ve formlara aykırılık" suçunun failinin tüzel kişi de olabileceğini söylemek olanağını vurgulamak istiyoruz. Yukarı da belirttiğimiz üzere, B bendinde sıralanmış bulunan suçların failleri olarak sadece 3. alt bentte "tüzel kişilerin yetkilileri" denildiğine 4. ve 5. alt bentlerdeki suçlardan çoğunun doğrudan doğruya tüzel kişilere yüklenen yükümlülüklerin ihlalinden doğmasına karşın suç faili olarak böyle bir sıfattan söz edilmediğine göre tüzel kişilerin de bu suçların faili olabilecekleri kabul etmekteyiz.

Ancak, açıklamamız gerekir ki, tüzel kişinin bu suçun faili sayılabilmesi için, yetkili organları tarafından tüzel kişiliğin bu konudaki iradesinin açıklanmış olması gereklidir. Sermaye Piyasası Kurumlarının yönetim kurullarının yönetmelik ve tebliğlere, düzenlenen standart ve formlara, alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırılığı sonuçlayan bir kararı olmadıkça veya yönetim kurulunca bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş bir yetkilinin aykırılık teşkil eden davranışı bulunmadıkça, tüzel kişinin sorumlu tutulması elbette olanaklı değildir.

Tüzel kişiliğin sorumlu sayıldığı durumlarda, onun yerine yönetim kurulu üyelerinin bu suçun faili olarak kabulü Anayasanın 38. maddesinde yer alan "ceza sorumluluğunun şahsiliği" ilkesine aykırılık teşkil edeceği gibi, ceza hukukunda yeri olmaması gereken "başkasının eyleminden sorumluluk" durumunu meydana getirir.

Örnek verecek olursak, Anonim Şirket niteliğindeki bir kuruluşun yönetim kurulunun aldığı bir karar ile SPK. nun düzenleyici işlemlerine aykırı davranılması durumunda, yönetim kurulunun bu kararı tüzel kişiliğin iradesini ifade ettiği içindir ki, 5. alt bentteki para cezası yaptırımından tüzel kişi sorumlu olacaktır. Buna karşılık, böyle bir

karar olmadan veya bu konuda özel olarak yetkilendirilmeden sözü geçen düzenleyici işlemlere aykırı davranan personelin, örneğin genel müdürün bu davranışı tüzel kişiyi ilzam etmeyeceğinden sorumluluk sadece ilgili kişinin olacaktır (Prof. Erman, "Bankacılık Suçları, Cilt V, İstanbul 1984, sh. 88" da - suçun faili kurulun bu gibi idari tasarruflarına aykırı hareket eden kuruluşun yetkili şahsıdır - diyerek bu ihtimalde aynı sonuca varmıştır). Diğer bir deyişle, tüzel kişinin sorumlu görüldüğü durumlarda yönetim kurulu üyelerinin de sorumlu olacakları söylenemeyeceği gibi, personelin tüzel kişiliği bağlamayan aykırı davranışlarında ne tüzel kişinin ve ne de yönetim kurulu üyelerinin B/5. bent gereğince sorumlu tutulmaları olanağı vardır. Aksi düşüncenin izlenmesi halinde, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi ihlal edilmiş olur.

Burada şu hususa da değinelim ki, Sermaye Piyasası Kanununun 47. maddesinin B/5. bendindeki hüküm tümü itibariyle Anayasamıza açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Zira bu hükümle suç yaratmak yetkisi idari mercilere devredilmekte, bu mercilerce, yani Sermaye Piyasası Kurulunca çıkarılacak yönetmelik, tebliğ, karar, standart ve formlara aykırılık cezalandırılmaktadır.

Anayasamızın 38. maddesinde yeralan Suçta Kanunilik İlkesi ile böyle bir hükmün bağdaştırılması olanağı yoktur (Aynı görüş: Erman, Bankacılık Suçları, 88).

III- Sermaye Piyasası Kurulunca Çıkarılan Seri: VIII, No: 20 sayılı "Özel Durumların Kamuya Duyurulmasına İlişkin Esaslar" Tebliğinin 3/A-b maddesi

1- Sözügeçen tebliğ, Sermaye Piyasası Kanununun "Kamunun Aydınlanmasında Özel Durumlar" başlığını taşıyan 16/A maddesinin yüklediği yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla Sermaye Piyasası Kurulu tarafından çıkarılmıştır.

Şu hususu önemle vurgulamamız gerekir ki, idarenin düzenleyici tasarrufları ve bu meyanda tebliğler ile yükümlülükler veya yasaklar konulması halinde buna ilişkin "yetki kanunu" nun öngördüğü yetki sınırlarının dışına çıkılmaması zorunludur. Özellikle, idari tasarruflarla suç ihdasına Kanunun yetki verdiği durumlarda, bu yetkinin aşılması "*Suçta Kanunilik İlkesi*" nin ihlalini sonuçlar.

Bu nedenle, tebliğin hükümlerini değerlendirmek ve uygulama alanını belirlemek için Kanunun 16/A maddesine bakılması ve bunun verdiği yetki sınırlarının içinde kalınıp kalınmadığının saptanması gerekir.

2- Kanunun 16/A maddesinin 1. fıkrası halka açık anonim ortaklıklarla, 2. fıkrası ise hisse senetleri borsalarda ve teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören anonim ortaklıkların kamunun aydınlanmasında özel durumlarını düzenlemektedir.

Maddenin 1. fıkrasına göre, halka açık anonim ortaklıkların, sermaye ve yönetiminde kontrolü sağlamak amacıyla yapılacak diğer girişimlerin yanı sıra "ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi" sonucunu veren hisse senedi el değiştirmelerinde, Kurul, küçük pay sahiplerinin korunması ve kamunun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapacaktır. Buna karşılık maddenin 2. fıkrası, sadece "hisse senetleri borsalarda işlem gören anonim ortaklıklar" bakımından ayrıca özel yükümlülükler koymuştur. Buna göre, bu tür bir şirketin sermayenin % 10 veya daha fazlasına sahip ortakları, malik oldukları hisse senetleriyle ilgili olarak Kurulun kamuyu aydınlatma açısından gerekli gördüğü bilgileri bildirmekle yükümlüdürler.

Görülebileceği üzere, kanuna göre, sermayenin % 10 veya daha fazlasına sahip ortaklara yüklenen bildirme zorunluluğu “*hisse senetleri borsalarda işlem gören anonim şirketlerin ortakları*” ile ilgilidir. Halbuki, 16/A maddesinin 1. fıkrası gereğince, diğer halka açık anonim ortaklıklarda ortakların böyle bir bildirme yükümlülüğü olmayıp, “*ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren*” hisse senedi el değiştirmelerinde Sermaye Piyasası Kurulu kamununun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla düzenlemeler yapabilir.

3- Sermaye Piyasası kurulu tarafından çıkarılan ve konumuzu oluşturan sözügeçen tebliğin 3/A-b maddesi ise, kanunun 16/A maddesindeki çok önemli ayırımı hiç dikkate almayarak, hisse senetleri borsalarda işlem görsün veya görmesin halka açık tüm anonim ortaklıkları aynı kefeye sokmuş ve %10 veya daha fazla hisseye sahip ortakların tümünü bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Yani, tebliğ, kanunun 16/A maddesinin 1. fıkrasının öngördüğü “*ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu verme*” kriterlerini hiç dikkate almamıştır. Böylece tebliğe göre, hisse senedi el değiştirmesi “*ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi*” anlamına gelmese dahi % 10 paya sahip ortaklar yönünden özel durumu bildirme yükümlülüğü doğacaktır.

Bu şekilde, Sermaye Piyasası Kurulunun tebliği Kanunun verdiği yetkinin dışına çıkmıştır. Tebliğin bu hükmüne aykırılık suç teşkil edeceği içindir ki, burada Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen “*suçta kanunilik ilkesi*”ne aykırılık sözkonusudur. Durum böyle olunca, bu tebliğin sözügeçen hükmünün Sermaye Piyasası Kanununun 47/A-5. maddesi açısından dikkate alınmaması gerekir.

4- Tebliğin 3/A-b bendinde yeralan ve kanunun 16/A maddesine aykırılık gösteren bildirme yükümlülüğünün kime ait olduğunu tebliğin 10/2. maddesi belirtmiştir.

Açıklamalıyız ki, bu hüküm dahi yasaya aykırılık göstermektedir. Şöyle ki, Kanunun 16/A maddesinin 2. fıkrasında, hisseleri borsada işlem gören şirketlerin % 10'luk hisseye sahip ortaklarına bildirme yükümlülüğü konulmuş olmasına karşılık, maddenin 1. fıkrasında, hisseleri borsada işlem görmeyen şirketlerin ortaklarına böyle bir yükümlülük öngörülmemiş değildir. Esasen, tebliğin 9. maddesi, hisse senetleri borsada işlem görmeyen şirketlerde “*öğrenilen özel durumu hakkında, tebliğ ekinde yeralan forma uygun yazılı bir açıklamanın ulaştırılması zorunludur*” dediği halde, 10. maddenin son fıkrası “... 9. madde uyarınca, işlemi gerçekleştirenler tarafından açıklama yapılır” hükmünü koymuştur. Tebliğin sonunda yeralan “*özel durum açıklama formu*”nda “*ortaklığın unvanı ve kaşesi*”nin bulunması öngörüldüğü ve şirket yetkililerinin imzasının bulunması gerekli olduğu halde, 9. maddeye atıf yapan 10. maddenin 3. fıkrasının bu yükümlülüğü ortağa yüklemesinin neyi ifade ettiğini anlamak mümkün değildir. Özellikle suç oluşturabilecek durumlarda, yasanın verdiği yetkinin bu şekilde aşılması tebliğlerle suç ihdası yoluna gidilmesi Anayasanın 38. maddesine tamamen aykırıdır. Bu nedenle, yasaya aykırı tebliğin bu hükümlerinin 47/A-5. madde bakımından dikkate alınmaması gerekir. Bu hükümler ancak ceza yaptırım olmayan idari tasarruf olarak telakki edilebilir.