

ARACI KURUM VE ORGANLARININ SORUMLULUĞU

Arş.Gör. Metin TOPÇUOĞLU*

Özet

Bu çalışmanın hedefi, sermaye piyasası kuruluşlarından birisi olan aracı kurumun, faaliyetlerinden sorumluluğunun esaslarını incelemektir. Bu kapsamda, aracı kurum organlarının hukuki ve cezai sorumluluklarına da değinilecektir.

Giriş

Aracı kurumun sermaye piyasası faaliyetlerinden sorumluluğunun esasları, Sermaye Piyasası Kanunu (SPK) m.30 ile aracı kuruluşlara ilişkin esasları düzenleyen tebliğin (teb.) 37 ve müteakip maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler incelendiğinde, aracı kurum muamelelerinin bir çatı altında toplanamayacağı görülür. Yani aracı kurumun sermaye piyasası faaliyetleri, ne genel anlamda bir komisyon ilişkisi, ne tam bir vekalet, ne de alım-satım ilişkisi olarak nitelendirilebilir.

Aracı kurum muamelelerinin, bizzat kendisi tarafından veya acentaları ya da şubeleri hatta irtibat büroları vasıtasıyla icrası, hukuki sorumluluk açısından bir farklılığa yol açmayacak, müvekkil aracı kurum sorumlu olacaktır.(Teb. m.19, m.25, m.28)

Aracı kurum ve organlarının sorumluluğunun tayininde ise SPK ve anonim şirketlerle ilgili Ticaret Kanunu (TK) hükümlerine göre hareket edilecektir.

1. Genel Olarak

Aracı kurum, sermaye piyasası faaliyetlerinden aracılık faaliyetlerini yürütmek üzere, anonim şirket şeklinde kurulmuş kurumlardan birisidir. Aracılık bizzat kanunun ifadesiyle: a) Kurul kaydına alınacak sermaye piyasası araçlarının ihraç veya halka arz yoluyla ya da, b) daha önce ihraç edilmiş olan sermaye piyasası araçlarının, aracılık amacıyla alım satımıdır.

* Süleyman Demirel Üniversitesi İ.İ.B.F. İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Elemanı.

(SPK m.30/1 - a, b)¹ Aracı kurum, alım satım işlemlerini ya kendi nam ve hesabına ya da başkası nam ve hesabına veya kendi namına başkası hesabına, ticari amaçla yürütür. (SPK m.30/2, SPK Teb. 5/19, m.37)²

"Sermaye piyasasında aracılık faaliyetleri, halka arza ve alım satıma aracılıktan oluşur." (Teb. m.38) Halka arza aracılık "en iyi gayret aracılığı" veya "aracılık yüklenimi" şeklinde yapılmaktadır. En iyi gayret aracılığında aracı kurum, sermaye piyasası araçlarının belirli bir süre içerisinde satılmasını, satılmayan kısmın ise satışı yapana iadesini veya bunların satın alınması hizmetlerini "under writing" taahhüt eder. (Teb. m.38/3)³

"Aracılık yüklenimi"ne gelince, aracı kurum ya sermaye piyasası araçlarının halka arz yoluyla satımını ve geri kalanında bedeli satış süresinin sonunda ödenerek satın alınmasını (Bakiye Yüklenimi) ya da baştan bütün sermaye piyasası araçlarının, tümünün satın alınmasını (Tümünü Yüklenim) taahhüt eder. (Teb. m.38/4)

Doğaldır ki bu iş ve işlemlerden kaynaklanan her türlü hukuki ve cezai sorumluluk, aracı kuruma ait olacaktır. Konunun ele alınışında, aracı kurumların hukuki sorumluluğu, öncelikle yukarıda esasları belirtilen iş ve işlemlerden sorumluluk, sonra da aracı kurum ve organlarının sorumluluğu ayrı ayrı incelenecek, son kısımda da genel olarak kurumun cezai sorumluluğuna değinilecektir.

2. Aracı Kurum ve Organlarının Sorumluluğu

2.1. Aracı Kurum ve Organlarının Muamelelerinden Sorumluluğu

Aracı kurum muamelelerinden sorumluluğun esasları, SPK m.30, Teb. m.37 ve müteakip maddelerde düzenlenmiştir. Bu hükümler göz önünde tutulduğunda, aracı kurum muamelelerinin bir hukuki kalıba, tek bir tanıma sığdırılamayacağı görülür. Söz konusu muamelelerin, ne saf bir komisyon ilişkisi, ne de bütünüyle bir vekalet ya da alım satım ilişkisi olarak nitelendirilebilmesi mümkün değildir.

¹ "Aracı kurumlar, menkul kıymetlerin halka arzını ve talebini karşılaştırarak, piyasanın oluşmasına imkan veren sermaye piyasası yardımcı kuruluşlarından biri" olarak tanımlanmaktadır. GÜNAL Vural, **Sermaye Piyasası Hukuku**, Ankara, 1986, s. 56; BOLAK Mehmet, **Sermaye Piyasası Menkul Kıymetler ve Borsa Analizi**, İstanbul, 1991, s. 65.

² Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliği, R.G. 1.3.1995, S.22217. Aynı tebliğde 14.2.1996 ve 22554 sayılı Resmi Gazete'de Seri:V, 27 nolu tebliğle değişiklikler yapılmıştır.

³ BOLAK, s. 65.

Kurum muamelelerinin hukuki niteliği tayin edilecekse, yapılacak ilk ve tek iş, SPK m.30/2'de tanımlanan aracılık işleminin vasıflandırılmasıdır. Bu hükme göre aracılık, sermaye piyasası araçlarının aracı kurum tarafından, kendi nam ve hesabına, başkası nam ve hesabına, kendi namına başkası hesabına ticari amaçla alım satımıdır. (Aynı düzenleme Teb. m.37/1'de de vardır.)

Şu halde, genel ilkelerden hareketle aracı kurum işlemleri, mevcut müesseselerle kıyaslanarak bu müesseselerin bünyesine uyduğu ölçüde aracı kurum muamelelerine de uygulanacaktır.

2.1.1. Komisyon İlişkisi

Alım satım işlerinde komisyoncu, ücret karşılığında kendi adına, fakat müvekkili hesabına, kıymetli evrak ve menkul eşya alım satımını deruhte eden kimsedir. (Borçlar Kanunu (BK) m.416/1) Kanuni düzenleme, - gerek SPK m.30/2 ve gerekse Teb. m.37/1- aracı kuruma seçimlik bir yetki⁴ tanımıştır. Aracı kurum, sermaye piyasası araçlarını tıpkı komisyon ilişkisinde⁵ olduğu gibi kendi namına, satışı yapan hesabına halka arz edebileceği gibi, aynı faaliyeti kendi nam ve hesabına, hatta doğrudan doğruya satışı yapan nam ve hesabına da icra edebilir.

Fakat aracı kurumun, komisyon ilişkisine benzer şekilde sermaye piyasası araçlarını halka arz etmesi, tamamıyla bu müessese çerçevesinde cereyan etmemektedir. Komisyoncunun hapis hakkı, satılmayan veya müvekkil tarafından alınmasında gecikilen (komisyoncu nezdinde kalan) malların açık artırma ile satılması (BK m.418), müvekkilin talimatına uygun hareket etme gibi temel hak ve borçları⁶ aracı kurumlara da şamil etmek doğru olmayacaktır. Komisyoncu akdın uygulanmasını ayrıca tekeffül etmiş olabilir. Bu takdirde "dekruvar komisyonculuk" söz konusu olmaktadır.⁷ Komisyoncunun açıkça kefil olması⁸ veya sorumluluğunun herkes tarafından

⁴ Seçimlik yetki konusunu Krş. Von TUHR Andreas(Çev. Cevat EDEGE), **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Birinci Cilt, İstanbul, 1952, s.72 vd. Ayrıca Bkz. OĞUZMAN M. Kemal, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul 1987, s. 184 vd.

⁵ YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 1996, s. 678 vd.

⁶ HATEMİ-SEROZAN-ARPACI, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 1992, s. 458 vd.

⁷ Bkz. DOMANIÇ Hayri, **Ticaret Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul 1976, s. 244; İMREGÜN Oğuz Kara **Ticareti Hukuku Dersleri**, İstanbul 1991, s. 143.; SABİH Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 1993, s. 204.

⁸ Bkz. REİSOĞLU Safa, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara, 1992, s. 95.

bilinmesi⁹ hallerinde, o ayrıca ücrete hak kazanmaktadır. (BK m.421) Benzer bir durum, "en iyi gayret aracılığı"nda da vardır. (Teb. m.38) Komisyoncu bazı hallerde, muamelenin tarafı olma hak ve yetkisine de (BK m.427) sahiptir. Halbuki aracı kurumlar, müşteriye ait sermaye piyasası araçları ve nakit üzerinde kendileri ve üçüncü şahıslar lehine herhangi bir tasarrufta bulunamayacakları gibi (Teb. m.50/9), Ticaret Kanunu 329 maddesinde¹⁰ müsaade edilen haller hariç olmak üzere, ihraç ettikleri hisse senetlerinin, kendi nam ve hesaplarına alım satımını da yapamazlar. (Teb. m.50/1)¹¹ Hiç şüphesiz, aracı kurum işlemiyle komisyon ilişkisi arasındaki farklar, bu saydıklarımızla sınırlandırılmaz. Lakin komisyon ilişkisine benzer muamelelerden sorumluluğun esasları, yine komisyon sözleşmelerine kıyasen belirlenmektedir.¹² Bu durumda aracı kurumun tıpkı komisyoncu gibi aracılık işlemini bizzat yapmak zorunda olduğu, müşterinin izni olmaksızın bir başka aracı kuruma işi yaptırırsa, BK m.391/1 gereği sorumlu olacağı belirtilir.¹³ Yine bu kıyasın doğal bir uzantısı olarak, aracı kurum alt vekil kusursuz olsa bile, doğan her türlü zarardan sorumlu olur. Öyle zannediyoruz ki, hayli özel düzenleme niteliğindeki SPK ve ilgili tebliğ hükümleri, bu kıyası kabul etmez. Zira, halka aracılık işlemlerinin kısmen veya tamamen birden fazla aracı kuruluş tarafından konsorsiyum şeklinde ya da birbirlerinden bağımsız şekilde yapılması mümkündür. (Teb. m.39/1-b) Daha açıkcası, yurt dışı piyasalarında aracılık işlemlerini yürütecek aracı kurumlar, gerekli işlemleri, ilgili ülke mevzuatına göre faaliyet göstermeye

⁹ KARAHAN Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Konya, 1995, s. 303.

¹⁰ "Şirket kendi hisse senetlerini temellük edemeyeceği gibi rehin olarak da kabul edemez. Bu senetlerin temellükü veya rehin alınması neticesini doğuran akitler hükümsüzdür. Şu kadar ki aşağıda gösterilen akitler bu hükümden müstesnadır: a)Hisse senetleri şirketin sermayesinin azaltılmasına dair bir karara dayanılarak devr alınmışsa; b)Hisse senetleri şirketin kurulması veya esas sermayesinin çoğalması dolayısıyla vaki olan iştirak taahhüdünden başka bir sebepten doğan şirket alacaklarının ödenmesi maksadıyla devr alınmışsa; c)Hisse senetleri bir mamelekin veya işletmenin borç ve alacaklarıyla beraber temellük edilmesi neticesinde şirkete geçmişse; d)Hisse senetlerinin devir veya rehin alınması keyfiyeti esas mukaveleye göre şirket konusuna giren muamelelerden ise; e)Hisse senetleri idare meclisi azaları, müdürler ve memurlar tarafından kendilerine bu sıfatla düşen mükellefiyetlere karşı rehin olarak yatırılmış ise; f)Temellük ivazsız ise, devr alınan hisse senetleri 1 numaralı bentte yazılı halde derhal imha edilir. (...) Diğer hallerde bu senetler ilk fırsatta elden çıkarılır."

¹¹ Aracı kurumların kendi sorumluluklarını taşıyan kıymetli evrakın halka arzı ve alım satımında bulunmamaları gerekir. Bkz. KARA Şinasi, **Sermaye Piyasası**, İstanbul, 1990, s. 62.

¹² YASAMAN Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku**, İstanbul, 1992, s. 127.

¹³ YASAMAN, s. 128.

yetkili olan aracı kurumlar vasıtasıyla yürütecektir.(Teb. m.49/1-a,b) Yalnız konsorsiyum oluşturulması, aracılık sözleşmesinin yapılmasından sonrasına rastlıyorsa, satışı yapanın muvafakatı aranmalıdır. (Teb. m.41/1) Komisyon sözleşmesi ücretli bir vekalet sözleşmesi olduğundan,¹⁴-vekilin sadakat ve özen borcu, komisyoncuda da aranır. Aracı kurumlar ise, yatırımcıların hak ve yararlarını zedeleyici, iyi niyet kurallarına aykırı hareket ve işlemlerde bulunamazlar. (Teb. m.50/7-3) Menkul kıymet alım satımında uzman kabul edilen aracı kurumun sorumluluğu, objektif olarak değerlendirilmeli ve hafif kusurundan dahi sorumlu tutulmalıdır.¹⁵

Üzerinde durulması gereken bir husus da, komisyoncunun müvekkiline ait hak ve borçları geçirmemesi durumunda, onun menkul malı istihkak davası açarak geri alabilme hakkıdır. Hatta komisyoncu iflas etmişse, müvekkil hesabına iktisap ettiği taşınır eşya için masaya karşı istihkak davası açılabilir.(BK m.393/3)¹⁶ BK m.393/3 ayırma hakkını sadece menkul mallara tanımakta ise de İİK m.188'de ifade edilen hamiline veya emre muharrar senetlerdeki ayırma hakkı, doktrinde birlikte yorumlanarak, kıymetli evrak da menkul eşya deyimine sokulmaktadır. Sermaye piyasası araçlarının satışını yapan kişi ile aracı kurum arasındaki benzer hallerde, yukarıda komisyon ilişkisinde varılan sonuçlardan kıyasen yararlanılabilir.¹⁷ Hiç tereddütsüz bu sonuç aracı kurumlarda sermaye piyasası araçlarının satılmayan kısmın iadesi veya bedeli satış süresi sonunda ödenmek üzere satın alınmasına rağmen ödenmemesi halleri ile satıştan önce, bütün sermaye piyasası araçlarının satın alınması durumlarında geçerli olacaktır. Sermaye piyasası araçlarının halka (müşterilere) arz edilmesi, satılması durumunda, sadece bedelin tahsili hususunda icra ya da iflas yollarıyla takipten başka çıkar yol olmayacaktır.

2.1.2.Aracı Kurumun Sermaye Piyasası Araçlarını, Satışı Yapan Nam ve Hesabına, Ticari Amaçla Alıp Satması

SPK m. 30/2 gereğince, aracı kurum sermaye piyasası araçlarını, satışı yapan nam ve hesabına alıp satabilir. Doğaldır ki satışı yapan kişiyle aracı kurum arasındaki münasebet, doğrudan doğruya temsil veya vekalet ilişkisi olarak cereyan edecektir.¹⁸ Konunun teferruatına girmeden şu hususun

¹⁴ HATEMİ-SEROZAN-ARPACI, s. 458; Ayrıca Bkz. YAVUZ, s. 679 vd.

¹⁵ YASAMAN, s.129.

¹⁶ İMREGÜN, s. 141.

¹⁷ Bu konuda Bkz. YASAMAN, s. 128.

¹⁸ Bkz. YAVUZ, s. 561 vd.; HATEMİ-SEROZAN-ARPACI, s. 458.

belirlenmesi zaruridir: Vekalet bir akittir ki tarafların icap ve kabulleriyle kurulur. Halbuki genel olarak (doğrudan ya da dolaylı) temsil ilişkisi, tek taraflı bir yetkiyle doğar. Yetkilendirme beyanının temsilciye tek taraflı olarak yöneltilmesi yeterli ve tek şarttır.¹⁹ Teb. m.38/1 bilumum aracılık faaliyetlerinin, halka arza ve alım satıma ilişkin aracılıktan oluşacağı prensibini koyduktan sonra, aracı kurumun bu faaliyetleri satışı yapana, aracılığın türlerine göre "taahhüt" etmesinden bahseder. Müteakip maddelerde (halka arza aracılık ve alım satıma) aracılık faaliyetlerinin esasları belirtilirken sözleşmelerden bahsedilmesi, söz konusu ilişkilerin vekalet ilişkisi ağırlıklı olarak yürüdüğünü teyit eder. (Teb. m.40, 47) Yalnız her iki ilişkiyi de, biri diğerini dışlayacak şekilde birbirinden ayırmak doğru değildir. Özellikle vekalet ilişkisiyle, temsil yetkisinin birlikte bulunduğu haller de vardır.²⁰ Bu anlamda yönetimle ilgili ve mali hakların kullanımına ilişkin esasları düzenleyen Teb. m.48, aracı kurumların, çerçeve sözleşmesinde müşterilerinin verdiği yetkiye bağlı olarak, sermaye piyasası araçlarının anapara, faiz, temettü ve benzeri gelirlerinin tahsili, ödenmesi ile hisse senetlerinden doğan oy haklarının kullanılmasında yetkilendirilebileceğini belirtir. Vekalet sözleşmesi vekile, müvekkilinden bağımsız olarak, fakat onun menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen iş görmeyi, zaman kaydına tabi olmaksızın yapma borcunu yükleyen bir iş görme sözleşmesidir. Genel nitelikli bir iş görme sözleşmesi olması sebebiyle, kanunla düzenlenmeyen ve konusu iş görme olan sözleşmelere de vekalet hükümleri uygulanır.²¹

Vekalet sözleşmesinde kural olarak bir süre kaydı öngörülmemesine karşılık, aracılık muamelelerinde genellikle aracılık sözleşmesinde belirlenebilecek bir süreden (veya satış süresi) bahsedilir. (Teb. m.38/3-4, m.39/d, m.40) Vekilin, vekaletinin sınırları içerisinde iş görme borcu ayrıca, işi özenle yapma, işi bizzat yapma ve iş görmesinde müvekkilinin iradesine ve özellikle talimatına uygun hareket etme borçlarını da kapsar. Vekil müvekkile karşı, kendisine tevdi edilen işi dürüst ve özenle yapmalıdır. Yine vekil, yetkilendirilmiş olmadıkça ya da bu konuda adet bulunmadıkça,

¹⁹ Bu konuyla ilgili açıklamalar için bkz. Von TUHR, s. 333 vd.; KAYNAR, **Reşat, Borçlar Hukuku**, İstanbul, 1982, s. 65 vd; Temsil yetkisiyle vekalet arasındaki ilişki için bkz. HATEMİ-SEROZAN- ARPACI, s. 392 vd.

²⁰ Herşeyden önce böyle bir yetkilendirme işleminden bahsedebilmek için vekalet sözleşmesinin konusunun bir hukuki işlemle ilgili olması şarttır. Bu haller için Bkz. HATEMİ-SEROZAN-ARPACI, s. 439-446.; YAVUZ, s. 563 vd.

²¹ FEYZİOĞLU F. Necmeddin, **Borçlar Hukuku**, II. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C. I, İstanbul, 1980, s. 27

vekaletini şahsen ifa etmelidir.²² Komisyon ilişkisini incelerken aracı kurumun, halka arza aracılık işlemlerini, (ki bazı durumlarda (Teb. m.49) zorunlu olarak) kısmen veya tamamen, birden fazla aracı kuruluş tarafından konsorsiyum şeklinde ya da birbirinden bağımsız olarak yapabileceğine (Teb. m.39/b) değinmiştik.²³ Aynı zamanda vekilin işi dürüst ve özenle yapma borcu, aynı doğrultuda aracı kurumlara, yatırımcıların hak ve yararlarını zedeleyici, iyi niyet kurallarına aykırı hareket ve işlemlerde bulunmama (Teb. m.50/j-3) borcu şeklinde yüklenmiştir.

Bir meslek çerçevesinde ifa edilen vekaletin, sözleşme olarak kuruluşunda, genel vekalet sözleşmesindeki sapma (BK m.387), pek tabii olarak vekilin mesleği icabı yaptığı işlerde göstermesi gereken özen borcuna da yansiyacaktır.

Bu işleri bir meslek çerçevesinde icra eden vekilin sadakat, özen ve talimatlara uyma yükümlülüğü değerlendirilirken, söz konusu meslek özellikleri ve gerekleri de hesaba katılmalıdır.²⁴ Bu husus aracı kurumlar açısından ayrıntılı bir şekilde "aracı kuruluşların yapamayacakları iş ve işlemler" başlığı altında düzenlenmiştir.(Teb. m.50)

2.1.3. Aracı Kurumun Sermaye Piyasası Araçlarını Kendi Nam ve Hesabına Satması

(SPK m.30, Teb. m.37) Bu durumda satışı yapanla aracı kurum arasında alelade bir *alım satım ilişkisi* kurulacaktır. Aracı kurum ile müşterisi arasında umumiyetle komisyon, bazı hallerde vekalet veya alım satım ilişkisi vardır gibi bir genelleme isabetli sayılamaz.²⁵ İlgili düzenleme, aracı kurumun, sermaye piyasası araçlarını pazarlarken nasıl hareket ettiğini ölçü almıştır. Eğer aracı kurum sermaye piyasası araçlarını kendi adına ve hesabına, ticari amaçla satıyorsa bu ilişki bir alım satım ilişkisi, dolayısıyla kimi zaman alıcı kimi zamanda satıcı konumunda bulunan kurumun

²² Bkz. YAVUZ, s. 596 vd.; HATEMİ-SEROZAN-ARPACI, s. 395 vd.

²³ Yalnız konsorsiyum, sözleşmesi (aracılık) yapıldıktan sonra oluşturulmuşsa, satışı yapanın muvafakatını arayan anılan tebliğin 41. maddesi, halka aracılık işlemlerinin konsorsiyum dışında aracı kurumların birbirinden bağımsız olarak yapması halini satışı yapanın muvafakatının aranıp aranmayacağı hususuna değinmemiştir.

²⁴ Ücretsiz vekaletlerde BK m. 98/1, c.3 gereği için borçlu için bir faideyi mucip olmadığı hallerde mesuliyet daha az şiddetle takdir olunur. HATEMİ-SEROZAN-ARPACI, s. 418; Aracı kurumun, bir vekalet ilişkisi çerçevesinde, sermaye piyasası araçlarını pazarlama faaliyetlerinin ücretsiz olabileceği düşünülmemeyeceğinden, kurumun sorumluluğunda da bir değişiklik olmayacaktır.

²⁵ YASAMAN, s. 127.

sorumluluğu, satım sözleşmesi esaslarına göre tayin edilecektir.²⁶ Hemen arzetmeliyiz ki, ticari satışlar da Borçlar Kanunu hükümlerine tabi olmasına rağmen, TK m.25'in Borçlar Kanunundaki esaslardan farklı olarak getirdiği özellikler,²⁷ sermaye piyasası araçlarının niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulama alanı bulacaktır. Sözleşmenin ifası, ifa edilmemesi, gereği gibi ifa edilmemesi halleri hep genel kurallara tabi olacaktır.²⁸

Aracı kurum, başından beri anlattığımız muameleleri, ister bizzat kendisi, isterse acentaları, şubeleri, hatta irtibat büroları aracılığıyla yapsın bu ilişkilerden doğan hukuki sorumluluk, müvekkil aracı kuruma aittir. (Teb. m.19, m.25, m.28) Bilindiği gibi şubeler, kendi nam ve hesaplarına değil, merkez nam ve hesabına hareket ederler. Aksi halde, kendi nam ve hesabına hareket eden bir işletme, şube olarak kabul edilemez.²⁹ Ancak, şubelerin yaptığı işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar için davanın, merkez mahkemesinde açılması mümkün olduğu gibi, şubenin bulunduğu yerde de açılabilir. İflas davaları kamu yararını da ilgilendirdiklerinden, mutlaka merkezin bulunduğu yer mahkemelerinde açılması şarttır.(İİK m.154, III. c.2)³⁰

Acentalar, SPK Teb. m.20 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Tebliğ hükümleri, acentayı genel hükümlerden farklı tanımlamıştır: "Acentalar aracı kurum ile imzaladıkları yazılı acentalık sözleşmesi çerçevesinde, faaliyet gösterdikleri mahalde, sadece sermaye piyasası araçlarına ilişkin alım ve satım emirlerinin, aracı kuruma iletilmesine ve gerçekleşen emirlerin tasfiyesine aracılık eden gerçek kişi veya ticaret şirketleridir." (Teb. m.20/2)³¹ Tebliğ, acentayı tarif ederken, TK'daki tanıma ve unsurlara

²⁶ FEYZİOĞLU F.N., s. 231 vd.; HATEMİ-SEROZAN-ARPACI, s. 77 vd.; YAVUZ, s. 37 vd.

²⁷ Bkz. DOMANIÇ, s. 115 vd.

²⁸ Bkz. OĞUZMAN K., s. 156 vd.; KAYNAR R., s. 182; Von TUHR Andreas (Çev. Cevat EDEGE), **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, İkinci Cilt, İstanbul, 1953, s. 485 vd.

²⁹ KARAHAN S., s.35; DOMANIÇ, s. 81.; ARKAN, s. 36.

³⁰ Bkz. 19.HD, 15.9.1992, E. 7082, K. 3910, (YKD 1993, C.XIX, S.2, s.246.; KURU-ARSLAN-YILMAZ, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara, 1992, s.403, 407 vd.

³¹ TK acentayı bağlı yardımcıları gibi bir sıfatı olmaksızın "bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer yada bölgede daimi surette bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek adinen kimsedir." (m.116) Acenta ile ilgili Bkz. TEKİNALP Gülören, **Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı**, İstanbul, 1972, s. 118 vd.

uyumamıştır. Bu uyumsuzluğu bir eksiklik olarak görüp, TK'daki tanım ve unsurların geçerli olduğu söylenir.³²

Halbuki tebliğ, kanundaki tanımdan bilerek ve isteyerek ayrılmıştır. Tebliğ sadece, aracı kurumla ilgili muamelelerde "aracı acentalığı" kabul etmiştir. Tebliğde acentanın, sadece sermaye piyasası araçlarının alım satımında aracılık yapacağı, tanımdan başka, Teb. m.20/1'de hususi olarak belirtilmiştir. Acenta aracılığıyla yapılan işlemlerden doğan hukuki sorumluluk, müvekkil aracı kuruma aittir.(Teb. m.25) Aracı kurumun acentayla veya müşteriyle yapacağı sözleşmelerde, bu sorumluluğunu kaldıran ya da hafifleten kayıtlar da geçersizdir. (Teb. m.25/2)

Tebliğ, aracı kurumların bir başka merkez örgütü "irtibat büroları"na da değinmiştir. İrtibat bürosu, "aracı kurum ve aracı kurumun yetkili olduğu sermaye piyasası faaliyetlerinin tanıtımını yapmak amacıyla, aracı kurumu temsil etmekle görevli bir" hizmet birimidir. (Teb. m.28/1) İrtibat büroları, kendi başlarına sermaye piyasası araçlarıyla ilgili işlemleri yapamazlar. Sadece müşteri emirlerini aracı kuruma iletebilirler.(Teb. m.28/2) Bu yüzden sorumluluklarını gerektiren bir hal bahis mevzuu edilemez.

2.1.4. Aracılık Yüklenimi Suretiyle Üstlenilebilecek Sorumluluğun Azami Sınırı

Tebliğ, aracı kurumların, aracılık yüklenimi suretiyle doğabilecek sorumluluklarını sınırlandırmıştır.³³ Fakat dikkat edilmelidir ki düzenleme, açıkca aracılık faaliyetlerinden, sadece "aracılık yüklenimi" (Teb. m.38/1) için sorumluluğu sınırlandırmıştır.

Diğer aracılık faaliyetlerinden alım satıma aracılık ve en iyi gayret aracılığından kaynaklanan sorumluluğun sınırlandırılması istenmemiştir. Aracılık yüklenimi (Teb. m.38) suretiyle, dayanağını SPK m.31'de bulan sermaye piyasası kuruluna tanınan yetkiye göre, üstlenilebilecek mali sorumluluğun azami sınırı, Teb. m.44'te gösterilmiştir.

2.2. Aracı Kurum ve Organlarının Sorumluluğu

Bir anonim şirket, SPK tarafından öngörülen yardımcı kuruluşlardan biri olarakta kurulabilir. Bu takdirde, esas sözleşmelerinin bu Kanunun hükümlerine uygun olması aranır. (SPK m.33/a-e) Aracı kurum ancak bir

³² YASAMAN, s. 126.

³³ Benzer bir sınırlı sorumluluk hali devletin mirasçılığında sözkonusudur. Devlet ancak kendisine intikal eden mallarla sınırlı olarak mirasın alacaklılarına karşı sorumludur.(MK m.517)

anonim ortaklık şeklinde kurulabileceğine göre, aracı kurum organları, anonim şirketlere atfen incelenecektir. Gayemiz aracı kurum organlarını geniş geniş anlatmak değil, sadece sorumluluklarına işaret etmek olunca, kısaca bu hususa değinmekle yetineceğiz.

2.2.1. Genel Kurulun Sorumluluğu

Genel kurulun³⁴ icra yetkisi bulunmadığından sorumluluğundan da bahsedilemez. Genel kurul, bir karar organı olması hasebiyle, bu kararları uygulayan organlar veya organların üyeleri sorumlu olacaktır.³⁵

2.2.2. Denetçilerin Sorumluluğu

TK m.359 denetçilerin sorumluluğunu düzenler: "Murakıplar kanun veya esas mukavele ile kendilerine yükletilen vazifelerini hiç ya da gereği gibi yapmamalarından doğan zararlardan dolayı, kusursuz olduklarını isbat etmedikçe müteselsilen mesuldür. Bu mesuliyet hakkında 309 ve 341. maddeler tatbik olunur."Görüldüğü üzere denetçilerin sorumlu tutulabilmeleri kusurlu olmalarına bağlıdır. Ticaret Kanunu BK 96'ya uygun olarak, kusurun varlığını kabul etmiş, denetçinin kusursuzluğunun isbatını aramıştır. Denetçilerin şahsi görevleri, her denetçi tarafından bizzat icra edilmeyi gerektirdiğinden, bunların hiç ya da gereği gibi yerine getirilmemesinden doğan sorumluluk da şahsidir. Sorumluluk ortaklığa, pay sahiplerine ve ortaklık alacaklılarına karşıdır.³⁶ Bu arada, Sermaye Piyasası Kurulunun aracı kurumların mevzuat ve esas sözleşme hükümlerine aykırı faaliyetlerini tesbiti halinde, aykırılıkta sorumluluğu tesbit edilen aracı kurum görevlileri hakkında koşturmaya geçme ve yargılama sonuçlanın-caya kadar imza yetkilerini kaldırabilme, denetim organlarını değiştirme, azil ve görev süresini belirleme görev ve yetkisine (Teb. m.56/2) işaret etmek gerekir.

³⁴ Bkz. POROY (TEKİNALP-ÇAMOĞLU), **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul, 1995, s. 339 vd

³⁵ Bkz. İMREGÜN, s. 291 vd.

³⁶ Bkz. İMREGÜN, s. 367 vd.; POROY, s. 318-319. Ayrıca Bkz. AYTAÇ Zühtü, "Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü", **BATİDER**, C. 10, S.1, s. 177 vd.

2.2.3. Yönetim Kurulunun Sorumluluğu³⁷

1)TK' da öngörülen haller: Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusura dayanan bir sorumluluktur.³⁸ TK m.336/1'e göre idare meclisi azaları, şirket namına yapmış oldukları mukavele ve muamelelerden dolayı, şahsen sorumlu olmazlar. Hatta şirketle ilgili görevleri yerine getirirken, yönetim kurulu üyelerince üçüncü kişilere karşı işlenen haksız fiillerden de şirket sorumludur.(TK. m.321/5) Sorumluluk halleri:

a)Müteselsil sorumluluk: TK m.336/1'de bu haller şöyle sayılır:

aa)Hisse senedi bedellerine mahsuben, pay sahipleri tarafından vuku bulan ödemelerin doğru olmaması.

bb)Dağıtılan ve ödenen kar paylarının hakiki olmaması.

cc)Kanunen tutulması gereken defterlerin mevcut olmaması veya intizamsız tutulması.

dd)Umumi heyetten çıkan kararların sebepsiz olarak yerine getirilmemesi³⁹

ee)Kanunun esas mukavelelerinin kendilerine yüklediği sair vazifelerinin kasden veya ihmal neticesi olarak yapılmaması.

b)Şahsi sorumluluk: Kanun veya esas sözleşme uyarınca, idare ve temsil işleri, yönetim kurulu üyelerinden birine veya bir murahhas müdüre bırakılmışsa, bunların haiz oldukları görevleri yerine getirmemelerinden,(TK m.336/5) kaynaklanan sorumluluk ilgililere aittir. Şahsi sorumluluk gerektiren haller kısaca;

aa)Şirketin durumu hakkında, hakikate aykırı beyanlarla, üçüncü şahısları aldatan yönetim kurulu üyeleri, şahsen sorumludurlar. (TK m.339),

³⁷ Yönetim kurulunun görev ve yetkileri için Bkz. POROY, s. 264 vd; Sermaye Piyasası Kanunu'nun getirdiği özellikler için Bkz. TEKİNALP Ünal, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, İstanbul, 1982, s. 42 vd.

³⁸ ÇAMOĞLU(POROY-TEKİNALP), s.297.; POROY-Ü.TEKİNALP-G.TEKİNALP, **Ortaklıklar Hukukunda Ortakların Sorumluluğu**, İÜHFİM, C.XLV-XLVII, İstanbul, 1982, s. 355 vd.

³⁹ Bkz. ÇAMOĞLU Ersin, **Anonim Ortaklık İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyet**, BATİDER, C.III, S. 3, s. 523 vd.

bb)Ortaklıkla işlem yapmak (TK m.334) veya rekabet yasağına aykırılık (TK m.335)⁴⁰,

cc)Yeni seçilen yönetim kurulu üyeleri, eski yönetim kurulu üyelerinin yolsuz işlemlerini denetçilere haber vermemekle seleflerinin sorumluluğuna şahsi olarak katılmış olurlar. (TK m.308, m.337),

dd)Ortaklık işlerinde özen borcu (TK m.320)⁴¹, ortaklık işlerini inceleme ve denetleme görevi (TK m.308, 331/1, 337),

ee)Yönetim kurulu üyelerinin haksız fiillerinden dolayı, şirketin rücu hakkından doğan sorumluluk (m.321/5).

Sorumluluğun müeyyidesi yerine göre ya tazminat ya da TCK m.230 uyarınca cezai yaptırımdır.(TK m.308)⁴² Bunun yanında Kurul, aracı kurumların mevzuat ve esas sözleşme hükümlerine aykırı faaliyetlerde bulunduğunu tespit etmişse, bundan sorumlu aracı kurum görevlileri hakkında koğuşturmaya geçebileceği gibi, yargılama sonuçlanıncaya kadar, yönetim organlarını değiştirme hakkını da haizdir. (Teb. m. 56/2)

Her halükarda Kurul mevzuat, esas sözleşme ve iç tüzük hükümlerine aykırı faaliyetlerde bulunan aracı kurum ilgililerinden, gerekli tedbirlerin alınmasını istemeye, aksi halde iki yıllık süre içerisinde faaliyetlerinin tamamını, iki kez geçici olarak durdurmaya, tekrarı halinde de yetki belgesini iptal etmeye yetkilidir.(SPK m.46/9-4, Teb. m.57/a-b) Ayrıca aracı kurum ortak ve yöneticileri, personeli, acentaları, şubeleri ve irtibat bürolar, kanunda ve kurul düzenlemelerinde aranılan şartları yerine getirmemişse veya yitirmişse, aynı müeyyideye tabi olur.(Teb. m.57/c)

3. Aracı Kurum ve Organlarının Cezai Sorumluluğu

3.1. Ceza Kanunu Açısından

Aracı kurumların iyi niyet kurallarına aykırı davranışları (Teb. m.50/g) hukuki sorumluluktan başka, TCK m.508'deki "Emniyeti Suistimal

⁴⁰ Bkz. ÖÇAL Akar, "Avrupa Tipi Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet ve Şirketle Muamele Yapma yasağı", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C.XXXVII, S.12, s. 451-455.

⁴¹ Bkz. ÇAMOĞLU Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu**, İmran ÖKTEM'e Armağan, Ankara, 1970, s. 389 vd.

⁴² İMREGÜN, s. 331 vd.

Cürmü"nün unsurlarını da taşıyabilir.⁴³

Emniyeti suistimal cürmü, "başkasına ait olup da iade veya muayyen bir suretle kullanmak üzere kendisine tevdi veya her ne suretle olursa olsun teslim olunan bir şeyi, kendisinin veya başkalarının menfaatine olarak satmak veya rehnetmek veya sarf ve istihlak etmek yahut ketm ve inkar etmek veyahut tahrif ve tağyir etmektir."(TCK m.508)⁴⁴ Emniyeti suistimal suçunun konusunu oluşturan eşyanın misli veya gayrı misli eşya olması bir önemi haiz değildir.⁴⁵ Şu durumda emanet (vedia) olarak teslim edilen para veya sair malın satılması, tağyir edilmesi de emniyeti suistimal suçunu oluşturur.⁴⁶ Başkasına gönderilmek üzere kendisine tevdi edilen "kırk lirayı ketmetmek suretiyle inancı kötüye kullanmaktan sanık I...nın emniyeti

⁴³ TCK Öntasarısında kamuya yapılan beyanlarla ilgili tipik bir ekonomik suç düzenlenmiştir: "Bir şirket veya kooperatifin; Kurucu, ortak, idareci, müdür veya mümessilleri veya yönetim veya denetim kurulu üyeleri veya tasfiye memuru sıfatını taşıyanlar, Kamuya yaptıkları beyanlarda veya sundukları raporlarda veya Genel Kurula arz ettikleri önerilerde, Gerçeğe aykırı önemli bilgiler verecek veya verdirecek olurlarsa, altı aydan üç yıla kadar hapis ve ikiyüzbin liradan beş milyon liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar." (m.180) Maddenin gerekçesinde de şu hususlara yer verilmektedir:

"Maddenin amacı, kamunun ya da şirket veya kooperatiflerin genel kurallarının aldatılmasını önlemektir. Madde de yazılı kişilerin, bilerek önemli yanlış bilgi vermeleri suç haline getirilmiştir.Kamuya yapılan beyanlardan maksat: Belirli olamayan kişilere, basın marifetiyle veya posta ile prospektüsler gönderilerek hitap edilmesi veya bunlara önemli yanlış bilgiler verilmesidir.Yanlış bilgilerin genel kurula sunulan, raporlarda, tekliflerde yer alması da suç sayılmıştır. Bu konudaki örnekler, gerçeğe uygun olmayan bilançolar yapılması, aşırı hayali karlardan bahsedilmesi gibi hallerdir. Kasıt mevcudiyeti, tabi olarak şarttır.Suçun oluşması bakımından, faile bir kar veya menfaat sağlama amacının bulunması veya bir zararın meydana gelmesi şart değildir. Böylece bir "tehlike ve engelleme suçu" ihdas edilmektedir. GÜdülen amaç, şirket ve kooperatif idaresinde iyi niyetin korunmasıdır.Bu meyanda, şirket veya kooperatif aleyhine olmak üzere yanlış bilgi verilmesi de bu suçu oluşturacaktır. Suçun oluşmasında, yanlışlığı bilmek ve bunu bilerek yanlış bilgi vermek şarttır. Ancak bu davranışın saiki önemli değildir."Madde gerekçesiyle birlikte değerlendirilirse, başta kamu menfaatlerinin sonrada şirket alacaklıları veya üçüncü kişilerle ortakların menfaatlerinin korunmak istendiği görülür. Bkz. TEZEL Adnan, "Şirket ve Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi/Arttırma ve Eksiltmelere İlişkin Suçlar/Kamu Taahhütlerinde Hile", **Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu** (17-18 Nisan 1987), İstanbul Ticaret Odası, Ya. No. 1987-19, s. 51 vd.

⁴⁴ Suçun niteliği ile ilgili açıklamalar için bkz. DÖNMEZER Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 12.B., İstanbul, s. 427 vd.

⁴⁵ Misli, gayrı misli eşya ayırımı için Bkz. OĞUZMAN-SELİÇİ, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1992, s. 10.

⁴⁶ DÖNMEZER, s. 433.

suistimalden mahkumiyetine müteallik hükmün tasdikine ittifakla" karar verilmiştir.⁴⁷

Emniyeti suistimalin ilk şartı, başkasına ait olan birşeyin, iade edilmek yada belirli bir süre kullanılmak üzere bir kişiye teslim edilmesidir. İkinci şartı, şeyin kendisine teslim edildiği kişinin, güvene aykırı olarak kendisine veya bir başkasına çıkar sağlamak için bu şey üzerinde (satmak, rehnemek, sarf etmek, istihlak etmek, ketmetmek, inkar etmek, tahvil etmek ya da tağyir etmek gibi) hareketlerde bulunmasıdır. Örneğin aracı kurumun kendisine teslim edilen muayyen sermaye piyasası aracının teslimini, inkar ya da üçüncü bir kişiye satması, suçun madi unsurunu tamamlar.⁴⁸ Yalnız söz konusu suç, bir cürüm olacağından fail kendisine teslim edilen şeyi bilerek ve isteyerek maddi veya manevi bir çıkar sağlamak düşüncesiyle, güvene aykırı olarak kanunda gösterilen hareketleri yapmalıdır. Bu haliyle suç şikayete bağlı⁴⁹ olmasına rağmen, TCK m.510 çerçevesinde suçun belirli kişiler ve sıfatlarla işlenmesi, suçu re'sen koğuşturulan bir suç haline getirir. Aracı kurumlar da bir kanuna dayanan meslek ve sanat çerçevesinde faaliyet icra ettiklerinden, çoğu kez emanetçi sıfatı veya idareci olarak, hisse senetleriyle ilgili işlem yapmaktadırlar.⁵⁰ Bu durumda aracı kurumun emniyeti suistimal suçu, TCK 510 maddesi kapsamında re'sen koğuşturulan bir suç olarak kabul edilmelidir.

3.2. Sermaye Piyasası Kanunu Açısından

3.2.1. Aracı Kurumu Kanuna Aykırı Olarak Kurmak Suçu

Bir aracı kurumun kuruluş sırasında işleyebileceği suçları şu şekilde belirleyebiliriz: a)İzin almak için gerekli şartları haiz olmadığı halde kuruluş izni almak, b)İzin almadan faaliyette bulunmak, c)Geçerli yetki belgesi olmadığı halde aracı kurum olarak faaliyette bulunmak. (SPK m. 47/A-4) Aynı ayrı bu fiillerin incelenmesine geçmeden önce, söz konusu fiillerin suç sayılmasındaki hukuki menfaati belirtelim ki o da, nihai amaç olarak kamu

⁴⁷ DÖNMEZER, s. 433, dpn.14'te zikredilen 21.3.1949, E.4-343, K.89 sayılı Yargıtay CGK kararı. Ayrıca Bkz. TÜMERKAN Somay, Emniyeti Suistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değlendirilmesi Sorunu" **İÜHFİM** S. 1-4, C.XLV-XLVII, 1981-1982, s. 333.; OĞUZMAN M. Kemal, **Emniyeti Suistimal Suçu**, İBD, C.XX, S.10, (Ekim 1951'den ayrı bası), s. 5 vd.

⁴⁸ YASAMAN, s. 130.

⁴⁹ Takibi şikayete bağlı suçlar için Bkz. ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul 1989, s.398 vd.

⁵⁰ ÖNDER, s. 132.

menfaatinin korunmasıdır. Zira, sermaye piyasası araçlarının ehil olmayan ve sebep olabilecekleri zararları karşılamaya muktedir olmayan kimseler tarafından pazarlanması, bu nevi işlemlere güveni sarsacağı gibi, ekonomik düzeni de bozacaktır.

3.2.1.1. Suçun Maddi Unsuru ve İcra:

Suçun değişik şekillerine göre incelenmelidir:

A- İzin almak İçin gereken şartları haiz olmadığı halde, kuruluş izni almak

Aracı kurumların kuruluşlarına izin verilebilme şartları SPK m.33'te şu şekilde sayılmıştır:

- a-"Anonim ortaklık şeklinde kurulmaları,
- b-Hisse senetlerinin tamamının nama yazılı olması,
- c-Hisse senetlerinin nakit karşılığı çıkarılması,
- d-Sermayelerinin kurulca belirlenen miktardan az olmaması,
- e-Esas sözleşmelerinin bu kanun hükümlerine uygun olması,

f-Kurucularının müflis olmadığı veya yüz kızartıcı bir suçtan dolayı hükümlülüklerinin bulunmadığının tesbit edilmiş olması gerekir."

Şartlar izin verilmeye yeterli olmadığı halde, izin alınmışsa suç tamamlanmıştır. Ayrıca izin alan aracı kurumun SPK m.30'daki faaliyetlerden birini yapması ya da ticaret siciline tescil şart değildir.⁵¹

B- Kuruluş izni almadan faaliyette bulunmak

Bir aracı kurumun, kuruluş izni olmaksızın SPK m.30'daki işlemlerden herhangi birini yapması (m.30/a-b), izinsiz kurulma suçunu oluşturur.(SPK m.47/A-4)

C- Geçerli yetki belgesi olmadığı halde faaliyette bulunmak

Kuruldan izin alan aracı kurumlara, icra edebilecekleri, sermaye piyasası faaliyetlerine göre, yetki belgesi verilir. Yetki belgesi bulunmayan ya da iptal edilen aracı kurumlar, ne sermaye piyasası faaliyetlerinde bulunabilirler ne de ticaret ünvanlarında, ilan veya reklamlarında bu faaliyetlerde buldukları intibainı uyandıracak kelime veya ibare

⁵¹ Bkz. ERMAN Sahir, *Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku*, VII, İstanbul, 1993, s. 50.

kullanamazlar. Faaliyetleri geçici olarak durdurulan aracı kurumlar da, aynı sonuca tabidir. (SPK m.31/2, Teb. m.7/5-6) Menkul değerlerin bilfiil satılması veya alınması şart değildir. Bu yönüyle suç, tam teşebbüse⁵² elverişli değildir.⁵³ Halka arz kitle iletişim araçlarıyla yapılmışsa, nakıs teşebbüs durumu söz konusu edilebilir. Aracı kurumun ilgili faaliyetlere geçtiği intibasını uyandırması, bunu ticaret siciline tescille mümkündür. Bu durumda, tescil edilmiş ünvanda yer almayan bir ibareyi, aracı kurumun kullanması TK m.53'teki suçu işlemesine de sebep olur.⁵⁴ İlan ve reklamlara gelince, bunların şekli ve cinsi önemli değildir: Şirketin aracı kurum olarak faaliyette bulunduğu intibasını uyandıracak herhangi bir kelime veya tabirin kullanılmasıyla suç tamamlanır. Şu halde, suçun neticesi harekete bitişik olup, tam teşebbüse elverişli değildir. Yalnız ilan ve reklamların basılması ve yayınlanması, yayınlanmak üzere verilmesi durumunda, nakıs teşebbüs düşünülebilir.⁵⁵

3.2.1.2. Suçun Faili

Cezaların şahsiliği prensibine sadık kalınarak, tüzel kişilerin ceza sorumluluğu⁵⁶ SPK'da da kabul edilmediğinden, suçun faili gerçek kişiler yani aracı kurumu kuranlarla yönetim kurulu üyeleridir. (SPK m.47/A-4)

3.2.1.3. Manevi Unsur

Yukarıdaki suçlar bütün şekilleriyle kasten işlenebilen suçlardandır. Failin yanılması, mesela bütün şartları haiz olduğunu zannetmesi, fiili bir yanılmadır ve suç işleme kastını ortadan kaldırır. Halbuki yapılması gereken işlem veya izin alındıktan sonra faaliyete başlamak için gerekli şartları bilmemek, hukuki nitelikte olduklarından sorumluluğa tesir etmez.⁵⁷

3.2.2. Sermaye Piyasası Araçlarının Değerini Etkileyebilecek Hileli Hareketlerde Bulunmak

Bu konuyla ilgili, Sermaye Piyasası Kanunu 47/A-3 hükmü şu şekildedir: "Sermaye Piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek yalan, yanlış, yanıltıcı, mesnetsiz bilgi veren, haber yayan, yorum yapan ya da

⁵² Suçun özel belirif şekillerinden "teşebbüs" konusu hakkında Bkz. ÖNDER, s. 430 vd.

⁵³ ERMAN, s. 50.

⁵⁴ DOMANIÇ, s. 141,142; İMREGÜN, s. 77.; KARAHAN, s. 147,148.

⁵⁵ Bkz. ERMAN, s. 51.

⁵⁶ Bkz. DÖNMEZER-ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*, C.II, İstanbul 1981, s. 502.; vd; ÖNDER, s. 40 vd.

⁵⁷ ÖNDER, s. 52.

açıklamakla yükümlü oldukları bilgileri açıklamayan gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler", yine aynı maddenin 1. fıkrasının A bendi 2 nolu hükmüne göre de "Yapay olarak sermaye piyasası araçlarının arz ve talebini etkilemek, aktif bir piyasanın varlığı izlenimini uyandırmak, fiyatlarını aynı seviyede tutmak, arttırmak veya azaltmak amacıyla, alım ve satımını yapan gerçek kişilerle tüzel kişilerin yetkilileri ve bunlarla birlikte hareket edenler, ... -Fiilin mahiyet ve önemine göre, birlikte veya ayrı ayrı hükmolünmek üzere, 1 yıldan 3 yıla kadar hapis ve 500 milyon liradan 1 milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. ... -Birinci fıkranın (A) ... bend(i) uyarınca verilecek ağır para cezaları, üst sınırla bağlı olmaksızın, suçun işlenmesi suretiyle temin edilen menfaatin üç katından az olamaz.- Bu madde de öngörülen cezaların verilmesini gerektiren fiillerin tekrarı halinde, verilen cezalar yarı oranında artırılarak hükmolünür. Cezaların artırılabilmesi için daha önce verilen cezanın infazı şartı aranmaz."

Aynı zamanda TCK 358. maddesinde de şu hükümler yer almaktadır: "Her kim, yalan havadis neşir ve işaasiyle veya sair hileli vasıtalar ile esham borsalarına kabul edilen evrak ve senedat piyasasının artıp eksilmesine sebebiyet verirse, üç aydan üç seneye kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır cezayı nakdi ile cezalandırılır."⁵⁸

3.2.2.1. Korunan Hukuki Menfaat

Sermaye piyasası araçlarının yapay sebeplerle artırılıp düşürülmesi sermaye piyasasının güvenliği ve milli ekonomi açısından zarar verici hareketlerdir.⁵⁹ Bu yüzden ekonomik düzeni hedef alan eylemler, "Ekonomik Düzene Karşı İşlenen Suçlar" başlığı altında yeni ceza kanunlarında da

⁵⁸ SPK 47 ile TCK 358. maddeleri arasındaki ilişkiye kısaca değinmek gerekirse, 3794 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle (RG 13.5.1992, S. 21227) birlikte, SPK 47/A-3'ün TCK m. 358'i ilga ettiğini söylemek gerekecektir. Zira SPK 47/A-2 fıkrada yapay satımları da cezalandırmak suretiyle TCK m.358'de yer alan "sair hileli hareketler" de düzenlenmiş olmaktadır. Benzeri durumlarda uygulanacak hüküm artık SPK 47 maddesi olacaktır. Krş. TCK 161/4,5. Bkz. ERMAN, s. 133.

⁵⁹ Kamuya yapılan beyanları ilgili genel düzenlemeler de vardır. Bkz. ARKAN, s. 275 vd.

cezalandırılmaktadır.⁶⁰

Bu düzenlemelerle korunmak istenen ikinci menfaat ise tasarruf sahipleri mal varlığı değerlerinin haksız olarak azalma veya yok olmasının önüne geçmektir. Böylelikle düzenleme birden fazla hukuki menfaati koruyan suçlar grubuna girmektedir. Sermaye Piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması hem tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunması açısından hem de tasarruf sahiplerinin iktisadi kalkınmaya yaygın bir şekilde katılımını sağlamak açısından zaruridir. (SPK m.1) Nitekim kamunun yeterli ve gerçek bilgilerle aydınlatılmasını sağlamak Sermaye Piyasası Kurulunun temel görevlerinden birisidir. (SPK 22/e)⁶¹

3.2.2.2. Suçun Faili

3794 sayılı Kanunla⁶² yapılan değişiklikten önce SPK 47/1-a'daki

⁶⁰ Bugün toplumu ve ferdi koruyan en önemli vasıtalarından birinin ekonomik suçların cezalandırılmasına ilişkin mekanizma olduğu söylenir. (ERMAN, Sahir, "Devletin Ekonomik İtibarını Sarsma/Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması/Hileli Taksiratlı İflas" (konulu tebliğin sonundaki "tartışmalar" kısmı), Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu (17-18 Nisan 1987), İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:1987-19, İstanbul, s.39.) Ülke ekonomisine zarar veren veya tehlikeye sokan, iktisadi hayatta geçerli olan itimad unsurunu ihlal eden eylemler genel anlamda "ekonomik suç" olarak düşünülebilir. Bkz. DÖNMEZER Sulhi, "Öntasarı Hakkında Genel Bilgi", **Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu** (17-18 Nisan 1987), İstanbul Ticaret Odası, Ya. No. 1987-19, İstanbul, s.19; Ayrıca Bkz. TEZEL, s. 51; Ekonomik suçlar konusunda incelemeler yapmak üzere 1977 yılında kurulan bir komisyonun 12 Şubat 1981 tarihli raporunda (PC-R-CA- (81) 12 Revisé) şu suçlar ekonomik suç sayılmıştır:

1- Çevreye karşı işlenen suçlar, 2-Tüketiciler aleyhine suçlar (özellikle malların taşıması, yalan sunuşlar, kamu sağlığına saldırılar, tüketicinin zaaf ve tecrübesizliğinin kötüye kullanılması gibi), 3- Çok uluslu şirket ve teşebbüsler tarafından ekonomik durumun kötüye kullanılması ve hileli uygulamalarda bulunulması, 4- Müstahdemlerin, işçilerin sağlık ve güvenliklerine ait normların ihlali, 5- Gümrük suçları, 6- Kartel teşkili, 7- Milletlerarası örgütler veya devletçe tahsis edilmiş olan fonların zimmete geçirilmesi yahut hileyle ele geçirilmesi, 8- Enformatik alanında (verilerin, sırların ihlali gibi) işlenen suçlar, 9- Hayali şirketler teşkili, 10- Bilançoların tahrifi, uydurulması, muhasebe tutulması yükünün ihlali, 11- Şirketlerin sermaye ve ticari durumları hakkında hileler yapılması, 12- Alacaklılar aleyhine hileler (İflas, sınai ve mülkiyet haklarına tecavüzler gibi), 13- Haksız rekabet (teşebbüs memurlarının işfali dahil) ve yalan reklamlar, 14- Mali suçlar ve teşebbüslerin sosyal yükümlerinden kaçmaları, 15- Para ve döviz suçları, 16- Banka ve borsa suçları. DÖNMEZER S., "Öntasarı Hakkında Genel Bilgi", s. 20.

⁶¹ Bkz. KABAALIOĞLU Haluk, **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İstanbul, 1985.

⁶² RG 13.5.1992, S.21227.

fiiller "mahsus suç"⁶³ olarak düşünölmüş ve failin "aracı kurum" olması şartını koymuştu. Değişiklikle Sermaye Piyasası araçlarının değerini, arz ve talebini etkileyebilecek eylemlerde bulunan "gerçek kişilerle, tüzel kişilerin yetkilileri" yani herkes suçun faili olabilir.(SPK 47/A-2,3)⁶⁴

Sermaye Piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere çıkar sağlamak amacıyla kullanarak Sermaye Piyasasına işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde maddi çıkar sağlamak veya bir zararı önlemek şeklinde tanımlanan içerden öğrenilenlerin ticareti(SPK 47/A-1)⁶⁵ tipik bir mahsus suç niteliği taşımaktadır.⁶⁶ Bu muamelelerde suçun faili 47/A-1'e göre "ihraççılar"⁶⁷ Sermaye Piyasası kurumlarının veya ilgili şirketlerin yönetim kurulu başkan ve üyeleri, yöneticileri, denetçileri, diğer personeli olabileceği gibi, mesleklerini ve görevlerini ifa sırasında bilgi sahibi olabilecek veya bu kimselerle temastan sağlanan bilgi sahipliği suçun faili olarak düşünölecektir.

3.2.2.3. Suçun Maddi Unsuru

SPK 47/A-3 suçun oluşabilmesi için verilen bilgilerin, yazılan haberin, yapılan yorumun ya da açıklanmayan bilgilerin sermaye piyasası araçlarının değerini etkilemeye yeterli olup olmadığını aramaktadır. Bu yönüyle suç "tehlike suçu"⁶⁸ görünümündedir.⁶⁹ SPK 47/A-1'de ise suçun maddi unsuru "Sermaye Piyasası"araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri ... kullanarak, Sermaye Piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek olarak gösterilmiştir.

⁶³ ÖNDER, s. 48 vd.

⁶⁴ Krş.ERMAN, s. 139.

⁶⁵ Bkz.TURANBOY Asuman, **İnsider Muameleleri (Şirkete Ait Bilgilerin Haksız Kullanımı)**, Ankara, 1990, s. 186 vd.

⁶⁶ ERMAN, s. 152.

⁶⁷ İhraççı, Sermaye Piyasası araçlarını ulusal ve uluslararası piyasalara arzeden ortaklıkları ifade eder. (SPK m.11)

⁶⁸ Tehlike suçlarında hareketin suçun konusu üzerinde zarar tehlikesinin meydana gelmesi, suç tipinin ihlal edilmiş olması için yeterli olduğundan tam teşebbüse elverişli değildir. Bkz. ERMAN, s. 145. Tehlike suçu-zarar suçu ayırımı için Bkz. ÖNDER, s. 59 vd.

⁶⁹ Halbuki TCK 358'e göre suçun oluşabilmesi, maddede sayılan hareketlerin sonuç olarak fiyatların artma veya eksilmesine sebep olması şartına bağlandığından bir "zarar suçu" söz konusu olmaktadır.

Sermaye Piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek nitelikteki kamuya açıklanmamış "bilgi", belirli bir şirketin mali veya iktisadi durumu hatta bu hale etkili olabilecek muhtevaya sahip ortakların kişisel veya aile ilişkileriyle de ilgili olabilir.⁷⁰ Yalnız failin bu bilgileri öğrenme şekli önemlidir. SPK 47/A-1 anlamında bir suçtan bahsedebilmek için failin durumu, mesleği, görevi ve fonksiyonu icabı elde ettiği bilgiyi kullanması gerekir. Fail bu bilgileri bundan başka yollarla elde etmişse TK 57/8'in uygulanması gündeme gelir.⁷¹ Ayrıca suçun tamamlanması için failin kendisi veya üçüncü kişilerin menfaatlerine yönelik mameleki bir yarar sağlaması veya bir zararı bertaraf etmesi şarttır. Dolayısıyla içerden edinilen bilgilerin ticareti suçunu düzenleyen SPK 47/A-1 "zarar suçu" niteliğindedir. Doğal olarak suçun bu niteliğinden teşebbüse elverişli olduğu sonucuna da ulaşılabacaktır. Gerçekten fail "mameleki bir yarar sağlamak" amacıyla elde ettiği bilgileri kullanmış fakat bir yarar sağlayamamışsa ya da kullanmaya elverişli icra hareketlerine başlamış olmasına rağmen elde olmayan sebeplerle icra hareketlerini bitirememişse⁷² nakıs teşebbüs halinden bahsedilecektir.⁷³

3.2.2.4. Müeyyide

Fiilin mahiyet ve önemine göre, faile tatbik edilecek cezalar, SPK m.47'de gösterilmiştir. Eklenmesi gereken bir husus, ağırlatıcı sebep varsa, fiilin mahiyet ve öneminin gerektirdiği ölçüde, hürriyeti bağlayıcı cezaya (bir yıldan üç yıla kadar) hükmedildikten sonra ceza, para cezasına çevrilmemelidir.⁷⁴ Ayrıca Kanun, "tekerrür" halinde, verilen cezaların yarı oranında artırılacağını, ve ceza artırımı için daha önce hükmedilen **cezaların infazı şartını**⁷⁵ aramamaktadır. (SPK m. 47/5)

⁷⁰ ERMAN, s. 141.

⁷¹ Bkz. ERMAN, s. 154, ARKAN, s. 279.

⁷² ÖNDER, s. 435 vd.

⁷³ Bu hususta geniş bilgi için bkz. ERMAN, s. 139 vd.

⁷⁴ ERMAN, s. 53.

⁷⁵ Hukukumuz bakımından "tekerrür" hükümlerinin uygulanmasında, failin daha önceki bir suçtan mahkum olması zaruri ise de cezanın infaz edilmiş olup olmaması hususu tartışmalıdır. Bkz. ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. III, İstanbul, 1989, s. 136 vd; Bu açıdan bakıldığında, hiç değilse SPK m. 47'de sayılan hareketler için söz konusu tereddütler giderilmiş olmaktadır.

KAYNAKÇA

1. AYTAC Zühtü, "Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü", **BATİDER**, C. 10, S.1.
2. BOLAK Mehmet, **Sermaye Piyasası Menkul Kıymetler ve Borsa Analizi**, İstanbul 1991.
3. ÇAMOĞLU Ersin, **Anonim Ortaklık İdare Meclisi Üyelerinin Umumi Heyet Kararının İcrasından Doğan Mesuliyet**, **BATİDER**, C. III, S. 3.
4. ÇAMOĞLU Ersin, **Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu**, İmran ÖKTEM 'e Armağan, Ankara 1970.
5. DOMANIÇ Hayri, **Ticaret Hukukunun Umumi Esasları**, İstanbul 1976.
6. DÖNMEZER Sulhi, "Öntasarı Hakkında Genel Bilgi", **Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu** (17-18 Nisan 1987), İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:1987-19, İstanbul.
7. DÖNMEZER Sulhi, **Kişilere ve Mala Karşı Cürümler**, 12.bası, İstanbul.
8. DÖNMEZER-ERMAN, **Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku**, C.II, İstanbul 1981.
9. ERMAN Sahir, "Devletin Ekonomik İtibarını Sarsma/Açığa Atılan İmzanın Kötüye Kullanılması/Hileli Taksiratlı İflas" (konulu tebliğin sonundaki "tartışmalar" kısmı), **Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu** (17-18 Nisan 1987), İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:1987-19, İstanbul.
10. ERMAN Sahir, **Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku**, VII, İstanbul 1993.
11. FEYZİOĞLU F. Necmeddin, **Borçlar Hukuku**, II. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, Cilt I, İstanbul 1980.
12. GÜNAL Vural, **Sermaye Piyasası Hukuku**, Ankara, 1986.
13. HATEMİ/SEROZAN/ARPACI, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 1992.
14. KABAALIOĞLU Haluk, **Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi**, İstanbul 1985.
15. KARA Şinasi, **Sermaye Piyasası**, İstanbul 1990.
16. KARAHAN Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, Konya 1995.
17. KAYNAR Reşat, **Borçlar Hukuku**, İstanbul 1982.
18. KURU-ARSLAN-YILMAZ, **İcra ve İflas Hukuku**, Ankara 1992.
19. OĞUZMAN M. Kemal, **Borçlar Hukuku Dersleri**, İstanbul 1987.

20. OĞUZMAN M. Kemal, **Emniyeti Suistimal Suçu**, İBD, C. XX, S. 10, (Ekim 1951'den ayrı bası)
21. OĞUZMAN-SELİÇİ, **Eşya Hukuku**, İstanbul, 1992.
22. ÖÇAL Akar, "Avrupa Tipi Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyeleri İçin Öngörülen Rekabet ve Şirketle Muamele Yapma yasağı", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C. XXVII, S. 12.
23. ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C. III, İstanbul 1989.
24. ÖNDER Ayhan, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, C.II, İstanbul 1989.
25. POROY-TEKİNALP-ÇAMOĞLU, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul 1995.
26. POROY-Ü.TEKİNALP-G.TEKİNALP, **Ortaklıklar Hukukunda Ortakların Sorumluluğu**, İÜHFİM, C. XLV-XLVII, İstanbul 1982.
27. REİSOĞLU Safa, **Türk Hukukunda ve Bankacılık Uygulamasında Kefalet**, Ankara 1992
28. SABİH Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara 1993.
29. TEKİNALP Gülören, **Acenta Sözleşmesine Uygulanan Kanunlar İhtilafı Kuralı**, İstanbul 1972.
30. TEKİNALP Ünal, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, İstanbul 1982.
31. TEZEL Adnan, "Şirket ve Kooperatifler Hakkında Yanlış Bilgi/Arttırma ve Eksiltmelere İlişkin Suçlar/Kamu Taahhütlerinde Hile", **Ekonomik Suçlar ve Ceza Kanunu Öntasarısı Sempozyumu** (17-18 Nisan 1987), İstanbul Ticaret Odası, Yayın No:1987-19.
32. TURANBOY Asuman, **İnsider Muameleleri (Şirkete Ait Bilgilerin Haksız Kullanımı)**, Ankara1990.
33. TÜMERKAN Somay, Emniyeti Suistimal Cürümlerinde Mülkiyet Geçişinin Değlendirilmesi Sorunu" **İÜHFİM**, S.1-4, C.XLV-XLVII, 1981-1982.
34. Von TUHR Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, Birinci Cilt, (Çev. Cevat EDEGE), İstanbul 1952.
35. Von TUHR Andreas, **Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı**, İkinci Cilt, (Çev. Cevat EDEGE), İstanbul 1953.
36. YASAMAN Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku**, İstanbul 1992.
37. YAVUZ Cevdet, **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, İstanbul 1996.
38. İMREGÜN Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, İstanbul 1991.